

## **NOTA INFORMATIVA EN RELACIÓN COA PUBLICACIÓN DOS TEMARIOS DOS PROCESOS SELECTIVOS CONVOCADOS POLA XUNTA DE GALICIA NO DIARIO OFICIAL DE GALICIA Nº 142 DE 26 /07/11**

O Diario Oficial de Galicia nº 142, de 26 de xullo de 2011, publica distintas ordes da Consellería de Facenda polas que se convocan diferentes procesos selectivos para o ingreso na Administración autonómica de Galicia.

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

Tendo en conta, por unha banda, o volume e complexidade na elaboración dun material didáctico que sirva de referencia básica e, por outra, o interese da EGAP para que os posibles usuarios dispoñan á maior brevidade posible de dito material, a publicación do mesmo na páxina web da Escola (<http://egap.xunta.es>), irase producindo da seguinte maneira:

- 1) **Lexislación**, actualizada e consolidada á data de publicación no DOG do nomeamento do tribunal do proceso (Base II.1 da convocatoria<sup>1</sup>), correspondente aos procesos selectivos para o ingreso no corpo superior da Administración da Xunta de Galicia, subgrupo A1; corpo de xestión da Administración da Xunta de Galicia, subgrupo A2; corpo superior da Administración da Xunta de Galicia, subgrupo A1, escala de sistemas e tecnoloxía da información; corpo de xestión da Administración da Xunta de Galicia, subgrupo A2, escala de xestión e sistemas de información e corpo auxiliar da Xunta de Galicia, subgrupo C2.

A data prevista para dita publicación é de 5 de agosto de 2011.

- 2) **Temarios específicos**, iranse publicando na páxina web da Escola, a medida que os procesos de elaboración e revisión vaian concluíndo.

Sen prexuízo da súa publicación nas dúas linguas oficiais e a fin de facilitar á maior brevidade posible este material aos usuarios, os temas iranse publicando na web no idioma orixinalmente empregado por cada un dos autores.

Para maior información pódense poñer en contacto co servizo de Estudos e Publicacións a través do correo electrónico [temarios.egap@xunta.es](mailto:temarios.egap@xunta.es), e teléfono 881 997 251.

A Escola reitera que os temarios por ela facilitados non teñen carácter oficial, polo que en ningún caso vincularán aos opositores ou aos tribunais; senón que se trata de instrumentos complementarios que servirán de apoio e axuda como textos de referencia pero nunca de forma exclusiva e excluín-te.

Santiago de Compostela, 4 de agosto de 2011

---

<sup>1</sup> II. Proceso selectivo.  
II.1. Procedemento 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.

# **I. DEREITO CONSTITUCIONAL.**



# **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.**

#### **1 CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN**

A Constitución escrita é un fenómeno relativamente recente na historia da organización das sociedades humanas. Unicamente ao longo do século XVIII empezan a existir documentos nos que se pretende fixar por escrito as normas ás 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 os seus dereitos.

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

Daquela, o fenómeno da Constitución escrita é relativamente novo. Con todo, o termo «constitución» é antiquísimo, case tanto coma a reflexión sobre a política. Fíxose uso del de xeito 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, tralos 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 emprega 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 prescriptivo.

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 nela sen a presenza do poder. Nas sociedades que se basean sobre o principio de igualdade, pola contra, 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 prescriptivo, 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 ao 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*. E non menos expresivos serían os textos constitucionais. Os das colonias trala independencia primeiro: «Ordenamos, declaramos e establecemos a seguinte Declaración de Dereitos e *Frame of Government* (división de poderes), a 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 facerlle cumprir as funcións ás que 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 *¿Qué es el Tercer Estado?*; e MOUNIER, no *Rapport du Comité chargé du Travail sur la Constitution* do 9 de xullo de 1789, engadiría: «Tivémonos que formar unha idea precisa do termo Constitución [...]. Pensamos que unha Constitución non é outra cousa que unha orde fixa e establecida do xeito 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 de quen 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 obrigacións 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 o xeito 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». Tralo devandito *Rapport*, compréndese facilmente a redacción do artigo 16 da Declaración de Dereitos do Home e do Cidadán: «Toda sociedade na 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, fíxala por escrito de xeito prescriptivo. 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 devandito Proxecto de Constitución, publicados na prensa de Nova York, para convencer aos 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». Atopámonos —engadía *El Federalista*— «na era en que a decisión ten que ser tomada» e «unha opción errada merecería ser considerada como unha desgraza xeral para a humanidade».

Por iso a Constitución escrita foi definida de xeito moi acertado por GARCÍA PELAYO como *Constitución racional normativa*. Con esta denominación preténdese facer visible que se concibe «a constitución como un complexo normativo establecido dunha soa vez e no que dun xeito total, exhaustivo e sistemático 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 permitirlle á sociedade autodirixirse politicamente de xeito permanente. A sociedade non soamente debe ser libre no momento de aprobar a Constitución, senón que debe continuar séndoo despois de xeito indefinido.

Cando algún destes dous elementos falla, aínda que se utilice o termo Constitución, non nos atopamos ante un «réxime constitucional», senón ante algo distinto. Ao longo destes dous últimos séculos foron moitas as experiencias de «abuso» do termo Constitución. Por iso é polo 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 reteñen 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 finais do século XVIII e primeiros 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 xa que logo 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 a cidadáns e poderes públicos.
3. A Constitución é a norma xurídica suprema, cúspide do sistema normativo, o que entraña dúas consecuencias:
  - a) unha de orde formal, o que supón que a súa modificación e derogación se atopa 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 xeito que calquera ordenación fundamental do Estado non sería Constitución.

Con todo, desde o momento no que se produciu o triunfo do movemento liberal, a ambos os dous lados do Océano Atlántico perfiláronse dúas tradicións netamente diferentes: a dos 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 no que ambos os poderes conviñesen 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 aló de cumprir as funcións que se acaban de apuntar conformábase, ademais, como unha norma básica do ordenamento xurídico do Estado que, como tal, non só lles era aplicable aos operadores políticos, senón tamén determinante das relacións entre eles 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 quen dirixiu, 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, en tanto 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 que en Europa ía ser necesario *recolocar*, constitucionalizándoo como Xefe do Estado, na nova armazón de poderes xurdida da Revolución), a que lles permitirá aos americanos optar por un novo tipo de réxime político: a república. Todo iso eliminaba, ademais, a necesidade de facer do parlamento o garante do novo Estado constitucional, que será xustamente a esixencia politicamente ineludible xurdida, primeiro en Francia, e logo nos restantes Estados europeos, tralo 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, xa que logo, o parlamento en Norteamérica a clave de bóveda sobre a que repousaba o conxunto do sistema, resultaba imaxinable o que en Francia e, pola súa influencia, en toda Europa, apareceu, pola contra, como totalmente inimaxinable: que as súas leis debesen respectar os contidos da Constitución e debesen entenderse inaplicables no caso de que os violasen.

En suma, a Constitución moi pronto se configurará 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 a devandita 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, xa que logo, da lei, porque estaban persuadidos dunha idea que respondía á realidade na que se asentaba o seu proxecto: a de que sería xustamente o parlamento o principal garante da Constitución e as súas conquistas. Con iso 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 o parlamento. Todo aquilo no que conviñesen o parlamento, na súa condición de titular do poder lexislativo, e o monarca, titular, pola súa banda, 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 algún que se puidese atrever a controlalo.

Por todo iso a maioría das Constitucións europeas foron durante unha boa parte dos dous últimos séculos só unha sombra do que os seus impulsores orixinarios imaxinaban 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 corromper, ata facelo practicamente irrecoñecible, o programa constitucional do liberalismo revolucionario anteriormente mencionado. Así, dunha parte, os conservadores, nomeadamente BURKE e DE MAISTRE, afirmarían que a Constitución non é outra cousa que a forma tradicional de ser dun pobo e das súas institucións políticas. Pero, doutra parte, tampouco debe estrañar, á vista de tal evolución que, a piques 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 que se expresaban os factores reais de poder vixentes en cada país. Así, 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 gozamos 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 doutro xeito, 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 véñse configurando como un sistema de normas xurídicas cun contido determinado que ostenta a calidade de norma xurídica superior.

É por iso que na actualidade a Constitución se define 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 sendo a súa finalidade 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 á 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 xeito que estas son nulas se o seu

contido é incompatible co texto constitucional. Para garantir esta supremacía articuláronse mecanismos varios de control de constitucionalidade das leis: desde o da *judicial review* norteamericano aos sistemas de xurisdición concentrada. Ademais, outra manifestación desta supremacía material é a obriga de interpretación conforme á Constitución do resto das normas, 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 impoñerlle límites tamén ao poder e, xa que logo, a idea de Constitución é incompatible cun sistema político autocrático no que a titularidade do poder radique nun suxeito ou conxunto de suxeitos. Xa que logo, do concepto de Constitución deriva o seu carácter democrático sen que máis aló se lles poida impoñer un contido concreto ás Constitucións.

## **2 A CONSTITUCIÓN COMO NORMA XURÍDICA**

Como sinala GARCIA DE ENTERRÍA, a Constitución, por unha banda, configura e ordena os poderes do Estado por ela construídos; 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 coma aos cidadáns.

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

1. Porque a Constitución define o sistema de fontes formais do Dereito, de xeito que só por dictarse conforme ao 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 VEIGA 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 outras 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 terá 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 a Europa, resultou desde o principio que as normas contidas na Constitución eran Dereito, o Dereito supremo do país

ao que debían suxeitarse os órganos do Estado no exercicio dos seus poderes, coa consecuencia de que era posible o xuízo de constitucionalidade do mesmo.

A gran 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 2.<sup>a</sup>, a cláusula básica que proclama a «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 declarar nulas, a 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:

1. Unha vía conclúe na Constitución alemá de Weimar, que articula un Tribunal ao que se lle confían os conflitos entre poderes constitucionais e especialmente entre os distintos entes territoriais propios da organización federal.
2. 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 trala 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 no que, con todo, 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 deberán dirixirse os Tribunais que estean en transo de aplicar a devandita 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 [arts. 161.1.a) e 163 CE], lles afecta a todos os poderes públicos e a todos os cidadáns (art. 9.1 CE), e que, xa que logo, 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 CE (que contén o chamado por TORRES DO 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 aos que alude o artigo 9.1 CE, a vinculación normativa non afecta unicamente aos poderes lexislativo e executivo, senón tamén a todos os xuíces e tribunais. Neste aspecto, o artigo 163 CE resulta un precepto capital, en canto establece o seguinte: «Cando un órgano xudicial considere, nalgún proceso, que unha norma con categoría de lei, aplicable ó caso, da validez da cal dependa a sentenza, poida ser contraria á Constitución, promoverá a cuestión perante o Tribunal Constitucional». Formula así esta 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 devandito 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 Tribunais ordinarios declarar a inconstitucionalidade das leis, pero non lles prohibe —de feito tense de entender que precisamente lles abriga 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 debe matizarse ao contemplar a lexislación preconstitucional e o efecto da Disposición Derrogatoria 3.<sup>a</sup>, ao dispoñer que «quedan derogadas cantas disposicións se opoñan ó 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, obrigaralle 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 Derrogatoria da Constitución no seu apartado 3º. Vexamos cada un dos supostos:

- a) Respecto dos dereitos fundamentais, o artigo 53.1 CE declara que os dereitos e liberdades recoñecidos no capítulo II do Título I vinculan a todos os poderes públicos. Esta declaración do artigo 53.1 CE non constitúe unha simple repetición do artigo 9.1 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. Neste sentido, o artigo 53.3 CE proporciona un claro argumento a contrario. Proba desta aplicación directa da regulación constitucional dos dereitos e liberdades é o artigo 53.2 CE, que faculta a calquera cidadán a solicitar a tutela dos dereitos consagrados nos artigos 14 a 30 ante os tribunais ordinarios, e posteriormente en amparo constitucional. Deste xeito, se os tribunais ordinarios deben tutelar os dereitos e liberdades na forma que os trazou a CE, será esta a norma a aplicar neste proceso de tutela. Por iso é polo que deba entenderse que a totalidade das regulacións preconstitucionais dos dereitos fundamentais contrarias á CE foron directamente derogadas pola Constitución en virtude da súa Disposición Derrogatoria, sen que resulte precisa unha declaración expresa de inconstitucionalidade polo TC. Xa que logo, calquera tribunal que coñeza dun proceso no que teñan incidencia os dereitos fundamentais recoñecidos na CE, pode aplicar directamente esta e atribuírle ao dereito fundamental de que se trate a totalidade da súa eficacia, non obstante a regulación anterior contraria á CE.
- b) O segundo suposto no 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, debendo entenderse derogadas as anteriores

leis contrarias, e sen necesidade de que os tribunais ordinarios promovan unha previa declaración de inconstitucionalidade polo TC.

- c) Para rematar, cómpre considerar o alcance da Disposición Derrogatoria da CE sobre a lexislación anterior de contido non estritamente político. Esta Disposición Derrogatoria, 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 Álava, Guipúscoa e Biscaia, dispón no seu apartado 3º o que segue: «Así mesmo quedan derogadas cantas disposicións se opoñan ó 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 debe estenderse ao resto da lexislación anterior de lle ser reprochable unha contradición con algunha norma ou principio constitucional. Isto é importante porque, de entenderse que a Disposición Derrogatoria afecta a 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 debe remitírselle ao TC.

Son dous os modelos que ofrece o Dereito Comparado:

- i. a fórmula da Lei Fundamental de Bonn, que entende que a lexislación anterior contraria á Constitución se debe entender derogada, de xeito que o Tribunal Federal Alemán remitiulles 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,
- ii. 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, polo que existe, xa que logo, respecto das 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 axuízamento disperso por todos os órganos da xurisdición ordinaria. Deste xeito, a cláusula derogatoria da CE afectaría unicamente ás normas de contido político xa vistas (dereitos fundamentais e parte organizativa, materias ás que a CE lles quería dar 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, con todo, a liña seguida polo noso TC. Nas súas Sentenzas do 2 de febreiro e o 8 de abril de 1981, o Alto Tribunal declarou que os xuíces ou tribunais poden:

- i. ou ben inaplicar a lei preconstitucional que contradiga a CE segundo o argumento da derogación,
- ii. ou ben someter a cuestión ao TC por vía da cuestión de constitucionalidade do artigo 163 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 lembrar o voto particular de LOURO LLORENTE á STC de 2 de febreiro de 1981), esta

parece consagrada. Con todo, GARCÍA DE ENTERRÍA estima que sería desexable que a «facultativa» formulación da cuestión de constitucionalidade tivese lugar sempre que polos tribunais ordinarios se 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 consonte 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 LOPX, ao dispoñer que «A Constitución é a norma suprema do ordenamento xurídico e vincula a todos os Xuíces e Tribunais, que interpretarán e aplicarán as leis e os regulamentos segundo os preceptos e principios constitucionais, conforme á interpretación dos mesmos 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 apartado 3 do mesmo artigo 5 LOPX, ao establecer que procederá a súa formulación «cando por vía interpretativa non sexa posible a acomodación da norma ao ordenamento constitucional».

### **3 LIÑAS FUNDAMENTAIS DO CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL**

Cando se aborda o estudo da nosa historia constitucional, o primeiro dato que, de xeito inmediato, 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. Así, pódese dicir, seguindo a TOMÁS VILLARROYA, que «España, desde principios do século XIX, estivo afectada, de xeito 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 trae causa en determinados feitos e circunstancias históricas que predispoñían a un continuo cambio de Constitución.

En primeiro lugar, díxose a miúdo que o momento no que o constitucionalismo se introduce en España foi en certa medida inoportuno para un axeitado despregamento do mesmo. 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 xeito que resulta fácil asociala co invasor francés. Así o fixeron con notable éxito algúns dos sectores que se opoñían á invasión desde posicións conservadoras: co mesmo empeño que loitaban contra os franceses, opuxéronse ao constitucionalismo. 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 que 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.

Para rematar, 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 séguelle outra de signo conservador.

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

Outro dos factores a 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 trala 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 o liberalismo. A ideoloxía carlista estivo presente durante os séculos XIX e XX e influíu, aínda que con distinto alcance, nas posicións dos partidos e ideoloxías conservadoras. O liberalismo doutrinario, pola súa banda, 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 censatario ou a restrición das liberdades individuais. Aínda que non estritamente español, pois tivo a súa orixe en Francia e se difundiu por boa parte de Europa, en España mantivo a súa influencia durante todo o século XIX (DÍEZ DO CURRAL).

## 3. O carácter derivado das constitucións españolas:

As constitucións españolas recibiron unha evidente influencia das constitucións doutros países. Por iso pódese indicar que o noso

constitucionalismo, lonxe de ser orixinal, é derivado, coa única excepción dos devanditos compoñentes ideolóxicos conservadores. 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. Para rematar, 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 axeitadas 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 exista unha continuidade entre elas. As constitucións non adoitaban incluír mecanismos de reforma ou modificación (Estatuto Real de 1834, Constitución de 1845) e no caso de que o previron (Título X da Constitución de 1812, Título XV da Constitución *non nata* de 1856), os devanditos 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 longuísimoo 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 lle 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 puideron sentar as bases para acometer dun modo razoable a resolución, seguindo a BRANCO 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 o mesmo, 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. E iso 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 trala 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

gobierno 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 dunha ampla e coherente labor lexislativa que ía permitir liquidar 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 estiveron no pasado liberal) un auténtico precipitado das dúas visións de España que se enfrontaron, aínda 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 virarán en torno a cuestións moi diversas —políticas, sociais e económicas— estiveron sempre percorridos, en calquera caso, polo factor relixioso, que actuou en xeral coma un cemento que soldaba posicións en contra e a favor. A aconfesionalidade do Estado, constitucionalmente proclamada, proxectouse logo 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, nomeadamente a católica, no único

terreo imaxinable, e aceptable, nun sistema democrático: o da separación e o mutuo respecto aos ámbitos de decisión de cada un.

Ben diferente foi a forma de resolver o tradicional problema militar, determinante dun pasado no que o exército interferiu de forma constante no desenvolvemento da vida nacional e no que as forzas armadas terminaron por se constituír 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, no 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 se cadra 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 xa que logo, simplemente, de existir, pois 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, coma 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] coma os militares, na súa dimensión *privada*, son tamén, claro, sociedade; pero, como é obvio, superábaos. Superábaos porque o Estado español se foi configurando ao longo da súa evolución durante os dous últimos séculos coma un Estado fortemente oligárquico, militarizado, clerical e antipluralista, moi impermeable a calquera intento de reforma democrática. Iso resultou posible, entre outras cousas, 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, víanos 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, non só recoñecendo un amplísimo catálogo de liberdades e dereitos, senón establecendo tamén un sólido e completo sistema para garantilos, que posibilitou que a propia Constitución poida chegar a dispoñer, situándose moito máis aló 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 darlles saída aos catro conflitos históricos ata o de agora mencionados. Moi ao contrario, os deputados e senadores que formaron parte das primeiras Cortes democráticas foron conscientes tamén desde que comezaron o seu labor da urxencia coa que se debería abordar a resolución doutro gravísimo conflito, o quinto dos devanditos cinco, 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 iso porque se é certo que España, do mesmo xeito que outros 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 esixencia 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 axeitada solución pasou a depender, en gran medida, a propia posibilidade de asentar en España o Estado democrático. Con todo, o inmenso esforzo realizado desde 1977 ata o presente para atopar unha saída á conflictiva 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 semellaría que a descentralización, lonxe de liquidalo, rematou por asañar indefinidamente.

## Bibliografía:

ÁLVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 6.ª ed., 2008. ALZAGA VILLAAMIL, O.; 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. 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-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: «En torno al concepto de Constitución», en AAVV, *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 TREMPs, P., e SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M.: *Derecho Constitucional*, 2 vols., Valencia, 7.ª ed., 2007. LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la 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. SOLÉ TURA, J. e AJA, E.: *Constituciones y períodos 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

## **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.**

#### **1 A CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

A vixente Constitución nace 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 viñera sendo a nosa dinámica secular. Pola contra, aínda partindo de valores e principios radicalmente distintos aos que inspiraban o réxime político precedente, respectáronse as normas establecidas por este para dar vida ao 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, fórmase un goberno presidido por Adolfo Suárez. Este remitiulles ás Cortes en outubro de 1976 un proxecto de Lei para a reforma política, que foi aprobado, e, posteriormente, conforme ao esixido 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 final), 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 unha banda, reformaba o sistema institucional, creando unhas Cortes bicamerais, elixidas por sufraxio universal, directo e secreto, ás que se lles confiaba o poder lexislativo (arts. 1 e 2).

- b) Doutra banda, establecía (art. 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 do tal ordenamento: recoñecía os dereitos fundamentais da persoa como inviolables (art. 1), conferíalle a potestade lexislativa en exclusiva á representación popular (art. 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, aínda que, o Goberno, temendo a súa capacidade de mobilización popular, permitiu finalmente a súa participación nas eleccións.

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 designou unha comisión de sete deputados, que elaborou un anteproxecto de Constitución. Este foi discutido na devandita comisión e, posteriormente, discutido e aprobado polo Congreso dos Deputados. Acto seguido, procedeuse ao exame do texto do Congreso pola Comisión Constitucional do Senado e o 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. 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 lle atribúen á nosa Constitución, salientamos deseguido algunhas das que se utilizan máis habitualmente para definila:

a) Define un novo réxime político:

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

Ademais, debuxa un modelo territorial baseado no recoñecemento do dereito á autonomía das nacionalidades e rexións (art. 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 trataren de evitar a aprobación dunha «Constitución de partido», buscando, pola contra, que o novo texto fundamental recollese principios aceptables por todas as forzas políticas.

Non obstante, esa vocación de consenso veu en certo xeito 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 fraxilidade democrática: sufríase o azoute da crise

económica, do terrorismo de ETA e GRAPO, da violencia da extrema dereita e do temor continuo dunha involución.

De entre as consecuencias derivadas do consenso constitucional verbo do contido da Constitución, cabe destacar tres, que afectan directamente á súa estrutura:

1. A amplitude das materias obxecto de regulación constitucional. Poucos aspectos da vida social quedan sen algunha regulación —sequera sexa sumaria— por parte do texto constitucional. Relacionada dun modo evidente con esta característica, atópase a extensión do texto constitucional, só superada polo 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 de aquelas institucións ou dereitos sobre os que existía maior acordo, foi posible efectuar unha regulación máis detallada; noutras materias, no entanto, as normas constitucionais reducíronse a aqueles aspectos sobre os que era posible unha coincidencia de opinións, deixando que o lexislador completase posteriormente o tratamento xurídico da cuestión de que se tratase. Por iso 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 encontrar 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 sortealo nin forzar a súa interpretación.

Iso non significa que a Constitución non conteña declaracións de determinados obxectivos como valiosos, e prevexa, xa que logo, a súa consecución polos poderes públicos: tal sería o caso de moitos dos preceptos do capítulo III do título I. Mais cómpre ter 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. Contrariamente ao noso constitucionalismo histórico en que, agás 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 ó resto do ordenamento xurídico»; do artigo 53.1 CE ao dispoñer que «Os dereitos e liberdades recoñecidos no capítulo segundo deste título vinculan a todos 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 ó establecido nesta Constitución». Esta derogación supón, daquela, 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, e xa que logo, 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 reclamar a tutela das liberdades e dereitos recoñecidos no artigo 14 e a sección 1.<sup>a</sup> do capítulo segundo [do título I da Constitución] ante os tribunais ordinarios por un procedemento baseado nos principios de preferencia e sumariedade e, se for mester, a través do recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional».

f) Rixidez:

É unha Constitución ríxida, en canto que se establecen procedementos de reforma cualificados respecto dos da lexislación ordinaria. Non entanto, non todos os preceptos do texto fundamental teñen, como veremos, o mesmo grado de rixidez, xa que para determinados ámbitos se prevé un procedemento agravado no art. 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 devandito precepto coma 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 (art. 113 CE ).

2. A Constitución italiana pódese ver 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 adoita sinalar a semellanza do noso artigo 9.2 CE co artigo 3.2 italiano, referentes ambos os dous á función promotora dos poderes públicos tocante á 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 atopar preceptos de factura moi semellante ou case idéntica aos doutras constitucións ou do Convenio Europeo de Dereitos Humanos ou dos Pactos Internacionais de Dereitos Cívís 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 limítase 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.

## **2 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». Tense subliñado 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).

Malia que o réxime de valores e principios se concibe polo xeral de forma similar, ambos os conceptos pese a todo non se poden identificar plenamente. En primeiro lugar, porque nos principios hai un maior grao de concreción ca nos valores, aínda que a abstracción 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 pódense considerar 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 que o ordenamento se debe dirixir: a liberdade, a xustiza, a igualdade e o pluralismo. Xa que logo, 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, conforme recolle o artigo 10.1 CE, como fundamento da orde política e a paz social (PECES-BARBA).

Os valores superiores teñen, como preceptos constitucionais, carácter normativo. Con todo, isto non debe inducir a pensar que os operadores xurídicos se poderían amparar neles para alterar o sistema de fontes. Os valores exprésanse a través da Constitución e do sistema de fontes, mais non poden ser utilizados para subvertelo. 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 á Constitución da lei, 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.

## **2.1 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 esixencias 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 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 (arts. 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 (arts. 22, 23, 28 CE).

3. En terceiro lugar, desde a liberdade-prestación, de maneira que o Estado ten a obriga de realizar condutas positivas para facilitar a liberdade (art. 9.2 CE).

## **2.2 A xustiza**

A xustiza non é un valor claramente identificable, de contornos perfectamente delimitados. Por iso, 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 lles engade nada á liberdade e á igualdade.

Se cadra por iso 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 (art. 9.3 CE) debe incluírse, así mesmo, o relativo á lesión do valor “xustiza”, que consagra o art. 1 da Norma fundamental» (F. J. 6º).

## **2.3 A igualdade**

A posición da igualdade, como valor superior xunto coa liberdade, non deixa de ser significativo. 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 ata facela, na práctica, incompatible co valor da igualdade; polo menos da igualdade substancial, que é diferenciábel da igualdade formal que só lles parecía interesar a algúns dos primeiros liberais.

O obxectivo da igualdade non pode ser perseguido en detrimento do tamén valor superior da liberdade. Esta 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 confírelle á igualdade o carácter de valor superior do ordenamento xurídico. Pola súa banda, o artigo 9.2 CE (igualdade substancial) dispón que «Correspóndelles ós poderes públicos promoveren as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e mais dos grupos en que se integra sexan reais e efectivas; removeren os atrancos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitaren 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. Estímase que en determinados casos a tal diferenza non é relevante para xustificar un distinto gozo 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» (art. 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 do 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.

## **2.4 O pluralismo político**

O seu reflexo máis evidente no texto constitucional atópase 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 mais á lei. A súa estrutura interna e funcionamento deberán ser democráticos».

No entanto, na CE tamén se alude ao pluralismo desde outros puntos de vista:

1. Ao pluralismo social: de aí os preceptos que lles atribúen un papel fundamental aos sindicatos e asociacións empresariais nas relacións laborais (arts. 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 (art. 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 (art. 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 «dos grupos sociais e políticos significativos, respectando o pluralismo da sociedade e das diversas linguas de España» (art. 20.3 CE ).
7. Ao pluralismo asociativo (art. 22 CE).

O Tribunal Constitucional asumiu como función propia «fixar os límites dentro dos cales se poden formular 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).

### **3 OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS**

Os principios xerais manifestan o sentido e a finalidade mesma do ordenamento, destacando 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 na falta de lei ou costume, sen prexuízo do seu carácter informador do ordenamento xurídico».

Esa función é tamén atribuíble aos principios constitucionais. Así e todo, 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, establecía a

súa relación respecto das demais fontes do dereito sobre a base do principio de subsidiariedade: só se aplicaban na falta 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 coma tales normas de rango constitucional e aos que, en consecuencia, deben someterse tanto o lexislador coma 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. Son normas que non regulan directamente unha materia, senón que establecen orientacións xerais que se deben seguir 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 achegan criterios respecto da aplicación do resto das normas (LEGUINA).

Iso 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. No entanto, iso 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 deba 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 maila 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 namentres sirvan para promover os valores superiores do ordenamento xurídico.

Estes principios inspíranse nunha tradición moi arraigada nos ordenamentos liberais que, en última instancia, 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 recorda no Preámbulo da Constitución. Todos os poderes públicos se atopan 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, agás que se atope 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, por suposto, 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 regulada 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 o 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 da responsabilidade polas lesións patrimoniais como consecuencia do funcionamento dos servizos públicos, ou do artigo 121 verbo dos 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. Non obstante, esta seguridade xurídica, entendida como confianza que poden ter os cidadáns na observancia e 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 ten que responder á realidade de cada momento. E así declarou o TC que aínda que este principio vincula ao lexislador de igual modo que ao resto dos

poderes públicos, non se pode invocar para reivindicar dereitos adquiridos.

6. O principio de publicidade, requisito ineludible da seguridade xurídica, imponse 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 previstas nas 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 art. 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 coma 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, considerouse 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 debían entenderse «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 desprezar sen obstáculos todas as súas potencialidades transformadoras.

A distinción entre principios constitucionais e normas programáticas non admite unha liña divisoria clara. Con todo, existen diferenzas entre ambos

os tipos de normas. Namentres 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, xa que logo, á finalidade da acción normativa (ZAGREBELSKY). Poderíase dicir, daquela, que os principios se refiren en maior medida ao modo en que se exercita a actividade normativa, en canto que as normas programáticas se refiren aos fins que deben perseguirse a través desa actividade normativa.

## **4 O ESTADO ESPAÑOL COMO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DEREITO**

### **4.1 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 [...]» (art. 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. No entanto, 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 conceptos —Estado social e Estado democrático— están intimamente relacionados. De feito, o Estado social caracteriza o Estado democrático posterior á primeira guerra mundial, en contraposición co Estado liberal que se estendeu ao longo do século XIX. Aínda 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 censatario 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 maneira 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 da mesma que permitiría, segundo ela, a introdución de modificacións no modelo económico capitalista ou mesmo a súa transformación (ABENDROTH), e os que, pola contra, lle 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, non obstante, avogaría por unha postura intermedia en virtude da cal se defendía o carácter xurídico da fórmula Estado social, pero desbotábase a súa utilización como mecanismo habilitante para modificar ou alterar substancialmente o modelo de produción capitalista (STERN). Con esta última interpretación ha identificarse 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.

Dedúcese así do propio Preámbulo da CE ao proclamar a vontade da Nación española de «Garantir [...] a convivencia democrática, conforme

unha orde económica e social xusto», ou a de «Promover, para lles asegurar a todos unha digna calidade de vida, o progreso da cultura e da economía».

Pero ademais, a fórmula Estado social proxéctase ao seu articulado. Así, o artigo 9.2 CE dispón: «Correspóndelles aos poderes públicos promoveren as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e mais dos grupos en que se integra sexan reais e efectivas; removeren os atrancos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitaren 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».

Á 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) nas que se recoñecen unha serie de dereitos económicos e sociais dirixidos a asegurar 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, prevéndose incluso, mediante lei, o recurso á planificación da actividade económica.

Todo iso 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 funcionamento da actividade económica ou, dito doutro xeito, 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).

## **4.2 O Estado democrático de dereito**

O Estado democrático de dereito constitúe a culminación dunha longa evolución histórica que principia 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 iso 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 devandita lei debe ser aprobada conxuntamente polo Monarca e mais o Parlamento.
2. Nesta segunda fase non se considera aínda a plena democratización do Estado de dereito, senón que a loita polo Estado de dereito se move aínda exclusivamente nas marxes do control ou da limitación do poder do Estado. Así e todo, non se trata agora unicamente de articular mecanismos que permitan a participación da sociedade na elaboración da lei e de prever procedementos para a súa elaboración 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. En consecuencia, esténdese o control xudicial á actividade administrativa, o que provocará un gran debate na segunda metade do século XIX, e desembocará finalmente no nacemento 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. Xa que logo, 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 indisociables, 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 orzamentos do Estado democrático particularmente relevantes ou evidentes ao longo do texto constitucional:

- a) A proclamación da soberanía popular (art. 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, das súas culturas e tradicións, das súas linguas e institucións». Pero esta concepción plural da sociedade transcende tamén ao articulado: o artigo. 1.1 CE recoñece como valor superior do ordenamento xurídico o pluralismo político; o art.

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 ao artigo 1.2 CE: se os poderes do Estado emanan do pobo, o proceso político ten que 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 (art. 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 lles corresponde aos poderes públicos facilitaren a participación dos cidadáns na vida política, económica, social e cultural.

## **5 A REFORMA CONSTITUCIONAL**

O fin que se persegue coa reforma constitucional é institucionalizar o poder constituínte co obxectivo de poder modificar en tanto que 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 coma no de revisión cómpre distinguir a fase de tramitación parlamentaria e a de participación directa do corpo electoral. Pola súa vez, na fase parlamentaria convén distinguir, coma en

calquera procedemento lexislativo, dous momentos: o da iniciativa, por unha banda, e o da deliberación e aprobación, por outra.

### **5.1 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 apartado 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.

Polo tanto, 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, namentres que para a iniciativa lexislativa ordinaria se esixe a presentación da proposición de lei por un deputado coa sinatura doutros catorce, ou por un grupo parlamentario coa soa sinatura do seu voceiro (art. 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» (art. 146.1 Regulamento do Congreso). No Senado, a iniciativa lexislativa ordinaria atribúeselle a un grupo parlamentario ou vinte e cinco senadores (art. 108 Regulamento do Senado), e a de reforma da Constitución, en cambio, a cincuenta senadores que non pertenzan ao mesmo grupo parlamentario (art. 152 Regulamento do Senado).

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

## **5.2 Fase de deliberación e aprobación parlamentaria**

### *5.2.1 Reforma constitucional*

Está regulada 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 superaría o trámite parlamentario. Pola contra, 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, tentarase obter o devandito acordo mediante a creación dunha comisión mixta paritaria Congreso-Senado. Aínda que a Constitución non determina expresamente a maioría esixida para aprobar o texto proposto por esta comisión, parece claro que a maioría esixida será de tres quintos de cada cámara.

En caso de que o proxecto de reforma non se aprobase 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 apartado segundo do artigo 167: «De non se lograr a aprobación mediante o procedemento do número anterior, e sempre que o texto obtivera o voto favorable da maioría absoluta do Senado, o Congreso por maioría de dous tercios poderá aprobar a reforma».

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

### *5.2.2 Revisión constitucional*

Este procedemento deberá seguirse cando se propuxer un cambio de Constitución, é dicir, unha reforma total da mesma, ou para a reforma das decisións políticas fundamentais (título preliminar), os dereitos fundamentais e liberdades públicas (sección 1.<sup>a</sup> do capítulo II do título I) e para a Coroa (título II) (art. 168.1 CE).

No caso de que ese sexa o obxecto da reforma «procederáse á aprobación do principio por maioría de dous tercios de cada cámara, e á disolución inmediata das Cortes» (art. 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 ó estudio do novo texto constitucional, que deberá ser aprobado por maioría de dous tercios de ambas as cámaras» (art. 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, xa que logo, habería que interpretar que abondaría a maioría simple.

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

### **5.3 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 solicítalo así a décima parte dos membros de calquera de ambas as cámaras (art. 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 do Estado.

A estas previsións constitucionais respecto da reforma constitucional, cómpre engadirllas as contidas na Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, do Consello de Estado, reformada no 2004. Dispón respecto diso a Lei orgánica que a Comisión de Estudos do Consello de Estado elaborará as propostas de reforma constitucional que o Goberno lle encomende ao Consello de Estado e ha sometelas ao Pleno deste, 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 estime pertinentes acerca deles. Ademais prevé o artigo 21 da lei 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 coñecera en toda a súa historia unha soa reforma (reforma do 27 de agosto de 1992, BOE núm. 207, do 28 de agosto de 1992); a reforma obrigada do artigo 13.2 CE para adecuar a Constitución ao Tratado de Maastricht de 1992, que lles recoñecía aos cidadáns comunitarios o dereito de sufraxio pasivo nas eleccións municipais. Porén, como é sabido, reformouse recentemente o artigo 135 CE (BOE núm. 233, do 27 de setembro do 2011) a fin de constitucionalizar o principio de estabilidade orzamentaria e de vincular dese xeito a todas as administracións públicas na súa consecución.



## **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-ESCUDERO 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 TREMP, 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 e 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



### **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

#### INTRODUCCIÓN.

##### 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 ao honor, 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 producírense.

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 a contraer matrimonio.

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.

## INTRODUCCIÓN

Os apartados deste tema correspóndense co capítulo II do Título I da Constitución. Para o seu mellor entendemento, transcríbese a continuación a estrutura do Título I:

Título I. Dos dereitos e deberes fundamentais.

Capítulo I. Dos españois e os estranxeiros.

Capítulo II. Dereitos e liberdades.

Sección 1ª. Dos dereitos fundamentais e das liberdades públicas.

Sección 2ª. Dos dereitos e deberes dos cidadáns.

Capítulo III. Dos principios reitores da política social e económica.

Capítulo IV. Das garantías das liberdades e dereitos fundamentais.

Capítulo V. Da suspensión dos dereitos e liberdades.

Polo tanto, é obxecto do presente tema, en sentido estrito, o Capítulo II do Título I, nas dúas seccións. Os capítulos III, IV e V estúdanse no tema seguinte, non podendo negarse o carácter complementario dun e outro tema.

## **1. DEREITOS E LIBERDADES.**

### **1.1. O Título Primeiro da Constitución como Declaración de Dereitos.**

Tradicionalmente dentro das constitucións distínguese un dobre contido:

por unha banda, organizan o poder do Estado (parte orgánica) e, por outra, definen os criterios fundamentais que deben configurar esa organización e o seu funcionamento, en especial, nas súas relacións cos individuos (parte dogmática). A declaración de dereitos forma parte deste segundo bloque de materias constitucionais, da parte dogmática, representando o seu núcleo esencial. Nas declaracións de dereitos defínense, xa que logo, os límites materiais que a dignidade humana impón ao poder público, determinando, ao mesmo tempo vez, os fins básicos que o devandito poder debe perseguir na súa acción diaria.

Os dereitos fundamentais son, daquela, un elemento estrutural do Estado de Dereito, de maneira que dificilmente poden concibirse como realidades separadas: só alí onde se recoñecen e garanten os dereitos fundamentais existe Estado de Dereito e só onde está establecido o Estado de Dereito pode falarse de auténtica efectividade dos dereitos fundamentais. Proba manifesta desta interdependencia atópase na evolución que experimentaron ambos os conceptos, evolución que correu parella, renovándose e completándose. Así, o paso do Estado liberal decimonónico ao Estado democrático só é comprensible pola ampliación de determinados dereitos fundamentais, en especial, do dereito de voto; pola súa vez, só se pode falar do Estado social de Dereito a partir do recoñecemento e eficacia de dereitos de natureza social. Dito doutro xeito, os dereitos fundamentais non son só un límite xurídico ao poder público dentro do sistema democrático; son, por riba e antes diso, un elemento necesario e imprescindible do devandito sistema, de maneira que non é posible falar de democracia sen dereitos fundamentais porque ambos os dous conceptos se funden e se presupoñen reciprocamente.

A Constitución posúe no Título Primeiro, dedicado aos «dereitos e deberes fundamentais», un dos alicerces básicos da definición do Estado como «social e democrático de dereito» (art. 1 CE). Este Título Primeiro representa, xa que logo, a declaración de dereitos do ordenamento español xa que 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, segundo as palabras do Tribunal Constitucional, «son elementos esenciais dun ordenamento obxectivo da comunidade nacional, en canto 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.

Xunta a 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 deben terse constantemente presentes á hora de entender e interpretar a realidade político-constitucional tanto pola súa íntima interdependencia coma por esa característica consistente en ser elemento estrutural do Estado social e democrático de Dereito.

Tradicionalmente discútese sobre cal é a auténtica natureza dos dereitos fundamentais; para uns, os dereitos fundamentais son dereitos anteriores á

constitución e ao ordenamento xurídico, e derivan da propia natureza (tese iusnaturalista); para outros, en cambio, os dereitos fundamentais só existen na medida en que se establecen no ordenamento xurídico (tese positivista); un terceiro grupo, finalmente, cre que os dereitos fundamentais proceden dunha orde de valores anterior ao ordenamento, pero que só adquiren natureza de dereitos pola súa positivización (tese mixta). Sexa cal for o fundamento que se lles queira dar aos dereitos fundamentais, o certo é que, desde o punto de vista xurídico, a súa análise e estudo deben realizarse a partir da súa regulación no ordenamento, primeiro na Constitución e despois, se é o caso, noutras normas. Esa é a dimensión que constitucionalmente importa e só a partir dela pódese entender o seu auténtico alcance xurídico.

## **1.2. O concepto de dereitos fundamentais**

Malia 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 art. 10 da CE. Este precepto actúa como «pórtico» introdutorio de todo o título e nel recálcase o carácter básico do individuo, da súa dignidade como tal, e dos seus dereitos para a orde política; así mesmo, no apartado segundo, establécense determinadas regras arredor da interpretación dos dereitos fundamentais.

- O Capítulo Primeiro («dos españois e os estranxeiros») regula as condicións de exercicio dos dereitos fundamentais, aínda que algunhas desas condicións representan en si mesmas dereitos.
- O Capítulo Segundo («dereitos e liberdades») é o apartado no que se sitúa a auténtica declaración de dereitos, que se divide pola súa banda en dúas seccións precedidas do recoñecemento de principio de igualdade ante a lei (art. 14). A primeira desas seccións denomínase «dos dereitos fundamentais e das liberdades públicas» (arts. 15-29); a segunda titúlase

«dos dereitos e deberes dos cidadáns» (arts. 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, para rematar, establece as bases da regulación da suspensión dos dereitos fundamentais durante situacións excepcionais ou de crise.

Resulta claro, xa que logo, que non todo o Título Primeiro recoñece dereitos fundamentais. Pero, mesmo centrándose neles, a súa regulación constitucional non deixa de suscitar incógnitas. A primeira radica en determinar que hai que entender por «dereitos fundamentais». O problema xorde porque a doutrina, a xurisprudencia e o propio texto constitucional, en ocasións, usan expresións distintas á de «dereitos fundamentais» para referírense a eses dereitos que a Constitución considera como básicos. Así, nalgúns pasaxes da Norma Fundamental fálase de «dereitos e liberdades», noutros de «liberdades públicas», etc.; tamén é habitual na doutrina e nos convenios internacionais sobre a materia a referencia ao concepto de «dereitos humanos» ou ao de «dereitos do home». Esta diversidade de denominacións responde a distintos motivos, tales como a perspectiva metodolóxica con que se analice una mesma realidade xurídica, á dimensión histórica desa análise, ou mesmo á propia estrutura interna dos distintos dereitos. Non obstante, desde o punto de vista constitucional, o concepto de «dereitos fundamentais» resulta o máis adecuado; iso porque, por outra banda, a expresión «dereitos fundamentais» serve para poñer de manifesto a natureza especial que os devanditos dereitos posúen: a súa consideración como elemento básico e preeminente do ordenamento, ante a natureza «ordinaria» que os demais dereitos subxectivos posúen.



Ora ben, ata esta denominación de «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 doutro xeito, 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 arts. 14 a 29 da CE son auténticos dereitos fundamentais, o que se manifesta na especial rixidez esixida para a súa reforma (art. 168.1 CE), no sistema reforzado de garantía para eles previsto (art. 53.2 CE ) e nas garantías normativas impostas ao seu desenvolvemento (art. 82 e ss. CE).

Non entanto, para amplos sectores doutrinais a cualificación de «fundamentais» tamén é aplicable aos dereitos incluídos na Sección segunda do Capítulo II (arts. 30-38); a cuestión ten un carácter basicamente nominalista a condición de que 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 deles; porén, tamén se sinalou que, xunta esas condicións de exercicio de dereitos fundamentais, se recoñecen auténticos dereitos subxectivos que, en canto tales, posúen rango constitucional (dereito de asilo, por exemplo). Para rematar, como tamén se sinalou, o Capítulo Terceiro non recoñece

auténticos dereitos subxectivos senón soamente principios reitores. Dito doutro xeito, os «principios reitores» non outorgan por si mesmos facultades exercitables ao individuo; trátase simplemente de normas dirixidas ao poder público, sen dimensión subxectiva autónoma.

En resumo, daquela, só os dereitos recoñecidos nos arts. 14 a 29 da CE poden cualificarse en sentido estrito de dereitos fundamentais, aínda que esta terminoloxía se aplique tamén, en ocasións, a todo o Capítulo segundo e, incluso, de forma tecnicamente incorrecta, a todo o Título Primeiro.

Agora ben, e por outra banda, hai que ter presente que non todos os contidos dos citados preceptos comprenden dereitos fundamentais. Ademais do recoñecemento das facultades subxectivas do individuo, existen normas que non recoñecen propiamente dereitos fundamentais, establecendo regras complementarias á regulación destes: mandatos ao lexislador (art. 20.3 CE), normas finalistas (art. 25.2 CE), garantías institucionais (art. 27.10 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 esixibles ante outros suxeitos de Dereito e considerados como tales pola Constitución son verdadeiros dereitos fundamentais.

## **2. DEREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES PÚBLICAS.**

Como se vén 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 devanditos dereitos, regulados nos artigos 15 ao 29 da CE (transcríbense os preceptos), sen prexuízo de que a materia poida completarse 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 caso ningún, poidan ser sometidos a tortura nin a penas ou tratos inhumanos ou degradantes. Queda abolida a pena de morte, salvo o que se poida dispor nas leis penais militares para tempos de guerra.

### **2.2. Liberdade ideolóxica, relixiosa e de culto.**

Artigo 16.1. Garántese a liberdade ideolóxica, relixiosa e de culto dos individuos e das comunidades sen máis limitación, nas súas manifestacións, cá necesaria para a conservación 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 as 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 pola lei.

2. A detención preventiva non poderá durar máis do tempo estritamente necesario para a realización das indagacións tendentes ó 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, sen que poida ser obrigada a declarar. Garántese a asistencia de avogado ó detido nas dilixencias policiais e xudiciais, nos termos que a lei estableza.

4. A lei regulará un procedemento de habeas corpus para que se produza a inmediata posta á disposición xudicial de toda persoa detida ilegalmente. Igualmente, determinarase por lei o prazo máximo de duración da prisión provisional.

#### **2.4. Dereito ao honor, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe.**

Artigo 18. 1. Garántese o dereito ó honor, á intimidade persoal e familiar e mais á propia imaxe.

2. O domicilio é inviolable. Ningunha entrada ou rexistro poderá facerse nel sen consentimento do titular ou resolución xudicial, non sendo en caso de manifesto delito.

3. Garántese o segredo das comunicacións e, en especial, das postais, telegráficas ou telefónicas, non sendo en caso de resolución xudicial.

4. A lei limitará o uso da informática para que se garanta o honor e maila 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 circularen por todo o territorio nacional.

Tamén 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 protexen os dereitos:

- a) A expresar e difundir libremente os pensamentos, ideas e opinións mediante a palabra, o escrito ou calquera outro medio de reprodución.
- b) Á produción e creación literaria, artística, científica e técnica.
- c) Á liberdade de cátedra.
- d) A comunicar ou recibir libremente información veraz por calquera medio de difusión. A lei regulará o dereito á cláusula de conciencia e

ó segredo profesional no exercicio destas liberdades.

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

3. A lei regulará a organización e control parlamentario dos medios de comunicación social dependentes do Estado ou de calquera ente público e garantirá o acceso ós citados 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 ós dereitos recoñecidos neste título, nos preceptos das leis que os desenvolven e, especialmente, no dereito ó honor, á intimidade, á propia imaxe e á protección da mocidade e da infancia.

5. Só poderá acordarse 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 reunión en lugares de tránsito público e manifestacións daráselle comunicación previa á autoridade, que só as poderá prohibir 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 empreguen medios tipificados como delicto son ilegais.

3. As asociacións constituídas ó abeiro deste artigo deberanse inscribir nun rexistro para os únicos 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 mailas de carácter paramilitar.

## **2.8. Dereito a participar nos asuntos públicos.**

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

2. Tamén teñen dereito a acceder en condicións de igualdade ás funcións e cargos públicos, cos requisitos que sinalan 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, poida producirse indefensión.

2. Do mesmo xeito, todos teñen dereito ó 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 estea obrigado a declarar sobre feitos presuntamente delictuosos.

### **2.10. Dereito a non ser condenado ou sancionado por accións ou comisións non reguladas na Lei no momento de producírense.**

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 coma administrativa.

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

2. As penas privativas de liberdade e as medidas de seguridade estarán encamiñadas á reeducación e reinserción social e non poderán consistir en traballos forzados. O condenado a pena de prisión que estea cumprindo esta gozará dos dereitos fundamentais deste capítulo, fóra dos que se vexan expresamente limitados polo contido da sentenza condenatoria, o sentido da pena e a lei penitenciaria. En todo caso, terá dereito a un

traballo remunerado e mais ós beneficios correspondentes da Seguridade Social, así como ó acceso á cultura e ó 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 Honor 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 dereito á educación. Recoñécese a liberdade de ensino.

2. A educación terá por obxecto o pleno desenvolvemento da personalidade humana no respecto ós principios democráticos de convivencia e ós dereitos e liberdades fundamentais.

3. Os poderes públicos garanten o dereito que asiste ós 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 ós principios constitucionais.

7. Os profesores, os pais e, se procede, 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 sindicarse libremente. A lei poderalles pór limitacións ou excepcións ó exercicio deste dereito ás forzas ou institutos armados ou ós 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 se afiliarse ó da súa elección, así como o dereito dos sindicatos a formaren confederacións e a fundaren organizacións sindicais internacionais ou a se afiliaren a elas. Ninguén poderá ser obrigado a se 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 que se asegure 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 de acordo co 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 deste apartado. Esta materia pode completarse co réxime das garantías constitucionais destes dereitos, que é obxecto do tema seguinte.

### **3.1. Dereito e o deber de defender a 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, podendo impor, se é o caso, unha prestación social substitutoria.

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

4. Mediante a 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 ó sustentamento 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 ós criterios de eficiencia e economía.

3. Só poderán establecerse prestacións persoais ou patrimoniais de carácter público reguladas pola 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 maila capacidade para o contraer, 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 se non é 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, regulado pola 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 ó traballo, á libre elección de profesión ou oficio, á promoción a través do traballo e a unha remuneración suficiente para satisfaceren 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 do 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 dos 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 que se asegure 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 esixencias da economía xeral e, cando corresponda, da planificación.

Vicente Calvo do Castelo

Interventor-Tesoureiro e Secretario-interventor da Administración local

## **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 PIÑERO, M. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, (Las Rozas) Madrid, 2008.

## **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.
  - 1.5. A protección xudicial dos dereitos fundamentais
  - 1.6. O amparo constitucional.
  - 1.7. A protección internacional
3. A suspensión.
4. Principios reitores da política social e económica.

#### **1. As garantías dos dereitos e liberdades**

##### **a) Necesidade das garantías**

A experiencia histórica demostrou que tan só o recoñecemento nunha norma constitucional non é condición suficiente, aínda que si necesaria, para o efectivo respecto dos dereitos fundamentais. Durante moito tempo, a influencia dunha combinación de racionalismo e idealismo fixo crer que a propia evidencia da racionalidade dos dereitos fundamentais, unida á consagración constitucional, abondaba para asegurar a efectiva protección dos dereitos do ser humano.

A realidade histórica puxo de relevo, no entanto, que a súa indubidable xustificación e o mero recoñecemento constitucional non bastan para garantir a efectiva eficacia dos dereitos fundamentais. Así, case todas as constitucións —utilizado aquí o termo en sentido amplo— lles recoñecen teoricamente aos cidadáns un completo e dilatado elenco de dereitos fundamentais cuxo exercicio é logo, na práctica, impedido. Ninguén nega abertamente os dereitos fundamentais, como ninguén proclama a súa conculcación; pola contra, ata os máis autoritarios réximes tentan fundamentarse sobre o recoñecemento das liberdades. Ás veces, estas resultan formalmente recoñecidas, pero este recoñecemento é meramente retórico, de forma que son inexistentes na práctica. A imposibilidade de exercer os dereitos fundamentais pode obedecer ou ben a que a eficacia práctica do recoñecemento constitucional quede supeditada a un desenvolvemento lexislativo posterior que despois resulta inexistente ou, cando existe, restritivo ou represivo, ou ben, máis pura e simplemente, a que a actuación dos poderes públicos imposibilita o devandito exercicio.

Esta realidade levou á convicción de que o recoñecemento dos dereitos fundamentais non é máis ca unha declaración de carácter metaxurídico se non se acompaña de garantías suficientes que aseguren a efectividade do exercicio dos tales dereitos: o recoñecemento dos dereitos fundamentais debe ir acompañado da intervención de mecanismos xurídicos que aseguren a súa protección efectiva. Xa que logo, a efectividade dos dereitos fundamentais depende tanto do seu recoñecemento formal como da existencia de mecanismos xurídicos susceptibles de garantir a súa eficacia real.

A Constitución española, ademais de recoñecer os dereitos fundamentais, establece un complexo e completo sistema de protección e garantía dos mesmos. Este sistema de protección, directamente derivado da Constitución, asegura a existencia no noso ordenamento de auténticas liberdades públicas e permite, xa que logo, afirmar o pleno recoñecemento de que gozan no noso sistema os dereitos fundamentais.

## b) Garantías xenéricas e xurisdicionais

O bloque garantista comprende distintos mecanismos de diversa índole. De acordo coa súa natureza, pódense catalogar en dous grandes grupos. No primeiro destes grupos integraríanse aqueles mecanismos que atenden, en abstracto, a evitar que a actuación, tamén xeral e abstracta, dos poderes públicos poida redundar nun descoñecemento ou vulneración dos dereitos fundamentais constitucionalmente recoñecidos, ou nun menoscabo do contido mínimo que a norma constitucional lles atribúe aos devanditos dereitos. En razón dese carácter xeral e abstracto, denominouse a estes mecanismos garantías xenéricas. O seu obxecto fundamental é evitar que as normas de rango inferior á Constitución que desenvolvan dereitos fundamentais os desposúan do contido e a eficacia con que a Constitución pretende dotalos. O destinatario destas garantías, pois, non é tanto o cidadán individual como a colectividade.

Outros mecanismos, porén, revisten distinto carácter. Son instrumentos reactivos, que se lles ofrecen aos cidadáns para que, en cada caso singular en que se repute producida unha vulneración dun dereito fundamental, poidan acudir a eles e obter a preservación do dereito ou o seu restablecemento. O seu obxecto non é, pois, previr unha eventual actuación dos poderes públicos que, con carácter xeral, pretenda menoscabar a eficacia ou alcance dos dereitos fundamentais, senón ofrecerlle a cada cidadán a posibilidade de reaccionar fronte ás vulneracións dos seus propios dereitos fundamentais de que poida ser obxecto en cada caso concreto. Como nun Estado de dereito esa reacción ten lugar, normalmente, instando a actuación dos órganos xurisdicionais, pódense agrupar baixo a denominación de garantías xurisdicionais.

### **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 2.º 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 derívase da propia Constitución. En efecto, é o mesmo texto constitucional, no art. 53.1, o que establece terminantemente que os dereitos e liberdades recoñecidos no capítulo 2.º do título I «vinculan a todos os poderes públicos». Como xa se viu na lección 6.ª, esta declaración constitucional non ten máis que un sentido: o de reforzar a forza vinculante —que é xeral a todo o texto constitucional— dos preceptos aludidos. Pero, ademais, o obxectivo do art. 53.1 da CE é garantir a directa aplicabilidade, sen necesidade de mediación lexislativa ningunha, dos preceptos constitucionais aos que se refire. Esta directa aplicación dos dereitos fundamentais foi consagrada pola xurisprudencia constitucional e ordinaria. Así, o Tribunal Constitucional sinalou (STC 21/81, caso Pitarch) que «os dereitos e liberdades fundamentais vinculan a todos os poderes públicos e son orixe inmediata de dereitos e obrigas, e non meros principios programáticos». Aplicabilidade directa que, doutra banda, quedou consagrada na lexislación ordinaria. Así, a LO 6/85, do Poder Xudicial, prescribe (art. 7.1) que «os dereitos fundamentais e as liberdades públicas vinculan, na súa integridade, a todos os xuíces e tribunais, e están garantidos baixo a efectiva tutela dos mesmos». Por maior abastanza, o n.º 2 do mesmo precepto sinala que «en especial, os dereitos enunciados no art. 53.2 da CE recoñeceranse, en todo caso, de conformidade co seu contido constitucionalmente declarado, sen que as resolucións xudiciais poidan, en ningún caso, restrinxir, menoscabar ou inaplicar o devandito contido».

A directa aplicación dos dereitos fundamentais constitúe unha garantía da maior relevancia para a súa plena efectividade. Mercé a iso impídese que o fenómeno coñecido como «lexislación negativa» perturbe a eficacia dos devanditos dereitos. A lexislación negativa consiste en que, nos supostos



en que unha determinada previsión normativa precise ser desenvolvida por normas de rango inferior, non se cheguen a aprobar as tales normas. Pois ben, a directa aplicabilidade dos dereitos fundamentais —nos que se dá con frecuencia o caso de que a Constitución remita a un desenvolvemento lexislativo— impide que o eventual fenómeno da lexislación negativa prive de eficacia os preceptos constitucionais reguladores de dereitos fundamentais.

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 que o están incluso 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 suscitados 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. De non ser pola resultante da directa aplicabilidade dos dereitos fundamentais e dos efectos da disposición derogatoria, as tales normas poderían considerarse aplicables na súa integridade. Iso produciría o indesexable resultado de que o recoñecemento constitucional dos dereitos fundamentais se vería desvirtuado pola aplicación dunha lexislación preconstitucional e claramente restritiva.

En tales casos, o carácter prevalente da Constitución e a directa aplicabilidade dos dereitos fundamentais, conxugados coa Disposición Derrogatoria, producen que decaia a vixencia das normas preconstitucionais que se opoñan á Constitución. Desta forma, os dereitos fundamentais recoñecidos na Constitución cobran plena eficacia aínda cando non sexan obxecto de desenvolvemento lexislativo, e mesmo 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 art. 53.1. Consonte este precepto, a Constitución esixe que a regulación do exercicio dos dereitos fundamentais se realice, forzosamente, por lei. Desta maneira 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 art. 53.1 da CE é xenérica e afecta a todos os dereitos recoñecidos no capítulo 2.º do título I da CE. Non obstante, a reserva de lei xenérica concrétase, reforzándose, en relación coas liberdades públicas recoñecidas na sección 1.ª do propio capítulo 2º. En efecto, se todos os dereitos recollidos no capítulo 2.º non se poden regular senón por lei, os regulados nos arts. 14 a 29 da norma fundamental só, e soamente eles, poden ser desenvolvidos mediante lei orgánica (STC 116/99, caso Técnicas de reprodución asistida). Como se viu máis arriba, a lei orgánica require, para a súa aprobación ou modificación, da votación favorable da maioría absoluta do Congreso. Así pois, se todos os dereitos e liberdades deben ser regulados, de ser o caso, mediante lei, os dereitos fundamentais non o poden ser senón por lei orgánica. Introdúcese con iso unha garantía adicional do desenvolvemento lexislativo das liberdades públicas ao esixirse unha maioría cualificada. Como lóxico corolario de todo isto, o art. 86.1 da CE impide que os decretos leis afecten aos dereitos e liberdades recoñecidos no título I. Vétase así 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

Non está de máis facer aquí algunha precisión tocante ao alcance da reserva de lei orgánica, e iso en dous sentidos. En primeiro lugar, é preciso sinalar que a reserva de lei orgánica non implica que as demais normas xurídicas non poidan incidir nos dereitos fundamentais. Iso, entre outras cousas, sería totalmente imposible, pola obvia razón de que son moi poucas —se é que hai algunha— as normas xurídicas que, mediata ou inmediatamente, non garden relación con algún dereito fundamental. Por iso, manter a este respecto un criterio estrito levaría á conclusión de que a maior parte do ordenamento debería estar formado por leis orgánicas. Non é este, evidentemente, o sentido das previsións constitucionais. 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 con outras palabras, o que se busca é que as condicións do exercicio dos dereitos fundamentais sexan reguladas mediante unha lei orgánica. Así, a expresión «relativas ó desenvolvemento dos dereitos fundamentais» que se utiliza no art. 81.1 da CE, hai que entendela no sentido de «reguladoras das formas e condicións do exercicio dos dereitos fundamentais e dos límites destes». Como o Tribunal Constitucional sinalou, o mandato do art. 81.1 non se pode entender nun sentido amplo; resulta evidente que moitas normas afectan directa ou indirectamente a dereitos fundamentais. Xa que logo, se a previsión do art. 81.1 ou a expresión «afectar» do art. 86.1 —que exclúe que os decretos leis «afecten» a dereitos fundamentais—, se entenden cun alcance expansivo, iso redundaría na inutilización doutros instrumentos normativos, nomeadamente os decretos-leis. Por iso o Tribunal Constitucional sinala a necesidade dunha interpretación restritiva dos termos «desenvolvan»—contido no art. 81.1 da CE— ou «afectar» —art. 86.1 da CE. Por «desenvolvemento» cumprirá, pois, entender a regulación básica das

condicións de exercicio dos dereitos e, desde logo, aquilo que atinxe ao seu contido esencial; por «afectar», doutro lado, haberá que entender aquilo que repercuta efectivamente sobre o réxime de exercicio ou gozo do dereito (STC 173/98, caso Lei vasca de asociacións, por exemplo).

Doutra banda, 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 devandita materia —ou a súa modificación ou derogación— precise dunha maioría cualificada. Dito con outras palabras, o que se persecue é resgardar a normación desa materia de eventuais modificacións sucesivas en virtude da alternancia de maiorías parlamentarias conxunturais. Así, outórgaselle á regulación destas materias unha rixidez formal superior ás das leis ordinarias.

Mais 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 5/81, caso LOECE), «se é certo que existen materias reservadas á lei orgánica, tamén o é que as leis orgánicas están reservadas a estas materias».

### **1.3. O contido esencial dos dereitos fundamentais**

#### **a) Concepto**

Xa que logo, só por lei poden regularse os dereitos recoñecidos no capítulo 2.<sup>º</sup> do título I, e esa lei ten que ser orgánica se desenvolve as liberdades públicas recoñecidas nos arts. 15 a 29 da CE. Pero nin sequera o lexislador, nin mesmo o lexislador orgánico, pode regular con absoluta discrecionalidade os dereitos fundamentais. Non cabe un desenvolvemento lexislativo dos dereitos fundamentais que restrinxa o seu contido ou as

condicións do seu exercicio por debaixo do nivel constitucionalmente previsto.

En efecto, a Constitución imponse ao lexislador, no n.º 1 do art. 53, a obriga de «respectar o contido esencial» dos dereitos fundamentais, obriga que constitúe unha garantía adicional á reserva de lei. Mediante esta, atribúeselle ao poder lexislativo, en exclusiva, a potestade de normar o desenvolvemento dos dereitos e liberdades; pero, ademais, ao obrigar ao lexislador a respectar o contido esencial dos tales dereitos e liberdades imposibilitase que o desenvolvemento lexislativo baleire de contido material os preceptos constitucionais. Deste xeito, evítase o perigo de que o recoñecemento constitucional dos dereitos fundamentais sexa puramente formal, e dótase os devanditos preceptos dun contido material intanxible.

A obriga de respectar o contido esencial dos dereitos e liberdades imponse, en realidade, un límite ao lexislador: este pode, e mesmo debe, desenvolver lexislativamente os preceptos constitucionais; pero non o pode facer de tal xeito que o recoñecemento constitucional se torne inoperante. O problema xurídico xorde, está claro, á hora de definir os contornos do contido esencial dun dereito concreto. Porque non cabe dúbida de que, dentro do marco constitucional previsto, o lexislador dispón dunha marxe de manobra que lle permite modular as condicións, formas e efectos do exercicio dun dereito na maneira que considere máis adecuada. Trátase, pois, de respectar obrigadamente un núcleo mínimo, a partir do cal o lexislador pode operar ampliando máis ou menos expansivamente as condicións de exercicio dos dereitos.

#### b) Delimitación

Daquela, faise preciso en cada caso determinar se a actuación do lexislador invadiu o núcleo intanxible do dereito, conculcando o seu contido esencial, ou se se limitou a modular o seu exercicio dentro da marxe de actuación de que dispón. A delimitación dese núcleo intanxible deberá realizarse considerando cal é o mínimo condicionante que permite afirmar a subsistencia do dereito ou liberdade e da posibilidade de exercelo.

Expresado noutros termos, haberá que pensar onde se sitúa a división que permite falar do efectivo gozo —coas condicións que sexan— do dereito ou que, pola contra, obriga a constatar a imposibilidade material de exercelo. A noción do contido esencial dos dereitos fundamentais é, pois, predominantemente casuística: haberá que observar o concreto desenvolvemento de cada dereito constitucionalmente recoñecido para determinar se o tal desenvolvemento respecta ou non o seu contido esencial. Para levar a cabo esta determinación existen basicamente dous criterios. O primeiro deles implica o recurso á noción xeralmente admitida do que un dereito significa. As palabras recoñecen realidades e, xa que logo, cando se expresa con palabras un dereito, existe un referente xeralmente admitido do que ese dereito abrangue. Desde esta perspectiva, o contido esencial dun dereito sería aquel que o fai recoñecible como pertencente a aquela categoría xurídica coa que, de acordo coa idea xeralmente aceptada, se correspondese. Aínda que se trate dunha noción en non pequena medida subxectivista e, desde logo, vinculada cun determinado momento histórico, é claro que existe unha noción xeralmente asumida do que son, por exemplo, a liberdade de asociación ou o dereito de folga. Pois ben, o contido esencial destes dereitos son aqueles trazos que os integran nesas nocións xeralmente asumidas dos mesmos. 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, idea ou categoría xeralmente asumida do mesmo.

Un segundo criterio para determinar o contido esencial do dereito sería o de localizar aqueles intereses que se persegue protexer 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. Desta maneira, cada vez que se pretenda determinar se o desenvolvemento lexislativo dun dereito respecta o seu contido esencial, haberá que analizar se o tal desenvolvemento lexislativo permite recoñecer o dereito que se regula como correspondente á idea que xeralmente se ten del, e haberá que comprobar, igualmente, se os intereses xurídicos reais e concretos que se pretende protexer co recoñecemento constitucional do dereito quedan efectivamente protexidos co tal desenvolvemento lexislativo. Se iso non é así, quer dicir, se o desenvolvemento lexislativo desnaturaliza o dereito e impide recoñecelo como pertencente á idea que xeralmente se ten del, ou se se conclúe que a norma que desenvolve o dereito non protexe adecuadamente os intereses que a Constitución pretende protexer, daquela descoñeceuse o contido esencial do dereito.

#### **1.4. O Defensor do Pobo**

##### **a) Concepto**

A institución do Defensor do Pobo trátase no art. 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 levado a efecto coa O 3/81, do 6 de abril, do Defensor do Pobo (LODP).

Verbo dos dereitos fundamentais, correspóndelle ao Defensor do Pobo interpoñer 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 procedementos. O Tribunal Constitucional seica se inclinou por interpretar esta dobre lexitimación nun sentido literal e amplo, sen a restrinxir ao ámbito da competencia do Defensor do Pobo, isto é, a defensa dos dereitos e liberdades fronte á

actuación da Administración pública (STC 150/90, caso Recargo do tres por cento).

(O estudo específico desta institución correspóndelle ao tema 7).

## **2. A tutela xurisdicional dos dereitos e liberdades**

### **2.1. A protección xudicial dos dereitos fundamentais**

#### **a) Concepto**

Como todos os demais dereitos e intereses lexítimos, os dereitos fundamentais son defendibles ante a xurisdición ordinaria, exercitando o dereito á tutela xudicial efectiva. Pero dada a súa relevancia no sistema, a Constitución quixo proporcionar ademais mecanismos extraordinarios de protección, ben por parte dos órganos xudiciais ordinarios, a través de «un procedemento baseado nos principios de preferencia e sumariedade» ou, por parte do Tribunal Constitucional, mediante o «recurso de amparo constitucional». Esta dobre protección xurisdicional —ante a Xustiza ordinaria, administrada por xuíces e maxistrados independentes e sometidos exclusivamente ao imperio da Lei, ou ante o Tribunal Constitucional, supremo intérprete da Constitución— pecha o círculo do complexo e acabado sistema de garantías que a Constitución dispón para asegurar a eficacia dos dereitos fundamentais.

A protección xudicial dos dereitos fundamentais arrinca, pois, do art. 53.2 da CE. Este precepto configura os dereitos fundamentais como auténticos dereitos subxectivos susceptibles de seren protexidos mediante o recurso aos tribunais. A peculiaridade deste precepto constitucional ponse de relevo ao comparalo co número seguinte do propio artigo, que exclúe expresamente da categoría de dereitos subxectivos de directa orixe constitucional os «principios reitores» recollidos no capítulo 3.º do título I da CE. Aínda máis, a protección prevista no art. 53.2 da CE nin sequera



alcanza a todos os dereitos recollidos no capítulo 2.º do título I da CE: limítase, exclusivamente, aos dereitos recollidos nos arts. 14 a 29.

O art. 53.2 da CE ten un dobre efecto. Por unha banda, prevé unha acción procesual, ou, para ser máis exacto, dálles cobertura a un conxunto de accións procesuais exercitables en defensa e protección —en tutela, segundo a terminoloxía constitucional— dos dereitos fundamentais, pechando así o círculo de preceptos constitucionais que fan dos dereitos fundamentais dereitos subxectivos cuxa protección ou reparación é esixible ante os tribunais ordinarios; doutra banda, o mesmo artigo institúe, para o exercicio desas accións en tutela das liberdades públicas, un procedemento caracterizado *in genere* por dúas notas: preferencia e sumariedade. O que distingue este procedemento (ou procedementos, como se verá máis adiante) é que o órgano chamado a realizar a protección é un xulgado ou tribunal ordinario integrado no Poder Xudicial, a diferenza do que sucede co amparo constitucional, que se residencia ante o Tribunal Constitucional.

Doutra banda, tradicionalmente, os mecanismos de protección dos dereitos fundamentais enfocáronse a previr e impedir as súas posibles vulneracións por parte dos poderes públicos: suponse que son os devanditos poderes os que poden realizar unha utilización abusiva das facultades que teñen conferidas, utilización que, se se dá o caso, pode redundar nunha conculcación dos dereitos fundamentais. Existe, así, unha concepción xeneralizada de que os dereitos fundamentais deben protexer, sobre todo, fronte aos poderes públicos, posto que estes dispoñen de instrumentos poderosos que lles outorgan unha maior facilidade para a vulneración dos dereitos fundamentais. Non obstante, como se viu, a protección dos dereitos non está articulada só fronte aos poderes públicos senón, tamén, fronte aos particulares.

b) Desenvolvemento

Malia o que puidese deducirse dunha lectura apresurada do art. 53.2 da CE, e tal e como se apuntou previamente, a tutela dos dereitos fundamentais que deben dispensar os xuíces e tribunais ordinarios non se encontra articulada arredor dun único procedemento, senón que o devandito precepto constitucional atopou desenvolvemento mediante un complexo sistema de accións procesuais distintas, aínda que complementarias.

Este sistema de mecanismos xudiciais de protección dos dereitos e liberdades consagrados nos arts. 14 a 29 da CE organízase, en primeiro lugar, adecuándose á propia estrutura procesual española. En efecto, devagariño foise configurando un sistema de garantías incardinado na propia organización da xurisdición española, de xeito que, en lugar de establecer unha única acción, o que se fixo foi establecer procedementos específicos en cada orde xurisdiccional. Dito doutro modo, como regra xeral, non existe un xuíz especial dos dereitos fundamentais, senón que as leis procesuais estableceron procedementos específicos que cómpre seguir naquelas accións nas que se denuncian dereitos fundamentais. Así, todas as leis procesuais xerais teñen previsións neste sentido, de forma que a vía que se siga dependerá exclusivamente da materia da que se trate segundo as regras xerais de reparto entre as distintas ordes xurisdicionais, o que, pola súa vez, vén marcado pola natureza do acto obxecto de impugnación. Así, a LXCA regula, no seu capítulo I do título V, un procedemento para a protección dos dereitos fundamentais da persoa, recurso preferente e sumario do art. 53.2 da CE fronte aos actos das distintas administracións públicas, como regra xeral; a Lei de procedemento laboral regula, así mesmo, no capítulo XI do título II do libro II, un mecanismo de defensa da liberdade sindical, extensible á protección dos demais dereitos dentro da orde laboral (art. 181), mecanismo que xoga como desenvolvemento neste ámbito do art. 53.2 da CE; pola súa banda, a Lei de axuizamento civil (lei do 7 de xaneiro do 2000) establece como mecanismo de defensa dos dereitos fundamentais o xuízo ordinario (art. 249), polo que é esta a vía de tutela xudicial civil a partir da entrada en vigor da citada Lei de

axuizamento civil, no ano 2001; tamén existe no ámbito da xurisdición militar un procedemento «preferente e sumario» de defensa dos dereitos fundamentais (título V); por último, no ámbito penal.

Do exposto, dedúcese logo que a protección de dereitos a través da xurisdición ordinaria prevista no art. 53.2 da CE se desenvolveu de maneira sectorial, dentro das distintas ordes xurisdicionais. Agora ben, a este «desenvolvemento» sectorial hai que engadirlle algunhas reflexións adicionais.

En primeiro lugar, xunto a eses «desenvolvementos» sectoriais, pero xerais no seu ámbito, existen 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 LOREX 5/1985 (arts. 49 e 114), ou do art. 122 da LXCA en relación co dereito de reunión.

En segundo lugar, é preciso sinalar tamén que as lesións dos dereitos fundamentais que procedan directamente de órganos xudiciais, tanto *in procedendo* como *in iudicando*, non posúen ningún mecanismo específico de protección ante a xurisdición ordinaria, senón que haberá que procurar a súa reparación mediante os correspondentes recursos que caiban en cada caso; cuestión distinta é que, a miúdo, as leis procesuais prevexan como motivo para interpoñer un recurso contra unha decisión xudicial precisamente o feito de que esa resolución xudicial se ditase ben violando dereitos fundamentais ou, sobre todo, en virtude dun procedemento lesivo destes.

## **2.2. O amparo constitucional: ideas xerais e remisión**

### a) Concepto

O art. 53.2 da CE sinala que os dereitos recoñecidos nos arts. 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 que se residencia: contrariamente ao amparo xudicial, que, como se viu, se insta dos órganos xurisdiccionais 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 que se solicita do Tribunal Constitucional a preservación ou, se procede, o restablecemento dun dereito fundamental que se reputa conculcado. Configúrase, entón, como último recurso para evitar a vulneración de dereitos fundamentais ou, se xa se produciu, para reparala.

### b) Función

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 confírelle 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 art. 5.1 da LOPX 6/1985, cando sinala que «os xuíces e tribunais [...] interpretarán e aplicarán as leis e os regulamentos segundo os preceptos e principios constitucionais, conforme á interpretación dos mesmos que resulte das resolucións ditadas polo Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Por outra banda, 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 substancian 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 informar 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 esgotar 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 arts. 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 art. 55.1 da LOTC; isto é, deberá

reducirse 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). Como signataria do Convenio, España está suxeita tanto aos dereitos nel consagrados como á xurisdición do TEDH.

A protección que dispensa o TEDH límtase, como é lóxico, aos dereitos consagrados no CEDH e nos protocolos que o amplían; xa que logo, e desde o punto de vista interno, só 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 art. 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 coma xurídicas (art. 34 CEDH); pero para acudir ao TEDH debe respectarse o principio de subsidiariedade, ou dito doutra forma, é preciso esgotar previamente todas as vías internas (art. 35.1 CEDH), incluído, de ser 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, si 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 art. 10.2 da CE, a xurisprudencia do TEDH é un instrumento moi importante para interpretar os dereitos e liberdades constitucionalmente garantidos, e así sinalouno o propio Tribunal Constitucional español (STC 50/89, caso Dilaciones 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 meramente declarativo, o Tribunal Constitucional estimou 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 prevexa mecanismos de reacción para se enfrontar 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 arts. 55.1 e 116, que se atopan 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.

1.º O contido normal do Dereito de excepción concrétese en dous eidos: 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 da policía.

Por outra banda, o mesmo art. 116 da CE introduce algúns mandatos tendentes a garantir a regularidade do funcionamento do esquema democrático de reparto de poder. Verbo disto, e para evitar abusos do Poder Executivo fortalecido pola declaración dunha situación excepcional, prohibese a disolución do Congreso durante a vixencia da devandita 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 art. 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 poderán interromper durante a vixencia destes estados».

2.º O Dereito de excepción debe ser estritamente transitorio. Iso significa que só 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. Isto explica que en moitas ocasións o dereito de excepción se cualifique como auténtica «garantía da Constitución». Para evitar o seu uso indebido, a propia regulación de excepción prevé de maneira taxada cales son os motivos que poden xustificar a súa aplicación.



4.º Os poderes excepcionais non poden ser ilimitados. O Estado de dereito, ata nas situacións de crises en que permite un aumento extraordinario das facultades do poder público, segue a manter unha das súas características fundamentais: a limitación deste a través do dereito, impedindo que o devandito poder se torne absoluto. En consecuencia, as potestades extraordinarias que se outorgan están taxadas polo propio ordenamento xurídico, que fixa cales son os dereitos que se poden suspender e as facultades con que contan os poderes do Estado.

5.º O uso dos poderes excepcionais debe e ser proporcional, é dicir, debe adecuarse á natureza e intensidade da crise que teña que enfrontar. Iso explica, por unha banda, que a Constitución distinga tres supostos de situacións de excepción: estado de alarma, de excepción e de sitio. A proporcionalidade dos poderes excepcionais proxéctase tamén territorialmente, de maneira que se a situación de crise afecta exclusivamente a unha parte do territorio nacional, só esta debe verse afectada pola aplicación dos devanditos poderes.

6.º O Dereito de excepción, como todo dereito extraordinario e limitativo de dereitos, deber ser interpretado sempre de forma restritiva.

Como complemento do exposto, cómpre lembrar que o CEDH, no seu art. 15, e conforme co disposto polo art. 4 do Pacto Internacional de Dereitos Cívís e Políticos, establece a posibilidade de que ante situacións de crises se «derroguen as obrigas» establecidas no devandito Convenio. Agora ben, esta posibilidade impón certos límites e cargas. Por unha banda, o propio precepto establece que as tales derogacións só se poden adoptar «na medida estrita en que o esixa a situación», e así sinalouno o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (SSTEDH, casos Lawless e Irlanda c. Reino Unido). Por outra, establécese que unha serie de dereitos e garantías non poden ser suspendidos: o dereito á vida —agás a posibilidade de aplicar a pena de morte por ilícitos de guerra—; a garantía de que ninguén pode ser sometido a tortura ou trato degradante; a escravitude e servidume persoal,

e o principio de legalidade penal. Para rematar, no caso de que se declare algunha das situacións previstas no art. 55 da CE existe a obriga de poñelo en coñecemento do Secretariado Xeral do Consello de Europa (art. 15.3 do CEDH).

A regulación sobre a materia concrétase en tres fases normativas distintas: por unha banda, a Constitución, nos seus arts. 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 a tal fin se dite a que debe concretar cal é o réxime xurídico aplicable, debendo respectarse 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, para rematar, situacións de desabastecemento de produtos de primeira necesidade.

A declaración do estado de alarma correspóndelle ao Goberno, ben a iniciativa propia, ben do presidente da Comunidade Autónoma que se vise afectada por unha das circunstancias descritas. O acordo debe adoptarse mediante decreto do Consello de Ministros. O prazo máximo de duración é o de quince días; transcorrido o prazo, poderá prorrogarse 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 ten o estado de alarma 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, con excepción 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 se produza 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 art. 13 da LO 4/81 non determina os supostos en que se pode decretar o estado de excepción, limitándose a esixir que exista unha grave alteración da orde pública sen que sexa posible restablecer e manter esta mediante o exercicio de potestades ordinarias. No entanto, a título de exemplo si cita 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 correspóndelle ao Goberno, que lle deberá solicitar autorización ao Congreso. Na tal solicitude deben figurar os efectos (limitados sempre polo art. 55 da CE), medidas que cómpre adoptar, ámbito territorial e temporal e 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 ten que 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 art. 17 da CE.
- Inviolabilidade do domicilio e segredo das comunicacións -art. 18.2 e 3 CE.
- Liberdades de residencia e circulación interior e exterior -19 CE).
- Liberdades de expresión e de información, así como a prohibición do secuestro de medios de información -art. 20.1 d e e, e 5 CE.
- Dereitos de reunión e manifestación -art. 21 CE.
- 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 crises que implican un atentado directo contra a identidade mesma do Estado e do seu ordenamento. O art. 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 independencia de España, a súa integridade territorial ou o ordenamento constitucional, que non se poida resolver por outros medios».

Un dos problemas que xorde ao tratar o estado de sitio é o da súa conexión co que se coñece como situación de «guerra». Este tipo de conflito armado non ten unha tradución específica no Dereito de excepción, pero, sen dúbida, dada a súa natureza, o estado de sitio é a situación que se adecúa a semellante tipo de crise. En consecuencia, a guerra é un concepto sociopolítico e de Dereito Internacional Público que, desde o punto de vista

interno, se traduce na declaración do estado de sitio. Iso, non obstante, non significa que este só se poida decretar ante unha situación bélica; pola contra, como se deduce da simple lectura do art. 32 LO 4/81 previamente transcrito, o estado de sitio pode responder a outras crises non exactamente bélicas ou prebélicas.

O estado de sitio decláralo o Congreso dos Deputados por maioría absoluta dos seus membros a proposta do Goberno (art. 116.4 CE). Na declaración debe fixarse o seu alcance temporal, territorial e material. Pode durar tanto como esixa a situación de crise, debendo, en todo caso, respectarse os prazos fixados na propia declaración, de maneira que se expiran ten que renovarse 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 encontrar na declaración do estado de sitio en relación cos dereitos fundamentais son as mesmas previstas para os estados de alarma e de excepción; só se engade a posibilidade de suspender as garantías da persoa detida previstas polo art. 17.3 da CE: 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 vincúlanse co estado social proclamado no art. 1.1 da CE e co valor e principio de igualdade, en sentido de igualdade material, real e efectiva, do art. 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 art. 53.3 CE dispón:

«O recoñecemento, o respecto e a protección dos principios recoñecidos no capítulo terceiro informará 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».

Polo tanto, non son dereitos subxectivos directamente alegables ante os tribunais, non teñen o amparo xudicial especial, non están reservados a lei orgánica, nin existe un «contido esencial» que o lexislador deba cumprir. Pola contra, só poden ser alegados na medida do desenvolvemento lexislativo que se realice, e este desenvolvemento pode ser tanto estatal como autonómico, en función do reparto constitucional de competencias dos arts. 148 e 149 CE.

A eficacia dos principios reitores é a seguinte: por unha banda, vinculan ao lexislador, obrigándoo ao seu desenvolvemento, respecto e protección, aínda que a marxe de configuración é amplísima pola ausencia dese “contido esencial”. Por outra, informan a actuación dos outros poderes públicos: Goberno e Administración nas súas potestades normativas e executivas. Por último, informan a práctica xudicial, de forma que os xuíces e tribunais interpretarán as leis e regulamentos tamén segundo estes principios reitores (art. 5.1 LOPX transcrito máis arriba); e así mesmo poden servir de parámetro para axuizar a constitucionalidade da leis polo Tribunal Constitucional.

Resta, xa que logo, enumerar os principios reitores, para o cal se agrupan nas seguintes categorías:

- a) Principios que se enuncian como dereitos: protección da saúde, acceso á cultura, a gozar dun ambiente adecuado, a gozar dunha vivenda digna ou adecuada; dereitos económicos e sociais dos traballadores españois no estranxeiro e ao seu retorno; e tamén deberes, como a asistencia dos pais para cos fillos, de conservación do medio natural, protección do patrimonio histórico-cultural (arts. 39 e 42 ao 47). Dereito á suficiencia económica mediante un sistema de pensións a favor das persoas da terceira idade (art. 50). Dereito á defensa dos consumidores (art. 51). Dereitos, os anteriores, que



tamén determinan a acción política dos poderes públicos.

b) Principios que se configuran como directrices para a acción dos poderes públicos:

- Art. 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. Ademais, os poderes públicos fomentarán unha política que garanta a formación e readaptación profesionais; mirarán 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».
- Art. 39: 1. «Os poderes públicos aseguran a protección social, económica e xurídica da familia. 2 Os poderes públicos aseguran, tamén, a protección integral dos fillos, iguais estes ante a lei con independencia da súa filiación, e a das nais, calquera que sexa o seu estado civil. A lei posibilitará a investigación da paternidade [...]».
- Art. 48: «Os poderes públicos promoverán as condicións para a participación libre e eficaz da mocidade no desenvolvemento político, social, económico e cultural».

c) Principios configurados como prestacións dos poderes públicos:

- Art. 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».
- Art. 49: «Os poderes públicos realizarán unha política de previsión, tratamento, rehabilitación e integración dos diminuídos físicos, sensoriais e psíquicos, ós que lles prestarán

a atención especializada que requiran, e ampararanos especialmente para que gocen dos dereitos que este título lles outorga a todos os cidadáns».

Vicente Calvo do Castelo

Interventor-Tesoureiro e Secretario-interventor da Administración local.

#### 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 Calello (en colaboración), *Derecho Constitucional*, 2 volumes, Editorial Tecnos.

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



# **5. A COROA. SUCESIÓN E REXENCIA. AS ATRIBUCIÓN DO REI.**

## **TEMA 5**

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

#### **ÍNDICE**

1. A Coroa. A monarquía parlamentaria como forma política do Estado.
2. A sucesión na Coroa.
3. A rexencia e a tutela do rei menor.
4. As funcións do rei.
5. O referendo.

#### **1. A Coroa. A monarquía parlamentaria como forma política do Estado.**

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

Destacouse moitas veces o carácter innovador desta última definición, tanto desde a perspectiva do dereito comparado, como na historia constitucional de España, mais cómpre lembrar tamén que esta ofrece interesantes referencias para interpretar o alcance xurídico da citada definición do art. 1.3 da CE.

Hai que ter en conta, en efecto, que as constitucións españolas do século XIX máis sinceramente liberais, as que foron froito dun poder constituínte popular e proclamaron a soberanía nacional, incluíron tamén unha definición da monarquía como forma de goberno. «O goberno da nación española é unha monarquía moderada hereditaria», dicía o art. 14 da Constitución de 1812; «a forma de goberno da nación española é a monarquía», afirmaba a Constitución de 1869.

Pola contra, é significativa a falta de definicións semellantes nas

constituções monárquicas de 1845 e 1876, inspiradas no liberalismo moderado ou «doutrinario». A teoría do Estado propia desta tendencia ideolóxica (Donoso Cortés, Balmes, Cánovas del Castillo) consideraba que a monarquía formaba parte da «constitución interna» de España, recoñecéndolle a cotitularidade, xunto coas Cortes, da soberanía e do poder de aprobar e reformar a constitución escrita. Por iso os textos constitucionais antes mencionados non definiron a monarquía como forma de goberno, porque segundo esta concepción, o seu carácter era máis esencial; tratábase dun elemento básico da forma de Estado.

Desde esa perspectiva histórica, semella evidente que o art. 1.3 da CE só se pode entender conforme a tradición liberal xenuína do constitucionalismo español, e que a expresión «monarquía parlamentaria» só pode facer 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 (art. 1 da Lei 1/77, do 4 de xaneiro, para a reforma política) e confirmada inequivocamente no art. 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 constituinte, como fundamento único da nova orde estatal (que o rei promulgase a Constitución e non a sancionase resulta expresivo desa exclusividade do poder constituinte popular).

Non obsta para a conclusión anterior que o lexislador constituinte non considerase a monarquía parlamentaria como forma de goberno, preferindo 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 ocorreu en tantas outras ocasións).

En todo caso, desde o punto de vista literal, o art. 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».

Hai tempo, en efecto, que se advertiu que as formas de goberno non son completamente reducibles a parámetros xurídicos e que veñen condicionadas por factores políticos decisivos (por exemplo, polo sistema de partidos), de xeito que no marco normativo dunha mesma constitución pode variar considerablemente a forma de goberno. Así o testemuña, por exemplo, a historia da forma de goberno dos Estados Unidos, que presenta fases de predominio do Congreso, outras, como a actual, de predominio presidencial, e mesmo outras onde se falou dun goberno dos xuíces. No caso dunha monarquía parlamentaria típica, como a británica, tamén resulta demostrado que a utilización dos poderes constitucionais da Coroa depende de factores políticos. Concretamente, a intervención do monarca na formación dos Gobernos reduciuse drasticamente, desde o século XIX, pola presenza dun bipartidismo rixidamente organizado, e volveríase ampliar seguramente, como o advirte a doutrina británica, en caso de alterarse esa configuración singular do seu sistema de partidos.

Xa que logo, a opción do constituinte en favor da monarquía parlamentaria non xustifica unha interpretación conceptualista da Constitución, sustentada nunha idea previa e absoluta do que aquela significa, porque o seu carácter de forma política esixe unha interpretación contextualizada, que teña en conta os factores políticos conxunturais que condicionan o seu funcionamento. En definitiva, unha interpretación axustada á realidade social, como di o art. 3.1 do Código civil.

Ademais, cómpre ter en conta que a expresión «monarquía parlamentaria», do art. 1.3 da CE, só se pode considerar como unha caracterización esencial da forma de goberno, e non como unha descrición completa dela. En efecto, desde o punto de vista doutrinal, a monarquía parlamentaria só implica a separación do rei da función governamental e a responsabilidade

do Goberno ante o Parlamento. Pero outras pautas estruturais ou procedementais desta forma de goberno, como son a natureza unicameral ou bicameral do Parlamento, ou as regras para a disolución das Cámaras, ou para a formación ou a censura do Goberno, non veñen predeterminadas por esa definición, existindo, de feito, respecto diso, unha variedade de solucións no panorama comparado das monarquías parlamentarias europeas.

Polo tanto, o entendemento xurídico, preciso e verdadeiro da monarquía parlamentaria proclamada no art. 1.3 da CE esixe unha interpretación que sexa tamén sistemática, é dicir, que teña en conta as restantes referencias constitucionais sobre a forma de goberno. Esta esixencia é indispensable, porque a Constitución de 1978, en virtude da súa característica vocación normativa, pretendeu concretar mediante preceptos xurídicos, a fisionomía da monarquía parlamentaria española. E esta formulación, a diferenza doutros casos comparables, como os de Bélxica e Holanda, onde a monarquía parlamentaria está configurada na práctica por convencións e costumes, pero non polas Constitucións respectivas (que reflicten outra forma de goberno, historicamente anterior, que se coñece como monarquía constitucional pura, en que o rei aparece como titular do poder executivo e en que a responsabilidade do Goberno ante o Parlamento non está prevista ).

Con todo, a «racionalización» constitucional da monarquía parlamentaria non permite esquecer que esta é unha «forma política», e que ao interpretar as normas constitucionais é preciso incorporar os datos políticos que acoutan o seu ámbito de aplicación.

## **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» (art. 57.1). O rei don Xoán Carlos I é, en efecto, titular dos dereitos dinásticos, por renuncia do seu pai, don Xoán de Borbón e Battenberg, realizada o 14 de maio de 1977. Desta forma, á lexitimidade democrática da monarquía, dimanante da Constitución, engadíuselle a súa lexitimidade dinástica, froito da historia. As regras para a sucesión na Coroa, establecidas no propio art. 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 Afonso X.

Baséase esta orde sucesoria nos principios de primoxenitura e representación, que definen a preferencia do primeiro nado dos descendentes do rei e, subsidiariamente, dos descendentes do primoxénito, se este falecese. 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 descendan unhas doutras, e colateral se non descendan unhas doutras, pero proceden dun tronco común (art. 916). Neste caso, serán directas as liñas que descendan do rei Juan Carlos I, e colaterais as que descendan dos seus parentes colaterais, que formen parte da dinastía (isto é, que non renunciaren ou perdesen os seus dereitos sucesorios). A posibilidade da sucesión colateral débese admitir porque a Constitución non establece que a Coroa sexa hereditaria nos descendentes do rei Juan Carlos I, senón nos seus «sucesores». Por conseguinte, a preferencia das liñas anteriores sobre as posteriores implica, en primeiro lugar, a prioridade das liñas directas sobre as colaterais e, dentro de cada un destes dous conxuntos, a daquela liña que proceda do descendente ou, se é o caso, do parente do rei, máis próximo na orde de suceder.

- A preferencia, dentro da mesma liña, do grao máis próximo sobre o máis

remoto, significa a prioridade das xeracións (ou graos, na terminoloxía do art. 915 do 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 art. 14 da CE, sen máis xustificación que a que deriva da tradición. Hai que ter en conta, en todo caso, que esta regra non impide reinar a mulleres, como o fixo 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.

Con todo, non todos os familiares do rei que poidan estar incluídos, de xeito máis ou menos próximo, na orde de sucesión, en virtude das regras anteriores, forman parte da familia real, en sentido estrito, tal e como resulta definida polo RD 2917/81, do 27 de novembro. Esta norma, que regula o rexistro civil da familia real, dispón que nel débense inscribir os nacementos, matrimonios, defuncións e calquera outro feito inscritable relativo «ao rei de España, á súa augusta consorte, os seus ascendentes de primeiro grao, os seus descendentes e o príncipe herdeiro da Coroa» (art. 1 ). As persoas inscritas neste rexistro civil especial incorren en causa de inelixibilidade, conforme o establecido na LOREX (art. 6.1.a).

b) A sucesión na Coroa prodúcese automaticamente, en virtude das regras antes mencionadas. No entanto, o art. 61 da CE refírese á proclamación do rei ante as Cortes Xerais e ao seu xuramento de «desempeñar fielmente as súas funcións, gardar e facer gardar a Constitución e as leis e respectar os dereitos dos cidadáns e das comunidades autónomas». Desde o punto de vista xurídico, o valor destes actos de proclamación e xuramento non é desde logo constitutivo, porque o rei éo antes de xurar. Pero pódese considerar que son actos de integración para a efectividade da maxistratura. Tamén cabe interpretar que o xuramento, que expresa a adhesión do rei á orde de valores da Constitución, é condición da proclamación, que polo demais debe entenderse como un acto debido.

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» (art. 57.5 da CE). Respecto disto, confróntanse dúas liñas interpretativas de *lege ferenda*. Por unha banda, a que entende que hai aquí unha reserva a favor das Cortes para solucionar mediante leis orgánicas singulares cantas situacións críticas se susciten na sucesión á Coroa. Leis orgánicas que, na medida en que resolvan as «dúbdas de dereito», implicarían excluír a xurisdición ordinaria (e mesmo a xurisdición constitucional) da aplicación das regras sobre a sucesión. Fronte a esta tese, outros autores defenden a necesidade dunha lei orgánica de carácter xeral, que desenvolva a regulación do título II sobre a orde sucesoria, e que garanta, en consecuencia, unha maior seguridade xurídica na súa aplicación.

Así mesmo, hai que ter en conta outras facultades das Cortes neste campo: poden prohibir, xunto co rei, o matrimonio daquelas persoas que teñan dereito á sucesión no trono, quedando estas excluídas da sucesión, se contraviñesen a dita prohibición (art. 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 (art. 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 a tutela do rei menor, exércense en sesión conxunta de ambas as Cámaras, salvo que tivesen carácter lexislativo, segundo o dispón o art. 74.1 da CE.

### **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 estea 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 (art. 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 Afonso 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 fose maior de idade, e se non o fose, ao pai do rei, ou á súa nai e, no seu defecto, ao parente maior de idade mais 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 só subsidiaria, para o caso de que non houberse ningunha persoa chamada a exercer a rexencia conforme as regras anteriores. A rexencia electiva pode ser individual ou colectiva, comprendendo, neste último caso, tres ou cinco persoas.

Calquera que sexa a causa e a forma da rexencia, esta exerceuse cos mesmos poderes que lle encomenda ao rei a Constitución. Con todo, a rexencia só suple interinamente o titular da Coroa e non o substitúe; xa que logo, o art. 59.5 da CE esixe que a rexencia se exerza en nome do rei, e o RD 1368/87 dispón que quen exerza a rexencia terá o tratamento de alteza, e non o de maxestade. Pola mesma razón, a rexencia debe concluír 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 (art. 60). A forma prioritaria de designación do titor é a testamentaria, existindo diversidade de opinións

acerca de se este acto do rei está ou non exento de referendo. No defecto do nomeamento testamentario, a Constitución designa titor o pai ou a nai do rei menor, mentres permanezan viuvos. Subsidiariamente, a designación corresponderalles ás Cortes, coa restrición de non se poder acumular os cargos de titor e de rexente, máis que nos proxenitores ou ascendentes directos do rei.

#### **4. As funcións do rei**

O art. 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 dun xeito moi expresivo, que paradoxalmente parece inspirada na Constitución italiana de 1947 e na Constitución francesa de 1958, coas que comparte a orientación de atribuírlle ao xefe do Estado unhas funcións distintas da tradicional función executiva. No entanto, a interpretación do art. 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. Concretamente, trátase dun órgano configurado pola propia Constitución, que está dotado das facultades que ela mesma e as leis expresamente lle atribúen, segundo o afirma o art. 56.1. Polo tanto, é un dos órganos constitucionais do Estado.

Este carácter de órgano constitucional supón que debe ter unha función materialmente autónoma e que, no seu exercicio, o rei non pode estar subordinado a ningún outro órgano constitucional, porque todos eles derivan a súa existencia e poderes directamente da Constitución e, xa que logo, están situados reciprocamente nunha posición de paridade xurídica. Por iso, aínda que a función do rei só consista, en determinados casos, en perfeccionar a expresión da vontade doutro órgano constitucional (o Goberno ou as Cortes), a acción do monarca resulta, con todo,

indispensable e insubstituíble.

Doutra banda, inda que sexa xuridicamente igual aos demais órganos constitucionais, ao rei, como xefe do Estado, correspóndelle unha posición de maior dignidade formal, honorífica e protocolaria (o feito de que a Constitución se ocupe da Coroa, antes que dos restantes poderes do Estado, xa é significativo desa preeminencia formal).

b) Ademais de xefe do Estado, o art. 56.1 da CE afirma que o rei é «símbolo da súa unidade e permanencia», o que en parte deriva de, e en parte excede a, a súa condición de titular da xefatura do Estado. Certamente, é inherente á función de todo xefe do Estado simbolizar a súa unidade (véxase, por exemplo, o art. 87 da Constitución italiana) e a súa continuidade (por exemplo, o art. 5 da Constitución francesa); en definitiva, personificar o Estado. Por iso adoita corresponderlles aos xefes de Estado, e correspóndelle desde logo ao rei de España, formalizar os actos máis importantes do Estado, ben sexan de carácter lexislativo (art. 62.a da CE) ou gobernamental (art. 62.f da CE), así como facer as convocatorias e designacións precisas para a renovación dos titulares dos órganos lexislativos e gobernamentais (art. 62.b, d e e da CE).

Con todo, a natureza simbólica da maxistratura do rei transcende da que é inherente á xefatura do Estado, porque o rei éo por personificar unha institución, a Coroa, estreitamente vinculada á historia secular de España e que por iso simboliza mellor que ningunha outra a súa continuidade. Nesa medida, a continuidade dinástica da monarquía, recoñecida expresamente no art. 57.1 da CE, reforza simbolicamente a continuidade do Estado.

Polo que se refire á súa condición de símbolo da unidade estatal, hai que ter en conta ademais que a monarquía foi soporte dunha unidade estatal integradora dunha diversidade de reinos e territorios, que durou ata o século XVIII (e, en canto ao País Vasco, ata a abolición dos seus foros no

século XIX) e que foi actualizada agora, constitucionalmente, no Estado das autonomías. Unha unidade na diversidade que volve ter na Coroa o seu símbolo supremo, como se reflicte no xuramento que tanto o rei como o príncipe herdeiro deben prestar, de «respectar os dereitos dos cidadáns e das comunidades autónomas» (art. 61 da CE). En definitiva, a Coroa, pola súa dimensión histórica, pode ser un símbolo particularmente eficaz e capaz de mobilizar sentimentos de autoidentificación e de lealdade cara á comunidade nacional e cara ás entidades rexionais que a compoñen e de converterse, xa que logo, nun poderoso factor de integración.

c) Do rei di tamén o art. 56.1 da CE que «arbitra e modera o funcionamento regular das institucións», o que supón, en primeiro lugar, unha esixencia de neutralidade política, sen a cal a moderación e a arbitrase da Coroa se desnaturalizarían.

Non hai que confundir, así e todo, este poder neutral co tipo de «poder moderador», chamado a coordinar e harmonizar os demais poderes do Estado, que preconizou o século pasado o liberalismo doutrinario, seguindo a Benjamin Constant. A CE exclúe, en efecto, expresamente, as principais prerrogativas rexias que Constant consideraba indispensables para o exercicio do «poder moderador»: nin o rei pode nomear e destituír libremente os ministros, porque o debe facer por proposta dun presidente do Goberno, previamente investido da confianza do Congreso (art. 99 e 100 da CE); nin pode negar a sanción ás leis cun poder de veto absoluto, senón que a sanción é un acto debido (art.91 da CE); nin pode decidir a guerra e a paz, nin pode facer os tratados, porque o primeiro esixe, desde logo, autorización parlamentaria e o segundo, nos casos máis importantes, tamén, sen prexuízo ademais das competencias propias do Goberno nestas materias (art. 63, 94 e 97 da CE). En definitiva, a Constitución de 1978, como non podía ser menos, diseña un tipo de monarquía moi diferente da que consagraban a Carta constitucional francesa de 1830 ou a Carta

constitucional portuguesa de 1826, inspiradas nas ideas de Constant.

Existe amplo consenso doutrinal en interpretar que a función moderadora, referida no art. 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 art. 62.g da CE, e o modo de facelo efectivo consiste, en primeiro lugar, na súa facultade, utilizada con significativa periodicidade, de «presidir, para estes efectos, as sesións do Consello de ministros, cando o estime oportuno, por petición do presidente do Goberno». Pero ese dereito do rei a ser informado polo Goberno concrétese 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 art. 13 do RD 434/1988, do 6 de maio, que dispón que os departamentos da Administración do Estado proporcionaralle á Casa da S.M. 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, inda 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 función arbitral do rei está recoñecida no art. 56.1 da CE en termos moi semellantes aos do art. 5 da Constitución francesa de 1958, pero debe ser interpretada de maneira radicalmente distinta. Non hai que esquecer, en efecto, que o presidente francés é o líder dunha maioría política e que,

además, ejerce a súa arbitrase mediante unha serie de poderes, exentos de referendo ministerial (os «poderes propios», segundo se denominan na doutrina francesa), que inclúen a disolución da Asemblea nacional, a convocatoria do referendo, o nomeamento do primeiro ministro, a dirección de mensaxes ás cámaras e a adopción de medidas excepcionais, nos supostos de crise a que fai referencia o art. 16 da Constitución da Quinta República.

Pola contra, a arbitrase na Constitución caracterízase pola neutralidade política do árbitro e pola menor extensión dos seus poderes arbitrais. En definitiva, trátase dunha arbitrase ao servizo, non dunha política do xefe do Estado, que por definición está excluída neste contexto, senón do bo funcionamento dunha forma de goberno parlamentaria, que só precisa a intervención arbitral dun poder neutral, cando non sexa capaz de autorregularse, é dicir, cando falta unha maioría política ou nos supostos en que o funcionamento das institucións está alterado ou ameazado por causas extraordinarias.

A principal facultade de significado arbitral que a Constitución lle confía ao rei é a de propoñer candidato a presidente do Goberno (art. 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 art. 99 da CE.

No que se refire ao poder de disolución das Cortes Xerais, hai que distinguir o suposto de disolución funcional, a que fai referencia o art. 99.5 da CE, e o de disolución governamental previsto no art. 115.1 da CE. O primeiro

encádrase na función arbitral, ou polo menos é consecuencia dela, pola súa estreita vinculación co poder de propoñer 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 art. 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 antedita proposta, ao dicir, mediante un tempo futuro que pode indicar imperatividade, «que (a disolución) será decretada polo rei». Malia iso, un sector doutrinal considera que a función arbitral do rei fundamenta o seu dereito a rexeitar a disolución.

Esta pugna de interpretacións non se pode liquidar mediante a soa invocación do criterio literal, e imponse a necesidade de considerar o problema, á vista doutros preceptos da Constitución, e no seu contexto político.

Valla como premisa que a disolución do art. 115 da CE está concibida prioritariamente ao servizo dos intereses do Goberno e que, por conseguinte, normalmente estes deben prevalecer sobre calquera outra consideración. Así o ensina ademais o modelo británico, que inspirou este precepto, porque, inda que a disolución sexa xuridicamente no Reino Unido unha prerrogativa rexia e non un acto debido, na práctica ningunha disolución pedida por un primeiro ministro, dun Goberno maioritario ou minoritario, foi denegada desde a gran reforma electoral de 1832, que iniciou a democratización do réxime británico. Por outra banda, a experiencia española, desde 1978, axustouse tamén a este criterio.

Con todo, o art. 115.2 da CE dispón que «a proposta de disolución non se poderá presentar cando estea en trámite unha moción de censura»;

limitación que está dirixida a garantir o dereito da oposición a cambiar o Goberno, mediante unha votación parlamentaria. Á vista desa finalidade, parece insuficiente unha interpretación literal deste precepto, que só entenda vedada a disolución desde o momento en que sexa presentada a moción de censura no rexistro do Congreso dos deputados. Semella, en efecto, dubidoso que fose lexítima, desde o punto de vista constitucional, unha disolución preventiva ou de combate, decretada o día anterior ou ben poucas horas antes de que se presente unha moción de censura, previamente anunciada. E é que a expresión «cando estea en trámite unha moción de censura» se pode interpretar en sentido amplo, de forma que cubra tamén ese período inmediatamente antecedente á presentación da moción. En todo caso, parece razoable admitir que a proposta do presidente, nun suposto límite como o contemplado, non podería ter o mesmo carácter vinculante, nin suprimir toda marxe de decisión do xefe do Estado para arbitrar entre os intereses do Goberno e os da oposición, ponderando as circunstancias do caso.

Para rematar, sinalouse que a función arbitral do art. 56.1 da CE tamén se pode exercer mediante mensaxes públicas do rei, que inda que non están expresamente contempladas na Constitución, sen dúbida si están implicitamente, porque o xefe do Estado debe expresarse con ocasión do exercicio das súas funcións, e hai que interpretar que é titular dun «poder de exteriorización» (segundo o denomina a doutrina italiana), que é inherente a todos os suxeitos públicos. Non obstante, cómpre 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 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 art. 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 correspóndese cun criterio xeral do dereito internacional, que se concreta na Constitución mediante os seguintes poderes do monarca; o de legación activa e pasiva (art. 63.1 da CE), o de manifestar o consentimento do Estado para se obrigar por medio de tratados (art. 63.2 da CE) e o de declarar a guerra e facer a paz (art. 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 art. 97 da CE, e o Parlamento autorizar, no caso dos principais tratados e da declaración de guerra (art. 63 e 94 da CE).

Doutra banda, a especial referencia á función internacional do rei coas nacións da comunidade histórica de España non significa que a Constitución lle proporcione ao rei un poder xurídico adicional, ou un «dominio reservado» nese campo. O que implica é o recoñecemento da función simbólica da Coroa, como vínculo histórico cos pobos que formaron parte da monarquía española e cos cales a Constitución manifesta unha especial vocación de cooperar (por exemplo, art. 11.3 da CE). Actualmente esa cooperación ten a súa maior expresión institucional nos «cumios» periódicos de xefes de Estado da comunidade iberoamericana.

e) Finalmente, hai que 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 «gardar e facer gardar a Constitución» (art. 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 ao art. 9.1 da CE e da cal o xefe do Estado non está exceptuado. A exención de responsabilidade que lle recoñece o

art. 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 compételle 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 mesmo de aparencia xurídica.

Ademais, o rei vén configurado como garante da Constitución pola súa posición en relación coas forzas armadas, que teñen encomendada no art. 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. Xa que logo, a utilización das forzas militares para a defensa política da Constitución deberá realizarse baixo a autoridade do Goberno, a quen lle corresponde dirixilas, e do rei, a quen lle compete o seu mando supremo, conforme o art. 62.h da CE.

Tamén é evidente que esta utilización representa unha hipótese que, en principio, se debe canalizar a través dos procedementos do art. 116 da CE. Pero se a crise fose de tal natureza que impedise o funcionamento dos órganos constitucionais que poden poñer en marcha eses procedementos, entón corresponderalle ao rei ditarlles as ordes necesarias ás forzas armadas para o cumprimento da súa misión. Esas ordes, ademais, poden prescindir do referendo se o Goberno estivese incomunicado ou secuestrado, como ocorreu o 23 de febreiro de 1981, o que se xustifica non só porque a necesidade sexa fonte do dereito, senón tamén pola especial natureza do mando supremo sobre as forzas armadas que lle corresponde ao rei.

Trátase dun mando que merece os cualificativos de eminente (o que non significa que sexa meramente honorífico, senón que sobresaíe ou destaca sobre os demais) e indirecto, porque se exerce a través dos outros órganos de mando das forzas armadas.

Estes órganos son, en primeiro lugar, o Goberno, a quen lle corresponde o mando político sobre estas forzas, é dicir, o poder de dispoñer o uso delas, como o esixe a lóxica do réxime parlamentario e o establece claramente o art. 97 da CE, ao encomendarlle a dirección da defensa do Estado. En segundo lugar, trátase do mando técnico militar, que o exercen profesionais, xerarquicamente organizados nunha cadea de mandos subordinada ao Goberno.

A xefatura do rei é de distinta natureza e non se confunde con ningún destes dous mandos, aínda que se exerza a través deles. Trátase dunha xefatura institucional que ten, por unha banda, carácter civil, porque lle corresponde ao rei como xefe do Estado, e o seu exercicio está regulado polas normas constitucionais, que esixen para estes efectos o referendo ministerial. Pero, ao mesmo tempo, trátase dunha xefatura que o rei —polo menos o actual monarca— exerce con rango ou emprego militar: é o máximo oficial das forzas armadas, e malia que esta faceta do mando

supremo sexa só accesoria da primeira, vén representar unha garantía daquela, porque se o rei non pode mandar co concurso do Goberno, por estar aquel impedido, pódeo facer directamente como primeiro militar, e as súas ordes para o establecemento da disciplina son inmediatamente obrigatorias para todos os compoñentes das forzas armadas, conforme o entendemento que da disciplina militar proporcionan as Reais ordenanzas. Esa foi a natureza xurídica das ordes do rei na noite do 23 de febreiro de 1981 e de aí a súa indiscutible validez.

## **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 trae causa da exención de responsabilidade do xefe do Estado nas monarquías. Esta exención significaría en realidade un privilexio incongruente coa natureza do constitucionalismo, que esixe unha forma de goberno limitada e responsable, se non estivese compensada pola regra que lles 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 art. 64.2 da CE.

A responsabilidade do referendario 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. Con todo, a responsabilidade do referendario non se pode estender a este último aspecto, naqueles casos en que o acto do rei culmina un procedemento no cal o referendario non participou, como ocorre, por exemplo, cos nomeamentos daqueles vogais do Consello Xeral do Poder Xudicial ou maxistrados do Tribunal Constitucional que lles corresponde propoñer 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, polo tanto, 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 esixible, 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 da Casa (art. 65.1 da CE) e para o nomeamento dos membros civís e militares da súa Casa (art. 56.3 e 65.2 da CE).

Existe unha opinión doutrinal favorable a considerar que están tamén exentos de referendo os actos persoalísimos do rei, aínda que teñan relevancia constitucional, como é o seu consentimento matrimonial, e discútese se esta exención alcanza tamén a designación testamentaria do titor do rei menor de idade. Non semella, en todo caso, que a prohibición polo rei do matrimonio dunha persoa situada na liña de sucesión no trono, conforme as previsións do art. 57.4 da CE, se poida considerar excluída deste requisito, porque certamente non pertence á categoría dos actos persoalísimos.

c) A forma típica do referendo é a contrasignatura dos actos do xefe do Estado por parte do referendario, 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 non ser que dimita en discrepancia con ela.

d) Polo que se refire á titularidade do poder de referendo, hai que ter en

conta que o art. 64.1 da CE llela 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 xeito que lles corresponderá referendar os reais decretos que cada un lle propoña ao Consello de ministros. O referendo do presidente do Congreso só é posible nos casos expresamente previstos no art. 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.

Con todo, 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, hai que interpretar que a enumeración do art. 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 5/87 e STC 8/87), 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 esta competencia lle correspondía ao presidente do Goberno.

e) A natureza xurídica do referendo resulta claramente definida no art. 56.3 da CE. Trátase dunha condición para a validez dos actos do rei e a súa ausencia determina, xa que logo, a nulidade dos anteditos actos. A doutrina, con todo, nunca se conformou con esta concisa configuración constitucional do referendo, e centrou o seu interese na eficacia política desta institución. Así, por exemplo, a maioría dos autores sinalan que o referendo é unha técnica que despraza a decisión cara ao referendario, baleirando de contido decisorio as competencias do rei. Así e todo, outro

sector doutrinal minoritario interpreta o acto referendado como acto complexo, integrado por dúas vontades concorrentes, igualmente necesarias, inda que non igualmente discrecionais. En consecuencia, propóñense clasificacións dos actos do rei en función da súa estrutura simétrica ou asimétrica, é dicir, de que predomine neles a vontade do rei ou a do suxeito referendario.

Pero este tipo de interpretacións, que parecen responder, sobre todo, a concepcións apriorísticas, non teñen en conta dabondo a especificidade da forma de goberno deseñada pola Constitución de 1978. Non hai que esquecer, tocante a esta cuestión, que o referendo é unha institución histórica que tiña un dobre significado. Por unha banda, representaba unha limitación do poder do rei, ao prohibirle actuar só, e ademais, era unha técnica de translación de responsabilidade aos ministros (aínda que na monarquía constitucional se trataba dunha responsabilidade só de carácter xurídico). Con todo, na Constitución de 1978 o referendo ten outro sentido, non só porque a responsabilidade do referendario sexa tamén política, senón porque o referendo perdeu, en boa medida, a súa función limitadora das potestades rexias.

Este cambio débese a que o referendo xa non é un control operante dentro do ámbito do poder executivo, senón que se converteu nun control entre o Goberno e o titular dunha xefatura do Estado neutral e separada, tanto do poder executivo, como do lexislativo. Un control que ten a función primordial de compensar a inviolabilidade do rei, e non tanto de limitar os seus poderes, que xa veñen circunscritos pola propia definición que deles realiza a Constitución.

Por conseguinte, a interpretación do acto referendado como acto complexo, ou como acto só formalmente atribuído ao rei pero materialmente do ministro referendario, parece improcedente dentro do sistema da Constitución, sempre que o acto do rei veña definido nela como

a culminación dun procedemento, no curso do cal o contido do devandito acto sexa previamente aprobado, acordado ou autorizado por outro órgano constitucional. Nesas circunstancias, o acto do rei quedará configurado como o acto final esixido para que o procedemento produza os seus efectos, e non será un acto voluntario, senón obrigatorio.

Isto é o que ocorre, por exemplo, no caso da sanción e promulgación das leis ou da expedición dos regulamentos, que son normas completas e acabadas antes da intervención do rei, que lle corresponde, como se dixo anteriormente, á súa función simbólica, e que ten a exclusiva finalidade de integrar a eficacia desas normas. En consecuencia, a sanción e promulgación das leis ou a expedición dos regulamentos non son actos simples nin actos complexos, senón actos necesarios, porque non hai marxe de discrecionalidade nin para o rei nin para o suxeito referendario. Aprobada a lei polas Cortes, ou acordado o regulamento polo Consello de ministros, a súa sanción ou expedición é tan obrigatoria para o rei, como obrigatorio é o referendo de tales actos para o presidente do Goberno ou para o ministro competente.

Outro tanto se pode dicir tamén doutros actos, como o nomeamento do presidente do Goberno, conforme o art. 99 da CE, ou a convocatoria do referendo, segundo o art. 92 da CE, ou a prestación do consentimento do Estado respecto de tratados previamente autorizados polas Cortes, de acordo co previsto no art. 94 da CE, que tamén veñen configurados como actos finais e necesarios dun procedemento constitucional.

Aínda que sexa unha cuestión de interese case exclusivamente académico, cabe interrogarse polas consecuencias dunha hipotética inacción do rei ou do órgano competente para o referendo, nos casos examinados. Vaia por diante que esta inacción estaría xustificada, como anteriormente se dixo, en garantía da Constitución, se o procedemento previo fose frontalmente vulnerado. Pero, fóra dese suposto xustificado, o problema suscitado tería



difícil solución, porque en xeral non hai técnicas no ordenamento para corrixir a pasividade dos órganos constitucionais. Baste pensar que non están admitidos na Lei orgánica do Tribunal Constitucional (art. 73) os conflitos negativos entre órganos constitucionais, isto é, os suscitados para emendar unha omisión no exercicio das súas competencias. Por esa razón, e porque o rei carece de lexitimación activa ou pasiva nos conflitos entre órganos constitucionais, hai que concluír que a súa inacción se tería que resolver no plano político: podería desembocar na dimisión do Goberno e mesmo na reforma da Constitución.

Volvendo ás funcións do referendo e á natureza dos actos do rei, hai que recoñecer que non todos veñen configurados na Constitución como actos finais dun procedemento, e que moitos se poden analizar desde a perspectiva da voluntariedade, ou, mellor dito, do concurso de vontades que se integran no acto referendado. Nestes supostos a función limitadora do referendo segue vixente.

Trátase de actos na elaboración dos cales participan exclusivamente o rei e o suxeito referendario, e que se poden agrupar en dúas categorías básicas, inda que non exhaustivas. Por unha banda, trátase de actos que o xefe do Estado só pode realizar coa proposta formal do presidente do Goberno, como son: o nomeamento dos ministros, ou a disolución das Cortes Xerais ou dalgunha das súas Cámaras, segundo o art. 115 da CE, ou a presidencia polo rei das sesións do Consello de ministros. Doutra banda, cómpre referirse a un conxunto heteroxéneo de actos: algúns consisten nunha iniciativa formal do xefe do Estado, como a proposta do candidato a presidente do Goberno ou determinados actos relativos á sucesión na Coroa (por exemplo, a abdicación); outros tamén proceden tipicamente da iniciativa do rei, como son as súas mensaxes ou a concesión de honores (en particular, os de natureza nobiliaria); e, finalmente, outros actos que só excepcionalmente procederán da súa iniciativa, como os correspondentes ao exercicio do alto mando das forzas armadas.

Nestes casos o acto referendado ten a estrutura dun acto complexo, que esixe a concorrencia de dúas vontades, de maneira que, en principio, as iniciativas do presidente do Goberno poderían resultar limitadas polo poder do rei (de non obrar) e as iniciativas do xefe do Estado, polo poder do referendario (de non referendar). O control constitucional articulado mediante ese dobre poder de impedir só pode producir resultados positivos mediante a cooperación de ambos os órganos constitucionais, que é politicamente necesaria para o funcionamento regular da monarquía parlamentaria. Xa que logo, hai que considerar implícitas unhas normas de corrección que esixen, por exemplo, que o monarca normalmente siga e dea curso ás propostas do presidente do Goberno; pero tamén é certo que, en circunstancias políticas especiais, pode estar xustificado o contrario, isto é, que se opoña a elas, exercendo a súa función moderadora e arbitral. Por exemplo: que non acepte a presidencia dunha sesión do Consello de ministros ou que rexeite unha proposta de disolución, no suposto excepcional de disolución preventiva ou de combate que se analizou máis arriba.

Así mesmo, é certo que as iniciativas do rei, nos supostos antes mencionados, en principio deben prosperar e nalgúns casos parece practicamente imposible que non prosperen (por exemplo, a abdicación), pero o órgano competente para referendar esas iniciativas non está obrigado, en sentido xurídico, a facelo e, por conseguinte, pode haber valoracións políticas que xustifiquen a súa negativa a prestar o referendo (conclusión ineludible, pero que, paradoxalmente, ás veces eluden quen consideran que o acto referendado é sempre un acto complexo).

Vicente Calvo del Castillo

Interventor-Tesoureiro e Secretario-Interventor da Administración local

### 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.



# **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.**

#### **AS CORTES XERAIS. O CONGRESO DOS DEPUTADOS E O SENADO.**

A Constitución quixo deixar claro dende o primeiro momento (Preámbulo e art. 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 (art. 1.2) ou a Nación española (art. 2) sendo realidades certas, non son, non obstante, realidades continuamente operativas. De aí que todas as democracias optasen, aínda que non necesariamente de xeito excluín-te, pola fórmula da democracia representativa. Isto é o que explica o Tribunal constitucional en varias das súas sentenzas como a seguinte,

“...La C. E. en su artículo 66, determina taxativamente que las Cortes Generales representan al pueblo español y ejercen la potestad legislativa del Estado. Esta declaración constitucional, pilar sobre el que se cimenta el régimen democrático y parlamentario hoy vigente en España, conlleva: a) el reconocimiento indiscutible de que las Cortes Generales son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario; b) la primacía de la Ley, norma sancionada y promulgada por el Rey (artículo 62 ), en cuanto expresión de la voluntad soberana del pueblo representado por las Cortes, únicamente sometida a la supremacía de la Constitución, y c

) que el proceso ordinario de elaboración de las leyes, la Constitución reconoce al Gobierno la iniciativa legislativa, que comparte con el Congreso y el Senado en su ejercicio directo, así como con la iniciativa popular ejercida en los términos establecidos en el artículo 87 de la C. E.

El Gobierno podrá también dictar normas con rango de ley, previa delegación de las Cortes Generales (decretos legislativos) o en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad (Decretos-leyes), pero esta posibilidad se configura, no obstante, como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman.” STC 29/1982, do 31 de maio

Como sinalou o propio Tribunal Constitucional, as Cortes Xerais "...na súa dobre condición de representantes do pobo español (art. 66.1 CE), en quen reside a soberanía (art. 1.2 CE) e de titulares da potestade lexislativa (art. 66.2 CE) fan realidade o principio de toda democracia representativa, a saber, que os suxeitos ás normas sexan, por vía da representación parlamentaria, os autores das normas, ou dito doutro modo, que os cidadáns sexan actores e autores do ordenamento xurídico" (STC 241/1990 do 15 de febreiro).

Por outra parte, a adición do adxectivo "Generales" vén a evitar o que xa era previsible no momento constitucional. Admitida a existencia de Asembleas Lexislativas no ámbito autonómico, era doado prognosticar que máis dunha Comunidade rescataría o nome tradicional de Cortes para o seu Parlamento (así p. ex. Aragón, Valencia, Castela-A Mancha, etc., etc.). Dado que as Cortes de España son Xerais evítase calquera indicio de confusión con outros órganos lexislativos.

1. Maior relevancia ten a opción constitucional por un Parlamento bicameral. En efecto, o órgano complexo Cortes Generales está formado por dúas Cámaras: o Congreso dos Deputados e o Senado.

A opción constitucional por un Parlamento bicameral pódese explicar por varias razóns. A primeira delas é de carácter histórico. Se se atende á secuencia temporal de vixencia das diferentes Constitucións, en España podemos observar con facilidade que foron máis frecuentes e máis duradeiras aquelas constitucións que optaron por un sistema bicameral por máis que o monocameralismo fose o réxime de textos tan destacable como o de 1812 ou o de 1931.

2. En segundo lugar, as propias Cámaras Constituíntes nacidas ao abeiro da Lei para a Reforma Política do 4 de xaneiro de 1977 eran de estrutura bicameral. Este dato (infrecuente para un proceso constituínte) non foi en modo ningún óbice para a realización dun traballo de elaboración constitucional que se conta sen dúbida entre os máis brillantes da nosa historia. E iso nun réxime bicameral de paridade case absoluta.
3. En terceiro termo, o sistema bicameral albiscábase como unha fórmula posible para dar solución a sistemas de representación complementarios ao puramente poboacional. Neste sentido é especialmente reveladora a afirmación do art. 69.1 segundo a cal o Senado é a Cámara de representación territorial.

O sistema bicameral instaurado na nosa Constitución non é, en todo caso, un sistema de bicameralismo equilibrado ou perfecto senón o que a doutrina denomina como 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 abonda sinalar que:

1. a confianza ao Presidente do Goberno a atribúe o Congreso dos Deputados (art. 99),
2. que é quen tamén pode cesalo mediante unha moción de censura (art. 113) e
3. que a última palabra no procedemento lexislativo, con escasas excepcións, a ten tamén o Congreso dos Deputados (art. 90).

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

## COMPOSICIÓN E FUNCIONS

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 vén a configurar, polo menos nos seus aspectos claves, unha das dúas Cámaras lexislativas que compoñen as Cortes Xerais tal e como sinala o art. 66.1.

No seu primeiro inciso vén a regular a composición do Congreso dos Deputados. Esta regulación non ofrece unha solución pechada e definitiva senón que o constituínte opta por fixar unha marxe que se sitúa por debaixo nos trescentos escanos e por enriba nos catrocentos. Deste xeito pode afirmarse con facilidade que todo aquilo que se mova nestas marxes é plenamente constitucional e, en cambio, incidirá en contradición cando a solución desborde por arriba ou por abaixo, o indicado no art. 68.1.

Estas previsións constitucionais foron obxecto de tratamento na xurisprudencia do noso Tribunal Constitucional que ten dito,

“...El sistema electoral español está contenido principalmente en la LOREG, Ley Orgánica del Régimen Electoral General de la que habla en estos términos el art. 81.1 de la Constitución, de cuya necesidad se ocupó este Tribunal en su STC 72/1984 ( RTC 1984\72), a la que hacen referencia directa o indirecta diversos preceptos de la Constitución (arts. 68, 69 y 23, entre otros), y que de ellos, y de la «globalidad que la propia Constitución impone» parte, como se indica en su preámbulo. Esta ley, sustituye (sustitución «que no es en modo alguno radical», como reconoce el



preámbulo en su apartado primero), al Real Decreto-ley de 1977 ( RCL 1977\612 y 795); está en relación de continuidad con otros textos legales electorales de nuestra historia, y configura un sistema electoral, peculiar en relación con los de otros países, pero ni menos democrático ni menos garantista que aquéllos, y caracterizado, por lo que aquí importa destacar, a) por descansar en una Administración Electoral (art. 8.º LOREG), integrada por Juntas compuestas en su mayoría por Magistrados y Jueces y en todo caso presidida por ellos, designados siempre por insaculación (arts. 9.º y siguientes LOREG), y por unas mesas electorales cuyos tres miembros están designados, en todo caso, por sorteo público «entre la totalidad de las personas censadas en la Sección correspondiente» (art. 26 LOREG); b) por la existencia de representantes, apoderados e interventores de las candidaturas con presencia activa a lo largo del procedimiento electoral (arts. 43 y 76 a 79 LOREG), y c) por la existencia de un control jurisdiccional en virtud del cual la jurisdicción del orden contencioso-administrativo actúa controlando los acuerdos de las Juntas Electorales en momentos tales como la proclamación de candidaturas y candidatos (art. 49 y ss. LOREG), y la proclamación de electos (arts. 109 a 117 LOREG).”  
STC 24/1990, do 15 de febreiro

O art. 162.1 LOREG que sinala que "o Congreso está formado por trescentos cincuenta Diputados" e xa aparecía no Real Decreto-Lei do 15 de marzo de 1977 que regulou os primeiros procesos electorais ata a aprobación da LOREG no ano 1985.

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

- a. sufraxio ha de ser universal. Esta formulación, que de feito se encontra reiterada no art. 68.5, significa o recoñecemento dun longo proceso que en España non culmina senón na II República co recoñecemento do voto feminino.

- b. O sufraxio ha de ser libre. Este trazo, que diferencia nitidamente un sistema democrático doutro que non o é, non pode entenderse na acepción formal ou rituaria senón que hai que levalo á esencia do concepto liberdade. Recórdese, ademais, que a liberdade é un dos principios inspiradores do Estado Social e Democrático de Dereito (art.º 1.1) e que o propio art. 23.1 sinala que o dereito de participación esixe inescusablemente a liberdade na elección.
- c. O sufraxio ha de ser directo: Fronte ao sistema electoral dos nosos inicios constitucionais que prevía eleccións indirectas de varios graos (ata catro na Constitución de Cádiz), e que así pervive nalgunhas importantes eleccións (v. gr. o sistema de compromisarios na elección presidencial de EE.UU), a elección polo Congreso é de carácter directo sen que medie ningunha instancia ou grao entre o votante e o candidato ou/e electo.
- d. O sufraxio ha de ser secreto. Esta característica afecta tamén ao principio de liberdade, na medida que permite eludir coaccións ou intromisións no sufraxio libremente emitido. Por iso, ademais de garantir o principio de liberdade ideolóxica do art. 16.2, obriga a Administración electoral a facilitar os medios técnicos e materiais que garantan este segredo (cabinas, urnas, etc.).

En resumo, o xogo combinado destas características do sufraxio ten como obxectivo último garantir a liberdade e a pureza do proceso electoral e asegurar que o resultado corresponda realmente coa vontade popular libremente expresada.

O artigo 68.2 vén a prefixar os criterios básicos de repartición dos trescentos cincuenta Deputados (ou máis ou menos, segundo vimos anteriormente). E faíno fixando a circunscrición, sentando uns parámetros

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

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 doadamente casables.

- En primeiro termo e nunha Cámara como o Congreso dos Deputados, debe existir unha representación de carácter poboacional minimamente axeitada. 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 cabe esquecer que, aínda que os deputados (vide. art. 67) representen a todo o pobo español, existe unha sorte de "representación territorial" que, aínda que só fose pola proximidade aos electores, esixe certa base territorial do substrato electivo.

A Constitución defere 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 art. 162.2 e 3 LOREG, que fixa en dous Deputados o número mínimo inicial e distribúe os restantes segundo un procedemento proporcional con sistema de maiores restos. Esta fórmula leva consigo que a solución non é única e pechada unha vez para sempre. Antes ao contrario, en cada elección sinala o art. 162.4 LOREG que "O Decreto de convocatoria debe especificar o número de Deputados a 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 a forquita oscila entre tres deputados a elixir nas provincias de menor poboación e os trinta catro que elixe a provincia máis poboada, neste caso Madrid.

Como sinala ALBA NAVARRO calquera sistema electoral polo que se opte estará situado nunha franxa que:

- terá nun extremo o sistema maioritario puro e
- o sistema proporcional de fórmulas matemáticas exactas ata onde a indivisibilidade do corpo humano o permita.

Esta realidade ten unha lóxica inmanente pois, como sinalou o Tribunal Constitucional a Constitución non pretendeu un sistema "puro" de proporcionalidade xa que semellante sistema nin existe entre nós, dende logo, nin no Dereito comparado en parte algunha, nin acaso en ningún sistema imaxinable. "A proporcionalidade é, máis ben, unha orientación ou criterio tendencial, porque sempre mediante a súa posta en práctica quedará modulada ou corrixida por múltiples factores do sistema electoral, ata o punto que pode afirmarse que calquera concreción ou desenvolvemento normativo do criterio, para facer viable a súa aplicación, implica necesariamente un recorte a esa "pureza" da proporcionalidade abstractamente considerada" (STC 75/1985).

Esta flexibilidade constitucional permitía, pois, ao lexislador optar entre unha rica panoplia de sistemas electorais todos eles proporcionais. Como en tantas outras ocasións o art. 163 LOREG viño a confirmar xa regulado no Real Decreto-Lei do 15 de marzo de 1977, consagrando o chamado sistema D'hondt, de que como o propio Tribunal Constitucional sinalou:

"resulta certa vantaxe relativa (...) para as listas máis votadas, e iso como consecuencia do peculiar sistema de cocientes sucesivos que a devandita regra articula" (STC 75/1985).

Plasmado normativamente este sistema e explicitamente a súa constitucionalidade polo Alto Tribunal, pode afirmarse que o sistema como tal non se encontra hoxe en día seriamente impugnado por máis que se discutan determinados aspectos das listas (pechadas, bloqueadas, etc.)

Convén tamén sinalar brevemente que a xa citada STC 75/1985 pronunciouse en termos afirmativos sobre a constitucionalidade das denominadas barreiras electorais legais. Isto é, a esixencia establecida no art. 163 LOREG de que para obter escanos as candidaturas deben de obter polo menos o tres por cento dos votos válidos emitidos na circunscrición.

A Constitución no art. 68 sinala un prazo para o mandato do Congreso, tanto colectiva coma 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 esixe 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 dende que o deputado é electo, isto é, dende o propio día da elección. Por iso este é 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 esixa o cumprimento dunha serie de requisitos cuxa satisfacción dá lugar á adquisición da condición plena de Deputado (art. 20.1 RCD). Por iso se ben o Regulamento precisa que "os dereitos e prerrogativas serán efectivos dende o momento mesmo en que o Deputado sexa proclamado electo", o desfrute destas quedará suspendido cando o Deputado non satisfaga os requisitos, transcorridas tres sesións plenarias dende que conseguiu a condición de electo (art. 20.2 RCD).

O fin do mandato parlamentario, ademais de por causas diversas (falecemento, sentenza firme que así o comporte, renuncia, etc.) sobrevén automaticamente cando transcorran catro anos dende a elección (caducidade ordinaria) ou cando a Cámara é disolta (extinción anticipada). Como logo se dirá a convocatoria de eleccións non supón automaticamente a extinción do mandato o que só se producirá se mediou efectivamente unha disolución.

En todo caso convén recordar aquí que como consecuencia do previsto no art. 78.3 CE, a extinción do mandato non afecta aos membros da Deputación Permanente (tanto titulares coma suplentes), que reterán o mandato e as súas funcións ata a constitución do Congreso dos Deputados saído 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 art. 23 da Constitución. Este precepto, que non ten paralelo na regulación que para o Senado efectúa o art. 69 é superfluo e extravagante, polo menos na súa situación constitucional. Non parece que existan razóns poderosas para que dentro do art. 68 se sitúe un precepto que encontraría mellor acomodo no citado art. 23 e que, en todo caso, aparece tamén contemplado en canto ao seu suposto de feito no art. 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 art. 68.5 se refire 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).

Así como a Constitución exclúe os estranxeiros do sufraxio nas eleccións para o Congreso dos Deputados, ocúpase especialmente de recoñecer e garantir o dereito de sufraxio aos españois que se encontran fóra do territorio de España. Esta solución, que non recollen todos os

ordenamentos nin moito menos, obriga a LOREG a regular este suposto, e á Administración Pública a instrumentar mecanismos específicos para estes votantes.

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 dáse resposta, en parte, a través da Deputación Permanente. Pero esta resposta non é suficiente.

Na medida que no réxime parlamentario a duración da lexislatura non é fixa senón que pode mediar a disolución anticipada ex. art. 115, a Constitución obriga a que as eleccións teñan lugar nun prazo situado entre os trinta e os sesenta días computados dende a finalización do mandato. Esta previsión foi desenvolvida polo artigo 42 da Lei Orgánica do Réxime Electoral Xeral, o cal, tras a reforma introducida pola Lei Orgánica 13/1994, do 30 de marzo, establece que as eleccións haberán de celebrarse o día quincuaxésimo cuarto despois da convocatoria, tanto no suposto de extinción da lexislatura coma de disolución anticipada. A convocatoria farase a través de real decreto (art. 157 LOREG).

- No primeiro caso, o decreto de convocatoria ha de expedirse o día vixésimo quinto anterior á expiración do mandato.
- No suposto de disolución anticipada, o decreto de disolución ha de incluír a convocatoria de eleccións. É, pois, imposible unha disolución sen convocatoria aínda que si é posible o contrario.

O constituínte optou, ao deseñar o modelo parlamentario na nosa Constitución, 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 o fixeron 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 coma 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 aí que descubrir o significado da representación territorial en 1978 era defícil.

Por outra parte, convén recordar que o artigo 137 da Constitución sinala polo menos tres ámbitos ou niveis nos que 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 abeirados baixo a expresión "representación territorial". Máis aínda, 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 derivarse do feixe de competencias que a este respecto lle atribúe a propia Constitución.

Segundo ALBA NAVARRO, será necesario determinar que competencias atribuídas pola Constitución ao Senado xustifican a devandita afirmación. Podemos pensar nas seguintes:

1. a atribución ao Senado para autorizar medidas extremas contra unha Comunidade Autónoma que incumpra os seus deberes constitucionais (art. 155), é rechamante.
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 restantes apartados do artigo e polo tanto hai que entender que cando se fala de provincias a Constitución se refire exclusivamente ás provincias non insulares.

A opción pola provincia como circunscrición electoral denota, como antes se indicou, 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.

Abstracción feita das características do sufraxio (universal, libre, igual, directo e secreto), que poden verse no comentario do artigo 68, hai que sinalar que o factor territorial puidese enxergarse 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 á representación quérese ofrecer no Senado 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, lxicamente, cando se aproba a Constitución), obteñen así unha reafirmación da súa españolidade e unha representación máis que proporcional ao que significa a súa poboación. Quizais sexa este outro dos elementos da chamada "representación territorial".

Respecto dos Senadores designados polas comunidades Autónomas podemos suliñar varios aspectos de interese:

1. A primeira cuestión interesante a analizar é a relación representativa que estes senadores achegan. En efecto, dado que a súa designación provén da Asemblea da Comunidade Autónoma formulouse en varias ocasións o fundamento da relación representativa que subxacer a este mandato. Fronte á elección directa que antes se describiu, os senadores designados sono 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 en torno ás 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 (p. ex. art. 56 bis 1 R.S.) atribúenlles unha posición específica en orde á participación en determinados órganos (p. ex. Comisión Xeral das Comunidades Autónomas)

2. A Constitución optou por fixar só os elementos básicos da designación destes senadores do art. 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 esixe 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 punto ao número de senadores que corresponde designar a cada Comunidade Autónoma, a Constitución fixa un parámetro lineal e outro variable. O lineal esixe que cada Comunidade conte, polo menos, cun senador pola vía do art. 69.5. Este senador cuxa designación é independente da poboación con que conta cada Comunidade Autónoma só poderán sinalo 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.

Xa que o número de habitantes é un dato variable en función de diversas circunstancias, o art. 165.4 LOREG sinala que: "Para os efectos da devandita designación o número concreto de senadores que corresponda a

cada Comunidade Autónoma determinarase tomando como referencia o censo de poboación do dereito vixente no momento de celebrarse as últimas eleccións xerais ao Senado". O que é o mesmo, o número de senadores do 69.5 queda conxelado no momento das eleccións ao Senado independentemente das alteracións que se poidan producir con posterioridade nos censos poboacionais.

É necesario tamén destacar que o millón de habitantes a que se refire o art. 69.5 debe selo completo. Isto é, 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 esixe que os senadores autonómicos sexan designados pola Asemblea Lexislativa ou no seu defecto, 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, o seu Regulamento e, cando existe, 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.
- Xunto co respecto ao número de senadores que corresponda designar, a única limitación constitucional que se esixe á Asemblea Lexislativa é que respecte "a axeitada representación proporcional". Xa referimos a 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 (evidentemente 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 a aplicar para a designación de senadores. Cando isto non é así, xurdiron inevitables conflitos e interpelacións contrapostas sobre o que significa a "axeitada representación proporcional". O Tribunal Constitucional, que tivo ocasión de pronunciarse ao respecto, xa sinalou (STC 40/1981) que "a adecuada "representación proporcional" esixida 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".

É dicir, máxima flexibilidade, que se ve confirmada na STC 76/1989 cando afirma a constitucionalidade posible de diversos modelos de proporcionalidade sempre que o criterio se respecte. Non hai, pois, un único modelo nin pódese esixir a aplicación analóxica da regra D'Hondt que rexe para o Congreso dos Deputados como único sistema (STC 4/1992).

Dado que a normativa é basicamente autonómica, esta pode optar con absoluta lexitimidade por vincular o mandato senatorial co propio da Asemblea autonómica ou pola contra, desvincular ambas as dúas circunstancias. Esta opción, confirmada en canto á súa constitucionalidade polas SSTC 40/1981 e 76/1989, leva consigo que naqueles casos nos que ambos os dous mandatos van unidos, ou por dicilo máis claramente, nos que o mandato autonómico é *conditio sine qua non* para acceder ao mandato material, a perda do primeiro leva consigo a perda do segundo. Así o contempla expresamente a lexislación autonómica e prevese no artigo 18 f) do Regulamento do Senado.

Nestes casos, aínda que tamén nos demais, é o propio Parlamento que designa quen debe de 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 nos que o mandato se vincula á lexislatura do Senado (caso da C.A. de Galicia), e
2. casos nos que o mandato se vincula á lexislatura autonómica (caso da C.A. do País Vasco).

## **FUNCIONS 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 art. 66.2 a determinar as funcións esenciais do Parlamento.

### *1. Función lexislativa*

Non é casual que na orde de funcións a primeira sexa a potestade lexislativa do Estado. Non en van é clásica a equivalencia entre Parlamento e Poder Lexislativo. Esta potestade, que se exerce nos termos do Título III da Constitución e do Regulamento do Congreso dos Deputados e do Senado, necesita de varias precisións.

O exercicio da potestade lexislativa está sempre sometido á supremacía da Constitución. Doutro xeito as Cortes Xerais estarían a exercer de facto un poder constituínte para o que non están habilitadas salvo que exerciten as competencias e procedementos do Título X da Constitución (así o expresou no caso LOAPA a STC 76/1983, do 5 de agosto). Iso non impide a pluralidade de desenvolvementos lexislativos do texto constitucional (cfr. STC 194/1989, do 16 de novembro).

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

- ben por delegación das propias Cortes (art. 82),
- ben como consecuencia do despregamento de competencias propias (art. 86), a través de Decretos-leis.

Aínda así, fronte ao carácter amplo da potestade lexislativa 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 Presupostaria*

A nosa Constitución atribúe ás Cortes Xerais a competencia de aprobar os Presupostos. Unha vez superada a vella polémica da doutrina alemá sobre a natureza xurídica das leis de Presupostos (lei formal/lei material), é evidente que estes teñen unha natureza claramente lexislativa e teñen forza de lei (vide SSTC 63/1986 do 21 de maio e 76/1992 do 14 de maio). Non obstante, tal e como esta última sentenza se ocupa de recordar "o Parlamento aproba os presupostos Xerais que o Goberno elabora (art.º 134.1 CE) no exercicio dunha función específica desdobrada da xenérica potestade lexislativa... "

Por iso o exercicio da potestade presupostaria está sometida a requisitos e condicións moi específicas (vide. Art. 134) e o seu descoñecemento ou terxiversación levaría a determinar un uso ilexítimo desta potestade (vide. STC 3/2003, do 16 de xaneiro). Se o exercicio desta se efectúa polas Cámaras de conformidade cos Regulamentos parlamentarios a disciplina substancial dos Presupostos encontrámola na Lei Xeral Presupostaria.

## *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 (art. 1.3). O Goberno nace, en última instancia, da confianza do Congreso dos Deputados (art. 99) e debe de 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 vixíe e controle a acción do executivo toda vez que este responde solidariamente na súa xestión política ante o Congreso dos Deputados (art. 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 iso a Constitución establece no seu Título V unha serie de mecanismos constitucionais (preguntas,

interpelacións, peticións de información, etc., 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 art.º 111,1 ordena de xeito taxativo que "Para esta clase de debate os Regulamentos establecerán un tempo mínimo semanal".

Para clarificar os distintos instrumentos de control será conveniente delimitar os rasgos definitorios das preguntas e interpelacións. Podemos afirmar seguindo a FERNANDO SANTAOLALLA que preguntas e interpelacións constitúen instrumentos de información dos Parlamentos. A través sua os membros das cámaras poden obter esclarecemento sobre todo o que fai ou deixa de facer o Goberno e a Administración.

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

Sendo preguntas e interpelacións procedementos de información ou fiscalización, as súas diferenzas estriban máis en elementos formais ou cuantitativos que en puros elementos materiais ou cualitativos. As preguntas deben formularse respecto a cuestións concretas e determinadas, ou que non teñan unha destacada importancia política, mentres que as interpelacións teñen o seu campo de aplicación nas cuestións de maior transcendencia política ou de contido moi amplo, como son as que están relacionadas a acción política xeral ou dun departamento.

Isto explica que non haxa unha separación nítida e segura entre un e outro procedemento. Aspectos que en momentos normais se despachan cunha pregunta poden converterse en obxecto dunha interpretación de concorrer certas circunstancias.



- as preguntas encerran só un pequeno e breve diálogo entre o parlamentar autor destas e o ministro afectado.
- as interpelacións adoitan ter un desenvolvemento máis amplo ao provocar un debate no que poden intervir outras persoas ademais das mencionadas.

E é que o interese máis reducido ou concreto das primeiras permite a súa máis rápida contestación, mentres que a maior substantividade das segundas esperta o desexo doutros sectores da cámara en participar e facer valer o seu punto de vista, o que propicia a apertura dun debate máis amplo.

Preguntas e interpelacións naceron como un procedemento oral. Non obstante, no caso das preguntas, o éxito obtido, produto do seu elevado número, trouxo consigo atrasos para a súa exposición. De aí a busca de novas vías de expresión que aseguraran a pronta satisfacción da curiosidade dos parlamentarios sen mingua do axeitado despacho dos restantes asuntos. É entón cando aparecen as preguntas de contestación escrita, particularmente idóneas para o tratamento de cuestións técnicas ou complexas. Consisten en que a demanda de información e a contestación gobernamental, en vez de expoñerse nos debates, se producen por escrito, mediante certos procedementos de publicidade. Xa durante o século XX varios Parlamentos crean boletíns para a inserción e difusión destas preguntas.

Máis recentemente, algunhas cámaras crearon unha variante das orais, como son as de carácter urxente, que se caracterizan por antepoñerse ás demais en razón de afectar a cuestións de actualidade. Xeralmente preséntanse sobre aspectos en que a opinión pública sente particular interese e nos que, polo tanto, a observancia da quenda regular provocaría a frustración dese propósito. Outros Parlamentos, como o español, diferencian á súa vez entre as preguntas de contestación ante a cámara e ante as comisións.

O título IX do Regulamento do Congreso dos Deputados de 1982 regula a formulación de preguntas e interpelacións. Dentro das primeiras diferénciase entre as de contestación oral (preguntas orais) e as de contestación escrita (preguntas escritas). Á súa vez as orais subdivídense en de contestación en pleno e en comisión. O deputado interrogante pode escoller libremente entre calquera destas variantes. Pero se non indica nada ao presentalas entenderase que opta por recibir contestación escrita, e se calase sobre o tipo das orais tramitaranse como de contestación en comisión (art.º 187). En calquera caso, todas elas han de presentarse por escrito ante a Mesa da cámara (art.º 186.1), precepto que obedece á necesidade de que o Goberno teña un elemento fiable sobre o que preparar a súa resposta.

A previsión normativa contida do Regulamento do Senado de 1982 é moi parecida á da outra cámara, razón pola que só nos referimos aos puntos en que existe algunha diferenza.

- Para as preguntas orais en sesión plenaria resérvanse, en principio, os primeiros sesenta minutos, o que se interpreta referido á primeira das sesións semanais que celebra o Senado.
- Obrígase a formular as preguntas dende o escano, outorgando tres minutos ao senador interrogante e outros tantos ao ministro que ha de responder (art.º 167).
- Prevese a presentación de preguntas urxentes, que se antepoñen na súa exposición a outras de data anterior (art.º 163).
- Segundo a Norma supletoria do 6 de decembro de 1984, estas preguntas deben presentarse antes das doce horas do martes da semana anterior a aquela en que se solicite a súa resposta e, en casos excepcionais, poden admitirse outras presentadas con tan só vinte e catro horas de antelación.

En consonancia coa xa aludida maior substantividade das interpelacións, o Regulamento do Congreso dispón que deberán versar "sobre os motivos ou propósitos da conduta do Executivo en cuestións de

política xeral, ben do Goberno ou do algún Departamento Ministerial", atribuíndo á Mesa da cámara un poder de cualificación para admitir a trámite só as que se axusten aos caracteres advertidos. Esta, en caso de que o seu contido non sexa propio dunha interpretación, comunicarllo ao autor da iniciativa para a súa conversión en pregunta (art. 181).

O debate é tamén máis amplo que o das preguntas: dez minutos para cada unha das quendas de exposición e de contestación governamental, cinco para os de réplica e outros cinco para os voceiros dos grupos parlamentarios (art. 183).

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 ser 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 poden invocarse ante terceiros. Como escribiu PIERRE, "as ordes do día -equiparables ás nosas mocións- adoptadas por cada unha das cámaras teñen, para o gabinete, o valor dunha indicación moral, serven para dirixir a súa política". Polo tanto, son manifestacións de carácter político, dimensión na que poden ter un gran peso.

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

Non obstante, a aprobación dunha moción discordante coa posición do Goberno pode deixar este en situación desairada que o leve voluntariamente a dimitir, en uso da facultade contida no artigo 101.1. Esta

dimisión, repetimos, nunca será obrigada xuridicamente, pero poderá adoptarse libremente polo presidente do executivo cando estime que o resultado da votación deixou o gabinete nunha situación precaria.

O Regulamento do Congreso dos Deputados regula separadamente dúas figuras:

- as proposicións non de lei (arts. 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 (art.º 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 revélao o que o artigo 184.3 se remite ao réxime das proposicións non de lei para o debate e votación das mocións.

Polo seu lado, o Regulamento do Senado de 1982 mantén a favor do interpelante a facultade de presentar unha moción (art.º 173.2). Non establecéndose unha norma peculiar para o efecto, estas mocións deben tramitarse conforme ás 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" (art. 66.2).

Baixo esta determinación xenérica pódense englobar funcións importantes que a propia Constitución residencia nas Cámaras. A xeito de exemplo e sen vontade de exhaustividade pódense sinalar:

- as relacionadas coa reforma constitucional (arts. 167 a 169)

- as de designación ou proposta de membros doutros órganos constitucionais (art.122.2, art. 159) ou de relevancia constitucional (art. 54); ou
- todas aquelas competencias relacionadas coa Coroa (arts. 57.3; 57.4; 59.2; 59.3; 60.1; 61.1; 61.2 y 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 (vide. neste sentido 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 que a propia Constitución realizou.

Xosé Antón Sarmiento Méndez  
(Profesor de Dereito Constitucional da Universidade de Vigo)

**TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OUTRA, DA SEGUINTE  
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA:**

- **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, Nº 3, 1984, pags. 51-86
- **La esencia del régimen: el control parlamentario del Gobierno**  
Manuel Sánchez de Dios. Política y sociedad, ISSN 1130-8001, Nº 20, 1995, pags. 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, Nº. 12, 2003
- **A función de control no Parlamento de Galicia**  
Alan Bronfman Vargas. Santiago de Compostela : Parlamento de Galicia, 2003. ISBN 84-9750-138-1

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



Como no tema anterior estudamos as distintas formas de exercer a iniciativa lexislativa, previstas no art. 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 emendas, o estudo destas por parte dun relatorio que elabora un informe e a discusión e votación dese 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 remíttello ao do Senado. Esta Cámara dispón dun prazo de dous meses —vinte días nos declarados urxentes polo Goberno ou o propio Congreso— para opoñer o seu veto ou para propoñer emendas. En ambos os casos, e do mesmo xeito 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, e ambas se deben desenvolver no citado prazo constitucional de dous meses. Na lectura definitiva 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 sometelo 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 modificando o dito texto.

Interposición de veto. Se o Senado interpón o seu veto —para o que, como se dixo, necesita maioría absoluta na votación de 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 esixida ao Senado para opoñelo, ou pode, simplemente, deixar transcorrer dous meses e ratificar por maioría simple o texto inicial que lle remitiu ao Senado; en ambos os casos, o texto definitivo é idéntico ao aprobado polo Congreso.

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

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

## **1.2. Procedementos lexislativos especiais.**

Pódese falar de dous tipos de procedementos especiais. En primeiro lugar están 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-leis, a reforma constitucional, os Estatutos de Autonomía ou a súa reforma e, en fin, as leis de orzamentos. Tamén poden mencionarse aquí, malia non constituíren procedementos lexislativos, os de aprobación de tratados internacionais contemplados nos art. 93 e 94, posto que supoñen, en definitiva, procedementos parlamentarios para a incorporación dunha norma ao ordenamento xurídico.

Por outra banda 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 do procedemento lexislativo ordinario antes visto e que se poden aplicar 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 contemplado na Constitución. É un procedemento destinado a proxectos ou proposicións de lei que, pola súa sinxeleza ou outras razóns —como podería ser o alto grao

de consenso entre as forzas parlamentarias para a súa aprobación—, aconsellen unha única lectura (debate e votación) no Pleno da Cámara, sen necesidade de debate e votación en Comisión. O Regulamento do Congreso contéplao no seu art. 150, e o do Senado no 129. Nos dous casos, a decisión de seguir este procedemento correspóndelle 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 polas Cortes da potestade lexislativa, xa que a atribución desta potestade ás Cortes (art. 66.2 da CE) tense que entender como que é ás Cámaras en Pleno. Por iso, o art. 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 unha redución 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, en vez de dous meses, para emendalo ou vetalo (art. 90.3 da CE).

## **2. O Tribunal de Contas.**

### **2.1. Natureza e funcións reguladas no art. 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).

Daquela, o ámbito da súa xurisdición esténdese non só ao Estado e demais entes que o forman, senón ás comunidades autónomas e corporacións

locais, sen prexuízo de que puidese existir unha dicotomía en canto a esa 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 delas no exame e 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 art. 136.4 da CE, pola Lei orgánica 2/82 do Tribunal de Contas (LOTCo).

C) O art. 136.2 da CE dispón que "as contas do Estado e do sector público estatal renderánselle ao Tribunal de Contas e serán censuradas por este".

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

D) E o apartado 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 2/1.982, do 12 de maio, concretamente nos artigos 19 ao 28. Complementa esta lei a 7/1.988, 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 do persoal do Tribunal e funcións de nomeamento, contratación, goberno e administración en xeral.
- 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.

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

Correspóndelle ao Pleno:

- Exercer a función fiscalizadora.
- Tratar os conflitos que afectan ás competencias e atribucións do Tribunal.
- Coñecer dos recursos contra as resolucións administrativas ditadas por órgano do Tribunal.
- As demais funcións que se determinen na Lei de funcionamento do Tribunal de Contas.

#### C . A Comisión de Goberno.

Quedará 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 de conformidade coa lei.

D. A sección de fiscalización.

Ten como cometido a verificación da contabilidade das entidades do sector público e o exame e comprobación das contas que se han 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, os procedementos de reintegro por alcance e os 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 adecuado exercicio das competencias governativas 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 dispoñerá 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 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 será nomeado polo Goberno.

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



- a) As autoridades ou funcionarios que manexasen ou interviñesen ingresos ou gastos do sector público.
  - b) Altos cargos de organismos autónomos e sociedades do sector público.
  - c) Os perceptores das subvencións con cargo a fondos públicos.
  - d) Os 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 xurisdiccional.**

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 incorra quen teña 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 refírese ao sometemento da actividade económico-financeira do sector público aos principios de legalidade financeira e economía. 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 celebrados 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.

Expoñeranse os resultados da fiscalización por medio de informes ou memorias onde se farán constar cantas infraccións, abusos ou prácticas irregulares observe con indicación da responsabilidade en que, a xuízo seu, se incorrese e das medidas para esixila.

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

- a) A observación da Constitución e das leis de ingresos e gastos e, en xeral, das normas que afecten á actividade económico-financeira deste.
- b) O cumprimento das previsións en execución dos orzamentos do Estado, comunidades autónomas, corporacións locais e demais entidades suxeitas ao réxime orzamentario público.
- c) A racionalidade na execución do gasto.
- d) A 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 o emprego ou

aplicación das subvencións con cargo a fondos públicos.

### **2.3.2. A función xurisdiccional ou axuizamento contable.**

O axuizamento contable exercecese respecto das contas que deban render quen recade, interveña, administre, custodie, manexe ou utilice 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 lle corresponderá á xurisdición contable o axuizamento de:

- a) Os asuntos atribuídos á competencia do Tribunal Constitucional.
- b) As cuestións sometidas á xurisdición contencioso-administrativa.
- c) Os feitos constitutivos de delito ou falta.
- d) As 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 fosen constitutivos de delito, a responsabilidade civil será determinada pola xurisdición contable no ámbito da súa competencia. Con todo, algunha sentenza do Tribunal Constitucional se manifestou 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 executen, forcen ou induzan a executar ou cooperar na comisión dos feitos ou participen con posterioridade para ocultalos ou impedir a súa persecución.

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

Se o requirimento non fose atendido no improrrogable prazo sinalado para ese fin, 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, pasaralle 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, dean ocasión directa ou indirecta a que os caudais públicos resulten menoscabados ou a que non se poida lograr o resarcimento total ou parcial do importe das responsabilidades directas.

A esixencia de responsabilidades subsidiarias só procede cando non se poidan facer efectivas as directas.

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

Quedarán exentos de responsabilidade os que actuasen 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 esixirá responsabilidade cando o atraso na rendición, xustificación ou exame das contas e na solución dos inconvenientes sexa debido ao incumprimento por parte doutros das súas obrigas específicas, sempre que o responsable así o fixese constar por escrito.

Non haberá lugar á esixencia 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 tiña á súa disposición no momento de se produciren os feitos.

Cando non exista imposibilidade material para o cumprimento de tales obrigas, pero o esforzo que se lle esixise ao funcionario para iso resultase desproporcionado respecto da natureza do seu cargo, poderase atenuar a responsabilidade.

Nos casos en que as responsabilidades mencionadas sexan esixibles conforme as 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 ditadas pola Administración en que se declaren responsabilidades contables serán recorribles perante 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, que lles dedica un capítulo a cada un dos procedementos.

En canto ao procedemento fiscalizador, a lei limítase 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 o serán para todas as súas incidencias e para executar as resolucións que ditasen. A competencia dos órganos da xurisdición contable non será prorrogable e poderá ser apreciada por estes, mesmo de oficio, logo da audiencia das partes.

Estarán lexitimados para actuar ante a xurisdición contable os que tivesen interese directo no asunto ou fosen 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 esixencia da responsabilidade contable en calquera dos procedementos xurisdicionais do Tribunal de Contas. En ningún caso se esixirá a prestación de fianza ou caución, sen prexuízo da responsabilidade criminal ou civil en que puidese incorrer o que exercite 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 corresponderalles aos avogados do Estado. A das comunidades autónomas, provincias e municipios 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 perante 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 remitiranlle ao Tribunal de Contas, en canto 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 devandito sector percibidas por persoas físicas ou xurídicas.

Os informes ou memorias teranse que remitir acompañados dos antecedentes e do detalle necesario co fin de que o Tribunal de Contas os poida examinar, poida practicar, de ser o caso, as ampliacións e comprobacións que estime necesarias, e poida incorporar as súas propias conclusións, se resultase procedente, á memoria anual que lles vai remitir ás Cortes Xerais ou ás Asembleas Lexislativas 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 funcións fiscalizadoras concretas, tanto referidas ao sector público autonómico como ao estatal.

Actualmente están creados os seguintes órganos de control externo:

- Cámara de Contas de Andalucía (Lei 1/1988, do 17 de maio).
- Sindicatura de Contas da Comunidade Autónoma das Illas Baleares (Lei 1/1987, do 18 de febreiro).
- Audiencia de Contas de Canarias (Lei 4/1989, do 2 de maio).



- Sindicatura de Contas da Generalitat de Catalunya (Lei do 5 de marzo de 1984).
- Consello de Contas de Galicia (Lei 6/1985, do 24 de xuño).
- Cámara de Comptos de Navarra (Lei foral do 20 de decembro de 1984).
- Tribunal Vasco de Contas Públicas (Lei 1/1985, do 5 de febreiro).
- Sindicatura de Contas de Valencia (Lei 6/1985, do 11 de maio).

As relacións entre o Tribunal de Contas e os OCEX están condicionadas pola concorrencia de competencias en canto á fiscalización do sector público autonómico.

O art. 29 da Lei de funcionamento do Tribunal de Contas recolle os mecanismos concretos de coordinación. Entre estes, cómpre apuntar, 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 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 estime necesarias, así como de incorporar as súas propias conclusións, se resultase procedente, á memoria anual que lles vai remitir ás Cortes Xerais ou ás Asembleas Lexislativas das comunidades autónomas.

Para rematar, o art. 29.3 prevé a posibilidade de que o Tribunal de Contas lles encomende aos OCEX a práctica de funcións fiscalizadoras concretas,

tanto se se refiren ao sector público autonómico como ao estatal.

A xurisprudencia constitucional, contida nas sentenzas 187/1988 e 18/1991, tratou esta materia e sinalou que o Tribunal de Contas é supremo, mais non único, cando fiscaliza, e único, mais non supremo, cando axuíza a responsabilidade contable. O primeiro inciso do parágrafo terceiro do fundamento xurídico 6.º da sentenza do Tribunal Constitucional 18/1991, antes citada, é especialmente clarificador cando sinala: “De acordo co dito máis arriba, a Constitución non esixe que o Tribunal de Contas sexa o único órgano fiscalizador da actividade financeira pública, pero si que manteña unha relación de supremacía fronte a outros órganos fiscalizadores. A existencia destes, daquela, e a extensión das súas funcións a diversos ámbitos do sector público non transgride o reparto constitucional e estatutario de competencias en tanto dispoñan de habilitación estatutaria e non impidan a actividade fiscalizadora do Tribunal de Contas nestes ámbitos ou contradigan a posición de supremacía do Tribunal respecto diso”.

### **3. O Defensor do Pobo.**

#### **3.1. Natureza.**

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

A regulación constitucional cínquese a delimitar o perfil da institución, que configura como un órgano designado polas Cortes, ás que lles 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 á rectificación desas condutas. Agora ben, o Defensor do Pobo é unha institución sen competencias executivas, senón só de persuasión, ben directamente, ben a

través dos seus informes ás Cortes Xerais. A súa proxección é, xa que logo, 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 con goce pleno dos seus dereitos civís e políticos (art. 3 da LODP). A súa designación correspóndelles ás Cortes a través dun complexo procedemento que esixe maioría cualificada en ambas as Cámaras (art. 2.3, 4 e 5 da LODP).

A lei outórgalle un status de plena independencia, xa que se libera de mandato imperativo algún e se lle concede 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, polo que non pode ser detido nin retido máis que en caso de flagrante delito, e foro especial.

A institución organízase con dous adxuntos (primeiro e segundo), nos que o Defensor pode delegar e que o substitúen no exercicio do cargo en caso de imposibilidade temporal ou cesamento. O seu nomeamento correspóndelle 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, excluíndose, 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 urxente, 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 recorrer a calquera centro da Administración pública ou dependente desta co fin de comprobar datos, facer entrevistas ou estudar expedientes ou documentación, o exame dos cales non se lle pode denegar, nin sequera cando se trate de documentos declarados secretos de acordo coa lei. Só se considera como excepción que o Goberno, reunido en Consello de Ministros, acorde non remitir documentos declarados secretos. Agás algunhas excepcións, o feito de obstaculizar a investigación por parte de calquera funcionario queda comprendida no delito de desobediencia (art. 24.2 da 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 darlles 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 e facerlles 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 da LODP). En caso de ter coñecemento de feitos presuntamente delituosos, debe poñelos en coñecemento do fiscal xeral do Estado. Igualmente, pode propoñerlle ao órgano competente da Administración pública a modificación dos criterios utilizados para ditar o acto ou resolución que motive a investigación (art. 28.1 da LODP).

Ademais, o Defensor do Pobo débelle 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 da LODP). Tamén lles pode formular 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 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 funcionarios que adopten tal actitude (art. 30 da LODP).

Finalmente, a facultade máis relevante do Defensor do Pobo é a de interpoñer recursos de inconstitucionalidade e de amparo. Neste caso, é a propia Constitución, no art. 162.1 a) e b), a que lle atribúe lexitimación para incoar ambos os procedementos. O Tribunal Constitucional semella inclinarse 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 150/90, caso recargo do tres por cento).

O Defensor do Pobo debe informar a quen promove a súa actuación sobre os resultados desta, así como tamén á autoridade, funcionario ou dependencia administrativa sobre a actuación do cal se produciu a indagación. Pero, sobre todo, tenlles que 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 nestes informes non deban constar datos persoais salvo os supostos en que haxa actitude hostil ou entorpecedora da investigación. O Defensor do Pobo debe presentar o informe anual oralmente ante os Plenos de ambas as 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 con frecuencia previstas nos seus propios Estatutos, pero cun ámbito de actuación restrinxido á supervisión da Administración pública da propia comunidade autónoma. Iso no entanto, a competencia do Defensor do Pobo esténdese á supervisión da actividade das administracións públicas autonómicas. Así mesmo, os órganos semellantes das comunidades autónomas deben coordinar as súas funcións coas do Defensor do Pobo e este pode solicitar a cooperación daqueles. A Lei 36/85 regula as relacións entre o Defensor do Pobo e as institucións autonómicas equivalentes e dota a estas últimas de prerrogativas análogas ás que se lle 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 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. Destacan 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, as cooperativas, as sociedades laborais e un grupo de expertos. Destacan as funcións de emitir ditames sobre anteproxectos de lei e de regulamentos sen materia socioeconómica e elaborar estudos e informes nestas materias.

B) O Consello de Estado, que é obxecto de especial consideración inmediatamente.

C) Á parte do Consello de Estado, as comunidades autónomas crearon os seus propios consellos consultivos. Nestes casos, o Tribunal Constitucional considerou que cando unha lei esixe 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, a Lei 9/1995, do 10 de decembro, regula o Consello Consultivo desta Comunidade.

## **4.2. O Consello de Estado.**

### **4.2.1. Natureza e réxime xeral.**

O art. 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, en diante). O RD 1764/1980, do 18 de xullo, aproba o Regulamento orgánico do Consello de Estado.

O art. 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 art. 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 esixan 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 se poderán remitir a informe de ningún outro corpo ou órgano da Administración do Estado. Nos que ditaminase a Comisión Permanente, só poderá informar o Consello de Estado en Pleno.

Corresponderalle 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 informados polo Consello expresarán se se acordan conforme o ditame do Consello de Estado ou se apartan del. 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 mesmo ou baixo a súa dirección os estudos, informes ou memorias que o Goberno lle solicite e elaborará as propostas lexislativas 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 lexislativas ou de reforma constitucional atenderá os obxectivos, criterios e límites da reforma constitucional sinalados polo Goberno, e poderá facer tamén as observacións que considere pertinentes acerca deles”.

#### **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 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. Outros conselleiros poderán ser incorporados polo mesmo procedemento para tarefas concretas e de acordo co devandito Regulamento. A Comisión estará asistida por, polo menos, un letrado maior e polos letrados que se consideren necesarios en función das tarefas encomendadas, e poderase solicitar 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 elevar ao Goberno as propostas que xulgue oportunas acerca de calquera asunto que a práctica e experiencia das súas funcións lle suxiran.

O Consello de Estado en Pleno elevará anualmente ao Goberno unha memoria en que, con ocasión de expoñer 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 cómpre adoptar para o mellor funcionamento da Administración.

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

- Anteproxectos de reforma constitucional, cando a proposta non sexa elaborada polo propio Consello de Estado.
- Anteproxectos de leis que se deban ditar en execución, cumprimento ou desenvolvemento de tratados, convenios ou acordos internacionais e do dereito comunitario europeo.
- Proxectos de decretos lexislativos.
- Dúbdas e discrepancias que xurdan na interpretación ou

cumprimento de tratados, convenios ou acordos internacionais en que España sexa parte.

- Problemas xurídicos que suscite a interpretación ou 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 teñan o carácter de controversia xurídica internacional.
- Anteproxectos de lei ou proxectos de disposicións administrativas, calquera que sexa o seu rango e obxecto, que afecten á organización, competencia ou funcionamento do Consello de Estado.
- Transaccións xudiciais e extraxudiciais sobre os dereitos da Facenda Pública e sometemento ou arbitraje das contendas que se susciten respecto destes.

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

As comunidades autónomas poderán, por medio dos seus presidentes, solicitar ditame do Consello de Estado, ben en Pleno ou en Comisión Permanente, sobre aqueles 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 da LOCE).

Interventor e secretario-interventor da Administración local.

#### BIBLIOGRAFÍA

García Morillo e Espin 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.

**8. O TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL.  
ORGANIZACIÓN. ORZAMENTOS  
MATERIAIS E PROCEDEMENTOS  
DOS RECURSOS ANTE O  
TRIBUNAL. RECURSO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE,  
CUESTIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDADE E  
RECURSO DE AMPARO.**

## **TEMA 8**

### **O Tribunal Constitucional. Organización. Orzamentos 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. Orzamentos 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 un Tribunal Constitucional, regulado no seu título IX. O Tribunal Constitucional nace así como unha das pezas clave do sistema de organización e distribución do poder, e a súa función primordial é a de actuar como «intérprete supremo da Constitución» (art. 1 da LOTC).

O dereito constitucional europeo tivo no período de entreguerras un gran desenvolvemento no que se refire aos instrumentos para asegurar a

primacía da Constitución. A representación máis importante deste feito atópase na creación de tribunais constitucionais nas constitucións checa e austríaca de 1920, seguindo as construcións teóricas de Hans Kelsen. Unha primeira recepción deste modelo de xustiza constitucional, malia que con moitas imprecisións aínda, prodúcese na Constitución española de 1931 coa creación do Tribunal de Garantías Constitucionais. Non obstante, o perfeccionamento do sistema de xustiza constitucional ten lugar coa Constitución italiana (1947) e coa Lei fundamental de Bonn (1949). Así pois, no momento de se elaborar a vixente Constitución española, o sistema de xustiza constitucional concentrado ou europeo está moi consolidado no dereito continental, e a el acode o constituínte.

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

- a) En primeiro lugar, cómpre salientar que o Tribunal Constitucional encarna unha auténtica xurisdición, inda que pola súa natureza e funcións non se incardine no seo do poder xudicial. O carácter xurisdiccional da súa función implica, entre outras cousas, que o Tribunal Constitucional é un órgano independente e sometido exclusivamente á Constitución e á súa lei orgánica, tal e como dispón o art. 1 *in fine* desta.
- b) Estreitamente unida á anterior, cómpre sinalar, como segunda característica da xurisdición constitucional, o feito de que estea 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 destacable 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 forma máis patente a xustiza

constitucional europea do modelo de control de constitucionalidade difuso ou de *judicial review*, que ten a súa manifestación máis clara nos Estados Unidos.

d) A seguinte característica, relacionada co que se vén 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 a todos os poderes públicos e aos cidadáns (art. 9.1). Iso supón, por unha banda, 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 art. 5.1 da LOPX. Pero é o Tribunal Constitucional o órgano encargado de unificar esa interpretación dado o seu carácter supremo na orde constitucional (art. 123.1 da CE e 1 da LOTC). Proba manifesta desa posición atopámola no xa citado art. 5.1 da LOPX, que dispón 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».

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; de momento cómpre mencionar a súa amplitude e engadir só que o Tribunal Constitucional a exerce sempre instado directa ou indirectamente polas persoas ou órganos lexitimados en cada caso, sen actuar nunca de oficio.

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

## 2.1 Composición e designación.

O art. 159 da CE dispón que o Tribunal Constitucional se compón de doce membros; para a súa designación, a norma fundamental previu a participación dos tres poderes do Estado, e dálle 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 art. 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, iso non é así.

Por unha banda, como establece o propio art. 159 da CE, 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; iso supón que a súa elección non coincide coas lexislaturas, de maneira que non cabe establecer unha relación automática entre maioría parlamentaria e composición do Tribunal Constitucional. Esta falta de relación vese acentuada por un terceiro correctivo introducido pola Constitución en prol da independencia da xurisdición constitucional: o Tribunal Constitucional non se renova de maneira global. Ao contrario, inda que o mandato de todos os maxistrados é de nove anos, o órgano renóvase por terceiras



partes; dito doutro xeito, 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 leva a intentar que os seus membros sexan designados cunha ampla marxe de consenso entre as forzas políticas máis representativas con vistas a unha maior lexitimación democrática e a un fortalecemento da institución.

Ademais, a Constitución esixe, para ser maxistrado do Tribunal Constitucional, cumprir os seguintes requisitos:

- Unha cualificación profesional: ser xurista. A Constitución, ademais, realiza un elenco das categorías básicas dentro das cales se teñen que escoller os membros do Tribunal Constitucional: maxistrados, fiscais, profesores de universidade, funcionarios públicos e avogados.
- Un mínimo de antigüidade: 15 anos de exercicio profesional.
- Esíxese «recoñecida competencia». Malia a marxe de apreciación que deixa esta esixencia, non por iso é inútil, xa que actúa, polo menos, como elemento persuasivo para quen debe 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 semellante 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 inamovibilidade (art. 159.5 da CE

). Iso supón a imposibilidade de que sexan cesados do seu cargo ata cumprir o mandato de nove anos. As excepcións a estes principios son taxadas e semellantes ás dos xuíces e maxistrados do poder xudicial: incompatibilidade, incapacidade, ou como consecuencia da esixencia de determinada responsabilidade civil ou penal (art. 23 da LOTC).

- En segundo lugar, os maxistrados do Tribunal Constitucional están sometidos a un ríxido sistema de incompatibilidades moi similar ao dos membros da carreira xudicial (art. 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. Con todo, os maxistrados do Tribunal Constitucional poden militar en partidos políticos ou sindicatos —inda que non ocupar cargos directivos ou empregos nas devanditas organizacións—, a diferenza dos membros da carreira xudicial.

- Como terceira medida para garantir a independencia, a LOTC excluíu a posibilidade de reelección inmediata dos maxistrados, de forma que, unha vez remata 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.

- Para rematar, hai que 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 banda, contan con foro especial para a esixencia de responsabilidade penal, xa que só a Sala do Penal do Tribunal Supremo os pode axuizar.

## 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 esíxese a maioría absoluta dos votos dos maxistrados, nunha primeira votación, e abonda coa maioría simple na segunda (art. 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, ocupa a xefatura administrativa, etc.

Existe, ademais, por previsión da LOTC, un vicepresidente, designado da mesma maneira que o presidente (art. 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 se verá deseguido.

Para o exercicio das súas competencias, o Tribunal Constitucional actúa de tres formas: en seccións, en salas ou en pleno. Ao Pleno correspóndelle resolver todos os asuntos que son competencia do Tribunal, con excepción dos recursos de amparo. Porén, 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 (art. 10.k da LOTC).

As salas resollen os recursos de amparo. Existen dúas salas, compostas cada unha por seis maxistrados. A sala primeira está presidida polo presidente do Tribunal e a segunda polo vicepresidente. Non existe especialización das salas por razón da materia, senón simple reparto alternativo de asuntos. Hai catro seccións, cada unha composta por tres maxistrados, que teñen a función de decidir sobre a admisibilidade dos asuntos.

Para adoptar acordos en cada un dos órganos do Tribunal esíxese a presenza, polo menos, de dúas terceiras partes dos seus membros. As decisións adóptanse, a partir da proposta do maxistrado poñente, por maioría, contando o presidente, en caso de empate, con voto de calidade

(art. 90.1 da LOTC). Os maxistrados poden, se o consideran conveniente, manifestar as súas discrepancias coa maioría mediante a formulación dun voto particular.

O Tribunal Constitucional, para o desenvolvemento das súas funcións, debe contar cunha infraestrutura material e persoal suficiente. Dentro desta última cómpre sinalar que, igual que o resto dos órganos xurisdiccionais, o Tribunal posúe tres secretarías de xustiza —no Pleno e nas dúas salas—, ocupadas por secretarios de xustiza axudados dos correspondentes oficiais, auxiliares e axentes. Por outra banda, os maxistrados contan co apoio dun corpo de letrados que lles axudan no seu traballo, baixo a xefatura do secretario xeral, que dirixe, así mesmo, os distintos servizos do Tribunal.

### 2.3. Funcións.

Como se sinalou previamente, o Tribunal Constitucional conta cun amplo elenco 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 pode resumirse 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 (art. 161.1.a, 163 e 95 da CE).
- Protección de dereitos e liberdades recoñecidos nos art. 14 a 30 da CE mediante o recurso de amparo (art. 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 (art. 161.1.c) da CE).
- Control de constitucionalidade de disposicións e resolucións dos órganos das comunidades autónomas, mediante as impugnacións previstas polo art. 161.2 da CE.

- Control da repartición de competencias entre os distintos poderes do Estado a través dos conflitos de atribucións entre órganos constitucionais (art. 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 (art. 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 art. 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 dentro 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 garantir 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 semellante á lei por estaren situadas de maneira inmediata baixo a Constitución. Por iso, o art. 161.1.a) da CE, cando fala do control de constitucionalidade, estende este ás «leis e disposicións normativas con forza de lei».

O primeiro problema que presenta o control de constitucionalidade é determinar cales son as normas que se deben incluír nesa categoría. O art. 27.2 da LOTC dá 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 art. 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 salientar que, aínda que non existe dúbida ningunha sobre a posibilidade de control dos decretos-leis, desde o punto de vista práctico este control é ás veces difícil de levar a cabo por razóns procesuais, xa que o art. 86.2 da CE esixe 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, co que é difícil que se poida controlar previamente a súa constitucionalidade; así e todo, o Tribunal Constitucional entendeu que «o 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 inconstitucionalidades que se denuncien.

En relación cos decretos legislativos, tamén existen problemas de control da súa constitucionalidade. Estes problemas xorden como consecuencia da construción doutrinal, aceptada pola xurisprudencia, segundo a cal cando un decreto legislativo incorre en *ultra vires* ou exceso de delegación perde o seu rango legal e degrádase a nivel regulamentario. Desde a perspectiva do seu control, esta construción, acollida polos art. 85.6 da CE e 27.2.b da LOTC, supón a posibilidade de fiscalización polos órganos do poder xudicial. Con todo, e como pon de manifesto o último precepto citado, non resulta claro daquela cando existe control de constitucionalidade encomendado ao Tribunal Constitucional, e cando o control do exceso na delegación, correspondente aos tribunais ordinarios. O Tribunal Constitucional, por unha banda, confirmou a posibilidade de que os tribunais ordinarios controlen os excesos de delegación; ao mesmo tempo, por outra banda, sempre que se cuestionou a regularidade dun decreto legislativo ante o Tribunal Constitucional, este entrou a coñecer do asunto; por iso existe unha zona de concorrencia onde tanto o Tribunal Constitucional como os tribunais ordinarios poden actuar (STC 47/84, caso Xefe de Servizo de RENFE).

Por outro lado, o Tribunal Constitucional rexeitou expresamente que posúa competencia para controlar normas de dereito comunitario europeo (STC 64/91, caso APESCO). Inda que sexan normas directamente aplicables en España que desprazan mesmo a lei interna, o seu parámetro de control

está no propio dereito comunitario, e é o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas o que, en última instancia, debe efectuar ese control.

Para concluír o apartado 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 estende os seus efectos non só ás normas posteriores á Constitución senón tamén ás 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); pola outra, a superioridade xerárquica da Constitución fai que se impoña sobre as normas inferiores, incluídas as preconstitucionais (criterio xerárquico). Inda que o resultado en ambos os casos é o mesmo (supremacía da Constitución), dende o punto de vista procesual a distinción ten a súa importancia. Así, a aplicación do criterio temporal faría que o conflito entre Constitución e lei anterior se catalogase como de vixencia, o que obriga a determinar se a lei está ou non derogada; en canto tal xuízo de vixencia, calquera xuíz ou tribunal o pode realizar. Pola contra, a aplicación do criterio xerárquico fai que o conflito sexa de validez; iso determinaría que só o Tribunal Constitucional puidese axuizar a adecuación ou non do dereito preconstitucional á norma fundamental. O Tribunal Constitucional, ante tal disxuntiva, optou por unha posición intermedia facendo que coexistisen ambas as posibilidades.

Nun dos primeiros asuntos resoltos polo Tribunal, este afirmou o seguinte: «Así como fronte ás leis posconstitucionais o Tribunal ten o monopolio para axuizar a súa conformidade coa Constitución, con relación ás



preconstitucionais os xuíces e tribunais deben inaplicalas se entenden que quedaron derogadas pola Constitución, ao opoñerse a esta; ou poden, en caso de dúbida, someter este tema ao Tribunal Constitucional pola vía da cuestión de inconstitucionalidade» (STC 4/81, caso Lei de bases de réxime local). Esta doutrina, malia que con discrepancias no seo do propio Tribunal, foi reiterada máis recentemente na STC 73/96 (caso art. 124 e 137 da LXO).

b) O marco de axuizamento.

A inconstitucionalidade dunha norma con forza de lei pode vir determinada tanto por motivos formais como materiais; dito doutro xeito, e inda 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 o caso, a declaración de inconstitucionalidade. Non obstante, esta idea está suxeita a algunhas matizacións.

En primeiro lugar, se ben, como resulta lóxico, unha norma preconstitucional se debe someter materialmente á Constitución, xa que noutro caso se estarían a producir efectos contrarios á norma fundamental, non se pode dicir o mesmo respecto dos mandatos formais ou de procedemento. En efecto, non se pode pretender someter o lexislador preconstitucional 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 deles implica necesariamente a nulidade da norma con forza de lei. Neste sentido, o principio de «proporcionalidade» debe modular o efecto que posúa o vicio en cada caso. Así, dun pequeno defecto na tramitación dun proxecto de lei

non pode derivar a nulidade total da lei que xurda. Desde outra perspectiva cómpre sinalar que, inda que o marco xeral de axuizamento das normas con forza de lei vén determinado, como é lóxico, pola Constitución, ás veces 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 cómpre acudir ás veces aos regulamentos das cámaras (STC 99/87, 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 art. 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 esixe 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, inda que xorde 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 integradas nel distintas da Constitución. A propia LOTC reflectiu esta técnica ao dispoñer no seu art. 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 en que o Tribunal Constitucional debe acudir a normas non constitucionais para axuizar as normas con forza de lei está previsto polo art. 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 art. 81 da CE, correspóndelle salvagardar o ámbito material reservado á lei orgánica; para iso non hai dúbida de que deben axuizar as normas presuntamente invasoras deste ámbito á luz da Constitución e das propias leis orgánicas. Iso permite, entre outras cousas, garantir o respecto aos estatutos de autonomía por parte das leis tanto estatais como autonómicas, posto que os estatutos de autonomía se aproban mediante lei orgánica.

### 3.2. O recurso de inconstitucionalidade.

Como xa se indicou, o art. 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, xa que logo, 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 interpoñer recurso de inconstitucionalidade, segundo o art. 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, presenta algúns problemas. A do presidente do Goberno supón dotalo dunha facultade de transcendencia evidente, tanto no ámbito das relacións Goberno-Parlamento como no de repartición de poder entre Estado e comunidades autónomas. Cómpre observar que, inda que pode obviamente consultar co Goberno, a decisión correspóndelle ao presidente individualmente considerado.

Pola súa banda, a lexitimación outorgada ao Defensor do Pobo semella que, en principio, se tería que restrinxir ao campo da protección dos dereitos fundamentais, única tarefa atribuída polo art. 54 da CE a esta institución. Agora ben, non se pode esquecer que o concepto mesmo de protección dos dereitos fundamentais ten un alcance amplísimo, polo que poucas son as normas que directa ou indirectamente non se poden conectar con esta 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, ao mesmo tempo permítelles ás forzas políticas coa suficiente representación parlamentaria reaccionaren fronte a normas con forza de lei ditadas tanto

no ámbito estatal como no autonómico mediante a súa impugnación perante o Tribunal Constitucional, proxectándose así ao campo da organización territorial do Estado.

Polo que respecta á lexitimación recoñecida a órganos autonómicos, tanto executivos como 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 presentou na práctica, xa que o art. 32.2 da LOTC, ao regular esa lexitimación, esixe que as normas con forza de lei do Estado impugnadas polos citados órganos autonómicos «poidan afectar ao 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 puidesen 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 56/90, caso Lei orgánica do poder xudicial III, por exemplo). Para rematar, o silencio do art. 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; con todo, e a falta de xurisprudencia na materia, doutrinalmente indicouse que iso podería supoñer unha lectura inconstitucional do art. 162.1 da CE, máximo se se ten en conta que o silencio da LOTC é produto dun simple erro técnico do lexislador.

#### b) Prazo.

O prazo para interpoñer o recurso de inconstitucionalidade é de tres meses a partir da publicación da norma impugnada (art. 33 da LOTC). No caso das

normas con forza de lei das comunidades autónomas, que se publican tanto no seu diario oficial como no Boletín Oficial do Estado, é a primeira publicación a que serve como *dies a quo* para computar este prazo de tres meses.

#### c) Procedemento.

O recurso de inconstitucionalidade iníciase mediante o correspondente escrito de quen posúa lexitimación, ou do seu comisionado, onde se debe concretar a disposición impugnada así como os motivos do recurso. O Tribunal Constitucional, admitida a trámite a demanda, traslada o 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 (art. 34 da LOTC).

#### d) Efectos.

O art. 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 está desenvolvido nos art. 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 teñen os seus efectos a partir do día seguinte ao da súa publicación no Boletín Oficial do Estado (art. 164 da CE).

En segundo lugar, e polo que se refire ao seu contido, a declaración de inconstitucionalidade supón, segundo o art. 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 só aqueles preceptos que sufran o vicio de validez.

A nulidade implica considerar que os preceptos afectados por ela nunca formaron parte do ordenamento. Agora ben, o art. 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 onde se aplicou a norma inconstitucional, agás nun caso: que esa aplicación supoña unha sanción penal ou administrativa que non existiría ou se vería reducida como consecuencia da nulidade da norma aplicada.

Malia o rixidamente que están regulados os efectos da declaración de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional, consciente dos moitos problemas que se poden presentar, tanto desde o punto de vista práctico como xurídico, como consecuencia da declaración de inconstitucionalidade dunha norma con forza de lei, flexibilizou en ocasións os efectos, adecuándoos ás circunstancias do caso concreto, chegando incluso a limitar os seus efectos temporalmente a partir da declaración de inconstitucionalidade (STC 45/89, caso I.R.P.F.), 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 aos 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 «intérprete supremo da Constitución». Así, establécese que as sentenzas recaídas en procedementos de inconstitucionalidade «teñen plenos efectos fronte a todos» (art. 164.1 da CE) e «vincularán a todos os poderes públicos» (art. 38.1 da LOTC). Iso implica outorgarlles uns efectos

especiais ás resolucións do Tribunal; eses efectos supoñen que a súa doutrina debe informar a actividade de todos os poderes públicos.

Cómpre sinalar, así mesmo, que as decisións do Tribunal Constitucional non poden ser recorridas no ámbito interno e crean cousa xulgada. En consecuencia, resolto un asunto polo Tribunal, non se pode volver presentar ante el. Outra cousa é que si se poidan reproducir problemas semellantes perante o Tribunal Constitucional, o que lle permite 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, porén, permite reaccionar contra a inconstitucionalidade dunha norma con forza de lei a través da súa aplicación concreta. O art. 163 da CE dispón: «Cando un órgano xudicial considere, nalgún proceso, que unha norma con categoría de lei, aplicable ao caso, da validez da cal dependa a sentenza, poida ser contraria á Constitución, formulará a cuestión perante 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, daquela, como instrumento que permite reaccionar ante calquera inconstitucionalidade dunha norma con forza de lei sen necesidade da intervención de quen está lexitimado para interpoñer o recurso directo; pero, á vez, fai posible que non se lle abra a lexitimación para recorrer normas con forza de lei a calquera persoa. Os órganos xudiciais actúan como «filtro» para lle 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 indica o art. 163 da CE, calquera órgano xudicial pode formular a cuestión de inconstitucionalidade perante 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 que coñeza o órgano xudicial, ben formulada por este ou por algunha das partes nese procedemento (art. 35.1 da LOTC).

En segundo lugar, para formular a cuestión de inconstitucionalidade non abonda simplemente 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.

Para rematar, a dúbida sobre a constitucionalidade da norma con forza de lei debe estar suficientemente fundada e motivada polo órgano xudicial que eleva a cuestión perante 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 sexa a orde ou xurisdición. Ao órgano xudicial correspóndelle controlar que se cumpren os requisitos legalmente esixidos: relevancia da cuestión para a resolución e fundamentación suficiente da dúbida de constitucionalidade. Se non se cumpren estes requisitos, o órgano xudicial debe rexeitar a formulación da cuestión. Aínda máis, o órgano xudicial, constatado o cumprimento destes requisitos, debe analizar a dúbida formulada co fin de determinar se, por vía interpretativa, é salvable a contradición entre norma con forza de lei e Constitución (art. 5.3 da LOPX).

A formulación lévase a cabo mediante auto e unha vez oídas as partes comparecentes no proceso xudicial e o Ministerio Fiscal. No dito auto téñense que concretar a norma cuestionada e os motivos polos que o órgano xudicial considera que pode ser contraria á Constitución. Só se pode formular a cuestión unha vez concluído o procedemento e antes de adoptar a resolución pertinente (art. 35.2 da LOTC); inda que este precepto se refire exclusivamente a aqueles procedementos que finalizan en sentenza, o Tribunal Constitucional entendeu que a cuestión se pode formular tamén ante decisións xudiciais que adopten outra forma (auto ou providencia) por tratarse de dúbidas que xorden en procedementos incidentais. A esixencia de agardar a que conclúa o procedemento correspondente ten unha dobre finalidade: por unha banda, trátase de evitar que a cuestión de inconstitucionalidade sexa utilizada con fins exclusivamente dilatorios; por outra, só cando conclúe o procedemento se pode valorar realmente a relevancia da norma cuestionada para a resolución.

No caso de que o órgano xudicial considere que non procede formular a cuestión de inconstitucionalidade, a súa resolución non se pode recorrer, inda que se pode volver formular a dúbida en posteriores instancias xurisdicionais.

Unha vez formulada a cuestión perante o Tribunal Constitucional, péchase 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*), onde se decide sobre a validez da norma cuestionada. Este proceso desenvólvese totalmente perante o Tribunal Constitucional e nel nin sequera participan quen son parte no proceso *a quo*. Así e todo, constan as súas alegacións, 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 dúbida polo Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, polo menos no tocante a aqueles casos onde se axuízan

normas con forza de lei de tipo singular (STEDH Ruíz Mateos —1993—).

O Tribunal Constitucional realiza, en primeiro lugar, un control do cumprimento dos requisitos esixidos legalmente para a formulación da cuestión: relevancia para a resolución e fundamentación suficiente. Este control ten que ser superficial, xa que 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, inda 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 (art. 37.1 da LOTC).

En canto a cuestión é admitida a trámite, o procedemento que se segue é semellante ao do recurso de inconstitucionalidade. Trasládase ao fiscal xeral do Estado, ás cámaras, ao Goberno e, se é o caso, aos executivos e lexislativos da comunidade autónoma que ditase a norma cuestionada para que comparezan 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 tenlle que notificar a súa decisión ao xuíz ou tribunal que formulou a cuestión para que resolva en consecuencia o proceso *a quo*.

c) As «auto cuestións» de inconstitucionalidade.

Existen na LOTC dúas previsións que permiten que sexa o propio Tribunal

Constitucional o que considere a inconstitucionalidade dunha norma con forza de lei (de aí os nomes de «auto cuestión» ou «cuestión interna de inconstitucionalidade» polos que se coñece esta institución); trátase dos art. 55.2 e 75.*quinque*.6 da LOTC.

Segundo o art. 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, ao mesmo tempo que resolve o amparo, debe formular a posible inconstitucionalidade da norma con forza de lei perante o Pleno para que este, se así o decide, declare a inconstitucionalidade da norma con forza de lei.

Como se ve, o mecanismo é semellante ao das cuestións de inconstitucionalidade só con dúas particularidades:

- O órgano que promove a cuestión é o propio Tribunal Constitucional, polo xeral 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 agardar pola 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 a formulación da cuestión (STC 149/00, caso art. 21.2 da LOREX).

O procedemento que se segue para resolver as «auto cuestións» de inconstitucionalidade é o mesmo previsto para as cuestións (art. 55.2 *in fine* da LOTC).

Tocante á segunda «auto cuestión», está regulada no capítulo dedicado aos conflitos en defensa da autonomía local; o mecanismo parécese ao anterior, xa que se trata de que, unha vez apreciada unha lesión da

autonomía local imputable a unha norma con forza de lei, a súa inconstitucionalidade debe declararse noutro procedemento, que se tramita tamén como as cuestións de inconstitucionalidade (art. 75.quinque.6 da LOTC). A diferenza básica respecto do outro suposto de auto cuestión, á parte do motivo en que se fundamentan, está en que, neste caso, a auto cuestión é formulada polo Pleno do Tribunal Constitucional perante si mesmo.

### 3.4. O control previo de tratados internacionais.

Inda que non se pida expresamente no tema, convén presentar, por non deixar incompleta a exposición, o terceiro instrumento procesual que existe para controlar a constitucionalidade de normas con forza de lei e que é o control previo de tratados internacionais. Como se deduce facilmente 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 interpoñer 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 esta regulación ao derrogar o art. 79 da LOTC, de forma que, na actualidade, só os tratados internacionais cun texto fixado definitivamente pero aos que o Estado aínda non lles prestase o seu consentimento son susceptibles de control previo (art. 95.2 da 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. Con todo, o control previo de tratados internacionais xustifícase en boa medida porque permite 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. Iso é así porque o seu obxecto non é, ou non ten por que ser, exactamente impugnador; máis ben é de natureza consultiva, xa que do que se trata é de comprobar se existe obstáculo constitucional á prestación do consentimento a un tratado internacional, inda que a decisión sexa vinculante. No 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.

Só o Goberno ou algunha das cámaras, de acordo co establecido nos seus regulamentos, poden instar a este control mediante o correspondente requirimento (art. 78.1 da LOTC).

#### c) Procedemento.

Unha vez realizado o requirimento, trasládase ao resto dos órganos lexitimados para que efectúen alegacións; oídos o Goberno e as cámaras, o Tribunal Constitucional dita a correspondente resolución (art. 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 entre en vigor un tratado internacional contrario á Constitución. Esta 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 (art. 95.1 da CE), ben a non prestación de consentimento por parte do Estado. Convén lembrar 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 como obxecto o control da constitucionalidade das leis e non son obxecto deste tema; así e todo, indícanse a seguir:

- 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 perante o Tribunal Constitucional das disposicións e resolucións de categoría infralegal adoptadas polos órganos das comunidades autónomas que considere inconstitucionais.
- Os conflitos en defensa da autonomía local.

### 3.5. O recurso de amparo.

O art. 53.2 da CE sinala que os dereitos recoñecidos nos art. 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 atributo 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 perante o que se solicita: a diferenza do amparo xudicial, que, como se viu, se solicita perante os órganos xurisdicionais ordinarios, o amparo constitucional solicítase, xustamente, ante o 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, xa que logo, un recurso polo que se lle solicita ao 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 reparala se xa se produciu.

#### b) Función.

Non se pode omitir que o amparo constitucional reviste unha función que transcende da proxectada pola mera resolución do caso concreto. Abofé, o seu obxecto primario é ofrecer unha garantía máis dos dereitos fundamentais; pero, ademais, ese instrumento lle 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 representada no art. 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 banda, o amparo constitucional cumpre aínda unha última función, en consonancia coa condición do Tribunal Constitucional como intérprete supremo da Constitución. Os recursos de amparo constitucional que se instrúen perante el 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 informar a interpretación e aplicación que das leis e dos regulamentos realicen os órganos xurisdicionais ordinarios.

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

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

Para rematar, 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 art. 55.1 da LOTC; isto é, limitarse a declarar a nulidade do acto ou resolución que vulnerou o dereito fundamental, a recoñecer este último e a restablecer o dereito do recurrente. (Esta materia trátase no Tema 3).

Vicente Calvo del Castillo

Interventor-tesoureiro e secretario-interventor da Administración local

## 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.

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

# **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 planta.
  - 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.
    - 3.3.5. Sala do art. 61 da 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 iso lles dedicamos un único apartado ás aparentes dúas cuestións presentadas no tema). A definición do noso Estado como “social e democrático de dereito” (artigo 1.1 da CE) significa “o imperio da lei”, como expresión da soberanía popular, que se aplica 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 parte de todos, dos simples cidadáns e tamén dos que desempeñan funcións dentro dos outros dous grandes poderes do Estado; para garantir que estes actúan dentro dos límites determinados pola Constitución; e para tutelar efectivamente os dereitos e intereses lexítimos amparados desde a lei de leis.

A doutrina adoita sinalar que, fronte ao poder lexislativo, os poderes executivo e xudicial son secundarios; o primeiro crea as leis e os outros dous execútanlas ou fan que se cumpran. Pero entre o poder executivo e o xudicial hai diferenzas: a Administración aplica as normas tanto para ela mesma como para os cidadáns; os xuíces non as aplican para si mesmos senón para as relacións entre particulares, para resolver os conflitos producidos. As súas sentenzas son, xa que logo, 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 é administrada en nome do rei” (artigo 117.1

da CE), o cal é congruente cun sistema constitucional onde o alicerce básico foi establecido pola “soberanía do pobo español” (artigo 2 da CE) a través dun referendo nacional, o 6 de decembro de 1978, e onde a potestade lexislativa lles corresponde ás Cortes Xerais que “representan ao pobo español” (artigos 66.1 e 2 da CE). En consecuencia, o pobo, a través do órgano constitucional que o representa, crea as leis para si mesmo e, a través do poder xudicial, fai que se cumpran esas mesmas leis e que sexan sancionados os que as contraveñan.

O poder xudicial descansa sobre estes principios:

a. Exclusividade xurisdiccional:

“O exercicio da potestade xurisdiccional en toda clase de procesos, xulgando e facendo executar o xulgado, correspóndelles só aos xulgados e tribunais” (art. 117.3). Estes, nunha perspectiva negativa deste principio, “non exercerán máis funcións ca 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 da 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 coñecen os xuíces, adóitase 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 réxime anterior, dunha xurisdición militar illada, pois, inda que especial e “circunscrita ao ámbito estritamente castrense” (artigo 117.5 da CE), ve coroada a súa organización pola Sala V do Tribunal Supremo, que pode revisar as resolucións dos tribunais militares (LO 4/1987, do 15 de xullo). Tampouco están xa permitidos os “tribunais de excepción” (artigo 117.6) nin os “tribunais de honor no ámbito da Administración civil e das organizacións profesionais” (artigo 26 da CE). O Tribunal de Contas desempeña algunha función que pode ser considerada xurisdicional: o “axuizamento contable” respecto dos que manexen “bens caudais ou efectos públicos” nas distintas Administracións; porén, inda que isto permite falar dunha “xurisdición contable”, tampouco rompe a esencia da unidade xurisdicional, xa que 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 intérprete supremo; por iso é obxecto dun estudo separado. Para rematar, o Tribunal Superior de Xustiza das Comunidades Europeas, aludido noutro lugar, é o órgano xurisdicional 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 da CE). Esa “independencia” ten un aspecto “externo” (fronte ás intromisións doutros poderes) e outro “interno” (independencia de cada órgano xudicial fronte aos demais) e, tocante á “inamovibilidade”, vese reforzada pola imposibilidade (artigo 117.2) de ser os xuíces e maxistrados “separados, suspendidos, trasladados nin xubilados, a non ser por algunha das causas e coas garantías previstas na lei” (hoxe, a Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo,



do poder xudicial, que desenvolve este título VI).

d. Incompatibilidade.

“Os xuíces e maxistrados, e mailos fiscais, mentres estean en activo, non poderán desempeñar outros cargos públicos nin pertencer a partidos políticos ou sindicatos” (artigo 127.1 da CE), inda que se poderán incorporar ás súas asociacións profesionais (as principais hoxe son a Asociación Profesional de la Magistratura, a asociación xudicial Francisco de Vitoria, a de Jueces para la Democracia, etc.). Tampouco poden exercer a súa función en asuntos en que estean implicados determinados parentes.

e. Responsabilidade.

Este principio, tamén procedente do artigo 117.1 da CE, proxéctase na posible derivación da responsabilidade persoal dos actos ou decisións dos xuíces, tanto na orde penal como na civil e na disciplinaria. E iso con independencia da responsabilidade subsidiaria do Estado por “os danos causados por erro xudicial” ou como “consecuencia do funcionamento anormal da Administración de xustiza” (artigo 121 da CE).

O art. 122 da CE establece que é a lei orgánica do poder xudicial a que ha determinar os xulgados e tribunais e o 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. Nel recóllense 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 esixencias desenvólvense a través de mandatos concretos que delimitan co rigor preciso o seu contido exacto. Así, precísase que a independencia no exercicio da función xurisdiccional se estende fronte a todos, mesmo fronte aos propios órganos xurisdiccionais, o que supón a imposibilidade de que nin os propios xuíces ou tribunais

corrixa, a non ser con ocasión do recurso que legalmente proceda, a actuación dos seus inferiores, e queda 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 deriva da obriga que se lles 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 inamovibilidade engádeselle unha regulación en virtude da cal se exclúe toda competencia do poder executivo sobre a aplicación do estatuto orgánico daqueles. En diante, pois, a carreira profesional de xuíces e maxistrados estará gobernada, de forma plena e regulada, 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 que ningunha actuación do poder executivo quedará subtraída á fiscalización dun poder independente e sometido exclusivamente ao imperio da lei. Haberá que convir en que o Estado de dereito proclamado na Constitución alcanza, como organización rexida pola lei que expresa a vontade popular e como sistema en que 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 lles recoñece a xuíces e tribunais de requirir a colaboración de particulares e poderes públicos; e, para rematar, a regulación do procedemento e das garantías previstas nel para os supostos de expropiación dos dereitos recoñecidos fronte á Administración pública nunha sentenza firme.

Por outra banda, o título preliminar da presente lei orgánica singulariza no poder xudicial a vinculación xenérica do art. 9.1 da CE, ao dispoñer 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 derivan deles, como fonte do dereito, o que dota plenamente o ordenamento das características de plenitude e coherencia que lle son esixibles e garante a eficacia dos preceptos constitucionais e a uniformidade na súa interpretación.

Ademais, dispónse que só 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 respecto da norma fundamental, e introdúcese nesa suxeición un elemento dinámico de protección activa que transcende do mero 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 aplicabilidade directa dos dereitos fundamentais, co que se fai explícita a 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 obrigatorio o cumprimento das sentenzas e demais resolucións firmes dos xuíces e tribunais, así como prestar tamén a colaboración por eles requirida no curso do proceso e na execución das resolucións.

B) Xustiza gratuíta

Artigo 119. A xustiza será gratuíta cando así o dispoña a lei e, en todo caso, respecto de quen acredite insuficiencia de recursos para litigar.

C) Normas do procedemento xudicial: público e oral

Artigo 120.1. As actuacións xudiciais serán públicas, coas excepcións previstas nas leis de procedemento. 120.2. O procedemento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. 120.3. As sentenzas serán sempre motivadas e pronunciaranse en audiencia pública.

D) Responsabilidade patrimonial

Artigo 121. Os danos causados por erro xudicial, así como tamén 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 participaren na Administración de xustiza mediante a institución do xurado, na forma e con respecto a aqueles procesos penais que a lei determine, e tamén 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 pescuda do delito e de descubrimento e aseguramento do delincuente nos termos que a lei estableza.

#### G) Estatuto dos xuíces e maxistrados

Artigo 127.1. Os xuíces e maxistrados, e mailos fiscais, mentres estean 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 de maneira que asegure a súa total independencia.

Para rematar, os artigos 122, 123 e 124 da CE regulan os órganos e institucións que son obxecto dos seguintes apartados.

## **2. O Consello Xeral do Poder Xudicial: organización e competencias.**

A existencia do Consello Xeral do Poder Xudicial recóllese —como se dixo anteriormente— no artigo 122 da 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 seus membros e as súas funcións, especialmente en materia de nomeamentos, ascensos, inspección e réxime disciplinario”.

E o apartado 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 por 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”.

### **2.1. Organización.**

A Constitución, para garantir o dereito dos cidadáns a un xuíz imparcial, outórgalles aos integrantes do poder xudicial unha independencia absoluta na adopción das súas decisións e sométeos exclusivamente, para ese fin, ao imperio da lei. Para asegurar esa independencia, aos membros do poder xudicial confírenselles unhas garantías completas que, no seu conxunto, configuran o estatuto de xuíces e maxistrados. Agora ben, todas estas garantías poderíanse ver vulneradas se a situación persoal ou profesional de xuíces ou maxistrados, ou o seu futuro profesional, dependese dun poder alleo ao xudicial; nese caso, quen puidese modificar estas situacións podería tamén influír nas decisións dos xuíces e maxistrados. Isto é especialmente aplicable en dous supostos concretos: a potestade disciplinaria e o réxime de ascensos. Mediante o exercicio ilícito da primeira poderíase ameazar ou, de ser o caso, sancionar os xuíces e maxistrados non dúctiles ao desexo do poder; mediante o control dos segundos poderíase conseguir que quen lexitimamente ambiciona prosperar profesionalmente adoptase, para conseguilo, resolucións non prexudiciais para o poder.

a) O Consello Xeral do Poder Xudicial. Composición e designación.

A fin de evitar este problema, a Constitución diseña un órgano específico, o Consello Xeral do Poder Xudicial, ao que lle outorga a función de gobernar este poder. Trátase dunha solución inspirada noutros países, especialmente Italia e Francia. A LOPX, ademais, atribúelles competencias de goberno do poder xudicial a distintos órganos deste. Xa que logo, o goberno do poder xudicial queda subtraído a toda posible influencia dos outros dous poderes, pois reside ou no propio poder xudicial ou nun órgano específico rodeado, pola súa vez, de notables garantías.

Polo que se refire á súa composición, a Constitución sinala que o CXPX terá vinte e un membros, e prescribe que doce deles deben ser elixidos “entre

xuíces e maxistrados de todas as categorías nos termos que estableza unha lei orgánica”.

A LOPX 6/1985 foi modificada pola LO 2/2001, onde se estableceu que os candidatos a ocupar os 12 postos reservados a xuíces e maxistrados sexan presentados —ata un máximo do triplo dos doce postos que cómpre propoñer— polas asociacións profesionais de xuíces e maxistrados ou por un número de xuíces e maxistrados que represente, polo menos, o 2 % de todos os que se encontren en servizo activo. A determinación do número máximo de candidatos que corresponde presentar a cada asociación e do número máximo de candidatos que se poden presentar coas sinaturas de xuíces e maxistrados axústase a criterios estritos de proporcionalidade previstos na LOPX.

Entre os trinta e seis candidatos presentados, conforme o disposto no número anterior, o Pleno do Congreso dos Deputados elixe, en primeiro lugar, seis vogais; e, unha vez elixidos estes seis vogais, o Senado elixirá os outros seis entre os trinta candidatos restantes.

Os restantes oito membros que tamén van integrar o Consello, elixidos polo Congreso dos Deputados e polo Senado, son propostos para o seu nomeamento polo Rei entre avogados e outros xuristas de recoñecida competencia con máis de quince anos de exercicio na súa profesión, e non poder ser membros do Consello saínte nin prestar servizos nos seus órganos técnicos.

O Pleno de cada cámara elixe catro vogais, por maioría doutros seis vogais e inmediatamente a continuación desta.

A imposibilidade de depoñer os membros do CXPX antes da conclusión do seu mandato, que dura cinco anos, e a prohibición de que sexan reelixidos elimina toda posible influencia sobre eles, con independencia da súa extracción parlamentaria, lóxicamente condicionada pola existencia de

maiorías e minorías; polo demais, a capacidade de actuación da maioría parlamentaria respecto diso vese considerablemente reducida polo requisito —en parte esixido pola Constitución, en parte imposto pola LOPX— de que sexan elixidos por tres quintos das cámaras, o que, verosimilmente, impedirá a imposición da vontade dun só partido.

En fin, o feito de que o mandato dos membros do CXPX sexa de cinco anos evita a súa coincidencia coa lexislatura, o que relativiza a transcendencia da fonte parlamentaria da elección, tendo en conta que o CXPX terá que coincidir, en todo caso, con polo menos unha lexislatura distinta da que o elixiu.

Unha vez nomeados, os vinte vogais do CXPX elixen por maioría de tres quintos —isto é, por un mínimo de 12 votos— o presidente do Tribunal Supremo. A Constitución indica que é á lei a que determina os requisitos que este debe reunir (art. 123.2 da CE) e a LOPX esixe que sexa elixido entre xuíces ou xuristas de recoñecida competencia con máis de quince anos de antigüidade na carreira ou no exercicio da profesión. O presidente do Tribunal Supremo preside, pola súa vez, o CXPX, e é o único membro deste que pode ser reelixido unha soa vez (art. 123 da LOPX).

A Constitución sinala que o CXPX é o “órgano de goberno” do poder xudicial; de goberno, non de autogoberno. A Constitución non lle recoñece, daquela, ao poder xudicial unha facultade de autogoberno, isto é, de elixir os seus propios gobernantes e o órgano que elabore as disposicións que lles afectan. O que si fai é atribuírlle o goberno do poder xudicial a un órgano alleo ao lexislativo e ao executivo e caracterizado por unha forte presenza xudicial. Consecuentemente con esta opción, a Constitución mesma reserva para o órgano de goberno que crea aquelas funcións cuxo exercicio pode repercutir na independencia xudicial.

#### b) Organización

O Consello Xeral do Poder Xudicial articúlase nos seguintes órganos:

-Presidente.



- Vicepresidente.
- Pleno.
- Comisión permanente.
- Comisión disciplinaria.
- Comisión de cualificación.

Reglamentariamente poderanse establecer as comisións e delegacións que se consideren oportunas.

## **2.2. Competencias.**

As funcións do CXPX son de índole moi diversa. Así, participa na designación de membros doutros órganos constitucionais, como o Tribunal Constitucional, designando dous dos seus membros —artigo 159.1 da CE—; elabora informes sobre outros nomeamentos, como o do fiscal xeral do Estado; aproba unha memoria anual e emite informes sobre determinados anteproxectos de leis ou de disposicións xerais (artigos 107, 108 e 127 da LOPX).

Pero o núcleo funcional que xustifica a existencia do CXPX e que, xa que logo, constitúe o groso das súas competencias, comprende aquelas funcións que poden influír na independencia xudicial, e está reservado o CXPX pola propia Constitución. Esta define o CXPX como órgano de goberno. Pero esta atribución de funcións de goberno vese complementada cunha composición que é máis propia dun órgano deliberante que dun executivo, xa que non tende á configuración dun órgano de dirección política —caracterizado, xa que logo, pola unidade de dirección e a responsabilidade solidaria dos seus membros—, senón á dun órgano de representación, no que conviven maioría e minorías.

Ademais, a definición da expresión «goberno» no ámbito xudicial presenta algunha singularidade. Por unha banda, o «goberno» non se pode referir ás actuacións de carácter xurisdiccional, pois xa se viu que neste ámbito está

excluída toda instrución xeral ou particular; por outra banda, a LOPX atribúelle ao Goberno da nación as competencias relativas aos medios persoais en canto aos que non son xuíces e maxistrados, así como todas as referentes aos medios materiais, competencias que lles poden ser transferidas ás comunidades autónomas. Xa que logo, o «goberno do CXPX» queda limitado, no terreo persoal, ás actuacións de carácter non xurisdiccional —isto é, puramente administrativas— respecto dos órganos xudiciais e ás situacións persoais dos seus titulares; e, no ámbito dos medios materiais, á elaboración dunha relación circunstanciada de necesidades que se lle ten que enviar anualmente ao Goberno a través do Ministerio de Xustiza —art. 37.2 da LOPX—. Ambas as cousas, e especialmente esta última, supoñen unha disposición de medios limitados e unha selección entre distintas opcións posibles e, polo tanto, unha asignación de prioridades.

O ámbito de competencias básico do CXPX, o núcleo das súas funcións, ten os seus contornos, pois, delimitados por aquelas facultades que, por implicar o exercicio da potestade sancionadora, ou por incidir na situación administrativa do xuíz ou influír sobre as súas expectativas profesionais, poden implicar unha represalia ou un condicionamento da súa actitude no exercicio da función xurisdiccional, repercutindo, xa que logo, sobre a independencia xudicial. Por iso a Constitución lle atribúe ao CXPX as funcións relacionadas co poder xudicial «en materia de nomeamentos, ascensos, inspección e réxime disciplinario». A consecuencia diso é que o CXPX posúe, respecto de xuíces e maxistrados, a competencia exclusiva en relación con:

- Selección, formación e perfeccionamento de xuíces e maxistrados.
- Nomeamentos de xuíces e maxistrados.
- Ascensos destes. De acordo co deseño da LOPX, o réxime de ascensos está estritamente regulado —isto é, carente de intervención de órgano ningún, nin sequera o CXPX— en non poucos tramos da carreira xudicial, que se resolven por concurso a favor de quen ocupa mellor posto na

escala. Existen, con todo, certos postos, como os de maxistrado do Tribunal Supremo ou presidentes de tribunais superiores de xustiza ou de audiencias provinciais, que son ocupados polos que, reunindo os requisitos legalmente esixidos, sexan designados polo CXPX (artigos 127 e 326 a 347 da LOPX). Deste xeito, xuíces e maxistrados saben que a súa carreira se rexe, na súa maior parte, polo automatismo legalmente previsto; só certos e contados postos —como os presidentes de tribunais e audiencias e os maxistrados do Tribunal Supremo— son cubertos por designación, que, ademais, lle corresponde a un órgano alleo aos poderes lexislativo e executivo.

- Tamén é competencia do CXPX a inspección e vixilancia dos xulgados e tribunais, que se orienta a comprobar e controlar o funcionamento da Administración de xustiza (artigos 127.3 e 171 a 177 da LOPX).

- O goberno do poder xudicial inclúe, así mesmo, o exercicio das competencias relativas ás situacións administrativas —activo, servizos especiais, excedencia, licenzas e permisos, etc.— de xuíces e maxistrados (artigos 107.4 e 348 a 377 da LOPX).

- Para rematar, o CXPX posúe a potestade disciplinaria para as sancións de maior gravidade: é o único órgano competente para impoñerlles aos integrantes do poder xudicial as sancións de traslado forzoso, suspensión e separación. A LOPX prevé, para tales efectos, as faltas —que poden ser leves, graves ou moi graves— e as sancións correlativas, que oscilan desde a advertencia á separación do servizo (artigos 107.4 e 414 a 427 da LOPX). A competencia para a imposición das sancións máis graves, o traslado forzoso e a separación correspóndelle ao pleno do CXPX, e para as demais son competentes a comisión disciplinaria do propio órgano (artigos 127.9, 133 e 421 da LOPX) ou os demais órganos de goberno do poder xudicial. O problema que presenta o exercicio da potestade disciplinaria é, precisamente, o suscitado pola totalidade da potestade xurisdiccional, que implica que os actos do CXPX —e, por conseguinte, tamén as súas resolucións sancionadoras— son revisables polos órganos xurisdiccionais correspondentes, o que dá lugar ao paradoxo de que os gobernados —

xuíces e maxistrados— axuícen e, se é o caso, revisen os actos dos seus gobernantes. Ademais, correspóndelle ao CXPX o núcleo das competencias relativas ao proceso de selección de xuíces e maxistrados.

Como se anticipou, o Consello Xeral do Poder Xudicial non é politicamente responsable da súa xestión: os seus membros —presidente incluído— non poden ser cesados do seu cargo antes do remate do seu mandato; ningún órgano pode, xa que logo, esixirlles responsabilidade política. O Consello Xeral do Poder Xudicial está, con todo, sometido a un certo control por parte das Cortes Xerais, ás que debe lles debe presentar anualmente unha memoria —distinta da relación circunstanciada de necesidades que lle remite ao Goberno— sobre o estado, actividades e funcionamento do propio Consello e dos xulgados e tribunais (art. 109.1 da LOPX). As cámaras poden debater a memoria, solicitar a comparecencia do Consello Xeral do Poder Xudicial e, se é o caso, adoptar resolucións (art. 201 do RC e 183 do RS).

### **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 (art. 55) e logo regula a competencia de cada unha delas (art. 56 a 61), e iso repítese para a Audiencia Nacional (art. 64 a 69) e para os tribunais superiores de xustiza (art. 72 a 78). En cambio, respecto das audiencias provinciais a competencia correspóndelle á mesma audiencia, non ás salas (art. 82).

Pola súa vez, nas salas dos tribunais poden existir dúas ou máis seccións (art. 27.1 e 28); pode haber seccións tanto nas salas do Tribunal Supremo (art. 54), como nas da Audiencia Nacional (art. 63) e nas dos tribunais superiores de xustiza (art. 72.2), e tamén nas audiencias provinciais (que

non teñen salas, mais si seccións (art. 80.1 e 81.1). O órgano xurisdiccional (sala ou sección) queda constituído por tres maxistrados, incluído o presidente.

Pola contra, os xulgados, que son un órgano xurisdiccional unipersoal, cun ámbito territorial de actuación que 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 planta.**

A CE establece, en relación con 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, da maneira 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, 5 presidentes de sala e 74 maxistrados da categoría (RD 1819/1991, do 20 de decembro), que se organizan nas seguintes salas:

- Sala I, do Civil, con 10 maxistrados.
- Sala II, do Penal, con 15 maxistrados.
- Sala III, do Contencioso-Administrativo, con 33 maxistrados.
- Sala IV, do Social, con 13 maxistrados.
- Sala V, do Militar, con 8 maxistrados (creada pola LO 4/1987)

Ademais destas salas, cómpre aludir a:

- A sala innominada do artigo 61 da LOPX, integrada polo presidente do Tribunal, os presidentes de sala e o maxistrado máis antigo e o máis 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 (art. 38 da LOPX e 1 da LOCX), que coñece destes conflitos entre os xulgados e tribunais e a Administración, e constituído polo presidente do Tribunal Supremo e cinco vogais, dos que dous son maxistrados da Sala do Contencioso-Administrativo dese Tribunal (designados polo pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial) e tres conselleiros permanentes de Estado.

- A sala de conflitos de xurisdición (art. 39 da LOPX e 22 da LOCX), que coñece destes conflitos entre os tribunais ordinarios e os tribunais militares, e está 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 (art. 42 da 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 art. 163 da LOPX prevé a existencia dun gabinete técnico de información e documentación, con composición e persoal que determina o Ministerio de Xustiza, inda que os destinos de maxistrado e de letrado son provistos polo 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 xurisdiccional, atendendo á unificación da xurisprudencia na interpretación do dereito privado común ou xeneral do Estado.

Ao mesmo tempo atribuíuselle tamén o coñecemento de:

- Os recursos de revisión.
- Outros 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 (art. 60).
- Das cuestións de competencia entre xulgados e tribunais da orde civil que non teñan outro superior común (art. 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.

#### **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 art. 61 da LOPX**

A sala especial e innominada regulada no art. 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 responsabilidade 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, que non poderá formar lego parte do órgano que axuíza.
- Declaracións de erro xudicial cando se impute a 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 art. 152.1, do que se deduce que:

- Os estatutos das comunidades autónomas “máis avanzadas”, as constituídas pola vía do art. 151 e semellantes, deben aludir á súa constitución.
- Nas demais comunidades, as que lograsen a autonomía polo art. 143, é posible crear un Tribunal, pero non vén imposto pola CE.



Logo de se promulgar a CE de 1978, aprobáronse os 17 estatutos de autonomía. En todos eles, menos no da Ríoxa (tampouco nos de Ceuta e Melilla, lóxicamente), se previu a creación dun Tribunal Superior, o cal culminaría a organización xudicial no territorio da comunidade. Despois, a LOPX estableceu un Tribunal en cada comunidade autónoma (tamén na Ríoxa, inda que na redacción do EA da LO 2/1999, do 7 xaneiro, xa se falou deste Tribunal Superior), que “tomará o nome da comunidade autónoma e estenderá a súa xurisdición ao ámbito territorial desta” (art. 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 segunda se limita a remitirse ao disposto nos estatutos de autonomía. Nalgúns deles aparece unha disposición expresa sobre este punto, como é o caso do Estatuto de Castela-A Mancha (no seu art. 23 fixa a sede en Albacete), pero noutros non existe norma expresa e, para eles, a citada disposición adicional segunda 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.

- Nas comunidades autónomas onde antes houbera máis dunha audiencia territorial (caso de Andalucía e Castela e León), a fixación da sede correspóndelle á comunidade, que o fará xusto nunha das sedes das audiencias territoriais. Esta fixación fíxose das dúas maneiras previstas no parágrafo 3 da disposición adicional segunda, 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 Castela e León, que fixou a sede en Burgos.

### **4.3. Composición.**

Cada un dos tribunais superiores de xustiza componse de 1 presidente, que é asemade 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: composta por 1 presidente e 4 maxistrados (Aragón, Baleares, Cataluña, Comunidade Valenciana, Galicia, Navarra e País Vasco) ou 2 maxistrados (o resto das comunidades), dos que 1 ou 2 son nomeados polo Consello Xeral do Poder Xudicial sobre unha ou dúas ternas presentadas pola asemblea lexislativa da comunidade correspondente. En total, 17 presidentes e 48 maxistrados.

b) Sala do Contencioso-Administrativo.

c) Sala do Social.

A estas salas normais cómpre engadir a especial e non permanente de recusacións, regulada no art. 77 da LOPX, e composta polo presidente do Tribunal Superior de Xustiza, os presidentes de sala e o maxistrado máis moderno de cada unha delas.

O art. 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:

- Coñecer 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, coñecer das demandas de responsabilidade civil por feitos cometidos no exercicio do cargo contra:

- Presidente e membros do Goberno da comunidade 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 lle 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.

#### **4.4.3. Sala do Social do TSX**

Coñece en única instancia de controversias que afecten a 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 no seu art. 124, que di:

“1. O Ministerio Fiscal, á parte 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 perante estes a satisfacción do interese social.

2. O Ministerio Fiscal exerce as súas funcións por medio de órganos de seu, 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, pola que se regula o estatuto orgánico do Ministerio Fiscal).

4. O fiscal xeral do Estado será nomeado polo Rei, por proposta do Goberno, unha vez escoitado 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 desenvolvido no art. 22 da Lei 50/1981, que dispón:

“1. O Ministerio Fiscal é único para todo o Estado.

2. O fiscal xeral do Estado ocupa a xefatura superior do Ministerio Fiscal e a súa representación en todo o territorio español. A el correspóndelle impartir as ordes e instrucións convenientes ao servizo e á 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 a 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, ben se trate de comunidades autónomas ou de provincias, responde exclusivamente a un criterio de racionalización na distribución do traballo e a unha presenza permanente do Ministerio Fiscal ante os distintos órganos xurisdicionais.

Así, os órganos do Ministerio fiscal, recollidos no art. 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 esixe unha organización piramidal, de xeito que cada un dos seus membros actúa segundo as instrucións recibidas do fiscal xefe respectivo e estes, 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 as referidas a asuntos específicos. Análogas facultades terán os fiscais superiores das comunidades autónomas respecto dos fiscais xefes do seu ámbito territorial e estes respecto dos membros do Ministerio Fiscal subordinados (art. 25.1 e 3 da Lei 50/1981).

Tamén poderá o fiscal xeral do Estado chamar ante el a calquera membro do Ministerio Fiscal para recibir directamente os seus informes e darlle as instrucións que considere oportunas, e trasladaralle, neste caso, esas instrucións ao fiscal xefe correspondente. A mesma función exercen os fiscais superiores das comunidades autónomas dentro do seu territorio (art. 26 e 22.4 da Lei 50/1981).

Esta dependencia atopa no estatuto as seguintes limitacións: 1) O dereito-deber do inferior a obxectar e non cumprir as ordes que considere improcedentes ou contrarias ás leis (art. 6.20 e 27 da Lei 50/1981); 2) A validez *ad extra* da actuación realizada incumprindo unha orde, como expresión da vontade e criterio do Ministerio Fiscal, que xera, en todo caso, unha responsabilidade de orde interna; e 3) A eficacia só en 10 que fai ás actuacións escritas, dado que nas intervencións orais os membros do Ministerio Fiscal son libres e só están obrigados a respectar o cumprimento

do ben da xustiza (art. 25.4 da Lei 50/1981).

### **5.3. Funcións do Ministerio Fiscal.**

O art. 124.1 da CE confírelle ao Ministerio Fiscal as funcións que xa se enumeraron. A Lei 50/1981 desenvolve as seguintes:

- Velar por que a función xurisdiccional se exerza de maneira eficaz conforme as leis e nos prazos e termos nelas sinalados, exercitando 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 esixa a súa defensa.
- Exercitar as accións penais e civís dimanantes de delitos e faltas ou opoñerse ás exercitadas por outros, cando cumpra.
- Intervir no proceso penal, instando a autoridade xudicial para a adopción das medidas cautelares que procedan e para 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, para o que lle pode ordenar á policía xudicial aquelas dilixencias que considere oportunas.
- Formar parte, en defensa da legalidade e do interese público ou social, dos procesos relativos ao estado civil e dos demais que estableza a lei.
- Intervir nos procesos civís que determine a lei cando estea comprometido o interese social ou cando poidan afectar a menores, persoas incapaces ou desvalidas en tanto se prevé dos mecanismos ordinarios de representación.
- Manter a integridade da xurisdición e competencia dos xuíces e



tribunais, promovendo os conflitos de xurisdición e as cuestións de competencia procedentes, e intervir nas promovidas por outros.

- Velar polo cumprimento das resolucións xudiciais que afecten ao 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 intervir 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 cara á satisfacción do interese superior do menor.
- Intervir nos supostos e na forma prevista nas leis nos procedementos perante 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 nas leis, 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 cousa ou actúe como demandante, producirase en último lugar (art. 3 da Lei 50/1981).



Vicente Calvo del Castillo

Interventor-tesoureiro e secretario-interventor da Administración local

### 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.

**10. O GOBERNO. A SÚA  
COMPOSICIÓN. NOMEAMENTO E  
CESAMENTO. AS FUNCÍONS 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 é o órgano que “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”.

#### **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 art. 5 da Lei do Goberno, que lle atribúe as seguintes funcións:

- a) Aprobar os proxectos de lei e a súa remisión ao Congreso dos Deputados ou, de ser 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 lexislativos.
- d) Acordar a negociación e sinatura de tratados internacionais, así como a súa aplicación provisional.
- e) Remitir 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 confira a Constitución, as leis e calquera outra disposición.

Ás reunións do Consello de Ministros poderán asistir os secretarios de Estado cando sexan convocados. As súas deliberacións serán secretas.

As *Comisións Delegadas*, pola súa banda, están reguladas no artigo 6 da Lei do Goberno. Reúnen a varios ministros co fin de tratar e, de ser o caso, resolver as cuestións que afectan en común aos seus Ministerios e teñen atribuídas as seguintes funcións:

- a) Examinar as cuestións de carácter xeral que teñan relación con varios dos departamentos ministeriais que integren a Comisión.
- b) Estudar aqueles asuntos que, afectando a varios Ministerios, requiran a elaboración dunha proposta conxunta previa á súa resolución polo Consello de Ministros.
- c) Resolver os asuntos que, afectando a máis dun Ministerio, non requiran ser elevados ao Consello de Ministros.
- d) Exercer calquera outra atribución que lles confira o ordenamento xurídico ou que lles delegue o Consello de Ministros.

Igual que no Consello de Ministros, as deliberacións das *Comisións Delegadas* do Goberno serán secretas.

## **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 de consulta cos representantes designados polos grupos políticos con representación parlamentaria, e por medio do presidente do Congreso, propoñerá un candidato á Presidencia do Goberno.

2. O candidato proposto conforme o previsto no apartado anterior expoñerá perante 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 citado candidato, o rei nomearáo presidente. Se non se acada esa maioría, someterase a mesma proposta a nova votación corenta e oito horas despois da anterior, e a confianza entenderase outorgada se obtén 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, contado desde a primeira votación de investidura, ningún candidato obtivo a confianza do Congreso, o rei disolverá ambas as 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 de confianza parlamentaria previstos na Constitución ou por dimisión ou morte 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”.

### **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 (art. 97 da CE); responde da súa xestión política perante o Congreso dos Deputados (art. 108 da CE); o seu presidente pode suscitar a cuestión de confianza ante o Congreso (art. 112 da CE) e pódesele esixir a responsabilidade política mediante unha moción de censura (art. 113 da CE); o seu presidente pode propoñer a disolución das Cámaras lexislativas (art. 115 da CE); correspóndelle propoñerlle ao rei o nomeamento do fiscal xeral do Estado (art. 124 da CE), etc.

Xunto a estas funcións, o Goberno é, ademais, suxeito de actividade administrativa. Principalmente, exerce a potestade regulamentaria (art. 97 da CE) e, xa que logo, está suxeito ao oportuno control xurisdiccional (art. 106.1 da CE) e aos condicionamentos para a elaboración das disposicións administrativas (art. 105.a da CE).

A Lei do Goberno concreta con detalle algunhas das funcións do Goberno que, de modo xenérico, regula a Constitución; en particular, a iniciativa lexislativa a través da elaboración, aprobación e posterior remisión dos proxectos de lei ao Congreso dos Deputados ou, de ser o caso, ao Senado (artigo 22), e o exercicio da potestade regulamentaria (artigos 23 e seguintes), onde se recollen as formas que deberán adoptar as decisións dos órganos do Goberno:

a) Reais decretos lexislativos e reais decretos-leis, as decisións que aproban, respectivamente, as normas previstas nos artigos 82 e 86 da Constitución (normas con forza de lei).

b) Reais decretos do presidente do Goberno, as disposicións e actos cuxa adopción lle estea atribuída ao presidente.

c) Reais decretos acordados en Consello de Ministros, as decisións que aproben normas regulamentarias da competencia deste e as resolucións que deban adoptar esta 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 lles corresponda a distintos ministros.

f) Ordes ministeriais, as disposicións e resolucións dos ministros. Cando a disposición ou resolución 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. É función do presidente establecer o programa político do Goberno e determinar as directrices da política gobernativa, tanto interior como 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; impárteles instrucións aos ministros e resolve os conflitos de atribucións que poidan xurdir entre os Ministerios (art. 2.2 da Lei do Goberno).



O presidente ten, ademais, funcións constitucionais de seu, como son as de representar o Goberno, propoñerlle ao rei, logo da deliberación do Consello de Ministros, a disolución das Cámaras parlamentarias e a conseguinte convocatoria de eleccións, presentar perante o Congreso dos Deputados a cuestión de confianza, tamén logo da deliberación do Consello de Ministros, propoñerlle ao rei a convocatoria de referendo consultivo, logo da 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 (art. 62, 64, 92, 100, 112, 115 e 162.1.a da Constitución e art. 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 Constitución nin as atribuídas por unha lei que prohiba expresamente a delegación (art. 20 da Lei do Goberno).

As disposicións e resolucións do presidente do Goberno revisten a forma de reais decretos do presidente do Goberno e como tales se publican.

## **5. Os ministros**

A Administración xeral do Estado estrutúrase en departamentos ministeriais, á fronte dos cales están os ministros, que teñen a dobre condición de membros do Goberno por unha banda, e de xefes superiores da Administración (art. 11.1 da LOFAXE) pola 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. Por iso os actos e decisións dos ministros poñen fin á vía administrativa (disp. adic. 15.2 da LOFAXE), é dicir, non cabe contra eles

alzada perante o Consello de Ministros nin perante o presidente do Goberno.

Inda que, polo xeral, os ministros son asemade 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 poden atribuír responsabilidades gobernamentais determinadas (art.4.2 da LG).

Os ministros son nomeados e separados polo rei por proposta do presidente do Goberno (art. 100 da CE), por 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 das do seu departamento, responsabilidade política que pode ser esixida polas Cortes Xerais a través dos instrumentos de control parlamentario (informacións, comparecencias, interpelacións, 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 da Lei do Goberno, sen prexuízo das que lles atribúen os artigos 12 e 13 da LOFAXE como titulares do seu departamento (estudadas na lección seguinte). O citado artigo 4 da Lei do Goberno establece que:

“1. Os ministros, como titulares dos seus departamentos, teñen competencia e responsabilidade na esfera específica da súa actuación, e correspóndelles o exercicio das seguintes funcións:

- 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 outra disposición.

d) Referendar, se é o caso, os actos do rei en materia da súa competencia.

2. Ademais dos ministros titulares dun departamento, poderán existir ministros sen carteira, aos que se lles atribuirá a responsabilidade de determinadas funcións gobernamentais”.

As disposicións e resolucións que ditén os ministros revisten a forma de ordes ministeriais e así se publican (indicando o Ministerio do que proceden ).

## **II. A ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:**

O artigo 103.1 da Constitución 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”); a seguir sinala algúns dos seus principios informadores, que o lexislador completou principalmente na Lei 30/1992 e na LOFAXE; 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 banda, coa separación que a Constitución 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. Así, o apartado 3 deste mesmo artigo 103 ordénalle 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 andadura constitucional, de lograr o sometemento “pleno” necesitou contar con outra peza fundamental da Constitución que se atopa no art. 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 una das súas consecuencias máis importantes, que é a fiscalización dos actos políticos do Goberno.

Para rematar, o artigo 103 enumera unha serie de principios informadores da organización e actuación da Administración, a que nos referiremos con máis detalle.

## **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 se nos centramos nos que recolleu a Constitución española de 1978 e os que foron positivizados polo lexislador como consecuencia directa dos mandatos constitucionais (véxase o artigo 3 da Lei 30/1992), podemos aludir —seguindo 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, para rematar, 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* (cf. art. 103.1 da CE). A eficacia administrativa é un principio xurídico constitucional que ten o seu fundamento na cláusula do Estado social proclamado no art. 1.1 da CE, do que derivan unha serie de valores, bens e principios. Inda 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 art. 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”.

Do principio de eficacia deriva un rico elenco de consecuencias xurídicas para a Administración. “A eficacia —como di o mesmo autor— alude á *efectiva consecución de obxectivos prefixados*, e poden diferenciarse diversos tipos de eficacia en función tanto da *natureza dos obxectivos* (determinados normativamente ou en virtude de criterios económicos ou técnicos) como das *formas de consecución* destes (celeridade, intensidade, sistematicidade)”, e xunto á eficacia, a modo de subespecie desta, a “eficiencia”: “incorpora a perspectiva da relación medios-obxectivos para prescribir o grao óptimo desta, e é posible tamén diferenciar tipos de eficiencia segundo o criterio material que se empregue para a fixación da relación óptima”.

O principio de eficacia calou fondo 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 persegue un valor superior do ordenamento xurídico: o pluralismo (art. 1.1). A descentralización é un concepto político e xurídico que se utiliza para explicar realidades moi diferentes pero que, aplicado á Administración pública, remite sobre todo á idea dunha *maior proximidade da xestión administrativa ao cidadán*.

A descentralización e o seu contrario, 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—, cómpre distinguir a descentralización da autonomía; como sinala MEILÁN GIL, esta supón “a atribución de competencias inmediata e mediatamente derivadas da Constitución”, mentres que aquela implica “un traspaso de competencias habilitado —e querido— pola Constitución”.

O principio de descentralización, tal como é proclamado no art. 103.1 da CE, proxéctase principalmente sobre cada Administración pública que debe desenvolver de forma descentralizada as súas competencias propias a través das Administracións públicas inferiores; esta actuación descentralizada pódese acadar, como explica SANTAMARÍA PASTOR, mediante dúas vías: por unha banda, cada Administración pública superior debe conferirlles ás inferiores un nivel de participación no exercicio das súas competencias propias para a adecuada defensa e xestión dos seus intereses; por outra banda, 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. Con todo, 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 da multiplicación de suxeitos que comparten a realización dos intereses xerais, mesmo fóra do ámbito xurídico público, entre os que predomina, por riba da idea de xerarquía, a de dirección ou tutela.

Como di NIETO, “a xerarquía está certamente en crise, pero o seu destino dista moito de estar xa definitivamente selado”. En sentido moderno, a xerarquía “implica unha orde organizativa onde cada un dos elos está suxeito a unha *dependencia plural*” e onde resulta vital a potestade de mando do órgano superior sobre o inferior. Unha potestade que, en todo caso, “debe respectar as prioridades da legalidade e das regras técnicas”.

## **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 penetrando no ordenamento xurídico. Primeiro foi a LPAC a que recolleu este principio —no art. 3.2— e potenciou a posición dos “cidadáns” a través do recoñecemento dunha serie de dereitos —os enumerados no art. 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 seguida pola LOFAXE, onde tamén se contempla o “principio de servizo aos cidadáns” (art. 3.2.f) e 4). O desenvolvemento deste principio esténdese arredor de tres aspectos fundamentais: en primeiro lugar, o “servizo efectivo” ou a “efectividade dos dereitos de cidadáns”; en segundo lugar, a “calidade” da actividade administrativa a través da “continua mellora dos procedementos, servizos e prestacións públicas”, en correspondencia co afirmado “deber de boa Administración”; e, en terceiro lugar, o “deber de auxilio e de información” por parte dos servizos administrativos aos interesados. Trátase, en definitiva, de aproximar a Administración pública aos postulados da “nova xestión pública”, que se caracteriza por unha orientación ao cliente, maior liberdade na xestión dos recursos e o persoal,



medición do rendemento, investimento en recursos tecnolóxicos e humanos e receptividade ante a competencia.

*b) A boa fe e a confianza lexítima*

Na mesma dirección de apertura das administracións públicas cara aos cidadáns sitúase a recente positivización (na Lei 4/1999 de reforma da LPAC) de dous principios que foran utilizados con anterioridade na xurisprudencia administrativa: o principio de “boa fe” e o principio da “confianza lexítima”. En ambos os casos, a Lei de reforma da LPAC destaca na exposición de motivos o seu común fundamento, que non é outro que o da “seguridade xurídica”.

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. A LPAC acolleu esta doutrina da xurisprudencia ao incluír no art. 106 a boa fe —como facía o art. 112 da antiga *Lei de procedemento administrativo de 1958*— entre os límites ás facultades de anulación e revogación. Finalmente, foi a reforma da LPAC a que introduciu este principio con carácter xeral.

Como sinala GONZÁLEZ PÉREZ, a boa fe “constitúe a canle para a integración de todo o ordenamento xurídico conforme a *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 lle vai esixir máis do que estritamente sexa necesario* para a realización dos fins públicos que en cada caso concreto persiga. Este principio proxéctase sobre diversos aspectos da actuación administrativa como o das relacións interadministrativas (a “lealdade”, ao que me referirei máis adiante), o

nacemento da relación xurídico-administrativa, o exercicio dos dereitos e potestades administrativas, o proceso contencioso-administrativo, etc. En todo caso, é importante destacar que a boa fe é unha esixencia de *comportamento leal* tanto das administracións públicas como do cidadán.

En canto ao “principio da confianza lexítima”, ten a súa orixe —como sinala CASTILLO BLANCO —, na doutrina e xurisprudencia alemás, sendo posteriormente recibido no dereito comunitario. No noso país é recente a súa introdución por vía da xurisprudencia antes de ser acollido tras a reforma da LPAC. 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 e a transparencia*

A participación e a transparencia deben orientar, así mesmo, a actuación das administracións públicas na súa relación cos cidadáns (cf. art. 3.5 da LPAC).

A Constitución española 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 participaren nos asuntos públicos (art. 23.1). Ademais, e respecto de determinados ámbitos da actividade administrativa, recoñécese expresamente o dereito de participación (artigo 27, dereito á educación; artigo 48, participación da mocidade; artigo 125, na Administración de xustiza, etc.).

O principio de transparencia das administracións públicas —como representación da obxectividade e directamente relacionada co da

participación— proxéctase en tensión dialéctica co deber de segredo ou de sigilo que en certos ámbitos é preciso salvagardar. Inda que a súa operatividade se manifesta especialmente sobre o dereito de acceso aos arquivos e rexistros expresado na CE (art. 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.

### **C. Principios xerais nas relacións interadministrativas**

#### *a) A lealdade institucional*

A “lealdade institucional” preséntase na vixente lexislación administrativa como a *clave de bóveda das relacións interadministrativas* (art. 4 da LPAC). Trátase, en definitiva —como sinala SANTAMARÍA PASTOR—, do “deber dos entes territoriais de se comportaren conforme os criterios de boa fe e de lealdade ou fidelidade ao sistema”, por parte do Estado, que está obrigado a aceptar o carácter plural do modelo territorial, e parte dos entes territoriais inferiores, que 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 (cf. art. 55 da LBRL) e posteriormente xeneralizados para todas: respecto por parte de cada Administración cara ao exercicio lexítimo das competencias doutras administracións; ponderación por cada Administración da totalidade dos intereses públicos implicados no exercicio das súas propias competencias; facilitarllas ás outras administracións a

información necesaria para o exercicio das súas competencias; cooperación e asistencia activa ás administracións que o soliciten.

*b) A cooperación e colaboración*

Como representación do deber recíproco de lealdade constitucional, a cooperación e colaboración resultan —como recoñeceu o Tribunal Constitucional (en diante, TC)— fundamentais para o funcionamento integrado do sistema, e teñen como obxecto “flexibilizar e previr as disfuncións derivadas do sistema de distribución de competencias” (STC 214/1989). Inda que os principios de cooperación e colaboración non posúen rango constitucional, a xurisprudencia do TC encargouse —de forma temperá— de destacar a súa importancia na definición da estrutura territorial do Estado. Finalmente, foi positivizado na LPAC como principio xeral de actuación (cf. art. 3.2 da LPAC e 3.2.h) da LOFAXE).

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 algunha delas lle impoña á outra a súa decisión. Pola súa banda, a colaboración constitúe unha actividade complementaria, auxiliar ou coadxuvante; ten a modo de contrapeso da autonomía das entidades territoriais, en garantía da unidade do sistema, un sentido de contribución ou asistencia a tarefas que en principio lle 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 Lei de bases do réxime local de 1985) engloba unha variada gama de supostos heteroxéneos, co único denominador común da pretensión de *acentuar a visión de conxunto do sistema institucional na actuación das entidades que o integran*, evitando que esa actuación se leve a cabo desde perspectivas exclusivistas ou illadas.

### *c) A coordinación*

A diferenza dos principios antes apuntados, a coordinación é un principio constitucional que se vincula directamente á actuación das administracións públicas (art. 103.1 da CE). Con todo, 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: art. 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 adecuados 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 destoutros con aquel; trátase —en palabras do TC— de “un certo poder de dirección, consecuencia da posición de superioridade en que se atopa o que coordina respecto do coordinado” (STC 214/1989) e, ademais, é compatible coa autonomía a modo de simple límite ao exercicio desta.

## **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 art. 97, onde o Goberno aparece como

o seu órgano director (“O Goberno dirixe... a Administración civil e militar”) e o segundo, o art. 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 preceptos nos remiten 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; atópase esencialmente subordinada, na súa estrutura e funcionamento, ás institucións políticas representativas”. Son precisamente estes entes políticos representativos os que teñen como función definir cales son os intereses xerais; as Cámaras lexislativas a través do exercicio da potestade lexislativa do Estado (art. 66.2 da CE) e o Goberno mediante o exercicio da función executiva (art. 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 —que se reflicte de forma primordial a través do exercicio da potestade regulamentaria— pero que realiza tamén outras actividades máis relevantes de carácter eminentemente político. Sen dúbida, isto é compatible coa integración dos membros do Goberno, individualmente considerados, no complexo orgánico da Administración, como 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 (art. 97 e 152 e paralelos dos Estatutos de Autonomía), ten como función constitucional “servir con obxectividade os intereses xerais” (art. 103.1 da CE). Pero,

xusto por esta razón, a dirección política da Administración non pode dexenerar na súa politización, senón que se debe garantir a súa neutralidade política, unha peculiar forma de actuación que GARRIDO FALLA denominou “eficacia indiferente”. Así e todo, cómpre advertir que o ordenamento xurídico permite que certas entidades administrativas gocen dun grao elevado de independencia no seu goberno, atendendo aos particulares fins e funcións que están chamados 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 víñase admitindo 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 Constitución española), 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 Constitución española de 1978 obrigaba a reformular 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, a 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 afecten a dereitos fundamentais, debe salvagardarse a integridade deses dereitos fronte a calquera acción, administrativa ou política, porque a propia Constitución 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 matiz 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 da xurisdición contencioso-administrativa de 1998.

A Lei do Goberno dedícalle o seu artigo 26 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 do Goberno e dos órganos e autoridades regulados na presente lei son impugnables perante a xurisdición contencioso-administrativa, de conformidade co disposto na súa lei reguladora.

4. A actuación do Goberno é impugnable perante o Tribunal Constitucional nos termos da Lei orgánica do Tribunal Constitucional reguladora deste”.

Na Lei da xurisdición contencioso-administrativa corríxese a versión dos actos do Goberno contida no artigo 2 da derogada e dispónse:

“A orde xurisdicional contencioso-administrativa coñecerá das cuestións que xurdan en relación con: [...] A protección 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, 1ª ed., 2009.

ÁLVAREZ RICO, M., *Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, 1997.

ARIÑO ORTIZ, G., “Principio de descentralización y desconcentración”, *Documentación administrativa* nº 214.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *Fundamentos de Derecho Público*, 2011.

GALLEGO ANABITARTE, A. et al., *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, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, 5ª ed., 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volume II, 1999 (sucesivas ediciones).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Dereito Administrativo**  
**Universidade da Coruña**

**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.**

## **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, tivo o seu reflexo nas leis que regulan unha e outro: a Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado (en diante, LOFAXE); e a Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno (LGOB).

Centrándonos no estudo da primeira, convén atender ás clasificacións previas que fai a doutrina respecto da Administración do Estado, clarificadoras do contido da presente lección. As máis comúns son:

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, regúlase pola súa propia normativa, tal e como establece a disposición adicional primeira da LOFAXE, actualmente a Lei orgánica 2/2005, do 17 de novembro, de defensa nacional; a segunda regúlase nos artigos 36 e 37 da LOFAXE e estrutúrase en misións diplomáticas, representacións ou misións permanentes, delegacións,

oficinas consulares e institucións ou organismos públicos cuxa actuación se desenvolva no exterior.

B. Administración central e periférica: Esta clasificación pretende significar que a Administración xeral do Estado, que exercita 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 (“órganos territoriais”, de acordo coa terminoloxía da LOFAXE), que actúan nunha parte do territorio. A LOFAXE refírese a esta diferenciación con carácter xeral no artigo 6.1, ao sinalar que “a organización da Administración xeral do Estado responde aos principios de división funcional en departamentos ministeriais e de xestión territorial integrada en delegacións do Goberno nas comunidades autónomas, agás as excepcións previstas por esta lei”. Nos artigos sucesivos desenvolve ambos os principios, referíndose aos órganos centrais nos artigos 8 a 21 e aos periféricos nos artigos 22 a 35.

## **2. Personalidade xurídica, órganos e unidades administrativas**

A Administración xeral do Estado, como o resto das administracións públicas, actúa con personalidade xurídica única. 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, ben sexan 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 da CE e 5.1 da LOFAXE).

Pola súa vez, os órganos administrativos intégranse con unidades

administrativas, que a LOFAXE define como “os elementos organizativos básicos das estruturas orgánicas”. Estas unidades comprenden postos de traballo ou dotacións de persoal vinculados funcionalmente por razón dos seus cometidos e organicamente por unha xefatura común, inda que poden existir unidades administrativas complexas que agrupen dúas ou máis unidades menores. As unidades administrativas establécense mediante as relacións de postos de traballo.

A LOFAXE introduce unha cuestionable diferenciación entre órganos administrativos e unidades administrativas, ao dispoñer que só teñen a consideración de órganos “as unidades ás que se lles atribúan funcións que teñan efectos xurídicos fronte a terceiros ou cuxa actuación teña carácter preceptivo” (artigo 5.2). Este concepto restrinxido de “órgano” non é compartido por un importante sector doutrinal (entre eles, SÁNCHEZ MORÓN), xa que o considera contraditorio co que establece para todas as administracións públicas o artigo 11.1 da Lei 30/1992, que semella equiparar, co carácter básico que lle é propio, unidades administrativas e órganos, ao dispoñer que “correspóndelle a cada Administración pública delimitar [...] as unidades administrativas que configuran os órganos administrativos propios”.

## **II. A SÚA ORGANIZACIÓN**

### **1. Os principios de organización, funcionamento e relacións cos cidadáns**

O capítulo I do título I da LOFAXE (artigos 1 a 4) recolle os mandatos constitucionais referidos á Administración pública no seu artigo 103.1, fundamentalmente (e por relación, os artigos 1, 9, 10, 31 e 97 aos que se alude expresamente na exposición de motivos da lei).

Nun precepto cabeceira (artigo 2), a LOFAXE sinala respecto da Administración xeral do Estado: a) que desenvolve funcións administrativas de carácter executivo; b) que exerce as súas potestades baixo a dependencia do Goberno, con sometemento pleno á lei e ao dereito e serve con obxectividade os intereses xerais; c) que actúa con personalidade xurídica única e a través de órganos xerarquicamente ordenados.

A seguir enúncianse tres categorías de principios, presididos todos eles polo de legalidade (artigo 3), clasificados como se expón aquí:

- Principios de organización (artigo 3.1):

- a) Xerarquía.
- b) Descentralización funcional.
- c) Desconcentración funcional e territorial.
- d) Economía, suficiencia e adecuación estrita dos medios aos fins institucionais.
- e) Simplicidade, claridade e proximidade aos cidadáns.
- f) Coordinación.

- Principios de funcionamento (artigo 3.2):

- a) Eficacia no cumprimento dos obxectivos fixados.
- b) Eficiencia na asignación e utilización dos recursos públicos.
- c) Programación e desenvolvemento de obxectivos e control da xestión e os resultados.
- d) Responsabilidade pola xestión pública.
- e) Racionalización e axilidade dos procedementos administrativos e das actividades materiais de xestión.
- f) Servizo efectivo aos cidadáns.
- g) Obxectividade e transparencia da actuación administrativa.
- h) Cooperación e coordinación coas outras administracións públicas.

De todos eles, a LOFAXE desenvolve o principio de servizo aos cidadáns (artigo 4), incidindo en varios aspectos:

1º) A Administración xeral do Estado débelle garantir aos cidadáns a efectividade dos seus dereitos cando se relacionen coa Administración e a continua mellora dos procedementos, servizos e prestacións públicas.

2º) A Administración xeral do Estado desenvolverá a súa actividade e organizará as dependencias administrativas e, en particular, as oficinas periféricas, de maneira que os cidadáns poidan:

- resolver os seus asuntos;
- ser auxiliados na redacción formal de documentos administrativos;
- recibir información de interese xeral por medios telefónicos, informáticos e telemáticos;
- presentar reclamacións sen o carácter de recursos administrativos, sobre o funcionamento das dependencias administrativas.

3º) Todos os Ministerios deben manter permanentemente actualizados e a disposición dos cidadáns nas unidades de información correspondentes o esquema da súa organización e a dos organismos dependentes, e as guías informativas sobre os procedementos administrativos, servizos e prestacións aplicables no ámbito da competencia do Ministerio e dos seus organismos públicos.

## **2. Estrutura ministerial**

A estrutura da Administración xeral do Estado articúlase en Ministerios, que son os diversos departamentos que asumen “un ou varios sectores funcionalmente homoxéneos de actividade administrativa” (artigo 8.1 da LOFAXE). Nos Ministerios poden existir Secretarías de Estado —e excepcionalmente Secretarías Xerais— para a xestión dun sector de actividade administrativa. 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 8.2).

Os Ministerios intégranse, ademais, cunha Subsecretaría, e unha Secretaría Xeral Técnica que depende dela, para a xestión dos servizos comúns, isto é, o asesoramento, o apoio técnico e, se é o caso, a xestión directa en relación coas funcións de planificación, programación e orzamento, 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; todo iso de acordo co previsto nos artigos 20 e 21 da LOFAXE (artigo 9.2 da LOFAXE).

En número variable, forman parte do Ministerio as Direccións Xerais. Son os órganos de xestión dunha ou varias áreas funcionalmente homoxéneas e 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 (artigo 9.3 e 4 da LOFAXE ).

Todos estes órganos se crean, modifican e suprimen por real decreto do Consello de Ministros por iniciativa do ministro interesado e por proposta do ministro de administracións públicas (artigo 10.1 da LOFAXE).

En liña xerarquicamente descendente atópanse outros órganos e unidades administrativas de distinta denominación: servizos, áreas, seccións, negociados... Os órganos créanse, modifícanse e suprímense por orde do ministro respectivo, logo da aprobación do ministro de administracións públicas (artigo 10.2); as unidades que non teñan a consideración de órganos créanse, modifícanse e suprímense a través das relacións de

postos de traballo (artigo 10.3).

### **III. ÓRGANOS SUPERIORES E ÓRGANOS DIRECTIVOS**

A LOFAXE introduce, no seu artigo 6, a diferenza entre órganos superiores e órganos directivos, clasificación á que a doutrina lle suma un terceiro tipo, denominado órganos ordinarios (DE LA CUÉTARA), que engloba todos os demais e que “se atopan baixo a dependencia ou dirección dun órgano superior ou directivo” (artigo 6.6).

Correspóndelles aos órganos superiores o establecemento dos plans de actuación da organización situada baixo a súa responsabilidade. Son os ministros e os secretarios de Estado.

Aos órganos directivos correspóndelles o desenvolvemento e execución dos plans de actuación formulados polos superiores. Na Administración central son os subsecretarios, os secretarios xerais, os secretarios xerais técnicos, os directores xerais e os subdirectores xerais; na Administración periférica son os delegados do Goberno e os subdelegados do Goberno nas provincias; e na Administración xeral do Estado no exterior son os embaixadores e representantes permanentes ante organizacións internacionais.

Uns e outros, excepto os subdirectores xerais e asimilados, teñen a condición de alto cargo (artigo 6.5).

Os ministros e secretarios de Estado son nomeados de acordo co establecido na lexislación vixente. Isto é, de acordo co disposto no artigo 62 da CE, que lle atribúe ao rei o nomeamento dos ministros, por proposta do presidente do Goberno; e no artigo 15 da Lei do Goberno, que lle atribúe a competencia para nomear os secretarios de Estado ao presidente do Goberno.

Os titulares dos órganos directivos son nomeados polo Consello de Ministros por proposta do ministro correspondente, agás os subdirectores xerais, cuxo nomeamento lles corresponde aos ministros ou aos secretarios de Estado. Todos eles serán nomeados segundo criterios de competencia profesional e experiencia, e son de aplicación no desempeño das súas funcións:

- a) a responsabilidade profesional, persoal e directa pola xestión desenvolvida;
- b) a suxeición ao control e avaliación da xestión polo órgano superior ou directivo competente, sen prexuízo do control establecido pola Lei xeral orzamentaria (artigo 6.10 da LOFAXE).

De acordo co artigo 11 da LOFAXE, os ministros son os xefes do Departamento e superiores xerárquicos directos dos secretarios de Estado. Os órganos directivos dos Ministerios están ordenados xerarquicamente da seguinte forma: subsecretario, director xeral e subdirector xeral. Os secretarios de Estado teñen categoría de subsecretario e os secretarios xerais técnicos teñen categoría de director xeral. Pola súa banda, os delegados do Goberno teñen rango de subsecretarios e os subdelegados do Goberno teñen nivel de subdirector xeral.

## **1. Os ministros**

Sen prexuízo da súa condición de membros do Goberno e das funcións que, como tales, lles corresponden, os ministros dirixen os sectores da actividade administrativa integrados no seu Departamento, e asumen a responsabilidade inherente a esta dirección.

As súas competencias enuméranse nos artigos 12 e 13 da LOFAXE, e poden sistematizarse así:

a) A *dirección do Ministerio*, o que inclúe fixar os seus obxectivos, aprobar os seus plans de actuación e asignar os recursos necesarios para a súa execución dentro dos límites das dotacións orzamentarias correspondentes; nomear e separar os titulares dos órganos directivos do Ministerio e dos organismos públicos dependentes del, cando a competencia non lle estea atribuída ao Consello de Ministros ou ao propio organismo, e elevar ao Consello de Ministros as propostas de nomeamento reservadas a este; dirixir a actuación dos titulares dos órganos superiores e directivos do Ministerio, proporcionarlles instrucións concretas e delegarlles competencias propias; 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, sen prexuízo do disposto na Lei xeral orzamentaria.

b) O exercicio da *potestade regulamentaria*.

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 remitirlas ao Ministerio de Economía e Facenda; administrar os créditos para gastos dos orzamentos do seu Ministerio; aprobar e comprometer os gastos que non sexan da competencia do Consello de Ministros e elevar á aprobación deste os 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; autorizar as modificacións orzamentarias que lles atribúe a Lei xeral orzamentaria; solicitar do Ministerio de Economía e Facenda a afectación ou o arrendamento dos inmobles necesarios para o cumprimento dos fins dos servizos ao seu cargo.

d) Adoptar *actos administrativos* e celebrar *contratos e convenios* en materia da súa competencia, incluída a revisión de oficio dos actos

administrativos e a resolución dos conflitos de atribucións cando lles corresponda, así como presentar os que procedan con outros Ministerios; *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, propoñer e executar, no ámbito das súas competencias, os plans de emprego do Ministerio e dos organismos públicos dependentes del; modificar a relación de postos de traballo do Ministerio que expresamente autoricen de forma conxunta os Ministerios de Administracións Públicas e de Economía e Facenda; convocar as probas selectivas con relación ao persoal funcionario dos corpos e escalas adscritos ao Ministerio así como as relativas ao persoal laboral, de acordo coa correspondente oferta de emprego público, e prover os postos de traballo vacantes, conforme os procedementos establecidos para ese fin e axustándose ao marco fixado previamente polo Ministerio de Administracións Públicas; administrar os recursos humanos do Ministerio de acordo coa lexislación específica en materia de persoal; fixar os criterios para a avaliación do persoal e a distribución do complemento de produtividade e doutros incentivos ao rendemento previstos legalmente; outorgar ou propoñer, de ser o caso, as recompensas que procedan e exercer a potestade disciplinaria de acordo coas disposicións vixentes.

f) *As relacións institucionais e administrativas* coas comunidades autónomas e convocar as conferencias sectoriais e os órganos de cooperación no ámbito das competencias atribuídas ao seu Departamento.

## **2. Os secretarios de Estado**

Dentro dun Ministerio, ou directamente adscrito á Presidencia do Goberno, os secretarios de Estado son responsables da execución dunha parcela específica da acción do Goberno, co que descargan de tarefas ao ministro

correspondente. De acordo co artigo 14 da LOFAXE, dirixen e coordinan as Direccións Xerais situadas baixo a súa dependencia e responden ante o ministro da execución dos obxectivos fixados para a Secretaría de Estado, e con este fin correspóndenlles as seguintes competencias:

- 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 impartirlles 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) Exercer as competencias atribuídas ao ministro en materia de execución orzamentaria, cos límites que, de ser o caso, este estableza.
- f) Celebrar os contratos relativos a asuntos da súa Secretaría de Estado e os convenios non reservados ao ministro do que dependan ou ao Consello de Ministros.
- g) Resolver os recursos que se interpoñan contra as resolucións dos órganos directivos que dependan directamente del e cuxos actos non esgoten atribucións que se susciten entre eses órganos.

h) Calquera outra competencia que lles atribúa a lexislación en vigor.

### **3. Os subsecretarios**

Son os órganos de asistencia ordinaria ao ministro, tanto no ámbito da organización interna do Departamento como do asesoramento xurídico, en particular tocante ao exercicio da potestade regulamentaria e a adopción de actos xurídicos do ministro e demais órganos do Departamento. De acordo co artigo 15 da LOFAXE, os subsecretarios exercen a representación ordinaria do Ministerio, dirixen os servizos comúns, desempeñan as competencias correspondentes a estes 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 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 na 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 lle corresponden a este 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, correspóndelle informar sobre as propostas ou proxectos de normas e actos doutros Ministerios cando regulamentariamente proceda. Para estes efectos, será responsable de coordinar as actuacións correspondentes dentro do Ministerio e en relación cos demais Ministerios que vaian intervir no procedemento.

h) Exercer as facultades de dirección, impulso e supervisión da Secretaría Xeral Técnica e dos restantes órganos directivos que dependan directamente del.

i) Calquera outra que sexa inherente aos servizos comúns do Ministerio e á representación ordinaria deste e as que lles atribúa a lexislación en vigor.

Como se sinalou, os subsecretarios son nomeados e separados por real decreto do Consello de Ministros mediante proposta do titular do Ministerio. Os nomeamentos deberanse efectuar de acordo cos criterios establecidos no artigo 6.10 da LOFAXE entre funcionarios de carreira do Estado, das comunidades autónomas ou das entidades locais, aos que se lles esixa para o seu ingreso o título de doutor, licenciado, enxeñeiro, arquitecto ou equivalente.

#### **4. Os secretarios xerais**



Son órganos de creación máis recente e obedecen á conveniencia de desconcentrar determinadas actividades dun Ministerio sen por iso atribuírlas a un órgano do rango de secretario de Estado (SÁNCHEZ MORÓN). Ten atribuídas, igual que o secretario de Estado, competencias e responsabilidades sobre un sector determinado da actividade administrativa. A súa creación ten carácter excepcional e as súas funcións virán establecidas no Real decreto de estrutura do Ministerio (artigo 16 da LOFAXE).

Posúen categoría de subsecretario e son nomeados e separados por real decreto do Consello de Ministros, mediante proposta do titular do Ministerio. Os nomeamentos deberanse efectuar de acordo cos criterios do artigo 6.10 da LOFAXE entre persoas con cualificación e experiencia no desempeño de postos de responsabilidade na xestión pública ou privada.

## **5. Os secretarios xerais técnicos**

Baixo a inmediata dependencia do subsecretario, os secretarios xerais técnicos dirixen a Secretaría Xeral Técnica do Ministerio, que é o órgano que agrupa, en xeral, os servizos comúns do Ministerio e, en todo caso, as funcións relativas á produción normativa, asistencia xurídica e publicacións (artigo 17.1 da LOFAXE).

Teñen, para todos os efectos, a categoría de director xeral. Son nomeados e separados por real decreto do Consello de Ministros por proposta do titular do Ministerio. O nomeamento, que debe respectar os criterios xerais establecidos no artigo 6.10, deberase efectuar entre funcionarios de carreira do Estado, das comunidades autónomas ou das entidades locais, aos que se lles esixa para o seu ingreso o título de doutor, licenciado, enxeñeiro, arquitecto ou equivalente.

## **6. Os directores xerais**

Son os encargados da xestión dunha ou varias áreas funcionalmente homoxéneas do Ministerio (artigo 18 da LOFAXE). Para ese fin, correspóndelles:

- a) Propoñer os proxectos da súa Dirección Xeral para alcanzar os obxectivos establecidos polo ministro, dirixir a súa execución e controlar o seu adecuado cumprimento.
- b) Exercer as competencias atribuídas á Dirección Xeral e as que lles sexan desconcentradas ou delegadas.
- c) Propoñerlle, nos casos restantes, ao ministro ou ao titular do órgano do que dependa, a resolución que considere procedente sobre os asuntos que 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.
- e) As demais atribucións que lle confiran as leis e regulamentos.

Os directores xerais serán nomeados e separados por real decreto do Consello de Ministros, por proposta do titular do Departamento. O nomeamento, que se debe efectuar de acordo cos criterios xerais do artigo 6.10, recaerá en funcionarios de carreira do Estado, das comunidades autónomas ou das entidades locais, aos que se lles esixa para o seu ingreso o título de doutor, licenciado, enxeñeiro, arquitecto ou equivalente, salvo que o Real decreto de estrutura do Departamento permita que, en atención ás características específicas das funcións da Dirección Xeral, o seu titular non reúna a condición de funcionario. 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 se debe basear en circunstancias demostrables e non en apelacións puramente retóricas (SÁNCHEZ MORÓN).

## **7. Os subdirectores xerais**

Estes cargos directivos, que xa non se consideran altos cargos, son os responsables inmediatos, baixo a supervisión do director xeral ou do titular do órgano do 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 (art. 19 da LOFAXE).

Son nomeados e cesados polo ministro ou o secretario de Estado do que dependan entre funcionarios de carreira da Administración xeral do Estado e, de ser o caso, doutras administracións públicas cando así o recollan as normas de aplicación, que pertencen a corpos e escalas para os que se esixa o título de doutor, licenciado, enxeñeiro, arquitecto ou equivalente, de acordo cos criterios xerais de nomeamento establecidos no artigo 6.10.

## **IV. A ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA DO ESTADO**

A entrada en vigor da Constitución española de 1978 fixo necesaria a reforma da Administración periférica do Estado, centrada ata ese momento na figura do gobernador civil e allea, como é lóxico, á descentralización que provocou o nacemento do Estado das Autonomías.

A partir de 1978 varias circunstancias condicionaron a regulación da Administración periférica, recollida na LOFAXE:

- A nova organización territorial do Estado, co recoñecemento do dereito á autonomía das nacionalidades e rexións (artigo 2 da CE) e unha organización territorial que incorpora, xunto ás provincias e os municipios,

as comunidades autónomas, todas elas dotadas de autonomía para a xestión dos seus intereses respectivos (artigo 137 da 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 da CE).

- A creación da figura do delegado do Goberno, que ten como cometido constitucional dirixir a Administración do Estado no territorio e na comunidade autónoma e coordinala, cando corresponda, coa Administración propia da comunidade (artigo 154 da CE).

Tras intentos sucesivos, a regulación da Administración periférica recóllese na LOFAXE, que se basea nos seguintes principios, aos que fai referencia o propio texto legal e, en ocasións, a súa exposición de motivos:

- a) Aplicación á Administración periférica dos principios constitucionais recoñecidos con carácter xeral ás administracións públicas no artigo 103.1 da CE, en particular o de eficacia, descentralización e servizo ao interese xeral.

- b) Reordenación das estruturas administrativas atendendo ao principio de racionalidade e á necesidade de evitar duplicidades na xestión, mediante a simplificación de trámites e a redución substancial da planta da Administración central do Estado, tendo en conta o principio de economía no gasto público recollido no artigo 31.2 da CE.

- c) Mellora da calidade dos servizos que se lles prestan aos cidadáns, mediante procesos de simplificación administrativa e supresión de trámites innecesarios.

d) Ordenación da unidade de acción da Administración do Estado nos territorios autonómicos, mediante a integración da estrutura territorial ou periférica nas Delegacións do Goberno.

A propia LOFAXE contén un mandato explícito de supresión, refundición ou reestruturación dos órganos cuxa existencia resulte innecesaria á vista das competencias transferidas ou delegadas ás comunidades autónomas e, cando cumpra, conforme o marco de competencias, ás corporacións locais, e dos medios e servizos traspasados a estas (art. 31 da LOFAXE).

Neste sentido, a LOFAXE establece con carácter xeral que se integrarán nas Delegacións do Goberno todos os servizos territoriais da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos *salvo* aqueles casos en que, polas singularidades das súas funcións ou polo volume de xestión, resulte aconsellable a súa dependencia directa dos órganos centrais correspondentes, en prol dunha maior eficacia na súa actuación” (artigo 33 ). Mediante o Real decreto 1330/1997, do 1 de agosto, procedeuse a integrar nas Delegacións do Goberno os servizos de diversos Ministerios, ao mesmo tempo que se regulou a súa estrutura orgánica e se definiron as súas áreas funcionais.

Os denominados “servizos non integrados” teñen a súa propia regulación na LOFAXE (artigos 34 e 35), onde se sinala, sucintamente, o seguinte:

1º) Os servizos non integrados nas Delegacións do Goberno organizaranse territorialmente atendendo ao mellor cumprimento dos seus fins e á natureza das funcións que deban desempeñar. Para ese efecto, a norma que determine a súa organización establecerá o ámbito idóneo para prestar os devanditos servizos.

2º) A organización destes servizos establecerase por real decreto mediante proposta conxunta do ministro correspondente e do ministro de Administracións Públicas, cando contemple unidades con nivel de Subdirección Xeral ou equivalentes, ou por orde conxunta cando afecte a órganos inferiores, nos termos referidos no apartado 2 do artigo 10 desta lei.

3º) Os servizos non integrados dependerán do órgano central competente sobre o sector de actividade en que aqueles operen, que lles fixará os obxectivos concretos de actuación e controlará a súa execución, así como o funcionamento dos servizos.

4º) Os titulares dos servizos estarán especialmente obrigados a prestar toda a colaboración que precisen os delegados do Goberno e os subdelegados do Goberno para facilitar a dirección efectiva do funcionamento dos servizos estatais.

Os órganos periféricos teñen as súas funcións distribuídas ao longo do territorio nacional e desenvolven as súas competencias en dous niveis territoriais diferentes:

a) de ámbito autonómico, a través das Delegacións do Goberno na comunidade autónoma (e nas cidades autónomas de Ceuta e Melilla), con sede polo xeral na mesma localidade onde radica o Goberno da comunidade autónoma respectiva, salvo que o Consello de Ministros ou o correspondente Estatuto de Autonomía dispoñan outra cousa (art. 22.3 da LOFAXE);

b) de ámbito provincial ou insular, a través das Subdelegacións do Goberno na provincia ou as Direccións Insulares (art. 32.1 da LOFAXE).

Nas comunidades autónomas uniprovinciais onde non existe Subdelegación, o delegado do Goberno asume as competencias dos subdelegados do Goberno nas provincias. Excepcionalmente pódense crear por real decreto Subdelegacións do Goberno nas comunidades autónomas uniprovinciais atendendo a circunstancias tales como a poboación do territorio, o volume de xestión ou as súas singularidades xeográficas, sociais ou económicas (artigo 29.1 da LOFAXE).

## **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 sexa preciso, coa Administración propia da comunidade (art. 154 da CE).

A LOFAXE configura os delegados do Goberno como órganos directivos con rango de subsecretarios (artigo 6.3), nomeados por real decreto do Consello de Ministros mediante proposta do seu presidente (artigo 22.3), sen que se estableza para a súa persoa ningún dos requisitos antes referidos para outros órganos (condición de funcionario público, por exemplo).

Tocante ás súas atribucións, reguladas nos artigos 22 e seguintes da LOFAXE, cómpre salientar as seguintes, de acordo coa sistematización realizada por SÁNCHEZ MORÓN:

a) O delegado do Goberno protexe o libre exercicio dos dereitos e liberdades públicas no territorio da súa competencia e para ese efecto correspóndelle a *Xefatura das Forzas e Corpos de Seguridade do Estado* neste territorio, baixo dependencia funcional do Ministerio do Interior (artigo 23.3). Esta é —di o autor— a súa función máis específica e notoria.

b) Un segundo conxunto de funcións refírese á *dirección da Administración periférica do Estado* na comunidade autónoma. Entre elas están:

- Dirixir a Delegación do Goberno; nomear os subdelegados do Goberno nas provincias e dirixir e coordinar como superior xerárquico a actividade daqueles; impulsar e supervisar, con carácter xeral, a actividade dos restantes órganos da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos no territorio da comunidade autónoma; e informar sobre as propostas de nomeamento dos titulares de órganos territoriais da Administración xeral do Estado e os organismos públicos de ámbito autonómico e provincial non integrados na Delegación do Goberno (artigo 23.1).
- Formularlles aos Ministerios competentes, en cada caso, as propostas que considere convenientes sobre os obxectivos contidos nos plans e programas que teñan que executar os servizos territoriais e os dos seus organismos públicos, e informar, regular e periodicamente, aos Ministerios competentes sobre a xestión dos seus servizos territoriais (artigo 23.2).
- Elevar, con carácter anual, un informe ao Goberno, a través do ministro das Administracións Públicas, sobre o funcionamento dos servizos públicos estatais e a súa avaliación global (artigo 23.4).
- Suspende a execución dos actos impugnados ditados polos órganos da Delegación do Goberno, cando lle corresponda resolver o recurso, conforme o artigo 111.2 da Lei 30/1992, e propoñer a suspensión nos restantes casos, así como respecto dos actos impugnados ditados polos servizos non integrados na Delegación do Goberno (artigo 23.5).
- Velar polo cumprimento das competencias atribuídas constitucionalmente ao Estado e a correcta aplicación da súa normativa, promovendo ou interpoñendo, segundo corresponda, conflitos de xurisdición, conflitos de



atribucións, recursos e demais accións legalmente procedentes (artigo 23.6).

- Exercer as potestades sancionadoras, expropiatorias e calquera outra que lles confiran as normas ou que lles sexan desconcentradas ou delegadas (artigo 23.7).

c) O delegado do Goberno ten funcións de *información aos cidadáns* sobre as actividades do Goberno e da Administración do Estado na comunidade autónoma e promove a colaboración coas demais administracións en materia de información ao cidadán (art. 24).

d) Para rematar, mantén as necesarias *relacións con outras administracións* públicas. Por unha banda, relacións de *cooperación e coordinación coa Administración da comunidade autónoma*, transmitindo información, participando nas Comisións mixtas de transferencias e outras Comisións de cooperación bilateral e promovendo convenios de colaboración e outras fórmulas de cooperación. Por outra banda, funcións de *cooperación coas entidades locais* no territorio da comunidade autónoma, en particular, con relación aos programas de financiamento estatal (artigos 22.2 e 27).

## **VI. OS SUBDELEGADOS DO GOBERNO NAS PROVINCIAS E OS DIRECTORES INSULARES**

### **1. Os subdelegados do Goberno nas provincias**

Os subdelegados do Goberno existen en todas as provincias nas comunidades autónomas pluriprovinciais, inda que tamén é posible que mediante real decreto se cree unha Subdelegación do Goberno en comunidades autónomas uniprovinciais, como é o caso da de Madrid (Real decreto 466/2003, do 25 de abril).

Os subdelegados son nomeados polo delegado do Goberno, de quen dependen, polo procedemento de libre designación entre funcionarios de carreira do Estado, das comunidades autónomas ou das entidades locais, aos que se lles esixa, para o seu ingreso, o título de doutor, licenciado, enxeñeiro, arquitecto ou equivalente (artigo 29 da LOFAXE).

O subdelegado do Goberno, nas provincias en que non radique a Delegación do Goberno na comunidade autónoma, dirixe as Forzas e Corpos de Seguridade do Estado e os servizos de protección civil, inda que baixo a dirección e supervisión do delegado do Goberno. Esta función pode ser delegada tamén no subdelegado do Goberno se existe na mesma provincia onde ten a súa sede a Delegación do Goberno (art. 29.3 da LOFAXE).

As funcións que lle corresponden ao subdelegado do Goberno, sempre baixo a dirección e instrucións do delegado do Goberno, son as seguintes:

- a) Dirixir, de ser o caso, os servizos integrados da Administración xeral do Estado, de acordo coas instrucións do delegado do Goberno.
- b) Impulsar, supervisar e inspeccionar os servizos non integrados.
- c) Desempeñar as funcións de comunicación, colaboración e cooperación coas corporacións locais e, en particular, informar sobre a incidencia no territorio dos programas de financiamento estatal.
- d) Manter, por iniciativa e de acordo coas instrucións do delegado do Goberno na comunidade autónoma, relacións de comunicación, cooperación e colaboración cos órganos territoriais da Administración da respectiva comunidade autónoma que teña a súa sede no territorio provincial.

e) Exercer as competencias sancionadoras que se lles atribúan normativamente.

Nas provincias onde non estea a sede das Delegacións do Goberno, o subdelegado do Goberno, baixo a dirección e a supervisión do delegado do Goberno, exercerá as seguintes competencias:

a) A protección do 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.

b) A dirección e a coordinación da protección civil no ámbito da provincia.

Na provincia onde radique a sede da Delegación do Goberno, os subdelegados do Goberno poderán exercer as anteriores competencias logo da delegación do delegado do Goberno, e en todo caso baixo a súa dirección e supervisión.

O nomeamento e cesamento dos subdelegados do Goberno, o seu réxime administrativo e retributivo, a suplencia e as súas competencias son regulados de forma detallada no Real decreto 617/1997, do 25 de abril.

## **2. Os directores insulares**

A LOFAXE remite ao Regulamento para determinar as illas onde existirá a figura dos directores insulares. O artigo 6 do Real decreto 617/1997, do 25 de abril, concreta que deberá existir esta figura nas illas de Menorca, Ibiza-Formentera, Lanzarote, Fuerteventura, La Palma, El Hierro e La Gomera.

Os directores insulares son nomeados polo delegado do Goberno polo procedemento de libre designación entre os funcionarios de carreira do Estado, a comunidade autónoma ou as entidades locais aos que se lles esixa para o seu ingreso o título de doutor, licenciado, enxeñeiro, arquitecto ou equivalente, ou o título de enxeñeiro técnico, arquitecto técnico, diplomado universitario ou equivalente. Dependem 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 por esta lei aos subdelegados do Goberno nas provincias (artigo 30 da LOFAXE).

O Real decreto 617/1997 antes citado regula polo miúdo o nomeamento e cesamento dos directores insulares, o seu réxime administrativo, o réxime de suplencia e as súas competencias (artigos 7 a 10).

## **BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, 1ª ed., 2009.

AA.VV., *Tratado del Sector Público Estatal*, 1ª ed., La Ley, 2010.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *Fundamentos de Derecho Público*, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, 5ª ed., 2009.

SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volume II, 1999 (sucesivas edicións).

**Marta García Pérez**

**Profesora Titular de Dereito Administrativo**  
**Universidade da Coruña**

## **12. OS ORGANISMOS PÚBLICOS DO ESTADO. OS ORGANISMOS AUTÓNOMOS. AS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIAIS. AS AXENCIAS ESTATAIS.**

## **TEMA 12. OS ORGANISMOS PÚBLICOS DO ESTADO. OS ORGANISMOS AUTÓNOMOS. AS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIAIS. AS AXENCIAS ESTATAIS.**

### **I. OS ORGANISMOS PÚBLICOS DO ESTADO**

De acordo co artigo 41 da LOFAXE, son organismos públicos os creados baixo a dependencia ou vinculación da Administración xeral do Estado para a realización de actividades de execución ou xestión (administrativas, de fomento, de prestación ou de contido económico) cunhas características que xustifiquen a súa organización e desenvolvemento en réxime de descentralización funcional.

Os organismos públicos teñen personalidade xurídica pública diferenciada e patrimonio e tesourería de seu (art. 42.1 da LOFAXE). Ademais, gozan de “autonomía de xestión” (art. 42.1 da LOFAXE), inda que se trata dunha autonomía limitada, en expresión de SÁNCHEZ MORÓN, en dous sentidos: por unha banda, dependen dunha Administración territorial ou doutro organismo ou ente público que exerce sobre eles a dirección estratéxica, avaliación e control de resultados (art. 43.2 e 3 da LOFAXE); por outra banda, axústanse ao principio de instrumentalidade respecto dos fins e obxectivos que teñan asignados (art. 44.1 da LOFAXE).

Correspóndenlles as potestades administrativas precisas para o cumprimento dos seus fins, nos termos que dispoñan os seus estatutos, con excepción da potestade expropiadora (art. 42.2) e poden chegar a ter potestade “reglamentaria” para ordenar aspectos secundarios do funcionamento do servizo encomendado, no marco e co alcance establecido polas disposicións legais ou regulamentarias que fixe o réxime xurídico básico do devandito servizo (art. 42.2, parágrafo 2.º da LOFAXE).

A LOFAXE distingue tres tipos de organismos públicos: organismos

autónomos, entidades públicas empresariais e axencias estatais.

## **II. OS ORGANISMOS AUTÓNOMOS**

SÁNCHEZ MORÓN atribúelles aos organismos públicos dúas notas características:

- Unha, de natureza substantiva, relativa ao tipo de actividade que lles corresponde: son organismos públicos que realizan actividades de fomento, de prestación ou de xestión de servizos públicos, é dicir, actividades tipicamente administrativas.
- Outra, de réxime xurídico: son organismos que se rexen polo dereito administrativo tanto nos aspectos referidos á súa organización interna como á súa actividade e relacións externas.

### **1. Creación, constitución, modificación, extinción e supresión.**

A creación dos organismos autónomos debe efectuarse por lei (art. 61.1 da LOFAXE). Esta lei deberá indicar o tipo de organismo público que crea (organismo autónomo, neste caso), os seus fins xerais, o ministerio de adscrición e, de ser o caso, os recursos económicos e as peculiaridades do seu réxime de persoal, de contratación, patrimonial, fiscal e calquera outra que, pola súa natureza, esixa norma con rango de lei.

Os estatutos dos organismos autónomos deben regular os seguintes aspectos, recollidos no art. 62 da LOFAXE:

- a) A determinación dos máximos órganos de dirección do organismo, ben sexan unipersoais ou colexiados, así como a súa forma de designación, con indicación daqueles cuxos actos e resolucións esgoten a vía administrativa. A configuración dos órganos colexiados, de habelos, debe concretar as



seguintes especificacións: os seus fins ou obxectivos, a súa integración administrativa ou dependencia xerárquica, a composición e os criterios para a designación do seu presidente e dos restantes membros, as funcións de decisión, proposta, informe, seguimento ou control, así como calquera outra que se lle atribúa, e, para rematar, a dotación dos créditos necesarios, de ser o caso, para o seu funcionamento.

b) As funcións e competencias do organismo, con indicación das potestades administrativas xerais que este pode exercer e a distribución das competencias entre os órganos de dirección, así como o seu rango administrativo.

c) O patrimonio que se lles asigne para o cumprimento dos seus fins e os recursos económicos que deba financiar o organismo.

d) O réxime relativo a recursos humanos, patrimonio e contratación.

e) O réxime orzamentario, económico-financeiro, de intervención, control financeiro e contabilidade, que será, en todo caso, o establecido na LXO.

f) A facultade de creación ou participación en sociedades mercantís cando iso sexa imprescindible para a consecución dos fins asignados.

O Plan inicial de actuación do organismo público, que será aprobado polo titular do Departamento ministerial do que dependa, deberá contar co informe previo favorable dos ministerios de Administracións Públicas e de Economía e Facenda, e o seu contido, que se determinará regulamentariamente, incluírá, en todo caso, os obxectivos que o organismo deba alcanzar na área de actividade encomendada e os recursos humanos, financeiros e materiais precisos para o funcionamento do organismo (art. 62.2 da LOFAXE).

Os estatutos aprobaranse por real decreto do Consello de Ministros, por iniciativa do titular do ministerio de adscrición e por proposta conxunta dos ministros de Administracións Públicas e de Economía e Facenda, e deberán ser publicados con carácter previo á entrada en funcionamento efectivo do organismo correspondente.

Respecto da modificación e refundición de organismos autónomos, a LOFAXE prevé os seguintes supostos:

- a) Esíxese unha lei cando a modificación supoña a alteración dos seus fins xerais, do tipo de organismo público ou das peculiaridades relativas aos recursos económicos, ao réxime de persoal, de contratación, patrimonial, fiscal e calquera outra que esixa norma con rango de lei (art. 63.1 da LOFAXE).
- b) O resto das modificacións pode ser realizada mediante real decreto acordado en Consello de Ministros, por proposta conxunta dos ministros de Política Territorial e de Economía e Facenda, e por iniciativa do ministro ou ministros de adscrición ou, en todo caso, de acordo con este (art. 63.2 da LOFAXE).
- 3) Cando a modificación lle afecte á organización do organismo público levarase a cabo mediante real decreto, por iniciativa do ministro de adscrición, e por proposta do ministro de Administracións Públicas (art. 63.3 da LOFAXE).

En todos os casos de refundición, o ministerio que adopte a iniciativa deberá acompañar o plan de actuación correspondente.

En canto á extinción do organismo autónomo, pódese producir por determinación dunha lei ou mediante real decreto acordado en Consello de

Ministros por proposta conxunta dos ministros de Administracións Públicas e de Economía e Facenda e por iniciativa do ministro da adscrición ou, en todo caso, de acordo con este. A LOFAXE concreta os supostos en que a extinción se pode facer por real decreto:

- polo transcurso do tempo de existencia sinalado na lei de creación;
- porque a totalidade dos seus fins e obxectivos sexan asumidos polos servizos da Administración xeral do Estado ou polas comunidades autónomas;
- e porque os seus fins se cumpran totalmente, de xeito que non se xustifique a existencia do organismo público.

En todos os casos, a norma establecerá as medidas aplicables ao persoal afectado e dispoñerá a integración no patrimonio do Estado dos bens e dereitos sobrantes da liquidación.

## 2. Recursos económicos e réxime patrimonial.

Os organismos autónomos dispoñen de recursos económicos para o cumprimento dos seus fins. A LOFAXE determina as fontes das que poden provir estes recursos (art. 65): os bens e valores que constitúen o seu patrimonio; os produtos e rendas do devandito patrimonio; as consignacións específicas que tivesen asignadas nos orzamentos xerais do Estado; as transferencias correntes ou de capital que procedan das administracións ou entidades públicas; os ingresos ordinarios e extraordinarios que estean autorizados a percibir, segundo as disposicións polas que se rexan; as doazóns, legados e outras contribucións de entidades privadas e de particulares; e calquera outro recurso que lles puidese ser atribuído.

O réxime patrimonial dos organismos autónomos será o establecido na Lei 33/2003, do patrimonio das administracións públicas, segundo o art. 48 da LOFAXE. A redacción deste precepto procede dunha modificación operada pola aprobación da Lei 33/2003, que, co ánimo de reconducir a situación existente de fragmentación normativa, opta polo principio de unidade de todo o patrimonio da Administración e somete ao texto legal o réxime xurídico patrimonial non só da Administración xeral do Estado, senón tamén dos organismos públicos vinculados a ela ou dependentes dela (art. 2 da LPAP). Por iso se declara 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 (art. 9 da LPAP).

Correspóndelles aos organismos públicos a xestión, administración e explotación dos bens e dereitos do patrimonio do Estado da súa titularidade, de acordo co sinalado nas súas normas de creación ou de organización e funcionamento ou nos seus estatutos e con suxeición, en todo caso, ao establecido para estes bens e dereitos na LPAP. En concreto, segundo o art. 10.6 da LPAP, correspóndelles aos organismos públicos:

- executar a política patrimonial aprobada polo Goberno e aplicar as directrices e instrucións ditadas polo ministro de Facenda;
- exercer a vixilancia, protección xurídica, defensa, inventario, administración, conservación, e demais actuacións que requiran o uso correcto dos bens e dereitos propios do organismo ou adscritos a este, ou dos que lle corresponda a administración e xestión;
- exercer a administración, xestión e recadación dos dereitos económicos que perciban pola utilización privativa do dominio público propio ou adscrito ou dos que lle corresponda a administración e xestión;

- solicitarlle ao ministro de Economía e Facenda a adscrición de bens e dereitos para o cumprimento dos fins e funcións públicos que teñan encomendados, e a súa desadscrición cando deixen de ser necesarios;
- xestionar os seus bens propios de acordo co establecido na lei reguladora do organismo, na LPAP e nas súas normas de desenvolvemento;
- instar a incorporación ao patrimonio da Administración xeral do Estado dos seus bens inmoables cando estes deixen de ser necesarios para o cumprimento dos seus fins e así sexa procedente conforme o sinalado no art. 80 da LPAP.

### 3. Réxime de contratación.

Aplícaselles aos organismos autónomos o réxime propio de contratación das administracións públicas [art. 49 da LOFAXE e art. 3.2.b) da LCSP], e correspóndelle ao titular do Ministerio ao que estea adscrito o organismo autónomo a autorización de asinar aqueles contratos cunha contía que exceda a fixada previamente por aquel. O estatuto de cada organismo determinará as contías dos contratos que están autorizados a asinar os distintos órganos do organismo, normalmente distribuídas entre o presidente e o director.

### 4. Réxime do persoal ao seu servizo.

O art. 47.1 da LOFAXE dispón que o persoal ao servizo dos organismos autónomos será funcionario ou laboral, nos termos establecidos para a Administración xeral do Estado. É dicir, resultan aplicables as disposicións da Lei 7/2007, do 12 de abril, pola que se aproba o estatuto do empregado público, que no seu art. 2.1 inclúe no seu ámbito de aplicación o persoal ao servizo dos organismos públicos, axencias e demais entidades de dereito público con personalidade xurídica propia, vinculadas ou dependentes de

calquera das administracións públicas.

No entanto, a lei de creación excepcionalmente poderá establecer peculiaridades do réxime de persoal do organismo autónomo en materia de oferta de emprego, sistemas de acceso, adscrición e provisión de postos e réxime de mobilidade (art. 47.3 da LOFAXE).

O organismo autónomo estará obrigado a aplicar as instrucións sobre recursos humanos establecidas polo Ministerio de Administracións Públicas e a comunicarlle cantos acordos ou resolucións adopte en aplicación do réxime específico de persoal establecido na súa lei de creación (art. 47.4 da LOFAXE).

## 5. Réxime orzamentario e financeiro.

O art. 50 da LOFAXE establece que o réxime orzamentario, económico-financeiro, de contabilidade, intervención e de control financeiro dos organismos autónomos será o establecido na Lei xeral orzamentaria (LXO).

Neste sentido, o art. 149 da LXO dispón que a función interventora exercea a Intervención Xeral da Administración do Estado e os seus interventores delegados respecto dos actos realizados pola Administración xeral do Estado, os seus organismos autónomos, e as entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social (apartado 1).

Non obstante, o Consello de Ministros, por proposta da Intervención Xeral da Administración do Estado, poderá acordar de forma motivada a aplicación do control financeiro permanente, en substitución da función interventora, respecto de toda a actividade do organismo ou dalgunhas áreas de xestión, naqueles organismos autónomos en que a natureza das súas actividades o xustifique (apartado 2). Este control permanente, de acordo co art. 157 da LXO, terá por obxecto a verificación dunha forma

continúa realizada a través da correspondente intervención delegada, da situación e do funcionamento dos organismos autónomos, para comprobar o cumprimento da normativa e directrices polas que se rexen e, en xeral, que a súa xestión se axusta aos principios de boa xestión financeira e, en particular, ao cumprimento do obxectivo de estabilidade orzamentaria e de equilibrio financeiro.

## 6. Control de eficacia.

Ademais do control que lle corresponde á Intervención Xeral do Estado conforme a LXO, o art. 51 da LOFAXE recolle o control que lle corresponde ao ministerio de adscrición, que ten por obxecto comprobar o grao de cumprimento dos obxectivos e a utilización axeitada dos recursos asignados.

## 7. Impugnación dos seus actos.

A LOFAXE dispón que os actos e resolucións dos organismos autónomos son susceptibles dos recursos administrativos previstos na Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (art. 52.1). Polo tanto, haberá que atender á estrutura organizativa interna, que será a que determine a subordinación xerárquica de órganos que compoñan o organismo autónomo e, xa que logo, ante quen procede recorrer en alzada. Con carácter xeral, a disposición adicional quinceava da LOFAXE determina que esgotan a vía administrativa os actos 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.

As reclamacións previas, en asuntos civís e laborais, serán resoltas polo órgano máximo do organismo autónomo, salvo que o seu estatuto lle asigne a competencia a un dos órganos superiores do ministerio de

adscripción.

En vía xudicial, o art. 19.1.g) da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, ao regular a lexitimación perante esta orde xurisdicional, lexitima 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 ao ámbito dos seus fins. O ámbito propio dos seus fins virá determinado polo disposto no art. 45.1 da LOFAXE, isto é, pola execución de programas específicos da actividade dun ministerio, a realización de actividades de fomento, de prestación ou de xestión de servizos públicos.

Agora ben, o art. 20 c) da LXCA establece que non poden interpoñer recurso contencioso-administrativo contra a actividade dunha Administración pública 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 aquelas que por lei están dotadas dun estatuto específico de autonomía respecto da antedita Administración.

### **III. AS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIAIS**

Se atendemos ás dúas notas caracterizadoras dos organismos autónomos citadas ao comezo do epígrafe anterior, pódense establecer as peculiaridades desta segunda clase de organismos públicos:

- En primeiro lugar, e con relación ao tipo de actividades que lles corresponden, as entidades públicas empresariais xestionan servizos ou producen bens de interese público susceptibles de contraprestación (art. 53.1 da LOFAXE). Con todo, SÁNCHEZ MORÓN considera que este criterio non sempre é claro, xa que, segundo o art. 53.1 da LOFAXE, tamén os organismos autónomos poden ser autorizados a obter ingresos propios



polas actividades que realicen (mediante prezos públicos, por exemplo). Pero o que se quere dicir —aclara este autor— é que a actividade daquelas entidades ten unha natureza e unha finalidade máis empresarial, en ocasións obvia (RENFE, ADIF —Administrador de Infraestructuras Ferroviarias—, AENA —Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea—, ICO —Instituto de Crédito Oficial—) e outras non tanto (SASEMAR —Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima—). Así e todo, a tendencia dos últimos tempos a buscar unha maior flexibilidade de réxime xurídico e autonomía de xestión conduce a clasificar entre este tipo de entidades algúns entes de natureza empresarial moi dubidosa.

- En segundo lugar, en canto ao seu réxime xurídico, as entidades públicas empresariais, malia ser públicas, réxense polo dereito privado, excepto o que se refire á formación da vontade dos seus órganos e ao exercicio das potestades administrativas que teñan atribuídas (art. 53. 2 da LOFAXE), así como ao seu réxime orzamentario, económico-financeiro e de contabilidade, incluída a intervención e control financeiro, que se rexen pola LXO (art. 58 da LOFAXE).

Élles aplicable ás entidades públicas empresariais o disposto para os organismos autónomos coas particularidades que se expoñen a seguir.

### 1. Réxime patrimonial:

Respecto do marco normativo das entidades públicas empresariais en materia patrimonial, segundo o art. 167.1 da LPAP, tocante á xestión estarán suxeitos á LPAP, e seralles aplicable de forma supletoria o dereito privado, excepto no caso de bens de dominio público, tocante aos cales rexerán as normas reguladoras destes. Polo que se refire á amplitude do termo ‘xestión’ aludido, cabe sinalar que, segundo o art. 111.2 da LPAP, se pode entender que comprende, entre outros negocios, os de adquisición, explotación, alleamento, cesión ou permuta.

Deste xeito, a xestión patrimonial rexerase, no caso dos bens demaniais, en primeiro lugar, polas normas reguladoras destes. Estas normas serán, segundo o art. 54.2 da LPAP, as leis e disposicións especiais que lles sexan aplicables e, subsidiariamente, a propia LPAP e as disposicións que a desenvolvan e complementen, as normas xerais de dereito administrativo e as normas de dereito privado, na orde exposta. Pola súa banda, no caso dos bens patrimoniais, as normas aplicables á xestión serán as da LPAP e, só subsidiariamente, as regras de dereito privado.

Nos restantes aspectos patrimoniais que non se refiran á xestión, de acordo co art. 2.1 da LPAP, rexerá a propia LPAP.

## 2. Réxime de contratación:

A LOFAXE remítese, como fai respecto dos organismos autónomos, ao disposto na lexislación de contratos das administracións públicas (art. 57.1 ).

É preciso, no entanto, coñecer o grao de sometemento das entidades públicas empresariais á LCSP. Para iso, debemos partir da categorización que esta lei fai do chamado “sector público”, que non se corresponde coa que dispón a LOFAXE. Efectivamente, a diferenza da LOFAXE, que non suscita dúbidas sobre a consideración das entidades públicas empresariais como Administración pública, a LCSP nega expresamente este carácter no seu art. 3.2 ao sinalar que “non terán a consideración de administracións públicas as entidades públicas empresariais estatais” (art. 3.2 *in fine*). Dito isto, as entidades públicas empresariais suxeitarán a súa contratación ao dereito privado salvo cando teñan a consideración de “poder adxudicador” (art. 3.3.b da LCSP), é dicir:

- Se son creados especificamente para satisfacer necesidades de interese

xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil.

- Se, ademais, se dá algunha destas tres circunstancias: que unha ou varias administracións ou poderes adxudicadores financien maioritariamente a súa actividade; que unha ou varias administracións ou poderes adxudicadores controlen a súa xestión; ou que unha ou varias administracións ou poderes adxudicadores nomeen máis da metade dos membros do órgano de administración, dirección ou vixilancia.

Así o estableceu unha instrución do 2008 da Dirección dos Servizos Xurídicos do Estado sobre a interpretación do complexo réxime da LCSP. A clave será, xa que logo, a cualificación que mereza a súa actividade e, en concreto, se ten carácter industrial ou mercantil, como vén facendo o TXUE.

### 3. Réxime do persoal ao seu servizo:

Segundo o art. 55 da LOFAXE, o persoal das entidades públicas empresariais réxese polo dereito laboral, coas especificacións dispostas no propio artigo e as excepcións relativas aos funcionarios públicos da Administración xeral do Estado e, se é o caso, doutras administracións públicas, que se rexerán pola lexislación sobre función pública que lles resulte aplicable. As especificacións mencionadas son as que se expoñen a seguir.

En primeiro lugar, a selección do persoal laboral (art. 55.2) rexerase polas seguintes regras:

a) O persoal directivo, que se determinará nos estatutos da entidade, será nomeado conforme os criterios establecidos no apartado 10 do art. 6 desta lei, atendendo á experiencia no desempeño de postos de responsabilidade na xestión pública ou privada. Sinala o citado art. 6 da LOFAXE para o

nomeamento dos titulares dos órganos directivos os “criterios de competencia profesional e experiencia”, e son de aplicación para o desempeño das súas funcións: a) a responsabilidade profesional, persoal e directa pola xestión desenvolvida; e b) a suxeición ao control e avaliación da xestión polo órgano superior ou directivo competente, sen prexuízo do control establecido pola LXO.

b) O resto do persoal será seleccionado mediante convocatoria pública baseada nos principios de igualdade, mérito e capacidade.

En segundo lugar, a determinación e modificación das condicións retributivas, tanto do persoal directivo como do resto do persoal, requirirán o informe conxunto, previo e favorable dos ministerios de Administracións Públicas e de Economía e Facenda. Estes ministerios poderán efectuarán, coa periodicidade adecuada, controis específicos sobre a evolución dos gastos de persoal e da xestión dos seus recursos humanos, conforme os criterios establecidos previamente por estes.

Para rematar, a lei de creación de cada entidade pública empresarial deberá determinar as condicións conforme as cales os funcionarios da Administración xeral do Estado e, se é o caso, doutras administracións públicas, poderán cubrir destinos na referida entidade, e establecerá, así mesmo, as competencias que lle correspondan sobre este persoal que, en todo caso, serán as que teñan legalmente atribuídas os organismos autónomos.

#### 4. Réxime orzamentario e financeiro:

A LOFAXE remite á LXO. Esta lei inclúe nos seus art. 2 e 3 as entidades públicas empresariais e dedícalles os artigos 64 a 68.

Estes preceptos establecen diferentes instrumentos de control:

a) As entidades públicas empresariais elaborarán un orzamento de explotación que detallará os recursos e dotacións anuais correspondentes e un orzamento de capital co mesmo detalle, que se integrarán nos orzamentos xerais do Estado.

o [01-01-2009](#)

[01-01-2005 a 31-12-2008](#)

[Ver Todas as redaccións](#)

b) As entidades formularán anualmente un programa de actuación plurianual, que reflectirá os datos económico-financeiros previstos para o exercicio relativo ao proxecto de orzamentos xerais do Estado e aos dous exercicios inmediatamente seguintes, segundo as liñas estratéxicas e obxectivos definidos para a entidade.

Os orzamentos de explotación e de capital, xunto cos programas de actuación plurianual, seranlle remitidos telematicamente polas entidades a través do departamento do que dependan funcionalmente ao Ministerio de Economía e Facenda.

As entidades públicas empresariais dirixirán o seu funcionamento a conseguir os obxectivos emanados das formulacións reflectidas nos seus orzamentos de explotación e capital e nos seus programas de actuación plurianual, de ser o caso, de acordo cos principios de eficacia e eficiencia.

## 5. Control de eficacia:

Con moi poucos matices respecto do disposto para os organismos autónomos, o art. 59 da LOFAXE dispón que as entidades públicas empresariais están sometidas a un control de eficacia que será exercido polo ministerio e, *de ser o caso, polo organismo público ao que están adscritas*, sen prexuízo do control establecido respecto diso pola LXO. O control do cumprimento dos compromisos específicos que, se é o caso,

asumise a entidade pública nun convenio ou contrato-programa, corresponderalle ademais á comisión de seguimento regulada no propio convenio ou contrato-programa, e ao Ministerio de Economía e Facenda nos supostos previstos para o efecto pola LXO.

#### **IV. AS AXENCIAS ESTATAIS**

As axencias estatais son un tipo de organismo público estatal creadas por Lei 28/2006, do 18 de xullo (LAE). Inda que xa existían organismos públicos coa denominación de axencia (AEAT –Axencia Estatal de Administración Tributaria—, por exemplo), a Lei 28/2006 quíxolle outorgar esta denominación a un novo tipo de organismo público estatal.

As razóns que levaron o lexislador estatal a regular este tipo de organismo público descríbense con moita claridade na exposición de motivos da lei, onde se pode ler:

“Faise, pois, necesario incorporar á Administración xeral do Estado unha fórmula organizativa xeral, *dotada dun maior nivel de autonomía e de flexibilidade na xestión*, pero que, ao mesmo tempo, reforce os mecanismos de *control de eficacia* e promova unha *cultura de responsabilización por resultados* [...] A dita fórmula [...] permitirá implantar un *modelo de xestión que equilibre adecuadamente os principios de autonomía, control e responsabilización por resultados*, así como establecer un *régime xeral o suficientemente operativo para lles dar cabida a aqueles organismos para os cales a categoría de organismo autónomo é insuficiente, sen ter que acudir, como sucede na actualidade, a solucións particulares para cada caso* [...] unha nova cultura de xestión que se ten que apoiar no cumprimento de obxectivos claros, medibles e orientados cara á mellora na prestación do servizo, coas conseguíntes vantaxes para os usuarios e para os contribuíntes. Unha destas vantaxes é o *fortalecemento dos mecanismos da responsabilización por obxectivos* na

xestión pública: trátase de configurar a axencia estatal como unha organización dotada dunha capacidade de decisión sobre os recursos asignados e dun nivel de autonomía no seu funcionamento que son as premisas necesarias para que se lle poida esixir unha responsabilidade efectiva sobre o cumprimento dos obxectivos que ten encomendados [...]

Por último, hai que sinalar que as axencias estatais non van ser, sen máis, un novo tipo de organismo público, senón *a fórmula organizativa cara á cal, progresivamente, se van reconducir aqueles organismos públicos existentes na actualidade, cuxa actividade e funcións se axusten ao concepto de axencia estatal e se considere oportuno e máis eficaz a súa transformación neste tipo de organismo público*".

A singularidade das axencias estatais é que se pretenden configurar como o instrumento dunha xestión pública transparente por obxectivos. En consecuencia, a súa actividade se rexe por un programa plurianual, que deben aprobar os ministerios competentes. Iso implica tamén algunhas peculiaridades do réxime do seu persoal e dos seus directivos, cuxas retribucións quedan vinculadas en parte ao cumprimento dos obxectivos fixados.

A Lei 28/2006 contén un listado de axencias, a maioría delas antigos organismos autónomos, pero a súa creación efectiva depende da aprobación dos seus estatutos, polo que mentres a aprobación non se produza, conservan a súa natureza anterior. A primeira que se creou foi a Axencia Estatal de Avaliación de Políticas Públicas e a Calidade dos Servizos, actualmente adscrita ao Ministerio da Presidencia (RD 1.418, do 1 de decembro), á que lle seguiron outras, como, por exemplo, BOE, CSIC, Axencia Estatal de Seguridade Aérea, Axencia Estatal de Meteoroloxía, etc. ).

## 1. Creación, modificación e extinción.

De acordo co art. 3 da LAE, a creación de axencias estatais require

autorización por lei e prodúcese coa aprobación do seu estatuto por real decreto acordado en Consello de Ministros e adoptado por proposta conxunta dos ministerios de Administracións Públicas e Economía e Facenda.

A lei que autorice a creación establecerá o obxecto da axencia estatal e os seus fins xerais. O anteproxecto de lei de autorización da creación da axencia estatal que se lle presente ao Goberno deberá ser acompañado do proxecto de estatuto e da memoria.

A dita memoria deberá precisar o obxecto da axencia estatal que se vai crear, xustificando a previa determinación daquel pola lei, e os obxectivos perseguidos coa súa creación. Indicaranse, así mesmo, as consecuencias organizativas e económico-financeiras derivadas da creación das axencias, así como información sobre o rango orgánico dos seus órganos directivos, de ser o caso; os recursos humanos necesarios, as retribucións do persoal e a proposta do marco de actuación en materia de recursos humanos.

A memoria conterá o plan inicial de actuación da axencia mentres non se aprobe o contrato de xestión ao que se fará referencia máis adiante.

O estatuto deberá ter, en todo caso, o seguinte contido:

- a) As funcións que desenvolverá a axencia estatal e, de ser o caso, as facultades decisorias correspondentes ás competencias da Administración xeral do Estado e dos seus organismos públicos que se atribúan á dita axencia.
- b) A determinación da sede, estrutura orgánica, coa concreción, de ser o caso, dos outros órganos de goberno que se creen, así como as facultades de cada un deles e a forma de designación dos seus compoñentes, réxime de funcionamento e desenvolvemento da actividade, con indicación



daqueles cuxos actos e resolucións son definitivos en vía administrativa.

c) Os medios persoais, materiais e económico-financeiros e patrimonio que se lle adscriben.

d) A determinación do carácter temporal, de ser o caso, da axencia que se cree, con especificación dos obxectivos a que se vincula a vida daquela ou do prazo en que se fixa a súa duración.

De acordo co art. 6 da LAE, as axencias estatais extínguense polo transcurso do tempo de vixencia establecido no estatuto ou polo cumprimento dos seus fins ou dos obxectivos para os cales foron creadas, ou porque as súas competencias sexan asumidas polas comunidades autónomas.

Así mesmo, as axencias estatais suprímense mediante real decreto do Consello de Ministros, por iniciativa dos ministerios de adscrición e por proposta conxunta dos ministerios de Administracións Públicas e de Economía e Facenda, que determinará o destino dos bens e as medidas aplicables ao persoal no marco da lexislación reguladora de cada tipo de persoal.

## 2. Xestión transparente por obxectivos.

A actuación das axencias estatais prodúcese, consonte o plan de acción anual, baixo a vixencia e conforme o pertinente contrato plurianual de xestión a que se refire o art. 13.

O contrato de xestión ten que establecer, como mínimo e para o período da súa vixencia, os seguintes extremos:

a) Os obxectivos que hai que perseguir, os resultados que hai que obter e,

en xeral, a xestión que hai que 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 de cadro de persoal e o marco de actuación en materia de xestión de recursos humanos.

d) Os recursos persoais, materiais e orzamentarios que se empregarán para a consecución dos obxectivos.

e) Os efectos asociados ao grao de cumprimento dos obxectivos establecidos polo que atinxe á esixencia de responsabilidade pola xestión dos órganos executivos e do persoal directivo, así como a contía de masa salarial destinada ao complemento de produtividade ou concepto equivalente do persoal laboral. O contrato de xestión deberá prever, así mesmo, os mecanismos que permitan a esixencia de responsabilidades por incumprimento de obxectivos.

f) O procedemento que se seguirá para a cobertura dos déficits anuais que, de ser o caso, se puidesen producir por insuficiencia dos ingresos reais respecto dos estimados e as consecuencias de responsabilidade na xestión que, de ser o caso, se deba seguir de tales déficits.

g) O procedemento para a introdución das modificacións ou adaptacións anuais que, de ser o caso, procedan.

### 3. Contratación.

A contratación das axencias estatais réxese pola normativa aplicable ao

sector público (art. 16 da LAE). A doutrina cubriu a escasa regulación da LAE cunha adecuada interpretación do contido da LCSP co fin de determinar se as axencias estatais poden ter a consideración de poder adxudicador, de acordo cos criterios establecidos anteriormente respecto das entidades públicas empresariais. De non haber dúbidas respecto da finalidade das axencias de cubrir necesidades de interese xeral que non teñen carácter industrial ou mercantil, será preciso determinar caso por caso se se dá o cumprimento dalgún dos requisitos alternativos xa citados: que unha ou varias administracións ou poderes adxudicadores financien maioritariamente a súa actividade; que unha ou varias administracións ou poderes adxudicadores controlen a súa xestión; ou que unha ou varias administracións ou poderes adxudicadores nomeen máis da metade dos membros do órgano de administración, dirección ou vixilancia.

#### 4. Patrimonio.

Dispón o artigo 17 da LAE que as axencias estatais terán, para o cumprimento dos seus fins, un patrimonio propio, distinto do da Administración xeral do Estado, integrado polo conxunto de bens e dereitos de que sexan titulares.

A xestión e administración dos bens e dereitos propios, así como daqueles do patrimonio do Estado que se lles adscriban para o cumprimento dos seus fins, será exercida de acordo co sinalado nos seus estatutos, con suxeición, en todo caso, ao establecido para os organismos públicos na LPAP.

Os estatutos das axencias estatais poderán prever que os bens inmobles propios destas que deixen de ser necesarios para o cumprimento dos seus fins poidan ser alleados por elas, logo de comunicación ao Ministerio de Economía e Facenda.

## 5. Persoal.

O persoal ao servizo das axencias estatais (art. 18) está constituído por:

a) O persoal que estea ocupando postos de traballo en servizos que se integren na axencia estatal no momento da súa constitución e o persoal que se incorpore á axencia estatal desde calquera Administración pública polos correspondentes procedementos de provisión de postos de traballo previstos nesta lei. Este persoal mantén a condición de persoal funcionario, estatutario ou laboral de orixe, de acordo coa lexislación aplicable.

b) O persoal seleccionado pola axencia estatal, que se rexe pola normativa laboral. A selección realízase mediante convocatoria pública e de acordo cos principios de igualdade, mérito e capacidade, así como de acceso ao emprego público das persoas con discapacidade (art. 19).

c) O persoal directivo (art. 23), que ocupa os postos de traballo determinados como tales no estatuto en atención á especial responsabilidade, competencia técnica e relevancia das tarefas a eles asignadas. Este persoal é nomeado e destituído polo seu consello reitor por proposta dos seus órganos executivos, atendendo a criterios de competencia profesional e experiencia entre titulados superiores preferentemente funcionarios, e mediante procedemento que garanta o mérito, a capacidade e a publicidade. Sen prexuízo do anterior, o estatuto das axencias estatais pode prever postos directivos de máxima responsabilidade que se cubrirán, en réxime laboral, mediante contratos de alta dirección.

O persoal directivo está suxeito, no desenvolvemento dos seus cometidos, a avaliación conforme os criterios de eficacia, eficiencia e cumprimento da legalidade, responsabilidade pola súa xestión e control de resultados en relación cos obxectivos que lle fosen fixados. Percibe unha parte da súa

retribución como incentivo de rendemento, mediante o complemento correspondente que valore a produtividade, de acordo cos criterios e porcentaxes que estableza o consello reitor, por proposta dos órganos directivos da axencia estatal.

## 6. Recursos económico-financeiros.

As axencias estatais fináncianse cos seguintes recursos (art. 24):

- a) As transferencias consignadas nos orzamentos xerais do Estado.
- b) Os ingresos propios que perciba como contraprestación polas actividades que poida realizar, en virtude de contratos, convenios ou disposición legal, para outras entidades públicas, privadas ou persoas físicas.
- c) O alleamento dos bens e valores que constitúan o seu patrimonio.
- d) O rendemento procedente dos seus bens e valores.
- e) As achegas voluntarias, doazóns, herdanzas e legados e outras achegas a título gratuito de entidades privadas e de particulares.
- f) Os ingresos recibidos de persoas físicas ou 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 lles puidese ser atribuído.

Naqueles supostos expresamente previstos nos estatutos, e só na medida

en que teñan capacidade para xerar recursos propios suficientes, as axencias poderanse financiar con cargo aos créditos previstos no capítulo VIII dos orzamentos xerais do Estado adxudicados de acordo con procedementos de pública concorrência e destinados a financiar proxectos de investigación e desenvolvemento. A Lei de orzamentos xerais do Estado de cada exercicio establecerá os límites deste financiamento.

Por expresa disposición da LAE (art. 25), o recurso ao endebedamento está prohibido ás axencias estatais, salvo que por lei se dispoña o contrario. Non obstante, e co obxecto de atender desfases temporais de tesouraría, as axencias estatais poden recorrer á contratación de pólizas de crédito ou préstamo, sempre que o saldo vivo non supere o 5 % do seu orzamento.

## 7. Xestión económico-financeira.

O consello reitor elaborará e aprobará o anteproxecto de orzamento da axencia, que será remitido ao ministerio de adscrición para o seu exame e posterior traslado ao Ministerio de Economía e Facenda. Unha vez analizado por este último departamento ministerial, o anteproxecto incorpórase ao de orzamentos xerais do Estado para a súa aprobación polo Consello de Ministros e remisión ás Cortes Xerais, consolidándose co das restantes entidades que integran o sector público estatal (art. 26).

A execución do orzamento das axencias estatais correspóndelles aos seus órganos executivos, que elaboran e remiten a unha comisión de control, mensualmente, un estado de execución orzamentaria.

As contas anuais das axencias estatais formúlaas o seu director no prazo de tres meses desde o peche do exercicio económico. Unha vez auditadas as ditas contas pola Intervención Xeral da Administración do Estado son sometidas ao consello reitor, para a súa aprobación antes do 30 de xuño do ano seguinte ao cal se refiran. Unha vez aprobadas polo consello reitor, as

contas remitiranse, a través da Intervención Xeral da Administración do Estado, ao Tribunal de Contas para a súa fiscalización (art. 30).

O control externo da xestión económico-financeira das axencias estatais correspóndelle ao Tribunal de Contas de acordo coa súa normativa específica. O control interno da xestión económico-financeira das axencias estatais correspóndelle á Intervención Xeral da Administración do Estado, e realizarase baixo as modalidades de control financeiro permanente e de auditoría pública, nas condicións e nos termos establecidos na Lei xeral orzamentaria. O control financeiro permanente realizarano as intervencións delegadas nas axencias estatais, baixo a dependencia funcional da Intervención Xeral da Administración do Estado.

Ademais, as axencias estatais estarán sometidas a un control de eficacia que será exercido, a través do seguimento do contrato de xestión, polos ministerios de adscrición. O dito control ten por finalidade comprobar o grao de cumprimento dos obxectivos e a adecuada utilización dos recursos asignados (art. 31).

## 8. Impugnación dos seus actos.

A LAE límitase a establecer que os actos do consello reitor e do director da axencia poñen fin á vía administrativa. Contra eles cabe recurso contencioso-administrativo perante o xulgado central do contencioso-administrativo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, 1ª ed., 2009.

AA.VV., *Tratado del Sector Público Estatal*, 1ª ed., La Ley, 2010.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *Fundamentos de Derecho Público*, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, 5ª ed., 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volume II, 1999 (sucesivas ediciones).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Dereito Administrativo**  
**Universidade da Coruña**



# **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.**

# **13. AS SOCIEDADES MERCANTÍS ESTATAIS. AS FUNDACIÓNS DO SECTOR PÚBLICO ESTATAL. 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. AS CORPORACIÓNS DE DEREITO PÚBLICO. OS COLEXIOS PROFESIONAIS E AS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA E NAVEGACIÓN: REGULACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL**

### **1.-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”. Maniféstase así a posibilidade do Estado de intervir como un axente económico ou como empresario no ámbito socio-económico. Nesta liña, a STS de 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 algún directo, nin indirecto, ás mesmas regras de libre competencia que rexen o mercado. Desde este punto de vista, estamos ante entidades dotadas de personalidade xurídica rexidas polo dereito privado incardinadas no sector público.

O artigo 2º da Lei 47/2003 de 26 de novembro Xeral Orzamentaria especifica que o sector público estatal está integrado por:

- a. A Administración Xeral do Estado.



- b. Os organismos autónomos dependentes da Administración Xeral do Estado.
- c. As entidades públicas empresariais, dependentes da Administración Xeral do Estado, ou de calquera outro organismo público vinculado a ela ou dependente dela.
- d. As entidades xestoras, servizos comúns e as mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social na súa función pública de colaboración na xestión da Seguridade Social, así como os seus centros e entidades mancomunados.
- e. As sociedades mercantís estatais, definidas na Lei de Patrimonio das Administracións Públicas.
- f. As fundacións do sector público estatal, definidas na Lei de Fundacións.
- g. As entidades estatais de dereito público distintas ás mencionadas nos parágrafos b e c deste apartado.
- h. Os consorcios dotados de personalidade xurídica propia aos que se refiren os artigos 6.5 da Lei 30/1992 e 87 da LBRL cando un ou varios dos suxeitos enumerados neste artigo acheguen maioritariamente aos mesmos diñeiro, bens ou industria, ou se comprometese, no momento da súa constitución, a financiar maioritariamente o devandito ente, e sempre que os seus actos estean suxeitos directa ou indirectamente ao poder de decisión dun órgano do Estado.

Conforme ao artigo 3º de devandita lei, as sociedades mercantís estatais intégranse no sector público empresarial e son identificadas no artigo 166,1.c) da Lei 33/2003 de 3 de novembro do Patrimonio das Administracións Públicas (LPAP) como “aquelas nas que a participación, directa ou indirecta, no seu capital social das entidades que integran o sector público (estatal, autonómico ou local), sexa superior ao 50 por cen”. Ademais refírese a lei tamén, artigo 166.2, a estas entidades: “As sociedades mercantís estatais, con forma de sociedade anónima, cuxo capital sexa na súa totalidade de titularidade, directa ou indirecta, da Administración Xeral do Estado ou dos seus organismos públicos, rexeranse polo presente título e polo ordenamento xurídico privado, salvo nas materias en que lles sexa de aplicación a normativa orzamentaria, contable, de control financeiro e de contratación”. Conforme ao artigo 167.2 da LPAP, as sociedades mercantís estatais axustarán a xestión do seu patrimonio ao dereito privado sen prexuízo das disposicións desta lei que lles resulten expresamente de aplicación.

O Capítulo II do Título VII da Lei 33/ 2003 regula as disposicións especiais para as sociedades mercantís estatais ás que se refire o artigo 166.2, é dicir, ás que adopten a forma de sociedades anónimas e sexan na súa totalidade de titularidade estatal.

En primeiro lugar, o Consello de Ministros ao autorizar a constitución dunha destas sociedades pode atribuírlle a un Ministerio con competencias na materia que constitúe o obxecto social da sociedade, a tutela funcional da mesma. Non existindo tal atribución a tutela corresponderalle ao Ministerio de Facenda.

Conforme ao artigo 177 da LPAP o ministerio de tutela exercerá o control funcional e de eficacia desas sociedades estatais sendo o responsable de dar conta das súas actuacións ás Cortes Xerais, todo iso sen prexuízo das competencias da Intervención Xeral do Estado. En casos excepcionais di o artigo 178 que o Ministro que exerce a tutela poderá dar instrucións ás sociedades do artigo 166.2 para a realización de actividades de interese público. O Ministro ao que lle corresponde a tutela da sociedade proponlle ao Ministro de Facenda o nomeamento dos administradores, artigo 180, e propón ao Consello de Administración o de presidente do consello de administración e o de conselleiro delegado, artigo 181.

Finalmente hai que mencionar a disposición adicional duodécima da LOFAGE que establece sobre as sociedades mercantís estatais o seguinte:

“1. As sociedades mercantís estatais rexeranse integramente, calquera que sexa a súa forma xurídica, polo ordenamento xurídico privado, salvo nas materias en que lles sexan de aplicación a normativa orzamentaria, contable, patrimonial, de control financeiro e contratación. En ningún caso poderán dispoñer de facultades que impliquen o exercicio de autoridade pública.

2. As sociedades mercantís estatais, con forma de sociedade anónima, cuxo capital sexa na súa totalidade de titularidade, directa ou indirecta, da Administración Xeral do Estado ou dos seus Organismos públicos, rexeranse polo título VII da Lei do Patrimonio das Administracións Públicas e polo ordenamento xurídico privado, salvo nas materias en que lles sexan de aplicación a normativa orzamentaria, contable, de control financeiro e de contratación.

3. A Corporación de Radio e Televisión Española, como sociedade anónima estatal dotada de especial autonomía respecto da Administración Xeral do Estado, rexerase en primeiro lugar pola súa Lei reguladora e os seus estatutos sociais; en segundo lugar pola súa lexislación sectorial e polas normas reguladoras das sociedades mercantís estatais no que lle sexan de aplicación, e, en defecto da anterior normativa, polo ordenamento privado.”

## **2.-AS FUNDACIÓNS DO SECTOR PÚBLICO ESTATAL**

O artigo 34 da CE recolle o dereito de fundación. No fundamento xurídico 4 da súa sentenza 341/2005 o TC expresa o que segue sobre o concepto de fundación nos termos seguintes: “Naquela resolución (a STC 49/1988) sinalamos que o art. 34 CE “se refire sen dúbida ao concepto de fundación admitido de forma xeneralizada entre os xuristas e que considera a fundación como a persoa xurídica constituída por unha masa de bens vinculados polo fundador ou fundadores a un fin de interese xeral. A fundación nace, xa que logo, dun acto de disposición de bens que realiza o fundador, quen os vincula a un fin por el determinado e establece as regras polas que han de administrarse, ao obxecto de que sirvan para cumprir os fins desexados de xeito permanente ou, polo menos, duradeiro. Tanto a manifestación de vontade como a organización han de cumprir os

requisitos que marquen as leis, as cales prevén, ademais, un tipo de acción administrativa (o protectorado) para asegurar o cumprimento dos fins da fundación e a recta administración dos bens que a forman. ... como afirmación xeral, poucas dúbidas pode haber de que ese é o concepto de fundación a que se refire o art. 34 da Constitución. Obsérvase tamén que o recoñecemento do dereito de fundación figura no Texto constitucional inmediatamente despois do artigo que recolle o dereito á propiedade e á herdanza (art. 33). Iso permite entender que aquel dereito é unha manifestación máis da autonomía da vontade respecto dos bens, por cuxa virtude unha persoa pode dispoñer do seu patrimonio libremente, dentro dos límites e coas condicións legalmente establecidas, mesmo creando unha persoa xurídica para asegurar os fins desexados" (FJ 5). Esta caracterización, na que resulta esencial o interese público ou social que debe estar presente en todo ente fundacional, maniféstase reiteradamente nos pronunciamentos deste Tribunal, ben sexa para considerar insuficiente a cualificación das caixas de aforro como fundacións (SSTC 18/1984, de 7 de febreiro, FJ 4, e 49/1988, de 22 de marzo, FJ 6), ben para explicar por que non resultaba irrazoable nin desproporcionado o requisito, establecido na Instrución de 14 de marzo de 1899, de que as fundacións obtivesen autorización do Protectorado para o exercicio de accións xudiciais (STC 164/1990, de 29 de outubro, FJ 3), ben, en fin, para entender que non se advirte conculcación algunha do dereito á igualdade na Lei 1/1996, de 10 de xaneiro, de asistencia xurídica gratuíta, cando recoñece este dereito unicamente ás persoas xurídicas de interese "xeral", que "cando se trata de entidades de tipo fundacional (universitas bonorum) relaciona coas fundacións que sexan inscritas no Rexistro administrativo correspondente" (STC 117/1998, de 2 de xuño, FJ 4). Da característica básica que supón o que as fundacións teñan un fin de interese xeral dérivase a esixencia da intervención administrativa. Como dixemos na nosa STC 164/1990, de 29 de outubro, as competencias dos poderes públicos na materia atopan a súa razón de ser evidente "na necesidade de prover á Administración dos instrumentos necesarios para asegurar que as fundacións non se desvían

dos fins de interese público que segundo o Código civil (art. 35.1) lle son propios" (FJ 3); función que, aínda na mesma orde de consideracións, habería que completar coa máis xenérica de evitar a existencia de fundacións ilegais polos seus fins ou polos medios que utilicen (art. 34.2 CE, en relación co art. 22.2 CE). Doutra banda, como se sinalou, o art. 34.1 CE empraza ao lexislador para que complete a configuración do "dereito de fundación para fins de interese xeral". Pois ben, unha análise harmónica do bloque de constitucionalidade anteriormente descrito pon de manifesto que tal chamamento se dirixe tanto ao lexislador estatal como aos lexisladores autonómicos. Así, será o lexislador autonómico o habilitado para exercer a ampla liberdade de configuración que o texto constitucional lle confire cando se trate de fundacións que realicen a súa actividade principalmente no territorio da Comunidade Autónoma, mentres que o será o estatal nos supostos non cubertos polas aludidas previsións estatutarias. En todo caso, ao establecer o réxime xurídico deses entes fundacionais é evidente que a regulación autonómica deberá respectar as competencias do Estado nas materias de lexislación civil e procesal (art. 149.1.8 e 6 CE, respectivamente), sen esquecer que o art. 149.1.1 CE lle atribúe ao Estado a competencia exclusiva para establecer "as condicións básicas que garantan a igualdade de todos os españois no exercicio dos dereitos constitucionais", competencia que habilita ao Estado para ditar normas que permitan gozar en condicións de igualdade do dereito de fundación."

Feita esta introdución sobre o concepto de fundación, vexamos agora as previsións que sobre as fundacións do sector público estatal contén a Lei 50/2002 de 26 de decembro de Fundacións. A Lei regula no seu capítulo XI as fundacións do sector público estatal que son, segundo o artigo 44, as que se constitúan cunha contribución maioritaria, directa ou indirecta, da Administración Xeral do Estado, os seus organismos públicos ou demais entidades do sector público estatal, e aquelas cuxo patrimonio fundacional,



cun carácter de permanencia, estea formado en máis dun 50 % por bens ou dereitos achegados ou cedidos polas referidas entidades.

De acordo co artigo 45 da citada lei, modificado no seu primeiro apartado pola disposición final segunda da Lei 47/2003, de 26 de novembro, Xeral Orzamentaria, o Consello de Ministros é o órgano que debe autorizar a constitución, transformación, fusión e extinción das fundacións do sector público estatal, así como os actos e negocios que impliquen a perda dese carácter ou a adquisición do mesmo a fundacións preexistentes, asegurándose en todo caso, a designación polas entidades do sector público estatal da maioría dos membros do padroado. No expediente de autorización deberá incluírse unha memoria, que haberá de ser informada polo Ministerio de Administracións Públicas, na que, entre outros aspectos, se xustifiquen suficientemente as razóns ou motivos polos que se considera que existirá unha mellor consecución dos fins de interese xeral perseguidos a través dunha fundación que mediante outras formas xurídicas, públicas ou privadas, sexan contempladas na normativa vixente. Tamén deberá presentarse unha memoria económica, que haberá de ser informada polo Ministerio de Facenda. No caso de creación de fundacións, na memoria xustificarase a suficiencia da dotación inicialmente prevista para o comezo da súa actividade e, no seu caso, dos compromisos futuros para garantir a súa continuidade.

O réxime xurídico das fundacións do sector público estatal queda suxeito ás seguintes limitacións establecidas no artigo 46 da Lei 50/2002:

“1. As fundacións do sector público estarán suxeitas ás seguintes limitacións:

a. Non poderán exercer potestades públicas.

b. Unicamente poderán realizar actividades relacionadas co ámbito competencial das entidades do sector público estatal fundadoras, debendo

coadxuvar á consecución dos fins das mesmas, sen que iso supoña a asunción das súas competencias propias, salvo previsión legal expresa.

2. O Protectorado destas fundacións exercerase, con independencia do ámbito territorial de actuación das mesmas, pola Administración Xeral do Estado.

3. En materia de orzamentos, contabilidade e auditoría de contas, estas fundacións rexeranse polas disposicións que lles sexan aplicables da Lei 47/2003, de 26 de novembro, Xeral Orzamentaria.

En todo caso, a realización da auditoría externa das fundacións do sector público estatal nas que concorran as circunstancias previstas no artigo 25.5 da presente Lei, corresponderá á Intervención Xeral da Administración do Estado.

4. A selección do persoal deberá realizarse con suxeición aos principios de igualdade, mérito, capacidade e publicidade da correspondente convocatoria.

5. Así mesmo, a súa contratación axustarase aos principios de publicidade, concorrência e obxectividade, salvo que a natureza da operación a realizar sexa incompatible con estes principios.

6. Cando a actividade exclusiva ou principal da fundación sexa a disposición de fondos en forma de diñeiro, sen contraprestación directa dos beneficiarios, para a execución de actuacións ou proxectos específicos, dita actividade axustarase aos principios de publicidade, concorrência e obxectividade, sempre que tales recursos proveñan do sector público estatal.

7. Nos aspectos non regulados especificamente neste capítulo, as fundacións do sector público estatal rexeranse, con carácter xeral, polo disposto na presente Lei.”

### **3.- AS CORPORACIÓNS DE DEREITO PÚBLICO**

O TC na STC 76/83 (caso LOAPA) referiuse por primeira vez ás Corporacións de Dereito público que integran a chamada Administración corporativa e que, como se sabe, presentan unha heteroxeneidade notable. Máis tarde ocupouse en particular das Cámaras e dos Colexios Profesionais. Do devandito no conxunto desa xurisprudencia pódese extraer a caracterización fundamental desas Corporacións e, xa que logo, desa Administración, implicitamente aludida no artigo 52 CE..

Trátase de Entidades privadas, sociais e non estatais (chámaas así nalgunha ocasión o TC), 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, Corporacións de Dereito público, cuxa constitución obrigatoria se impón polo poder público, a diferenza do que ocorre coa creación das asociacións nadas ao amparo do artigo 22 CE e da O 1/2002 de 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, sométeselles á tutela administrativa destas últimas e recoñéceselles a posibilidade de que ostenten 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, han de entenderse suxeitas ás bases que con respecto a ditas Corporacións

dite o Estado no exercicio das competencias que lle recoñece o art. 149.1.18.<sup>a</sup> da Constitución.

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 funcionamentos deberán ser democráticos (art. 52), como ocorre con outras asociacións, Colexios Profesionais, art. 36; partidos, art.6, organizacións empresariais e sindicatos, art. 7. Teñen as súas propias normas e teñen autonomía financeira.

A Administración corporativa integra a 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.

## **4.-OS COLEXIOS PROFESIONAIS E AS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA E NAVEGACIÓN: REGULACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL**

### **4.1 Os Colexios Profesionais**

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 TC ocupouse en distintas sentenzas dos Colexios Profesionais. Desde o punto de vista constitucional a cuestión máis relevante sobre os Colexios é a que 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 TC (SSTC 88/1989; 5/1996; 76/2003 e ATC 5/1996, entre outras) veu 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 son Corporacións de carácter público ou persoas xurídicas públicas, porque cumpren fins máis amplos que os puramente privados da defensa de intereses. Os Colexios agrupan a 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 garantedora 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. Iso é o que explica que o TC entenda que a CE nin impón nin exclúe a obrigatoriedade da colexiación, senón que remite ao lexislador a decisión. E iso, por non tratarse dunha asociación privada sometida como outras ao artigo 22 CE. A CE límitase a impoñerlle ao lexislador que regule os Colexios, a obrigaón de que a estrutura interna e o funcionamento dos Colexios deben ser democráticos.

Veremos, a continuación os contidos máis relevantes da normativa sobre Colexios contida na Lei 2/1974 de 13 de febreiro, varias veces

modificada e a recente Lei 25/2009 de 22 de decembro de modificación de diversas leis para a súa adaptación á Lei sobre libre acceso ás actividades de servizo (Lei Omnibus), cuxo artigo 5 modificou aspectos substanciais da normativa anterior.

A Lei 27/ 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, tralas modificacións introducidas pola Lei Omnibus no seu artigo 5 son, esencialmente, a ordenación do exercicio das profesións, a representación institucional exclusiva das mesmas cando estean suxeitas á colexiación obrigatoria, á defensa dos intereses profesionais dos colexiados e á 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 funcional.

Polo que se refire á colexiación, a Lei Omnibus modifica a Lei 27/1974 deixando establecido o esencial da súa regulación nos seguintes termos:

1. Quen ostente 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 encontrarse incorporado ao Colexio Profesional correspondente cando así o estableza unha Lei estatal.
3. Cando unha profesión se organice por colexios territoriais, bastará 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.

As funcións dos Colexios quedan así establecidas:

Correspóndelles aos Colexios Profesionais o exercicio das seguintes funcións, no seu ámbito territorial:

1 a) Cantas funcións redunden en beneficio da protección dos intereses dos consumidores e usuarios dos servizos dos seus colexiados.

2 b) Exercer cantas funcións lles sexan encomendadas pola Administración e colaborar con esta mediante a realización de estudos, emisión de informes, elaboración de estatísticas e outras actividades relacionadas cos seus fins que poidan serlles solicitadas ou acorden formular por propia iniciativa.

3 c) Ostentar a representación que establezan as leis para o cumprimento dos seus fins.

4 d) Participar nos Consellos ou Organismos consultivos da Administración na materia de competencia de cada unha das profesións.

5 e) Estar representados nos Padroados Universitarios.

6 f) Participar na elaboración dos plans de estudo e informar as normas de organización dos Centros docentes correspondentes ás profesións respectivas e manter permanente contacto cos mesmos e preparar a información necesaria para facilitar o acceso á vida profesional dos novos profesionais.

7 g) Ostentar no seu ámbito a representación e defensa da profesión ante a Administración, Institucións, Tribunais, Entidades e particulares, con lexitimación para ser parte en cantos litixios afecten aos

intereses profesionais e exercer o dereito de petición, conforme á Lei, sen prexuízo dos disposto no apartado 3 do artigo 1 desta Lei.

8 h) Facilitar aos Tribunais, conforme ás leis, a relación de colexiados que puidesen ser requiridos para intervir como peritos nos asuntos xudiciais, ou sinalalos por si mesmos, segundo proceda.

i) Ordenar, no ámbito da súa competencia, a actividade profesional dos colexiados, velando pola ética e dignidade profesional e polo respecto debido aos dereitos dos particulares e exercer a facultade disciplinaria na orde profesional e colexial.

1 j) Organizar actividades e servizos comúns de interese para os colexiados, de carácter profesional, formativo, cultural, asistencial e de previsión e outros análogos, provendo ao sostemento económico mediante os medios necesarios.

2 k) Procurar a harmonía e colaboración entre os colexiados, impedindo a competencia desleal entre os mesmos.

3 l) Adoptar as medidas conducentes a evitar o intrusismo profesional.

4 m) Intervir, en vía de conciliación ou arbitraje, nas cuestións que, por motivos profesionais, se susciten entre os colexiados.

5 n) Resolver por laudo, a instancia das partes interesadas, as discrepancias que poidan xurdir sobre o cumprimento das obrigacións dimanantes dos traballos realizados polos colexiados no exercicio da profesión.

o) Informar nos procedementos xudiciais ou administrativos en que se discutan honorarios profesionais.



1 p) Encargarse do cobro das percepcións, remuneracións ou honorarios profesionais cando o Colexiado o solicite libre e expresamente, nos casos en que o Colexio teña creados os servizos adecuados e nas condicións que se determinen nos Estatutos de cada Colexio.

2 q) Visar os traballos profesionais dos Colexiados, cando así se estableza expresamente nos Estatutos xerais. O visado non comprenderá os honorarios nin as demais condicións contractuais cuxa determinación se deixa ao libre acordo das partes. (

3 r) Organizar, no seu caso, cursos para a formación profesional dos posgraduados.

4 s) Facilitar a solución dos problemas de vivenda aos Colexiados, a cuxo efecto, participarán nos Padroados oficiais que para cada profesión cre o Ministerio da Vivenda.

5 t) Cumprir e facer cumprir aos Colexiados as Leis xerais e especiais e os Estatutos profesionais e Regulamentos de Réxime Interior, así como as normas e decisións adoptadas polos Órganos Colexiais, en materia da súa competencia.

o) Atender as solicitudes de información sobre os seus Colexiados e sobre as sancións firmes a eles impostas, así como as peticións de inspección ou investigación que lles formule calquera autoridade competente dun Estado membro da Unión Europea.

x) Cantas outras funcións redunden en beneficio dos intereses profesionais dos Colexiados.

En materia de atención aos cidadáns e aos Colexiados, o artigo 10 da lei de Colexios xa modificada pola lei 25/2009 introduce o principio de portelo único e o artigo 12, a obrigaón de establecer novas canles de comunicación e de recepción de queixas e suxestións:

## Artigo 10. Portelo único

1. As organizacións colexiais dispoñerán dunha páxina web para que, a través do portelo único previsto na Lei 17/2009, de 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, os profesionais poidan realizar todos os trámites necesarios para a colexiación, o seu exercicio e a súa baixa no Colexio, a través dun único punto, por vía electrónica e a distancia. Concretamente, as organizacións colexiais farán o necesario para que, a través deste portelo único, os profesionais poidan de forma gratuíta:

a) Obter toda a información e formularios necesarios para o acceso á actividade profesional e o seu exercicio.

b) Presentar toda a documentación e solicitudes necesarias, incluíndo a da colexiación.

c) Coñecer o estado de tramitación dos procedementos nos que teña consideración de interesado e recibir a correspondente notificación dos actos de trámite preceptivos e a resolución dos mesmos polo Colexio, incluída a notificación dos expedientes disciplinarios cando non fose posible por outros medios.

d) Convocar aos colexiados ás Xuntas Xerais Ordinarias e Extraordinarias e poñer no seu coñecemento a actividade pública e privada do Colexio Profesional.

2. A través do referido portelo único, para a mellor defensa dos dereitos dos consumidores e usuarios, as organizacións colexiais ofrecerán a seguinte información, que deberá ser clara, inequívoca e gratuíta:

a) O acceso ao Rexistro de colexiados, que estará permanentemente actualizado e no que constarán, polo menos, os seguintes datos: nome e apelidos dos profesionais colexiados, número



de colexiación, títulos oficiais dos que estean en posesión, domicilio profesional e situación de habilitación profesional.

b) O acceso ao rexistro de sociedades profesionais, que terá o contido descrito no artigo 8 da Lei 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionais.

c) As vías de reclamación e os recursos que poderán interpoñerse en caso de conflito entre o consumidor ou usuario e un colexiado ou o colexio profesional.

d) Os datos das asociacións ou organizacións de consumidores e usuarios ás que os destinatarios dos servizos profesionais poden dirixirse para obter asistencia.

e) O contido dos códigos deontolóxicos.

3. As corporacións colexiais deberán adoptar as medidas necesarias para o cumprimento do previsto neste artigo e incorporar para iso as tecnoloxías precisas e crear e manter as plataformas tecnolóxicas que garantan a interoperabilidade entre os distintos sistemas e a accesibilidade das persoas con discapacidade. Para isto, os colexios profesionais e, se procede, os Consellos Xerais e autonómicos poderán poñer en marcha os mecanismos de coordinación e colaboración necesarios, inclusive coas corporacións doutras profesións.

4. Os Colexios profesionais de ámbito territorial facilitaranlles aos Consellos Xerais ou Superiores, e se procede aos Consellos Autonómicos de Colexios, a información concernente ás altas, baixas e calquera outra modificación que afecte aos Rexistros de colexiados e de sociedades profesionais, para o seu coñecemento e anotación nos Rexistros centrais de colexiados e de sociedades profesionais daqueles.

Artigo 12. Servizo de atención aos Colexiados e aos consumidores ou usuarios.

1. Os Colexios Profesionais deberán atender as queixas ou reclamacións presentadas polos Colexiados.

2. Así mesmo, os Colexios Profesionais dispoñerán dun servizo de atención aos consumidores ou usuarios, que necesariamente tramitará e resolverá cantas queixas e reclamacións referidas á actividade Colexial ou profesional dos Colexiados se presenten por parte de calquera consumidor ou usuario que contrate os servizos profesionais, así como por asociacións e organizacións de consumidores e usuarios na súa representación ou en defensa dos seus intereses.

3. Os Colexios Profesionais, a través deste servizo de atención aos consumidores ou usuarios, resolverán sobre a queixa ou reclamación segundo proceda: ben informando sobre o sistema extraxudicial de resolución de conflitos, ben remitindo o expediente aos órganos Colexiais competentes para instruír os oportunos expedientes informativos ou disciplinarios, ben arquivando ou ben adoptando calquera outra decisión conforme a dereito.

4. A regulación deste servizo deberá prever a presentación de queixas e reclamacións por vía electrónica e a distancia.»

Engádese, constituíndo unha importante novidade, a prohibición de establecemento de honorarios polos Colexios profesionais.

«Artigo 14. Prohibición de recomendacións sobre honorarios.

Os Colexios Profesionais e as súas organizacións Colexiais non poderán establecer baremos orientativos nin calquera outra orientación, recomendación, directriz, norma ou regra sobre honorarios profesionais, salvo o establecido na Disposición adicional cuarta.», que di: “Os Colexios poderán elaborar criterios orientativos aos exclusivos efectos da taxación de costas e de xúraa de contas dos avogados. Ditos criterios serán

igualmente válidos para o cálculo de honorarios e dereitos que corresponden aos efectos de taxación de costas en asistencia xurídica gratuíta.”

## **4.2 Cámaras de comercio, industria e navegación**

A CE non menciona explicitamente ás Cámaras de Comercio, Industria e Navegación como fai cos Colexios Profesionais, pero han de 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 Lei 3/1993 de 22 de marzo, Básica das Cámaras Oficiais de Comercio, Industria e Navegación proporciónanos na súa exposición de motivos algúns datos de interese sobre a orixe e regulación destas organizacións profesionais. As Cámaras Oficiais de Comercio, Industria e Navegación foron creadas polo Real Decreto de 9 de abril de 1886, ao recoñecer como tales ás asociacións voluntarias de comerciantes, industriais e navieiros. Máis tarde, o Real Decreto de 21 de xuño de 1901 conferiulles o carácter de establecementos públicos e, para rematar, a Lei de Bases de 1911 estableceu o modelo continental de adscrición forzosa, pago obrigatorio de cotas e confirmou e ampliou as funcións públicas que tiñan atribuídas.

O dilatado período de tempo transcorrido desde a promulgación da Lei de Bases de 1911 e as grandes transformacións habidas, desde entón, nos ámbitos político, social e económico da Nación fixeron necesario un novo texto legal que substitúa a referida Lei de Bases e contemple, desde o punto de vista das cámaras, a existencia dun Estado das Autonomías, o

desenvolvemento e complexidade actuais da industria, o comercio e a navegación, e a integración de España na Comunidade Económica Europea. En consecuencia, a nova Lei non modifica a personalidade xurídica das Cámaras Oficiais de Comercio, Industria e Navegación, que continuará inalterada baixo o ámbito de aplicación dunha nova norma. A nova Lei continúa a tradición lexislativa ao definir ás Cámaras Oficiais de Comercio, Industria e Navegación como Corporacións de dereito público, partindo da súa participación na natureza das Administracións Públicas, que foi posta de relevo polo Tribunal Constitucional. Ata aquí a exposición de motivos.

Convén recordar que o TC se ocupou das Cámaras en varias ocasións para resolver o importante asunto do carácter, obrigatorio ou non, da pertenza ás cámaras desde a perspectiva do dereito fundamental de libre asociación. O TC pronunciouse no sentido de que non existindo unha imposición expresa na Constitución correspóndelle ao lexislador decidir sobre a obrigatoriedade ou voluntariedade, sendo calquera das opcións constitucionalmente correcta. A última decisión do lexislador a favor da libre pertenza supuxo a reforma do artigo 6 da lei 3 /1993 levada a cabo polo artigo 4 do Real decreto Lei 13/2010 de 3 de decembro e pola disposición final cuadraxésima sétima da Lei 2/2011 de 4 de marzo de Economía sustentable.

O artigo 1º da Lei 3/1993 define ás Cámaras 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, engadindo que a súa estrutura e funcionamento deberán ser democráticos, como ocorre con todo tipo de asociacións.

No seu artigo 2 a Lei 3/1993 atribúe ás Cámaras as seguintes funcións de carácter público-administrativo:

- 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 normativos mercantís, así como as prácticas e usos dos negocios e emitir certificacións acerca da súa existencia.
- c. Propoñer ao Goberno, a través do Ministerio de Economía e Facenda, cantas reformas ou medidas crean necesarias ou convenientes para o fomento do comercio, a industria e a navegación.
- d. Ser órgano de asesoramento das Administracións Públicas, nos termos que as mesmas establezan, para o desenvolvemento do comercio, a industria e a navegación.
- e. Desenvolver actividades de apoio e estímulo ao comercio exterior, en especial á exportación, e auxiliar e fomentar a presenza dos produtos e servizos españois no exterior, mediante a elaboración e execución do Plan Cameral de Promoción das Exportacións que se aprobará periodicamente.
- f. Colaborar coas Administracións educativas competentes na xestión da formación práctica nos centros de traballo incluída nos ensinos de Formación Profesional regulada, en especial na selección e homologación de centros de traballo e empresas, no seu caso, na designación de titores dos alumnos e no control do cumprimento da programación.
- g. Tramitar os programas públicos de axudas ás empresas nos termos que se establezan en cada caso, así como xestionar servizos públicos relacionados coas mesmas cando a súa xestión lle corresponda á Administración do Estado.
- h. Levar un censo público de todas as empresas, así como dos seus establecementos, delegacións e axencias radicados na súa demarcación.
- i. Desempeñar funcións de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidade co establecido na lexislación vixente.

2. Tamén corresponderá ás Cámaras Oficiais de Comercio, Industria e Navegación o desenvolvemento das funcións público-administrativas que se enumeran a continuación, na forma e coa extensión que se determine, no seu caso, polas Comunidades Autónomas competentes por razón da materia:

- a. Elaborar estatísticas do comercio, a industria e a navegación e realizar as enquisas de avaliación e os estudos necesarios que permitan coñecer a situación dos distintos sectores.
- b. Promover e cooperar na organización de feiras e exposicións.
- c. Difundir e impartir formación non regulada referente á empresa.
- d. Colaborar nos programas de formación permanente establecidos polas empresas, por centros docentes públicos ou privados e, no seu caso, polas Administracións Públicas competentes.
- e. Crear e administrar lonxas de contratación e bolsas de subcontratación.
- f. Informar os proxectos de normas emanados das Comunidades Autónomas que afecten directamente aos intereses xerais do comercio, a industria ou a navegación, nos casos e co alcance que o ordenamento xurídico determine.
- g. Tramitar os programas públicos de axudas ás empresas nos termos que se establezan en cada caso, así como xestionar servizos públicos relacionados coas mesmas, cando a súa xestión lle corresponda á Administración autonómica.
- h. Colaborar coa Administración competente informando os estudos, traballos e accións que se realicen sobre a ordenación do territorio e localización industrial e comercial.

Dispón o artigo 5 da Lei 3/1993 que o ámbito territorial das Cámaras é, en principio provincial, unha polo menos por provincia, unha en Ceuta e



outra en Melilla, podendo existir outras con distinto ámbito territorial, así como un Consello de Cámaras autonómico.

En canto á súa organización o artigo 7 da citada norma establece que os órganos de Goberno das Cámaras Oficiais de Comercio, Industria e Navegación son o Pleno, o Comité Executivo e o Presidente. O Pleno é o órgano supremo de Goberno e representación da Cámara e estará composto por dous tipos de vogais cun mandato de catro anos. Un grupo de vogais en número non inferior a dez nin superior a sesenta son elixidos por sufraxio universal, libre, directo e segredo polos electores da cámara e outro será elixido polos membros do Pleno entre persoas de recoñecido prestixio na vida económica dentro da circunscrición de cada Cámara, propostas polas organizacións empresariais á vez intersectoriais e territoriais máis representativas. Para este fin, as citadas organizacións deberán propoñer unha lista de candidatos que supere nun terzo o número de vogalías a cubrir.

O Comité Executivo é o órgano permanente de xestión, administración e proposta da Cámara e estará formado polo Presidente, Vicepresidentes, o Tesoureiro e os membros do Pleno que se determinen. A Administración tutelante regulará o número de membros integrantes do Comité, podendo designar a un representante que deberá ser necesariamente convocado ás reunións do indicado órgano.

O Presidente, que será elixido polo Pleno na forma que determine o Regulamento de Réxime Interior, ostentará a representación da Cámara, a presidencia de todos os seus órganos colexiados e será responsable da execución dos seus acordos.

As Cámaras terán un Secretario Xeral con voz e sen voto, que velará pola legalidade dos acordos dos órganos de Goberno e cuxo nomeamento, previa convocatoria pública da vacante e cese corresponderán ao Pleno da Corporación por acordo motivado adoptado pola metade máis un dos seus

membros. Tamén será competencia do Pleno o nomeamento dos titulares dos demais cargos de alta dirección. Todo o persoal ao servizo das Cámaras quedará suxeito ao dereito laboral.

Cada Cámara terá o seu propio Regulamento de Réxime Interior, que será proposto polo Pleno Corporativo e aprobado pola Administración tutelante, a cal poderá tamén promover a súa modificación. Nel constará a estrutura do seu Pleno, o número e forma de elección dos membros do Comité Executivo e, en xeral, as normas de funcionamento dos seus órganos de Goberno, así como o réxime do persoal ao servizo da Cámara.

A Lei regula no seu capítulo IV, artigos 18 a 21, o Consello Superior de Cámaras, unha Corporación de Dereito público, con personalidade xurídica propia e plena capacidade de obrar para o cumprimento dos seus fins. Está integrado por representantes da totalidade das indicadas corporacións e é o organismo de representación, relación e coordinación das mesmas. Ten atribuídas as seguintes funcións

- a. Defender os intereses xerais do comercio, a industria e a navegación no ámbito estatal.
- b. Representar ao conxunto das Cámaras ante as diversas instancias estatais e internacionais.
- c. Coordinar e impulsar as accións que afecten ao conxunto das Cámaras españolas.
- d. Exercer no ámbito estatal as funcións a que se refiren os parágrafos a), b), g) e h) do apartado 1 do [artigo 2](#).
- e. Informar, co carácter e o alcance previstos na lexislación vixente, os Proxectos de Leis ou disposicións estatais de calquera rango que afecten directamente ao comercio, a industria e a navegación.



- f. Asesorar á Administración do Estado, nos termos que esta estableza, en temas referentes ao comercio, a industria e a navegación.
- g. Desempeñar as funcións administrativas que se lle encomenden, cando afecten ao conxunto do Estado.
- h. Coordinar as actuacións incluídas no Plan Cameral de Promoción das Exportacións que deban ser levadas a cabo polas propias Cámaras e executar as de interese xeral que se lle atribúan, así como elevar o Plan, para a súa aprobación, ao Ministerio de Economía e Facenda e controlar, na forma en que se determine polo devandito Departamento, a execución e desenvolvemento do Plan no seu conxunto.
- i. Desempeñar funcións de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidade co establecido na lexislación vixente.

En canto ao réxime económico das Cámaras cómpre recordar que, conforme á recente desaparición da obrigación de pertenza, só están obrigados ao pago da cota cameral aqueles que, exercendo as actividades que xustifican a existencia das cámaras, decidan libremente pertencer a unha delas.

Para terminar este epígrafe dedicado ás Cámaras, hai que referirse aos puntos máis relevantes do seu réxime xurídico regulado no capítulo V da Lei 3/1993, arts. 22 a 25.

1º.-Suxeitas a tutela. As Cámaras Oficiais de Comercio, Industria e Navegación están suxeitas no exercicio da súa actividade á tutela da Administración do Estado ou das respectivas Comunidades Autónomas, no caso de que estas asumisen estatutariamente as competencias correspondentes. En calquera caso, atribúeselle á Administración do Estado a tutela sobre as actividades das Cámaras relativas ao comercio exterior. A función de tutela comprende o exercicio das potestades administrativas de

aprobación, fiscalización, resolución de recursos, suspensión e disolución a que se refire a presente Lei. A función de tutela que lle corresponde ao Estado sobre as actividades das Cámaras relativas ao comercio exterior non implicará, por si soa, as potestades de suspensión e disolución antes sinaladas.

2º.-Sometidas a control xurisdiccional. As resolucións das Cámaras Oficiais de Comercio, Industria e Navegación e do seu Consello Superior ditadas en exercicio das súas competencias de natureza público-administrativa, así como as que afecten ao seu réxime electoral, serán recorribles ante a xurisdición contencioso-administrativa, previo recurso administrativo formulado ante a Administración tutelante. As actuacións das Cámaras noutros ámbitos e, singularmente, as de carácter laboral, dilucidaranse ante os Xulgados e Tribunais competentes.

3º.-Réxime orzamentario. As Cámaras Oficiais de Comercio, Industria e Navegación e o seu Consello Superior elaborarán e someterán os seus orzamentos ordinarios e extraordinarios de gastos e ingresos á aprobación da Administración tutelante, que fiscalizará as súas liquidacións e poderá establecer as instrucións necesarias para a elaboración dos orzamentos e das liquidacións tipo.

En todo caso, as liquidacións deberán presentarse acompañadas dun informe de auditoría de contas.

4º.-Suspensión e disolución. A Administración tutelante poderá suspender a actividade dos órganos de Goberno das Cámaras no caso de que se produzan transgresións do ordenamento xurídico vixente que, pola súa gravidade ou reiteración, fagan aconsellable esta medida, así como nos supostos de imposibilidade de funcionamento normal daqueles.

O acordo de suspensión determinará o seu prazo de duración, que non poderá exceder de tres meses, así como o órgano que terá ao seu cargo a xestión dos intereses da Cámara durante este período.

Se, transcorrido o prazo de suspensión, subsistisen as razóns que deron lugar á mesma, procederase, dentro do prazo dun mes, á disolución dos órganos de Goberno das Cámaras, así como á convocatoria de novas eleccións.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Fanlo Loras, A. *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales : la administración corporativa en la jurisprudencia constitucional* . Civitas [1ª ed.] Madrid, 1992

Fernández Rodríguez, T. R. “Cámaras de Comercio y “jacobinismo” constitucional: (nota sobre a sentenza constitucional do 16 de xuño de 1994)”, en *Civitas. Revista española de derecho administrativo* – nº 85, 1995)

Gálvez Montes, J. “Artículo 52” en *Comentarios a la Constitución* Civitas 3ª 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* / dirixidos por Óscar Alzaga Villaamil, Edersa e 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* – nº 90, 1996

Alli Turrillas, J.C. *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

**José Antonio Portero Molina**

# **14. A DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DO PODER DO ESTADO. OS DIVERSOS MODELOS EXISTENTES. O ESTADO DAS AUTONOMÍAS. A SÚA REGULACIÓN NA CONSTITUCIÓN DE 1978. 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 nítido que clarifique a relación entre dous ordenamentos é cando nos atopamos ante a existencia dun ordenamento xurídico cuxa validez é defendible por si mesmo e diferenciadamente de outros. 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 pode postularse como compartimento independente xa que aínda recoñecendo a súa diferenciación van a xurdir de forma necesaria procedementos de colaboración entre eles.

Os autores da teoría institucionalista do dereito suscitan distintas clases de ordenamentos no tocante 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 instituídas *motu proprio* e sen dependencia doutras institucións. Por outra banda, 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 de cualificar como subordinada. Finalmente existen categorías intermedias referidas a institucións públicas cuxo ordenamento xurídico pode ser tildado parcialmente de orixinario e de derivado, fórmulas de carácter complexo que non adoitan adaptarse 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 ubicación da institución maior presupón a existencia dos ordenamentos xurídicos das institucións menores. Exemplifícase esta situación cando se fala da comunidade xurídica creadas en Nacións Unidas xa que esta presupón a existencia dos distintos ordenamentos estatais que a compoñen.

O Tribunal Constitucional español no FJ 5º da Sentencia 32/1981, do 28 de xullo ten explicado no concreto contexto do noso ordenamento esta problemática da relación entre institucións xurídicas. En efecto, o Tribunal di que o termino Estado designa:

1. unhas veces a totalidade da organización xurídico política da nación española incluíndo as organizacións propias das nacionalidades e rexións que a integran e a de outros entes territoriais dotados dun grado inferior de autonomía.
2. noutras ocasións, e o Tribunal cita expresamente os art. 3.1, 149 e 150 da Constitución, por estado enténdese tan so o conxunto das institucións xerais ou centrais e os seus órganos periféricos desconcentrados. Neste segundo caso, estase a contraponer estas

institucións ás propias das Comunidades Autónomas e outros entes territoriais autónomos.

O Tribunal Constitucional remarca que a citada dicotomía podendo crear certos equívocos non debe facer esquecer nembargante o carácter da Constitución como norma suprema do Estado como totalidade e por iso que os seus principios obrigan igualmente a todos suxeitos que forman parte desa totalidade.

A doutrina constitucional adoita 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 xeito, 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 dirixirse dentro desa denominada “unión persoal”.

Máis relevancia 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. Lembrando a BODINO, observamos que as competencias adoitan exercerse 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. Fora deste *numerus clausus* as restantes atribucións dos estados seguen a exercitarse individualmente. Para perfilar mellor os caracteres da confederación hai que tomar conta de 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.

Dende o punto de vista do funcionamento, subliñase que a confederación exercita as súas competencias a través dun órgano colexiado, que adoita denominarse dieta, que está formado por representantes dos distintos estados que responden ás instrucións deste e que adoptan os seus acordos unanimente ou mediante maiorías moi reforzadas. Este réxime xurídico nos está a transmitir unha vez máis a idea de que as relacións entre os estados que forman a confederación están sometidos ao dereito internacional tradicional.

A relevancia práctica que dende 1951 ten en Europa a actual Unión Europea leva a que a creación entre diversos estados de aparatos institucionais e fontes do dereito específicos para acadar políticas públicas determinadas sexa unha das formas de integración estatal de maior actualidade. Deste xeito, podemos comprobar que estes fenómenos supraestatais son cada vez máis abondosos 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, daqueles outros descentralizados politicamente e que inclúen varias organizacións territoriais dotadas de poder político.

A figura unitaria pode conciliarse 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 termino Estado como sinalei anteriormente que así figura na doutrina do Tribunal Constitucional é equívoca 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 se ben 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 pode comprobarse 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 dende 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 ten posibilitado que varios países e pobos se integrasen nun espazo unificado política, institucional e economicamente, obtendo grazas a iso un marco de convivencia que non poderían disfrutar de xeito independente.

Por outra banda, o Estado federal supón de seu 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, existindo cando analizamos os ordenamentos dos Estados federais 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 os listados competencias do estado central (por exemplo, nos primeiros números do artigo 149 da Constitución Española).

Sen profundizar en debates teóricos si convén dar conta das principais explicacións que se ten dado 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 namentres que o Estado federado

se aproximaría máis a unha confederación coas notas distintivas explicadas supra.

Parte da doutrina alemana contradí estas ideas subliñando que o carácter soberano so é predicable da federación perdendo esta calidade os estados que se integran nela. Esta opción fala de que federación e entes federados son Estados máis pagando 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 ao 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 teñen sido subliñadas por algúns autores para desbotar a calificación de federal para o noso Estado autonómico.

PULIDO QUECEDO remarca de igual xeito esta realidade ao subliñar a xurisprudencia constitucional en relación coa cláusula de supletoriedade do artigo 149.3. Este autor a presenta 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 doado percibir que a concepción da cláusula de supletoriedade non é unha norma competencial senón nunha 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 banda, ao Estado como equiparado ao

aparato central ou administración central do mesmo, 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 a recoñecer unha sorte de condicionantes heterónomos xa que o cambio do Estatuto autonómico debe contar coa participación de institucións decisivas fora da Autonomía.

Deixando de lado estas consideracións procedimentais 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 teñen incorporado 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 antedito 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 exercitan os Parlamentos central e autonómicos.

## **O ESTADO DAS AUTONOMÍAS. A SUA REGULACIÓN NA CONSTITUCIÓN DE 1978.**

A pluralidade na existencia de realidades sociolóxicas diferenciadas en España é algo que resulta innegable. Aínda os autores que identifican o nacemento da realidade española temporalmente no remate do reinado dos Reis Católicos coinciden en afirmar que a consideración dos sistemas xurídicos e formas de goberno das organizacións políticas previas é un presuposto fundamental para comprender a unidade política que se estaba a crear.

Esta sensibilidade que entrou en crise co ditado por parte de Felipe V dos Decretos de Nueva 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 en torno a realidades máis ficticias como foron as provincias.

Ao principio 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 relevo que tiveron que ver esencialmente con aspectos referidos á financiación 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 ansías 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 resulta 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 xeito, aprobáronse os Estatutos de Cataluña, País Vasco e Galicia, se ben este último soamente mediante plebiscito popular.

A guerra civil trouxo consigo a derogación dos documentos políticos autonómicos de tal xeito que incluso algunhas especialidades forais foron derogadas nos territorios de Guipuzcoa e Vizcaya. Paralelamente se produciu unha persecución de calquera manifestación de identidade cultural ou lingüística que a Segunda República tivera admitida.

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 teñen sido criticados pero que non poden facer escurecer a validez do sistema no seu correcto funcionamento ao longo de todos estes anos. Desta maneira, adoitase criticar que a Constitución de 1978 non citase expresamente cales son as Comunidades que integran o mapa autonómico español. Esta crítica é facilmente superable se tomamos conta da importancia que tiña o recoñecemento do principio dispositivo no texto constitucional, para que calquera suxeito territorial que o desexara se

constituira, previo 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 competenciais de todas as Comunidades Autónomas sexan idénticos e ademais que todas elas deban constituírse no mesmo momento histórico. Deixando de lado que certas competencias so 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 dende 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 dun xeito moi respectuoso 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 una visión pesimista e negativa sobre case dous séculos de organización liberal do Estado e pretende dar unha alternativa de división territorial e distribución de poderes inspirada na situación do absolutismo oitocentista pre-liberal.

Feitas estas consideracións históricas hai que dicir que no contemporáneo Estado constitucional segundo BALAGUER CALLEJÓN é habitual recoñecer a existencia de tres tarefas primordiais como definitorias da función

fundadora ou fundacional do ordenamento a partir da adopción da Constitución como Norma superior e fundamental do mesmo:

- 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 REYES sinala que a actual forma territorial e a consecuencia dun longo e complexo proceso de construción.

De aí que, sen dúbida algunha, 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, incorpórase o 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 desenrols 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 en algúns 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 doado 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.

“...El artículo 149.1 de la Constitución utiliza para delimitar el ámbito reservado en exclusiva a la competencia estatal, diversas técnicas, cuya compleja tipología no es del caso analizar en detalle. Sobresale, sin embargo, la diferencia, que aquí sí es pertinente, entre la reserva de toda una materia (v. gr. Relaciones Internacionales, Defensa y Fuerzas Armadas, Administración de Justicia, Hacienda General y Deuda del Estado, etc.) y la reserva de potestades concretas (sea la legislación básica, o toda la legislación sobre determinadas materias). En el primer caso la reserva estatal impide, no ya que una Comunidad Autónoma pueda asumir competencias sobre la materia reservada, sino también que pueda orientar su autogobierno en razón de una política propia acerca de ella, aunque pueda participar en la determinación de tal política en virtud de la representación específica que las distintas Comunidades tienen en el Senado. Cuando, por el contrario, la reserva estatal es sólo de ciertas potestades, correspondiendo otras a las Comunidades Autónomas que deseen asumirlas, éstas, en el ejercicio de su autonomía, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política propia sobre esa materia, aunque en tal acción de gobierno no puedan hacer uso sino de aquellas competencias que específicamente le están atribuidas. Dentro de ellas está sin duda la necesaria para fijar la «organización, régimen y funcionamiento

de sus instituciones de autogobierno» (artículo 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) presentáronse 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 a articular 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”, arts. 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 cerrada. En todo caso trátase ao parecer de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA duns principios moi importantes e capaces de impoñer limitacións a 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 desenrols territoriais diversos, a súa renuncia a “pechar” no seu texto a articulación

territorial do Estado, instaurando, no senso contrario, unha pauta aberta que conduciría igualmente a un modelo relativamente aberto no que á Constitución territorial se refire) foi criticada ao principio por ambigua e inconcluínte. Desde 1978, data na que se aprobou a Constitución, a valoración que merece é positiva: funcionou; foi cimento para unha transformación sen precedentes, e se exportou, incluso, como un modelo a 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:

1. das distintas modalidades de acceso a un determinado réxime de autogoberno territorializado,
2. da correlativa arquitectura institucional (a organización de cada Comunidade Autónoma) e do correspondente listado competencial asumido (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 ten feito PULIDO QUECEDO, en concreto tendo en contas as seguintes afirmacións xurisprudenciais:

“...De ese modo, el Estado autonómico se asienta en el principio fundamental de que nuestra Constitución hace residir la soberanía nacional en el pueblo español (art. 1.2 da Constitución Española), de manera que aquélla, como señalamos en su momento, «no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones "históricas" anteriores» ( STC 76/1988, de 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 (art. 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 podería pensarse, senón máis ben “por exceso”, pola súa potencial versatilidade e flexibilidade fronte a uns desenrols que poden levarlle “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 artelladores do sistema no curso mesmo da súa construción, especialmente como ten lembrado FERNÁNDEZ FARRERES ao entender de conflitos competenciais 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 (arts. 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 da 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 ás mesmas. Pola súa parte, o artigo 147.3 CE prescribe, como se observou, que cada EA só 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” (art. 143) e outro o “extraordinario” polo seu especial nivel de dificultade (art. 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 lembra PULIDO QUECEDO o Tribunal Constitucional interpretou o alcance da iniciativa autonómica e do denominado principio dispositivo dende o momento das súas decisións iniciais.

“...Como consecuencia, y en virtud de las disposiciones constitucionales, el acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones se ha producido por vías diversas y se ha configurado en formas muy distintas de un caso a otro. Ello no obstante, y sin perjuicio del margen dejado a las peculiaridades y características de cada nacionalidad o región, la CE contiene una serie de preceptos y disposiciones referentes a la ordenación de este proceso de restructuración territorial del Estado, de los que se excluye el principio dispositivo, fijando normas a las que los entes autonómicos así creados deben atenerse. Estos preceptos se encuentran a lo largo de todo el texto constitucional, y se refieren a una multiplicidad de temas...” (Fundamento xurídico 2 da STC 16/1984, do 6 de febreiro).

Xunto ás previsións constitucionais estudadas ata aquí, deben aínda estudarse 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 previsión do artigo 144 e algunhas Disposicións Transitorias da Constitución;

b) de outro, en canto ás competencias, teñen que terse en conta as tres previsións do artigo 150 CE; c) finalmente, en canto á ordenación das especialidades de algunhas CCAA, deben considerarse as Disposicións Adicionais 1.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup> CE.

Existen outras cláusulas constitucionais para a definición do estado autonómico.

1. 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 esíxese, como requisito, a apreciación polas Cortes Xerais de razóns de “interese nacional” que así o aconsellen.
2. 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.
3. 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).
4. No artigo 144.c) prevése a posibilidade de “substituír a iniciativa” (en caso de que esta fallara) das Corporacións Locais descrita no artigo 143 ao obxecto de permitir a integración dun territorio nunha CA: este procedemento utilizouse:
  - para reintegrar a provincia de Almería ao proceso andaluz pola vía do artigo 151 (mediante a LO 13/1980, de 16 de decembro)
  - para incorporar a Segovia ao proceso castelan-leonés pola vía do artigo 143 CE (mediante a LO 5/1983, de 1 de marzo).
5. Pola súa parte, tamén as Disposicións Transitorias 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> e 5.<sup>a</sup> CE prevén especialidades procedimentais, de utilización dispositiva, para a regulación do acceso á autonomía de certos territorios. Conforme á súa natureza dispositiva ou voluntaria:
  - tanto a Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> como, sobre todo, a Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup>, foron exercitadas na práctica

- polo contrario, nin a Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> (relativa á incorporación de Navarra á CA do País Vasco) nin a Disposición Transitoria 5.<sup>a</sup> (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 proia CE e os EEAA: a ) as leis marco (art. 150.1); b) as leis orgánicas de transferencia ou delegación de competencias do Estado (art. 160.2); as leis de harmonización (art. 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 dúas CCAA do artigo 143 CE (a Canaria e a Valenciana, por medio das LLOO 11 e 12/1982, respectivamente) naceran, 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– ampliaran as súas competencias ata a súa "equiparación substantiva" coas do artigo 151 CE .

Existen por último diversas normas que foron sacadas fora 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 1.<sup>a</sup> 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 os Estatutos de Autonomía.

b) Pola mesma razón constitucional (a proxección da cláusula dos "dereitos históricos" da Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> 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 3.<sup>a</sup> se preocupa de recibir o "Réxime Económico Fiscal" especial de Canarias.

A cuestión da natureza do modelo autonómico ten sido obxecto de fondas discusións entre os autores en España e a sentenza do Tribunal constitucional de xuño de 2010 en relación ao Estatuto de Cataluña ten aportado 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 al sentido terminante del art. 2 CE ha de quedar, pues, desprovista de alcance jurídico interpretativo la referida mención del preámbulo a la realidad nacional de Cataluña y a la declaración del Parlamento de Cataluña sobre la nación catalana, sin perjuicio de que en cualquier contexto que no sea el jurídico-constitucional la

autorepresentación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural tenga plena cabida en el Ordenamiento democrático como expresión de una idea perfectamente legítima.

Por todo ello, los términos “nación” y “realidad nacional” referidos a Cataluña, utilizados en el preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, lo que dada la especial significación de un preámbulo estatutario así se dispondrá en el fallo; y el término “nacionales” del art. 8.1 EAC es conforme con la Constitución interpretado en el sentido de que dicho término está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, “definida como nacionalidad” (art. 1 EAC) e integrada en la “indisoluble unidad de la nación española” como establece el art. 2 CE, y así se dispondrá en el fallo...” (Fundamento xurídico 12 in fine).

Pode comprobarse que a propia jurisprudencia constitucional nunha data tan recente tense visto obrigada a clarificar cuestións que posiblemente deberían estar xa resoltas dende 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 coma as Comunidades Autónomas teñen constitucionalmente recoñecido o poder de creación do dereito, e ademais o noso sistema de fontes, vaise distinguir na medida que dalgún xeito coexisten nel dous ordenamentos xurídicos, o estatal e o autonómico cuxas relacións non se poden articular en 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, pode

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 determinara 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 pode entenderse esgotado coa referencia ás normas institucionais básicas das Comidades Autónomas, senón que comprende tamén todas as normas xurídicas creadas por 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 os recoñecerá e amparará 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 sustantivos 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. Ademáis 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 delimitado a reserva estatutaria do artigo 147.2 como unha reserva non absoluta, citando a tal efecto o seguinte pronunciamento.

“...La determinación del contenido mínimo de los Estatutos que se hace en el artículo 147.2 de la Constitución no puede conducir, sin embargo, a una conclusión como la que los recurrentes defienden, porque de ella no puede deducirse una reserva estatutaria absoluta, única hipótesis en la que la

afirmación de los recurrentes sería indiscutible. Ciertamente no existe tal reserva ni siquiera frente a las leyes del Estado en lo que se refiere a las competencias [artículo 147.2, c)], ya que éstas pueden resultar también de las leyes estatales no estatutarias a que se refiere el artículo 150 de la Constitución. Tampoco existe tal reserva estatutaria absoluta frente a la Ley de la Comunidad Autónoma en lo que se refiere a la organización de las instituciones autónomas propias, cuyo desarrollo mediante Ley no podría considerarse contrario al artículo 147.2, c). Y lo mismo hay que decir de la determinación de la sede de tales instituciones. El precepto contenido en el artículo 147.2 c), de la Constitución significa sin duda la absoluta exclusión de la norma estatal no estatutaria, pero no se ve razón para afirmar que se ha infringido cuando, como ocurre en el caso presente, aun no fijándose la sede por su nombre, se establece qué órgano habrá de determinarla, cuándo y dónde habrá de hacerlo y con qué mayoría, que es perfectamente acorde con una interpretación, que no hay motivos para rechazar, que ve en el artículo 147.2, c), una reserva estatutaria sólo relativa en la 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 tenor: “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 ao 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 esixible 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 ha de conter todo Estatuto de Autonomía pero que na xurisprudencia recente do máximo intérprete da Constitución se teñen relaxado moito.

Sobre este contido dos Estatutos é ilustrativa a posición do Tribunal Constitucional con motivo da resolución do recurso acerca do Estatuto de Valencia, cando di:

“...En definitiva, el contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos de Autonomía incluye tanto el que la Constitución prevé de forma expresa (y que, a su vez, se integra por el contenido mínimo o necesario previsto en el art. 147.2 CE y el adicional, al que se refieren las restantes remisiones expresas que la Constitución realiza a los Estatutos), como el contenido que, aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado por su conexión con las aludidas previsiones constitucionales, adecuación que ha de entenderse referida a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma.”  
(STC 247/2007, do 12 de decembro)

Tamén resulta de particular interese explicitar o que PULIDO QUECEDO denomina “complexa e perplexa solución en torno á constitucionalidade” de certos dereitos consagrados no Estatuto valenciano, atendendo para elo á xurisprudencia seguinte.

“...Lo primero que hay que destacar es que el art. 17.1 EACV no enuncia un derecho ya regulado en la Constitución (Capítulo II del Título I), esto es, en sus propios términos, no se identifica con ninguno de ellos. Por lo tanto, en cuanto que enunciado en un Estatuto, no goza de la triple condición que a los derechos constitucionales reconoce el art. 53.1 CE : regulación reservada a la Ley, respeto a su contenido esencial y vinculación a todos los poderes públicos. Es decir, no estamos ante un derecho que pueda ser



incluido en el ámbito de los «derechos fundamentales y libertades públicas» que la Constitución reconoce y garantiza, pues estos últimos «son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo (art. 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 lembra a posición que dentro do ordenamento español ten o Estatuto de Autonomía. En efecto, o fundamento xurídico terceiro achega a seguinte doutrina:

“...Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que *no son expresión de un poder soberano*, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución, y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco de la Constitución misma (así desde el principio, STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes. Ciertamente, no faltan en ningún Ordenamiento normas jurídicas que, al margen de la Constitución stricto sensu, cumplen en el sistema normativo funciones que cabe calificar como materialmente constitucionales, por servir a los fines que conceptualmente se tienen por propios de la norma primera de cualquier sistema de Derecho, tales como, en particular, constituir el fundamento de la validez de las normas jurídicas integradas en los niveles primarios del Ordenamiento; esto es, en aquellos en los que operan los órganos superiores del Estado. Sin embargo, tal calificación no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico, y, por más que sea conveniente para la ilustración de los términos en los que se constituye y desenvuelve el sistema normativo que tiene en la Constitución el fundamento de su existencia, en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal. En nada afecta, en definitiva, a la subordinación a la

Constitución de todas las normas que, sea cual sea su cometido con una perspectiva material o lógica, no se integran en el Ordenamiento bajo la veste de la Constitución formal; única que atribuye a los contenidos normativos –también a los que materialmente cupiera calificar de extraños al concepto académico de Constitución– la posición de supremacía reservada a la Norma Fundamental del Ordenamiento jurídico...”

Estas reflexións do Tribunal Constitucional non son novas posto que dende pronunciamentos moi iniciais de 1983 (valga 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 dicta para delimitar as competencias do Estado e da Comunidade Autónoma respectiva.

Xosé Antón Sarmiento Méndez.

Profesor de Dereito Constitucional da Universidade de Vigo.

#### TEMA ELABORADO A PARTIR ENTRE OUTRAS DA SEGUINTE BIBLIOGRAFIA 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, 2.ªed, Madrid, 2010, 105-116.
- Sarmiento Méndez X. A. *Manual de Dereito Constitucional*. Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo. 2010.

**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 AUTONOMAS**

##### **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 xa que logo o mecanismo no que se fundamenta xuridicamente calquera actuación administrativa; de aí a importancia da súa previa delimitación.

O Estado autonómico implica un reparto 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 falar 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 ás chamadas "funcións", como ámbito concreto e material que conforma dito concepto. A este respecto, adóitase aludir, como clasificación máis común a unha función lexislativa e unha función executiva, distinción esta na 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) CE. En efecto, tanto as competencias que lle corresponden ao Estado como as que lles 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”, caracterización esta amplamente estendida pero coa que, non obstante, non todos están de acordo; 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 o reparto de poder o da asignación a cada instancia do que atinxe aos seus respectivos intereses; no art.138, no que se contempla 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 contemplado nos arts. 148 e 149, pretendeu concretar que competencias deberán corresponderlle 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 corresponderlle ás Comunidades Autónomas. Xa que logo, 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 do listado de materias previsto 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 a 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 iso 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, despois de acadar na maioría das Comunidades Autónomas, como dicimos, 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 se relacionan 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 (minería). No entanto, polo que se refire a aquelas materias competencia do Estado, pódese dicir que todas están interconectadas pola presenza dun interese xeral prevalente, é dicir, que afecta a todos os cidadáns. Precisamente por tal razón é polo que se entendeu que debe reservalas aquel.

O art.149.3 completa o sistema de distribución de competencias a través a 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 circunstancia ningunha, correspondéndolle á Comunidade Autónoma en exclusividade, pois lle están atribuídas todas as funcións, tanto lexislativas como de desenvolvemento lexislativo e de execución. Con todo, convén matizar que dito carácter exclusivo aparece, nalgúns casos, moi relativizado, o que, finalmente, leva a considerar que a nota de exclusividade opera con moi distinto alcance. Iso pódese apreciar, entre outros, nos seguintes supostos:



- Aquelas competencias sobre as que as Comunidades Autónomas exercen a totalidade das funcións correspondentes a unha determinada materia, é dicir, de nivel máximo, entre cuxos exemplos pódense citar a organización das institucións de autogoberno ou a promoción e o ensino da lingua propia.

- Existen, doutra banda, supostos nos que 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- reservándosele outras ao Estado. Exemplos desta categoría son as normas adicionais sobre protección do medio natural.

- Ademais, existen competencias que exercen indistintamente tanto o Estado como 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 que a Comunidade Autónoma ostenta a totalidade das funcións respecto dunha determinada materia competencial, aínda que 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, dita competencia está en certo xeito constrinxida en virtude dos denominados títulos competenciais xenerais 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 gandería, o comercio interior etc.. En definitiva, nestes supostos a Comunidade Autónoma, na materia da 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 estableza.

Agora ben, malia o poder coordinador co que o Estado conta nestas materias, como ten sinalado o Tribunal Constitucional, o seu exercicio non pode en ningún caso producir o baleirado 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 en ocasións a atribución íntegra da competencia sobre unha determinada materia a unha das dúas instancias e noutras, malia todo -o suposto ao que nos referimos neste apartado- establece un sistema de reparto entre elas segundo unha dobre modalidade: ou ben comparten ambas a competencia sobre a devandita materia, ou ben simplemente ambas exercen funcións (diferentes) en relación a unha 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 lle atribúe como competencia ás Comunidades Autónomas a de “obras públicas de interese da Comunidade Autónoma no seu propio territorio”, mentres que, pola súa banda, o art.149.1.24 atribúelle ao Estado a competencia sobre obras públicas de interese xeral ou cuxa realización afecte a máis dunha Comunidade Autónoma.

O segundo suposto é o de compartición de funcións a exercer en relación a unha determinada materia -o máis común- que se produce cando se lle atribúe a unha instancia a competencia legislativa 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 no que a competencia do a

Comunidade Autónoma abarca 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 no que se lle atribúe á Comunidade Autónoma tan só a execución da lexislación estatal. Con respecto a este 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 e que historicamente foi o instrumento máis habitual polo que 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 a disposición das Comunidades Autónomas os medios humanos e materiais para poder exercer efectivamente 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 ten sinalado a este respecto que o Real Decreto de traspasos é un instrumento *“útil para determinar o alcance da competencia”*. Por iso, quizais, en moitos decretos de traspasos determínanse mesmo as funcións que sobre a materia de que se trate se reserva o Estado, aquelas que se exercerán por parte da 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 ás mesmas.

Historicamente os traspasos de servizos do Estado ás Comunidades Autónomas veuse realizando a través das Comisións Mixtas Estado-Comunidade Autónoma, ás que lles correspondía concretar qué 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, de 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. 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, con arranxo ao esquema constitucionalmente previsto, a modificación de dita delimitación, unicamente poderá ser levada a cabo mediante a reforma daqueles.

O sistema na práctica, malia todo, non resulta tan ríxido, pois as competencias estatutarias poden ser ampliadas, sen necesidade de

reforma estatutaria, mediante leis previstas pola Constitución para ese efecto. 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. É necesario significar que os contemplados no texto constitucional son tres mecanismos excepcionais en canto que se dirixen 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, aínda que convén puntualizar que as leis de harmonización non son propiamente normas habilitadoras de competencias, senón máis ben, en canto que 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, 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, poderanlles atribuír a todas ou a algunha das comunidades autónomas a facultade de dictaren, 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 soa a regulación dunha materia sobre a que é competente, opta por remitir unha parte de 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 que se realiza por parte dunha 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 xeito, nos ámbitos aos que van referidas, comparten competencias co Estado que antes eran exclusivas deste.

Tense especulado 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. Con todo, a diferenza desta, na que se produce unha delegación das Cortes Xerais en favor do Executivo do propio Estado, aquí atopámonos, como vimos, ante unha fórmula de delegación que pode operar en favor das Comunidades Autónomas, e na que, xa que logo, 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 conseguinte, que o puramente habilitante. En todo caso o único límite que afectaría a esta modalidade sería o da fixación estrita

de principios, bases ou directrices, non podendo, xa que logo, ir máis aló destes, quedando á responsabilidade das 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 que 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 lle corresponde xenericamente a toda delegación competencial - e, polo tanto, este pode recuperala mediante lei de contrario ditada para ese efecto.

A Constitución, ao expresar tamén que o control das Cortes o é sen prexuízo da competencia dos Tribunais, está a referirse a dous tipos diferentes de controis: o político, que é o que se reservan as Cortes Xerais na propia lei marco, e o xurisdiccional que no seu 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 deberá ditar a norma ou normas lexislativas en desenvolvemento da lei marco. Hai que dicir que sobre este particular haberá que aterse ao previsto nos respectivos Estatutos de Autonomía, pero en todo caso nada parece opoñerse a que tal desenvolvemento poida ter lugar, ou

ben por parte do Parlamento Autonómico correspondente, ou ben que este poida encomendar dita tarefa ao órgano de goberno.

Finalmente cómpre sinalar que no sistema de xerarquía normativa, as leis marco ocupan a mesma posición que unha lei ordinaria. Con todo, o certo é que a lei marco está en certo xeito 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 reserve para si o Estado”.*

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. Correspóndelle ó Parlamento de Galicia a competencia para formula-las anteriores solicitudes, e para determina-lo organismo da Comunidade Autónoma galega, a favor do cal 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, aínda que o Estado se reservan fórmulas de control, non se fixan con todo, coma nas leis marco, os principios bases ou directrices dentro dos que se han de 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, talvez, a esixencia 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 e 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 que teñen como base este precepto, plena nun caso e condicionada no outro.

Por outra banda 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*”. Con respecto a iso, en primeiro lugar, resulta claro que as facultades transferidas ou delegadas o son en relación a materias de titularidade estatal. Non é tan clara, sen embargo, a referencia ás materias “*que pola súa propia natureza sexan susceptibles de transferencia ou delegación*”. En principio, coa devandita expresión, cabe en todo caso entender, *sensu contrario*, que hai determinadas materias que resultan intransferibles e indelegables e que neste caso, xa que logo, 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 listaxe 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 doutriniais a este respecto van desde un extremo a outro. Por unha banda 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, con todo, é contraria á que mantén outro sector doutrinal, que 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 deben formalizarse mediante lei orgánica. Hai que reparar, malia todo, en que, salvo a referencia á previsión sobre a transferencia de medios financeiros que fará posible a asunción da transferencia, non existe no precepto referencia algunha ao contido da lei orgánica.

Existe outro aspecto de interese no artigo ao que nos referimos ao comezo, que é o da natureza das competencias transferidas e, máis concretamente, se o 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 coma outras. Así, nas transferencias levadas a cabo por Lei Orgánica 16/1995, de 27 de decembro de 1995, 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 de ditas delegacións ou transferencias, cómpre 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 aos que están suxeitos estas leis e aos que se refire tamén o art.150.2, este limítase a sinalar que deberán ser previstos na correspondente lei orgánica, pero sen indicar con que contido deben operar ditos controis.

Unha parte da doutrina distinguiu segundo se trate de funcións obxecto de delegación e funcións obxecto de transferencia. Deste xeito consideran que as primeiras poden ser obxecto de control por parte do Goberno e non así, en cambio, nas funcións obxecto de transferencia que serían controlables pola propia Comunidade Autónoma destinataria da transferencia. Iso gardaría relación co feito de que a transferencia opera dunha forma máis incondicionada, o que non ocorre coa delegación na 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 se lles sinala ás Comunidades Autónomas a obrigación de facilitar á Administración do Estado a información que esta solicite sobre as materias transferidas, a aqueloutros nos que se esixe que os servizos transferidos manteñan un determinado nivel de eficacia, prevendo a posibilidade, en caso de incumprimento e previo requirimento, a posibilidade 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, de 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 respecto diso á Comunidade Autónoma e, se persistise o incumprimento, poderá suspender a partir dos tres meses as facultades e servizos, dando conta diso ás Cortes Xerais, quen 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 dictar 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”.*

Trátase a través desta modalidade de permitirlle ao Estado, en determinados supostos, utilizar unha fórmula que achegue elementos de coherencia ás normas ditadas polas Comunidades Autónomas. Dito doutro xeito, 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 estes non sexan suficientes para garantir a harmonía esixida polo interese xeral”* (STC 73/1983); e iso porque a través desta modalidade se habilita ao lexislador estatal para que, 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 contidos destas. Certo é que, fóra dos "principios harmonizadores" que conteñen, aos que debe aterse 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 prevexa 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 o reparto competencial, pero dáse a circunstancia de que poden existir supostos nos que se faga precisa unha maior concreción do devandito interese por parte do lexislador estatal.

Con todo, non basta coa simple 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 esixencia de uniformidade normativa.

Malia que a harmonización afecta normalmente ás 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 CCAA produza unha desharmonía contraria ao interese xeral da nación"* (STC 76/1983).

Aínda que a redacción do art. 153 da Constitución puidese 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 ás características técnicas que deben reunir as leis de harmonización. A única referencia a este respecto atopámola na Lei Orgánica de Harmonización do Proceso Autonómico (LOAPA ) 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 comezo do devandito 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.

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 corresponderlle, no caso do Senado, ao Goberno ou a 25 Senadores (art. 141.1 do Regulamento do Senado). Neste último caso, as propostas deberán ser informadas pola 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 DERRADEIRA 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 que se pode producir a concorrencia de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas. Estes supostos tamén abranguerían as competencias do art.148 da Constitución que, aínda podendo ser de competencia exclusiva daquelas, puidesen requirir a intervención do Estado para salvagardar o interese xeral en calquera orde.

Pois ben, nestes supostos, as Cortes Xerais poden aprobar normas contendo os criterios xerais de regulación dunha determinada materia, que desta forma constituirán un réxime xeral, uniforme e mínimo en 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, sinalaba que 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, aínda que, outorgándolle un certo predominio á concepción material. Así, no seu STC 69/1988, de 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 dedúcense racionalmente da lexislación vixente.

En definitiva e esencialmente, é o elemento material o que permite cualificar a unha norma como básica e pola súa banda o elemento formal debe acompañar á norma materialmente considerada básica como un requisito esencial de seguridade xurídica.

Así pois, de todo iso pode deducirse que unhas normas non son básicas polo simple feito de estar 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 de 28 de xullo de 1981 e de 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 de 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 aras 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).

Daquela, a través da normativa básica garántese a unidade e igualdade de condicións entre os cidadáns, debendo as Comunidades Autónomas moverse dentro deses límites no exercicio das súas competencias. Iso 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, forma 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 se dixemos, as competencias das Comunidades Autónomas veñen delimitadas nos respectivos Estatutos de Autonomía, con base no marco competencial definido na Constitución. Segundo establece o seu 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 aparecen delimitadas a través dun sistema de dobre lista no Título VIII do Texto Constitucional (arts. 148 e 149).

Este esquema, aparentemente simple, vólvese, sen embargo, complexo, coa vixencia dunha serie de regras correctoras que completan o inicial sistema 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 apartado 3 que *“As materias non atribuídas expresamente ó Estado por esta Constitución poderanlles corresponder ás comunidades autónomas, segundo os seus respectivos estatutos. A competencia sobre as materias que non foren asumidas polos estatutos de autonomía corresponderalle ó Estado, e as normas deste 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 calquera caso, supletorio do dereito das comunidades autónomas”*

En definitiva, este artigo contén catro 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 a ocupar agora.

Dita cláusula presenta un dobre alcance: por unha banda 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 sexan 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 da cláusula de peche é o de que a competencia sobre as materias que non se asumiron por parte dos Estatutos de Autonomía corresponderá ao Estado, que desta forma asume un ámbito material de competencias maior ca o previsto no artigo 149.1 da Constitución.

Con todo, tampouco neste caso a cláusula residual opera de xeito absolutamente automática cando se trate de calquera materia competencial non prevista especificamente nos Estatutos, existindo a este respecto criterios, fixados polo Tribunal Constitucional que, modificando o seu criterio inicial, matizan dita atribución.

En efecto, o Tribunal, na súa sentenza 123/1984, de 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 listaxes dos artigos 148.1 e 149.1, e aínda que a mesma non fose asumida expresamente nun Estatuto de Autonomía, puidese 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 ás Comunidades Autónomas.

#### 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. e 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**. Avogacía do 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.

Juan José Gallego Fouz

# **16. AS ADMINISTRACIÓNS LOCAIS: A POSICIÓN CONSTITUCIONAL DOS 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 circulación de vehículos a motor.

2.6.3 Seguridade pública.

2.6.4 Educación.

2.6.5 Protección de patrimonio histórico.

2.6.6 Deporte.

1. As administracións locais: a posición constitucional de municipios e provincias.

A exposición deste apartado esixe facer unha primeira referencia aos entes que integran a Administración local para, a seguir, tratar a cuestión de fondo relativa á posición constitucional dos municipios e das 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 deseguido.

A Constitución, no artigo 137, establece que “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 artigo 141 dispón que nos arquipélagos canario e balear “as illas terán ademais a súa administración propia en forma de cabidos ou consellos”. Todos estes entes quedan garantidos pola Constitución fronte ao lexislador ordinario, a quen lle corresponde regularlos.

Por outra banda, a Constitución prevé a posibilidade de que se creen agrupacións de municipios diferentes da provincia —art. 141.3, en referencia ás bisbarras e áreas metropolitanas—, ou de que, mediante a agrupación de municipios limítrofes, os estatutos das comunidades autónomas poidan establecer circunscricións territoriais de seu —art. 152.3—. A existencia destas últimas entidades non está garantida pola Constitución, a diferenza do que ocorre coas primeiras.

Deste xeito, ao establecer a tipoloxía dos entes locais, diferéncianse os entes constitucionalmente garantidos ou obrigatorios, dos entes opcionais que as comunidades autónomas poden, de forma potestativa, crear; neste sentido pronúnciase a STC do 28 de xullo de 1981.

Se descendemos á normativa infraconstitucional, pero que integra o denominado “bloque de constitucionalidade” polo Tribunal Constitucional, o desenvolvemento dos preceptos constitucionais citados está recollido na Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (LBRL, de aquí en diante). Esta norma enumera no seu artigo 3 —e da mesma maneira o art. 1 do Real decreto 2568/1986, do 28 de novembro, polo que se aproba o regulamento de organización, funcionamento e réxime xurídico das entidades locais, de agora en diante, ROF— os seguintes tipos de entes locais:

“Son entidades locais territoriais:

- a) O municipio.

- b) A provincia.
- c) A illa nos arquipélagos balear e canario.

Gozan, así mesmo, da condición de entidades locais:

- a) As entidades de ámbito territorial inferior ao municipal constituídas ou recoñecidas polas comunidades autónomas conforme o artigo 45 da LBRL.
- b) As bisbarras ou outras entidades que agrupen varios municipios constituídos polas comunidades autónomas de conformidade con esta lei e os correspondentes estatutos de autonomía.
- c) As áreas metropolitanas.
- d) As mancomunidades de municipios.”

Ademais das entidades non territoriais citadas, e ao abeiro do carácter aberto da expresión constitucional «outras entidades que agrupen varios municipios», as comunidades autónomas regularon outras entidades asociativas diferentes das previstas na LBRL.

Así, a Lei 8/1986, do 18 de novembro (modificada pola Lei 14/1990, do 26 de xullo), de réxime xurídico das administracións públicas de Canarias, prevé a constitución, como entidades locais, das de ámbito territorial inferior ao municipio (barrios e predios), das áreas metropolitanas, e das mancomunidades de municipios (art. 7), pero sen lles asignar potestades en canto administracións públicas territoriais. Porén, a Lei 8/1987, do 15 de abril, municipal e de réxime local de Cataluña, sinala claramente que «o municipio, a bisbarra e a provincia teñen natureza territorial e gozan de autonomía para a xestión dos respectivos intereses» (art. 3), mentres que son entes locais non territoriais as entidades municipais descentralizadas, as entidades metropolitanas e as mancomunidades (art. 2 e 8.3). A Lei 3/1986, do 15 de maio, pola que se regula o procedemento de creación de bisbarras no principado de Asturias, semella dotalas de carácter institucional; a Lei 11/1986, do 20 de novembro, recoñece a personalidade xurídica da parroquia rural en Asturias.

Por outra banda, a LBRL recoñece que as entidades locais, coñecidas coa denominación de mancomunidades ou comunidades de terra ou vila e terra ou cidade e terra, reais señoríos, universidades, comunidades de pasto,



leña, auga e outras análogas, seguiranse rexendo polas súas normas consuetudinarias ou tradicionais e, sen prexuízo da autonomía de que gozan, deberán axustar o seu réxime económico ao prescrito na lexislación do réxime local sobre formación de orzamentos, rendición de contas e liquidacións, inventarios e balances —artigo 37 do Real decreto legislativo 781/1986, do 2 de abril, polo que se aproba o texto refundido de disposicións vixentes en materia de réxime local, en diante TRRL; art. 39.1 do regulamento de demarcación e poboación territorial, en diante RDPT; e 141 do ROF.

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).

Para rematar, o art. 87 da LRBRL lexitima as entidades locais para constituíren 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 de seu (art. 110.2 do TRRL), pero a lei remite aos estatutos propios do consorcio para que se determine neles a súa natureza (como Administración local, estatal ou autonómica), tendo en conta a participación que nel teñan os entes locais. Os consorcios poderanse utilizar 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 —art. 87.2 da Lei 7/85, engadido por Lei 57/2003.

## 1.2. A posición constitucional de municipios e provincias.

Nun primeiro achegamento á cuestión, e en relación co artigo 137 da Constitución, os municipios e as provincias forman parte da organización

territorial do Estado, e neste mesmo precepto, ao mesmo tempo — poderíase dicir— que as comunidades autónomas, garánteselles autonomía para a xestión dos seus intereses. Con todo, cómpre engadir decontado que a autonomía dos municipios e provincias dista da autonomía das comunidades autónomas, inda que só sexa pola potestade lexislativa que posúen estas últimas e da que carecen os municipios. Débese considerar que, estando sometidos uns e outras á Constitución e ao resto do ordenamento xurídico (art. 9.1 da CE), e sendo as comunidades creadoras de leis vinculantes, estas gozan dunha autonomía que se pode cualificar 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.
3. A suficiencia das facendas locais.

Como xa se sinalou anteriormente, o artigo 137 da Constitución establece que: «O Estado organízase 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 semellantes, o artigo 141 configura a provincia como unha «entidade local con personalidade xurídica propia» e atribúeselles o seu goberno e administración autónoma ás deputacións.

Nestes 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 sorte, queda plenamente recoñecida a autonomía municipal no noso ordenamento constitucional.

Agora ben, o artigo 137 da Constitución delimita o ámbito destes poderes autónomos, circunscribíndoos á «xestión dos seus respectivos intereses». Por iso é indispensable dotar os entes locais de todas as competencias necesarias para satisfacer os seus intereses respectivos: os do municipio ou os da provincia. Pola contra, cando se trate de 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. En 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. Inda 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.

Para rematar, a Constitución establece, no seu artigo 142, que «as facendas locais deberán dispoñer dos medios suficientes para o desempeño das funcións que a lei lles atribúe ás corporacións respectivas» e que se nutrirán, fundamentalmente, de tributos propios e da participación noutros do Estado e das comunidades autónomas. Non é preciso sinalar que este transcendental principio de suficiencia financeira debe constituír a auténtica garantía para a existencia dunha autonomía local efectiva.

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 tocante á Administración local; distribución da competencia lexislativa que normalmente afecta aos 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 lle dará será xusto ese: agruparanse os sectores de actividade local en función dos diferentes criterios de repartición das competencias (lexislativas) estatal e autonómica. Esta análise —e esta realidade— leva 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 expoñer a distribución de competencias:

a) O primeiro grupo de competencias inclúe todos aqueles sectores da actividade administrativa en que se lle 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; 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 apartado 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) Pódese agrupar 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 apartado as obras públicas dos ferrocarrís e estradas; o transporte terrestre —xa que o aéreo e o marítimo está reservado 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 correspóndenlles ao Estado ou ás comunidades segundo a súa finalidade; por exemplo, a competencia sobre portos e aeroportos correspóndelle ao Estado, agás os deportivos ou os que non desenvolvan actividades comerciais; a pesca marítima ao Estado, e a pesca en augas interiores ás comunidades.

A seguir concrétase 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” aparece en preceptos tales como o 149.1.18 da CE “as bases do réxime xurídico das administracións públicas” e titula precisamente a Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (en diante, LRBRL), norma que trae a súa causa do precepto constitucional citado. Pois ben, o réxime local é xusto o contido da Lei 7/1985, 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”, labor que efectúan as sentenzas do Tribunal Constitucional 32/1981, do 28 de xullo (FX 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 e función pública, por citar unha pequena mostra.

O artigo 149.1.18 resérvalle 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 7/1985 reguladora das bases do réxime local, co contido que se vén de expoñer; pero, ademais, a lei de bases contén outros preceptos onde se limita a sinalar as especialidades locais, remitíndose no demais a outras leis estatais básicas, como acontece nas materias referidas a contratación, expropiación forzosa, responsabilidade patrimonial, función pública, réxime electoral, bens, actividades, servizos e materia tributaria (títulos VI, VII e VIII da LRBRL).

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, segundo a cal é materialmente básica por garantir en todo o Estado un denominador común normativo dirixido a asegurar, de xeito unitario e en condicións de igualdade, os intereses xerais, a partir do cal cada comunidade autónoma pode, en defensa dos seus propios intereses, introducir as peculiaridades que considera convenientes e oportunas, dentro do marco competencial que lle asigne, na materia, o seu estatuto.

Por outra banda, 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 teña que entender por básico” —fundamento xurídico 5º da STC 32/1981 e 1º da STC 1/1982—, o cal expresa, de xeito ben relevante, que a propia lei pode e debe declarar expresamente o alcance básico da norma ou, na súa ausencia, 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 ordinamental que, ao estarlle reservada ou, o que é igual, vedada a calquera outra norma, préstalle á súa posición no ordenamento no seu conxunto unha forza específica, malia a súa condición formal de lei ordinaria”.

#### 2.2.2. O principio constitucional da autonomía local.

Se ata 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 esta 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, de ser o caso, as illas, gozarán de autonomía para a xestión dos seus respectivos

intereses (art. 140 e 141). Non abonda, así e todo, unha mera declaración —por solemne que sexa— para institucionalizar a situación desexada, senón que o mandato constitucional precisa para a súa efectividade que se dean 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 alicerces fundamentais:

a) O primeiro, de carácter subxectivo, constituirá 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 deste polos ditos órganos centrais ou autonómicos ao seu capricho, serían estes, en definitiva, os que controlarían verdadeiramente a actuación das respectivas corporacións, baixo a latente ameaza do cesamento daqueles membros que se opuxesen ou desobedecesen.

b) O segundo alicerce ou fundamento básico, de carácter material e obxectivo, consiste na clara determinación das competencias do ente, tendo en conta que se este puidese chegar a ser desposuído de todas ou da maior parte delas polos de maior ámbito territorial, habería risco de que chegase a quedar baleiro de contido, volatilizándose 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 boa maneira as súas posibilidades de actuación, que deste xeito quedaría subordinada aos condicionamentos que determinasen impoñerlle os entes que habían vir suplir tales carencias (art. 142 da CE).

O tema da autonomía local foi presentado 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, cunhas fases que 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 xeito que a supresión ou baleirado destas institucións estaríalle 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 esixe:
  - A organización territorial do Estado sobre a base das entidades municipais e provinciais como instancias territoriais administrativas inferiores.
  - A atribución do goberno e administración desas entidades aos concellos, no caso dos municipios; e ás deputacións, cabidos e consellos ou outras corporacións, no 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.

Para rematar, o Tribunal Constitucional sentou doutrina sobre a materia en sentenzas como a do 2 de febreiro de 1981, onde 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 incluídos 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 se pode opoñer ao de unidade, senón que é xusto 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, circunscribe o principio á xestión dos seus respectivos intereses, «o que esixe que se dote a cada ente de todas as competencias propias e exclusivas que sexan necesarias para satisfacer o respectivo interese».
- «Agora ben, concretar este interese en relación a cada materia non é fácil e, en ocasións, só se pode chegar a distribuír a competencia sobre esta en función do interese predominante, pero sen que iso signifique un interese exclusivo que xustifique unha competencia exclusiva na orde decisoria». Noutras 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 contempla a necesidade de que «o Estado quede colocado nunha posición de superioridade», tanto en relación coas comunidades autónomas (art. 150.3 e 155, entre outros, da Constitución) como cos entes locais (art. 148.1.2. e

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 ser exercitado, respecto de municipios e provincias, tanto pola Administración do Estado como polas 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 se garante pola Constitución —como é obvio— para incidir de forma negativa sobre os intereses xerais da nación ou outros 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 — art. 155— en relación ás comunidades autónomas».
- A Constitución non garante a autonomía económico-financeira no sentido de dispoñer de medios propios, senón que dispón que estes medios deben ser suficientes, pero non na súa totalidade propios. Cómpre 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 rematar 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 de 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 incompleta sen facer unha referencia, inda que fose 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 atópase na creación, o 27 de setembro de 1952, dunha Comisión de asuntos municipais e rexionais, e 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 art. 96 da Constitución, e como 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— lles garante ás entidades locais.

Inda que España ratificou a carta case na súa totalidade, efectúa unha única reserva: non se considera vinculada polo art. 3.2 da carta, na medida en que o sistema de elección directa previsto nela deba ser posto en

práctica na totalidade das colectividades locais incluídas o ámbito de aplicación da mesma. Esta previsión diríxese especialmente a salvagardar o tradicional sistema de elección indirecta dos membros electivos das deputacións de réxime común.

A carta artículase arredor dun preámbulo e 17 artigos que se integran en 3 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, sendo unha das súas manifestacións, precisamente, o dereito dos cidadáns a participaren 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 asemade eficaz e próxima ao cidadán».

Esta declaración está intimamente conectada, por unha banda, co dereito recoñecido no art. 23.1 da Constitución e o seu reflexo nos art. 140 e 141 do mesmo texto, mais tamén cos criterios delimitadores de competencias que enuncian o art. 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, precisa proxectarse sobre un ámbito importante de políticas que se deben achegar aos cidadáns por medio do principio de subsidiariedade.

A parte primeira da carta, integrada por 11 artigos, trata 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 aos seus cometidos, 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 art. 2 trata sobre o fundamento constitucional e legal da autonomía local, e esixe que este principio estea recoñecido na lexislación interna e, se é posible, na Constitución.

O art. 3.1 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 segundo consagra o principio democrático da autonomía local e sinala que “este dereito exerceuse por asembleas ou consellos integrados por membros elixidos por sufraxio libre, secreto, igual, directo e universal e que poden dispoñer 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 art. 4 dedícase ao alcance da autonomía local e consagra o principio de subsidiariedade ou de proximidade.

O art. 9 da carta está dirixido aos recursos financeiros das entidades locais e nel, entre outros asuntos, recóllense os principios de suficiencia e de autonomía financeira. Polo que se refire ao primeiro, sinala o dereito destas entidades a teren recursos de seu 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 art. 11 diríxese á protección legal da autonomía local e dispón que «as entidades locais deben dispoñer dunha vía de recurso xurisdiccional a fin de asegurar o libre exercicio das súas competencias e o respecto dos principios de autonomía local consagrados na Constitución ou na lexislación». É, xa que logo, unha previsión esencial, xa que o recoñecemento formal da autonomía local no ordenamento xurídico non

serviría de nada se non fose acompañada dunha vía xurisdiccional para protexela e defender o seu ámbito de competencias fronte a outras instancias superiores.

A parte segunda, artigos 12 a 14, refírese aos compromisos dos signatarios tocante á súa aplicación e comunicación de informacións respecto diso 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 do TRRL refundiu as disposicións vixentes na materia, contidas, entre outros, no Decreto 3250/1976. Posteriormente foi derogado pola Lei 39/1988, do 28 de decembro, reguladora das facendas locais, e esta última polo RD lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da lei de facendas locais (en diante, TRLFL).

Interesa salientar os títulos que habilitan o Estado para ditar esta norma, en concreto, se a atribución de competencias é exclusiva ou básica, pois diso dependerá o espazo normativo autonómico. Ao abeiro do art. 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 a participación nos tributos do Estado, o título é o do art. 149.1.14, referido á «Facenda xeral», que ten o carácter de lexislación reservada en exclusiva ao Estado.
- O resto dos preceptos teñen o carácter de bases do réxime xurídico das administracións públicas, ao abeiro do art. 149.1.18 da CE.

O FX 4º da STC citada di: «O art. 1.1 da LFL, malia o 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 art. 149.1.18 da Constitución, [a] os preceptos

contidos na lei”, coas excepcións que se realizan a seguir, “todo iso sen prexuízo das competencias exclusivas que lle corresponden ao Estado en virtude do disposto no art. 149.1.14 da Constitución”». Así, as excepcións mencionadas, que afectan aos preceptos «que regulan o sistema tributario local», que se consideran ditados, segundo o teor da norma, en virtude do disposto nos art. 133 da CE e 5 E) a) da Lei 7/1985, e «os que desenvolven as participacións nos tributos do Estado», segundo o art. 142 da CE, en nada modifican o réxime de distribución de competencias ao que nos acabamos de referir, ao non establecer títulos competenciais distintos dos dous mencionados con anterioridade. En efecto, os art. 133 e 142 da 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 art. 149.1 da CE mencionados. Igualmente, ningunha relevancia posúe tampouco a mención que o art. 1.1 da LFL fai do art. 5 E) a) da Lei 7/1985, declarado inconstitucional pola STC 214/1989.

Polo tanto, as comunidades autónomas con competencia para iso 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; por exemplo, o establecemento do réxime de recursos das entidades supramunicipais (“poderán esixir taxas, contribucións especiais e prezos públicos de conformidade co previsto nas súas propias normas de creación...” art. 159 da lei de facendas locais; estas normas de creación proceden das comunidades autónomas (artigos 42 e seguintes da Lei 7/1985). Nos mesmos termos pronúncianse os artigos 153 para as áreas metropolitanas, o 155 para as bisbarras e o 156 para as entidades de ámbito inferior ao municipio.

Outro exemplo constitúeo a posibilidade de que as comunidades establezan un imposto sobre a materia imponible gravada polo imposto sobre vehículos —nese caso deberá compensar os concellos—, ou a gravada polo imposto municipal sobre GASTOS SUNTUARIOS na súa modalidade de coutos de caza e pesca (disposición adicional primeira do TRLFL).



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 autónomas foi tremendamente conflitivo 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 da 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 (art. 149.1.1) e a lexislación civil (149.1.8).

Polo tanto, inda que se lle 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.

A peza clave na correcta interpretación desta repartición de competencias márcaa 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, deixándolle ao Estado a regulación das «condicións básicas» que garantan o principio de igualdade. E, esencialmente, con ela reforzáronse, sen dúbida ningunha, as competencias lexislativas das comunidades autónomas nesta materia, xa que comezaron a aparecer numerosas leis autonómicas que tratan de regular o que antes era competencia do Estado para evitar baleiros normativos, inda que, ás veces, de forma precipitada, xenérica e sen ter en conta as peculiaridades territoriais que esixen normativa adecuada.

Para entender o réxime vixente do dereito da propiedade do solo, e a súa relación co urbanismo, é preciso expoñer os seguintes antecedentes

normativos:

En primeiro lugar, a lei do solo de 1956, que foi a primeira norma que lle atribuíu ao propietario privado do solo no noso país unha situación estatutaria, é dicir, que posúe os dereitos e deberes que lle recoñece o ordenamento xurídico en cada momento, limitado pola función social do dereito de propiedade, lonxe, xa que logo, do poder absoluto que lle 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 lexislativa entre o Estado e as comunidades autónomas, de xeito que o urbanismo se lles atribúa ás recentemente nadas comunidades autónomas.

O desenvolvemento lexislativo polas comunidades autónomas é reducido en materia urbanística; non así o do Estado, que aproba a Lei 8/1990, que modifica profundamente o TRLS de 1976 e autoriza o Goberno para que aprobe un texto refundido das normas vixentes, o que dá orixe ao RD lexislativo 1/1992, do 26 de xuño.

Varias comunidades autónomas 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 RD lexislativo 1/1992 por entender que o seu contido, de natureza estritamente urbanística, lle está vetado ao Estado (polo título competencial do art. 148.3 da CE que lles reserva esa competencia ás comunidades autónomas), nin sequera a título de lexislación supletoria para as numerosas comunidades autónomas 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 art. 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.

Logo desta resolución do Tribunal Constitucional, as comunidades autónomas vense obrigadas a legislar as súas propias leis urbanísticas e o Estado aproba a Lei 6/1998, do 13 de abril, estatal do solo, de menos de 50 artigos, reducidos aos seus títulos competenciais e de carácter liberalizador, xa que tenta 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 RD lexislativo 2/2008, do 20 de xuño. O modelo actualmente vixente é de carácter máis intervencionista, no sentido de que trata de protexer o solo por ser un recurso escaso e non substituíble e favorece un desenvolvemento máis sustentable no que se aposta por un modelo de cidade compacta. Ademais, trata de estirar algúns títulos competencias estatais indirectos esquecidos pola STC 61/1997, o cal motivou a interposición de diversos recursos de inconstitucionalidade por algunhas comunidades autónomas, que están pendentes de resolver.

Desta forma, a prelación normativa do réxime do dereito de propiedade xorde a seguinte orde:

1º Texto refundido da lei do solo estatal, RD lexislativo 2/2008.

2º Lei propia de cada comunidade autónoma e regulamentos de desenvolvemento.

3º Normativa supletoria: TRLS de 1976 e o seu regulamento de 1978 (149.3 da CE).

Os feitos descritos condénsanse no art. 7 do RD lexislativo 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 destinos concretos, 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 o 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 —artigo 79.1 da Lei 7/1985, do 2 de abril.

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 banda, o artigo 148.1 da CE permite que as comunidades autónomas asuman competencias, vía estatutos, en materia de montes e aproveitamentos forestais (n.º 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 da CE.

Pois ben, ao abeiro dos anteriores títulos competenciais, a repartición da “torta lexislativa” 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, e son os artigos 79 a 83 os referentes a bens das entidades locais. 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 apartados 6, 8, 17 e 18 do citado artigo 149.1 da Constitución (disposición derradeira segunda ). 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 do TRRL). Para rematar, rexe o regulamento de bens das entidades locais (RBEL) aprobado por Real decreto 1372/1986, do 13 de xuño, en virtude da autorización do legislativo ao Goberno para “actualizar e acomodar” o regulamento de bens do 27 de maio de 1955 segundo dispón a disposición derradeira primeira da Lei 7/1985.

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 súa aplicación 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”— débense aplicar preferentemente estes artigos á hora de 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, que é 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 apartado 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, o art. 48, que regula os casos en que procede a regularización catastral, e o 68, apartado 2 sobre o exercicio da recuperación da posesión (en desenvolvemento dos art. 36.1 e 55 da LPAP).

Por outra banda, a Lei 30/2007 de contratos do sector público (LCSP) exclúe dela os contratos patrimoniais (art. 4), polo que as remisións que fai a normativa patrimonial á lei de contratos en canto ao réxime das

actuacións preparatorias e de adxudicación dos mencionados contratos patrimoniais débense entender como derogados, e son de aplicación as normas patrimoniais e demais normativa administrativa. Si é aplicable, non obstante, a disposición adicional segunda da LCSP que regula os órganos competentes das entidades locais para adxudicar os contratos patrimoniais.

Pois ben, con respecto á normativa estatal básica ou plena, as comunidades autónomas poden regular o patrimonio das entidades locais, cuxa normativa será de preferente aplicación respecto da normativa estatal non básica ou plena, que rexerá como supletoria: Real decreto lexislativo 781/1982, regulamento estatal en materia de bens (RD 1732/1986, do 13 de xuño) e preceptos non básicos da Lei 33/2003 de patrimonio do Estado.

## 2.6. Repartición de competencias noutros sectores de actividade.

Sen ánimo de esgotar todos os sectores da actividade administrativa das entidades locais, trátanse a seguir algúns dos máis representativos da actividade local.

### 1.1.1. Ambiente.

O art. 149.1.23 resérvalle ao Estado a lexislación básica sobre protección do ambiente, sen prexuízo das facultades das comunidades autónomas de estableceren normas adicionais de protección.

E o art. 148.1.9 resérvalles ás comunidades autónomas a xestión en materia de protección do ambiente, título que se debe poñer en relación co xa analizado de ordenación do territorio, urbanismo e vivenda (148.1.3).

O art. da Lei 7/1985, de bases do réxime local, dispón que os municipios exercerán competencias para a protección do ambiente (25.2.f), nos termos previstos pola lexislación sectorial estatal ou autonómica, segundo a repartición constitucional de competencias. Son estas leis as que, como se veu expoñendo ao longo do tema, determinan as competencias locais.

Algunhas destas normas sectoriais estatais son: a Lei 34/2007, do 15 de novembro, de calidade do aire e protección atmosférica; a Lei 37/2003, do 17 de novembro, do ruído; a Lei 16/2002, do 1 de xullo, de prevención e control integral da contaminación; a Lei 42/2007, do 13 de decembro, de

patrimonio natural e biodiversidade; a Lei 43/2002, do 20 de novembro, de sanidade vexetal; a Lei 10/1998, do 21 de abril, de residuos; a Lei 10/1997, do 24 de abril, de envases e residuos, e un longo etcétera de normas que, completadas coa lexislación sectorial autonómica, conforman as competencias locais.

#### 2.6.2. Tráfico e circulación de vehículos a motor.

A competencia exclusiva en materia de tráfico e de circulación de vehículos a motor outórgaselle ao Estado no artigo 149.1.21 da Constitución. Esta competencia materializouse no RD lexislativo 339/1990, polo que se aproba o texto refundido da lei de tráfico, circulación de vehículos a motor e seguridade viaria, entre outras normas.

O art. 25.2.b) da LBRL 7/1985 dispón que os municipios exercerán competencias nesta materia nos termos da lexislación sectorial estatal e autonómica. Coma no caso anterior, debemos atender a estas normas para coñecer en concreto o alcance das competencias locais na materia.

#### 2.6.3 Seguridade pública.

Resévaselle ao Estado a competencia exclusiva da seguridade pública, sen prexuízo da posibilidade de creación de policía por parte das comunidades autónomas na forma que se estableza nos respectivos estatutos no marco do que dispoña unha lei orgánica (art. 149.1.29 da 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 a LO 1/1992, do 21 de febreiro, de protección da seguridade cidadá.

Resévaselles ás comunidades autónomas a competencia para a vixilancia e protección dos seus edificios e instalacións; a coordinación e demais facultades en relación coas policía locais nos termos que estableza unha lei orgánica (art. 148.1.22 da 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 exercerán competencias en materia de seguridade en lugares públicos nos termos da lexislación sectorial (art. 25.2.a).

#### 2.6.4. Educación.

A educación é un dereito fundamental garantido constitucionalmente, polo que as súas condicións esenciais lle están reservadas á Lei orgánica (art. 27.1, 53 e 81 da CE), esixencia que se materializou coa Lei orgánica 8/1985, do 3 de xullo, reguladora do dereito á educación (LODE).

A repartición de competencias para o Estado está recollida no art. 149.1.3, 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 obrigas dos poderes públicos nesta materia.

Para as comunidades autónomas o artigo 148.1.17 resévalles o fomento da cultura, da investigación e, de ser 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 lei orgánica de transferencia de competencias (art. 155 da CE).

A Lei 7/1985, art. 25.2.n) dispón que os municipios participarán na programación do ensino e cooperarán coa Administración educativa na creación, construción e sostemento dos centros docentes públicos, intervirán nos seus órganos de xestión e participarán na vixilancia do cumprimento da escolaridade obrigatoria, nos termos da lexislación sectorial estatal e autonómica que se veñen de mencionar.

#### 2.6.5. Protección de patrimonio histórico.

Xogan aquí os títulos competenciais dos artigos 149.1.28 e 148.1.16.

A competencia exclusiva do Estado abrangue a defensa do patrimonio cultural, artístico e monumental español contra a exportación e a espoliación; museos, bibliotecas e arquivos de titularidade estatal, sen prexuízo da súa xestión por parte das comunidades autónomas. A das comunidades esténdese ao patrimonio monumental de interese da comunidade autónoma.

O Estado aprobou a Lei 16/1985, do 25 de xuño, de patrimonio histórico español; e as comunidades han ir aprobando (algunhas) as súas



respectivas leis sobre a materia.

A LBRL 7/1985, art. 25.2.e) dispón que os municipios desempeñarán competencias nesta materia con suxeición á normativa sectorial.

#### 2.6.6. Deporte.

Resévaselles ás comunidades autónomas no art. 149.1.19 a competencia exclusiva para a promoción do deporte e do uso adecuado do lecer. Non hai unha reserva semellante para o Estado, pero recoñéceselle para certos aspectos do deporte noutros títulos transversais (planificación, igualdade, etc.), o que se reflicte na Lei 10/1990, do 15 de outubro, do deporte.

A LBRL 7/1985 ordena que os municipios exerzan competencias en materia de actividades e instalacións deportivas (art. 25.2) e establece como un servizo mínimo municipal para municipios de máis de 20.000 habitantes o de instalacións deportivas de uso público.

Vicente Calvo del  
Castillo

Interventor-tesoureiro e secretario-interventor da  
Administración local

#### BIBLIOGRAFÍA

CASAS BAAMONDE, M. E. e 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.

AAVV, Nuevo Régimen Local, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2010.

VICENTE CALVO DEL CASTILLO, Administración local, 2 volumes, editorial ENEGA.

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO (en colaboración), Temas de Derecho Constitucional, Editorial Aranzadi, 2000.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN (en colaboración), Derecho Constitucional, 2 volumes, editorial Tecnos.

**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  
DISPOSICIÓN E RESOLUCIÓN  
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 complementábase co previsto no artigo 59 LOTC, no que se indica que:

*1. O Tribunal Constitucional entenderá dos conflitos que se susciten 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 as comunidades autónomas, e que opoñan:*

- a) Ao Estado cunha ou máis comunidades autónomas.*
- b) A dúas ou máis comunidades autónomas entre si.*
- c) Ao Goberno co Congreso dos Deputados, o Senado ou o Consello Xeral do Poder Xudicial; ou a calquera destes órganos constitucionais entre si.*

*2. O Tribunal Constitucional entenderá tamén dos conflitos en defensa da autonomía local que promovan os municipios e provincias fronte ao Estado ou unha comunidade autónoma.*

Como se pode apreciar, a LOTC regula nos seus parágrafos a e b do apartado 1 do precepto citado, os conflitos de competencias expresamente considerados no artigo 161.1 C). Os previstos na letra c do apartado 1 e no apartado 2 non aparecen previstos na Constitución, polo que a LOTC os desenvolve de acordo coa previsión que se contén no artigo 161 d) 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 apartado 2 do artigo 59 LOTC foi introducido polo artigo único.4 da Lei orgánica 7/1999, do 21 abril.

## **CONFLICTOS DO ESTADO COAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS OU DESTAS ENTRE SI**

### **l) Regras xerais**

Esta materia aparece regulada no capítulo II do título IV LOTC, regulación que abrangue todos os conflitos que se poden suscitar entre o Estado ou as comunidades autónomas ou estas entre si.

A LOTC distingue entre os conflitos positivos e negativos; os primeiros son aqueles nos que as entidades correspondentes pretenden atribuírse o exercicio da competencia, e os negativos os que se suscitan a 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 respecto do réxime xurídico cando o conflito o presenta o Estado.

A LOTC regula de forma conxunta tanto a lexitimación como o obxecto destes recursos.

#### A) Lexitimación

Respecto da lexitimación, ao artigo 60 establece que:

*“Os conflitos de competencia que opoñan o Estado cunha comunidade autónoma ou a 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, previndo dous supostos, ao dispoñer que *“poden dar lugar á ocorrencia dos conflitos de competencia:*

*As disposicións, resolucións e actos emanados dos órganos do Estado ou dos órganos das comunidades autónomas”* (conflito positivo).

*“Ou a omisión das tales disposicións, resolucións ou actos”* (conflito negativo).

O obxecto que a lei sinala suscita o problema do deslinde destes procedementos respecto de 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 impugnadas perante a xurisdición contencioso administrativa, invocando calquera vicio de legalidade ou calquera infracción do ordenamento xurídico. É unha vez máis o artigo 59 LOTC o que nos sinala cando o conflito se pode suscitar

perante o Tribunal Constitucional: cando nos atopemos ante unha disputa acerca da 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 o fai alleo á equiparación co proceso contencioso administrativo [...] na determinación dos actos recorridos no mesmo, que teñen outras finalidades distintas” -STC 143/1985, do 24 de outubro, fundamento xurídico 6.<sup>º</sup> ([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 xurdida, 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.<sup>º</sup> ([RTC 1986\1](#)), se adecúa a Sentenza que pronuncia o Tribunal, na que, como contido necesario, se declarará «a titularidade da competencia controvertida» (art. 66 da Lei orgánica do tribunal constitucional)”.*

Tamén se regula, con carácter xeral, os efectos que produce a ocorrencia do conflito, tanto desde un punto de vista procedemental como substantivo, para o suposto de que esa mesma cuestión estea suscitada ante outro Tribunal, pensándose na posibilidade de que poidan existir conflitos constitucionais e recursos contencioso administrativos sobre a mesma materia.

Sobre tal particular, os apartados 2 e 3 do artigo 61 establecen:

- *“Cando se suscitase un conflito dos mencionados no artigo anterior con motivo dunha disposición, resolución ou acto cuxa impugnación estivese pendente ante calquera Tribunal, este suspenderá o curso do proceso ata a decisión do conflito constitucional”.*
- *“A decisión do Tribunal Constitucional vinculará a todos os poderes públicos e terá plenos efectos fronte a todos”.*

Vexamos deseguido a regulación que contén a lei en canto aos dous tipos de conflitos, os positivos e os negativos.

## II.- Conflitos positivos

### A) Natureza

Respecto da natureza deste procedemento, o Tribunal Constitucional salientou que se trata dunha modalidade de control preventivo que ten por finalidade *“previr posibles interpretacións contrarias á Constitución por parte daqueles que están chamados 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 do obxecto procesual dos conflitos constitucionais de competencia entre entes, que neste tipo de procesos non resulta indispensable que o ente que os formaliza solicite 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 a tal disposición, resolución ou acto afecte ao 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]). Xa que logo, 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**. No entanto, segundo precisou este 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 á titularidade ou ao exercicio dunha competencia pode residenciarse, sen máis, no proceso relativo aos conflitos constitucionais de competencia. Para iso se require, entre outras condicións, que a controversia afecte á definición ou delimitación dos títulos competenciais en litixio e, máis exactamente, á **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. Xa que logo, hai que fuxir de todo automatismo nos efectos que nos procesos conflituais caiba conceder ás modificacións sobrevidas das disposicións discutidas, e estar substancialmente á 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

En 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 formaliza o Estado ou 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 non respecta a orde de competencia establecida na Constitución (RCL 1978, 2836), nos estatutos de autonomía ou nas leis orgánicas correspondentes, poderá formalizar directamente perante o Tribunal Constitucional, no prazo de dous meses, o conflito de competencia, ou facer uso do previo requirimento regulado no artigo seguinte, todo isto sen prexuízo de que o Goberno poida invocar o artigo 161.2 da Constitución, cos efectos correspondentes*" (artigo 62.1 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 ao seu propio ámbito, requirirá a aquela ou a este para que sexa derogada a disposición ou anulados a resolución ou o acto en cuestión” (artigo 63.1 LOTC).*

O prazo e a forma ou contido do requirimento concréntanse nos parágrafos 2 e 3 do artigo 63 LOTC:

*“O requirimento de incompetencia poderá formularse 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 e será dirixido directamente ao Goberno ou ao órgano executivo superior da outra comunidade autónoma, dando conta igualmente ao Goberno neste caso”.*

*“No requirimento cómpre especificar con claridade os preceptos da disposición ou os puntos concretos da resolución ou acto viciados de incompetencia, así como as disposicións legais ou constitucionais das que o vicio resulte”.*

O órgano ao que se dirixe o requirimento debe admitilo ou rexeitalo na forma e prazos que marca o artigo 63.4 LOTC:

*“O órgano requirido, se estima fundado o requirimento, deberá atendelo no prazo máximo dun mes a partir da súa recepción, comunicándoo así ao requirente e ao Goberno, se este non actuase en tal condición. Se non o estimase fundado, deberá rexeitalo igualmente dentro do mesmo prazo; finalizado este entenderanse 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 que quen recorra sexa 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 perante o Tribunal Constitucional as disposicións e resolucións adoptadas polos órganos das comunidades autónomas. A impugnación producirá a suspensión da disposición ou da resolución contra a que se recorreu, mais o Tribunal, se corresponde, deberá ratificala ou levantala nun prazo non superior a cinco meses”*.

De acordo con esta previsión, cando é o Goberno quen insta o conflito, *“unha vez adoptada 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 tivesen dado orixe ao conflito”* (artigo 64.2 LOTC); aínda 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, verbo do mantemento ou levantamento da suspensión do acto, resolución ou disposición impugnados de incompetencia polo Goberno (artigo 65.2 LOTC)”*.

No entanto, cando o conflito o insta 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 LOTC).

### B.3) Instrución do procedemento

O conflito suscítase cando o Goberno decide interpoñelo directamente no prazo de dous meses (artigo 62) ou, loxicamente, cando o requirimento non sexa atendido. Así é como o prevé o artigo 63.5 LOTC:

*“Dentro do mes seguinte á notificación do rexeitamento ou á finalización do prazo ao que se refire o apartado anterior, o órgano requirente, se non obtivo satisfacción, poderá interpoñer o conflito perante o Tribunal Constitucional, certificando o cumprimento infrutuoso do trámite de requirimento e alegando os fundamentos xurídicos en que este se apoia”.*

As demais dilixencias de instrución do procedemento regúlanse nos artigos 64 e 65 LOTC:

*“No termo de 10 días, o Tribunal comunicaralle ao Goberno ou órgano autonómico correspondente a iniciación do conflito, sinalándose prazo, que en ningún caso será maior de 20 días, para que presente cantos documentos e alegacións considere convenientes” (artigo 64.1 LOTC).*

*“A formalización 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 seranlles 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 coide necesarias para a súa decisión e resolverá dentro dos 15 días seguintes ao termo do prazo de alegacións ou do que, se procede, se fixase para as informacións, aclaracións ou precisións complementarias antes aludidas” (artigo 65.1 LOTC).*

### B.4) Sentenza

O artigo 66 LOTC alude aos pronunciamentos que pode conter a sentenza en termos certamente amplos:

*“A sentenza declarará a titularidade da competencia controvertida e acordará, se corresponde, a anulación da disposición, resolución ou actos que orixinaron o conflito en canto estivesen viciados de incompetencia, podendo dispoñer o que for procedente respecto das situacións de feito ou de dereito creadas ao abeiro da mesma”.*

Finalmente, temos que aludir a unha regra procedemental especial que se contén no artigo 67 LOTC:

*“Se a competencia controvertida tivese sido 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 invocase 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 LOTC non pode servir para converter este procedemento nun recurso de inconstitucionalidade indirecto, de maneira 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

Tocante á lexitimación para instar 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 LOTC).

A Lei orgánica do Tribunal Constitucional diferenza segundo que o conflito o susciten, dun lado, os particulares interesados ou o Estado.

## C) Conflito negativo suscitado 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] e 300/1993 [RTC 1993, 300] e 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] e 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 formalizado, é preciso que se cumpra unha dobre esixencia: é necesario, en primeiro lugar, que a persoa física ou xurídica que acuda a este Tribunal obteña, nas condicións e prazos que sinala o art. 68 LOTC (RCL 1979, 2383*

*e ApNDL 13575), senllas resolucións declinatorias da competencia por parte das administracións implicadas (que, no suposto da administración requirida en segundo lugar, pode consistir no simple silencio); ademais, é preciso que as devanditas 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 LOTC)».*

## C.2) Procedemento

O procedemento aparece regulado nos artigos 68 a 70 e articúlase en catro fases: requirimento previo, interposición, substanciación do conflito e resolución.

### C.2.1) Requirimento previo

*- “No caso de que un órgano da Administración do Estado declínase a súa competencia para resolver calquera pretensión deducida ante el por persoa física ou xurídica por entender que a competencia lle corresponde a unha comunidade autónoma, o interesado, tras 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. De análogo modo debe procederse se a solicitude se promove ante unha comunidade autónoma e esta se inhibe por entender competente ao Estado ou a outra comunidade autónoma”.*

*- “A administración solicitada en segundo lugar deberá admitir ou declinar a súa competencia no prazo dun mes. Se a admitise, procederá a tramitar a solicitude presentada. Se se inhibise, deberá notificarllo ao requirente, con indicación precisa dos preceptos en que se funda a súa resolución.”*



### C.2.2) Interposición do Conflito

- *“Se a administración á que se refire o apartado anterior declínase a súa competencia ou non pronunciase decisión afirmativa no prazo establecido, o interesado poderá acudir ao Tribunal Constitucional. Con ese fin, deducirá a oportuna demanda dentro do mes seguinte á notificación da declinatoria, ou se transcorrese o prazo establecido no apartado 2 do presente artigo sen resolución expresa, en solicitude de que se tramite e resolva o conflito de competencia negativo”* (artigo 68.3 LOTC).

- *“A solicitude de interposición de conflito será formulada mediante escrito, que deberá estar acompañado dos documentos que acrediten que se esgotou o trámite ao que se refire o artigo anterior e as resolucións recaídas durante o mesmo”* (artigo 69.1 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 entendese 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 ao da presentación do escrito, formalizado o conflito.”*

Posteriormente, confírelles un trámite de alegacións aos interesados, dándolles inmediato traslado do auto anteriormente sinalado “ao solicitante e ás administracións implicadas, así coma a calquera outra que

*o Tribunal considere competentes, ás que lles remitirá ademais copia da solicitude da súa interposición e dos documentos que a acompañan e fixará a todos o prazo común dun mes para que aleguen canto estimen conducente á solución do conflito formulado”.*

#### C.2.4) Sentenza

*- “Dentro do mes seguinte á conclusión do prazo sinalado no artigo anterior ou, se procede, do que sucesivamente o Tribunal tivese concedido para responder aos pedimentos de aclaración, ampliación ou precisión que lles dirixise, ditarase sentenza que declarará cal é a Administración competente” (artigo 70.1 LOTC).*

*- “Os prazos administrativos esgotados entenderanse novamente abertos pola súa duración ordinaria a partir da publicación da sentenza” (artigo 70.2 LOTC).*

D) Conflito de competencia negativo formalizado 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 formalizar conflito de competencias negativo cando, unha vez requirido o órgano executivo superior dunha comunidade autónoma para que exercite 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 se declarar incompetente o órgano requirido” (artigo 71.1 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 LOTC).*

#### D.2.3) Interposición do Conflito.

*“Dentro do mes seguinte ao día en que, de maneira expresa ou tácita, se considere rexeitado o requirimento ao que se refire o artigo anterior, o Goberno poderá instar perante o Tribunal Constitucional o conflito negativo mediante escrito no que se deberán indicar os preceptos constitucionais, estatutarios ou legais que ao seu xuízo obrigan á comunidade autónoma a exercer as súas atribucións” (artigo 72.1 LOTC).*

#### D.2.4) Substanciación do Conflito

*“O Tribunal dará traslado do escrito ao órgano executivo superior da comunidade autónoma, ao que fixará un prazo dun mes para presentar as alegacións que entenda oportunas” (artigo 72.2 LOTC).*

#### D.2.5) Sentenza.

Aparece regulada no artigo 72.3 LOTC:

*“Dentro do mes seguinte á conclusión do devandito prazo ou, se procede, do que sucesivamente lles tivese fixado ao Estado ou á comunidade autónoma para responderen aos pedimentos de aclaración, ampliación ou*

*precisións que lles dirixise, o Tribunal ditará sentenza, que debe conter algún dos seguintes pronunciamentos:*

*a) A declaración de que o requirimento é procedente, que implicará o establecemento dun prazo dentro do cal a comunidade autónoma deberá exercitar a atribución requirida.*

*b) A declaración de que o requirimento é improcedente”.*

## **CONFLITOS CONSTITUCIONAIS ENTRE ÓRGANOS DO ESTADO**

### **A) Natureza**

En 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 iniciar 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, esgotado o trámite previo de solicitude de revogación, que se determine o órgano ao que lles corresponden as atribucións constitucionais controvertidas e que, en consecuencia e, cando corresponda, se declaren nulos os actos executados por invasión de atribucións e se resolva o que proceda sobre as situacións xurídicas producidas ao seu amparo. É claramente unha canle reparadora, non preventiva, e só indirectamente, a consecuencia do recoñecemento da invasión de atribucións, pode ter efectos impugnatorios sobre os tales actos e atribucións”.*

## B) Lexitimación

Os conflitos entre órganos constitucionais do Estado suscítanse entre aqueles órganos constitucionais do Estado que expresamente contempla o artigo 59 c) LOTC, isto é o Goberno, o Congreso dos Deputados, o Senado e o Consello Xeral do Poder Xudicial. A estes cumpriría engadirllles 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 e polo procedemento que estamos a analizar e a instancia das Cortes Xerais, por delegación das cales se entende que actúa o Tribunal de Contas. Son estes, daquela, os órganos lexitimados para instar o Conflito.

## C) Obxecto

O suposto en que cabe a interposición do conflito é o previsto no artigo 73.1, conforme o cal:

*“No caso en que algún dos órganos constitucionais aos que se refire o artigo 59.3 desta lei, por acordo dos seus respectivos plenos, estime que outro dos devanditos órganos adopta decisións asumindo atribucións que a Constitución ou as leis orgánicas lle confiren ao primeiro, este debe facerllo saber así dentro do mes seguinte á data en que chegue ao seu coñecemento a decisión da que se infira a indebida asunción de atribucións e solicitará del que a revogue”.*

## D) Características

Á vista desta regulación e como características fundamentais da figura, pódense salientar 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 supoñan a asunción ou atribución da competencia controvertida.
- A norma atributiva das competencias que orixina o conflito debe ser a Constitución ou as leis orgánicas, xa que esta vía non está prevista 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 correspóndelle ao Tribunal Constitucional en pleno (artigo 10 g) LOTC).

## E) Procedemento

Verbo do procedemento, debemos apuntar 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 que se infira a indebida asunción de atribucións*”. No requirimento solicítase que se revogue a decisión (artigo 73.1 LOTC).

No caso de que o requirimento non sexa atendido de forma expresa ou tácita, o órgano que estime indebidamente asumidas as súas atribucións “interpoñerá o conflito perante o Tribunal Constitucional dentro do mes seguinte” (artigo 73.2 LOTC).

#### E.2) Interposición do Conflito

A interposición efectúase mediante *“un escrito en que se especificarán os preceptos que considera vulnerados e formulará as alegacións que estime oportunas. Este escrito será acompañado dunha certificación dos antecedentes que repute necesarios”* (artigo 73.2 LOTC).

#### E.3) Substanciación

A substanciación do recurso aparece regulada nos artigos 74 e 75 LOTC:

- *“Recibido o escrito, o Tribunal, dentro dos dez días seguintes, dará traslado deste ao órgano requirido e fixará o prazo dun mes para formular as alegacións que estime procedentes”.*
- *“Idénticos traslados e emprazamentos faranse a todos os demais órganos lexitimados para instar este xénero de conflitos, os cales poderán comparecer no procedemento, en apoio do demandante ou do demandado, se entendesen que a solución do conflito instado afecta dalgún modo ás 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 ditase “dentro do mes seguinte á expiración do prazo de alegacións ao que se refire o artigo anterior ou do que, cando corresponda, se fixase para as informacións, aclaracións ou precisións complementarias, que non será superior a outros trinta días”. Nela “o Tribunal determinará a que órgano lle corresponden as atribucións constitucionais controvertidas e declarará nulos os actos executados por invasión de atribucións e resolverá, cando corresponda, o que proceda sobre as situacións xurídicas producidas ao seu amparo” (artigo 75 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 que o Tribunal Constitucional delimita a natureza deste recurso:

*“Consonte 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’». Cómpre subliñar, 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 que se fai referencia nas epígrafes a), b) e c) do art. 161.1 CE (RCL 1978, 2836), nin do contemplado no art. 161.2 CE. Tampouco se pode considerar unha variante de ningún dos procedementos que, ao abeiro da epígrafe d) do art. 161.1 CE, foron creados polas «leis orgánicas» e 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) CE, que habilita ao lexislador orgánico para lle atribuír á xurisdición do Tribunal Constitucional a competencia para coñecer «das demais materias» non contempladas nos preceptos*



*constitucionais sempre que a devandita 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 de 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. A tal defensa fronte a invasións provocadas por actos ou normas infralegais podía substanciarse, desde logo, ante o Poder Xudicial (art. 153.c CE [RCL 1978, 2836]; art. 63.2 da Lei reguladora das bases do 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 de 1998). 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; isto, 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 xullo [RTC 1981, 31], F. 5; 214/1989, do 21 de decembro [RTC 1989, 214], F. 1)».*

## **B) Obxecto**

O artigo 75 bis LOTC sinala:

*“1. Poderán dar lugar á interposición 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 interpoñer este recurso aparece regulada no artigo 75 ter LOTC.

*“Están lexitimados para interpoñer estes conflitos:*

*a) O municipio ou provincia que sexa destinatario 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 apartado anterior, e de maneira previa á formalización do conflito, deberá solicitarse ditame, con carácter preceptivo pero non vinculante, do Consello de Estado ou órgano consultivo da correspondente comunidade autónoma, segundo que o ámbito territorial ao que pertenzan as corporacións locais corresponda a*

*varias ou a unha comunidade autónoma. Nas comunidades autónomas que non dispoñan de órgano consultivo, o ditame correspóndelle ao Consello de Estado.*

*4. As asociacións de entidades locais poderán asistir os entes locais lexitimados a 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 aos que se refire o artigo 75 *ter*, deberán solicitarse 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 interpoñer o conflito ante o Tribunal Constitucional, acreditando o cumprimento dos requisitos esixidos no artigo anterior e alegando os fundamentos xurídicos en que se apoia.

#### E) Tramitación

A tramitación do recurso aparece regulada 75 *quinquies* LOTC:

*“1. Interposto o conflito, o Tribunal poderá acordar, mediante auto motivado, a súa inadmisión por falta de lexitimación ou outros requisitos esixibles e non emendables, ou cando estivese notoriamente infundada a controversia suscitada.*

*2. Admitido a trámite o conflito no termo de dez días, o Tribunal dará traslado deste aos órganos lexislativo e executivo da comunidade autónoma da que tivese emanado a lei, e en todo caso aos órganos*

*lexislativo e executivo do Estado. A comparecencia e a formulación de alegacións deberán realizarse no prazo de vinte días.*

*3. A formalización do conflito seralles notificada aos interesados e publicado no correspondente Diario oficial polo propio Tribunal.*

*4. O Tribunal poderá solicitar das partes cantas informacións, aclaracións ou precisións coide necesarias para a súa decisión e resolverá dentro dos quince días seguintes ao termo do prazo de alegacións ou do que, cando corresponda, se fixase para as informacións, aclaracións ou precisións complementarias antes aludidas”.*

#### F) Sentenza

En relación coa sentenza, o artigo 75 *quinquies*, parágrafos 5 e 6 e o artigo 75 bis.2 sinalan:

- A sentenza declarará se existe ou non vulneración da autonomía local constitucionalmente garantida, determinando, segundo proceda, a titularidade ou atribución da competencia controvertida, e resolverá, cando corresponda, o que proceda sobre as situacións de feito ou de dereito creadas en lesión da autonomía local.

- A declaración, se procede, de inconstitucionalidade da lei que deu lugar ao conflito requirirá nova sentenza se o pleno decide formular a cuestión tras a resolución do conflito declarando 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 a todos os poderes públicos e terá plenos efectos fronte a todos.

## **IMPUGNACION DE DISPOSICIÓN E RESOLUCIÓN 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 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 deslinde 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 meramente 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 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 que coincidente nos seus trámites co conflito positivo de competencias, (por remisión do art. 77 aos arts. 62 a 67 da Lei orgánica) atopa substantividade propia precisamente en supostos, coma o presente, nos que o Goberno imputa a unha disposición sen forza de lei dunha comunidade autónoma —ou, de ser o caso, a unha resolución dalgún dos seus órganos— un vicio de inconstitucionalidade que, ao non consistir na infracción da orde constitucional de distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas, non 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) 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 ao Estado e as comunidades autónomas ou a estas entre si acerca da 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 as comunidades autónomas (art. 59 LOTC)’» (F. 1)”.*

A súa regulación legal establécese nos artigos 76 e 77 LOTC, e as súas principais peculiaridades son:

#### A) Formalización

*“Dentro dos dous meses seguintes á data da súa publicación ou, na súa ausencia, desde que chegase ao seu coñecemento, o Goberno poderá impugnar perante 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 a 67 da lei.

#### C) Suspensión

*“A formulación da impugnación comunicada polo Tribunal producirá a suspensión da disposición ou resolución recorrida ata que o Tribunal*

*resolva ratificala ou levantala en prazo non superior a cinco meses, agás que, con anterioridade, tivese ditado sentenza” (artigo 77 LOTC).*

**Javier Suárez García**  
**Avogado do Estado**

### **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 Universidad Textos, 1984.

## **II. DEREITO AUTONÓMICO E DEREITO LOCAL.**



# **1. A AUTONOMÍA GALEGA. ORIXE E EVOLUCIÓN. O ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA. O ESTATUTO COMO NORMA AUTONÓMICA E COMO NORMA DO ESTADO. ESTRUTURA E CONTIDO. A REFORMA DO ESTATUTO.**

## **TEMA 1**

### **A AUTONOMÍA GALEGA: ORIXE E EVOLUCIÓN. O ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA. O ESTATUTO COMO NORMA AUTONOMICA 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 puido aprobalo definitivamente como consecuencia da guerra civil.

A disposición transitoria segunda da Constitución de 1978, na 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 amparo da Constitución de 1931.

Como é sabido, a Constitución republicana definiu o “Estado Integral” nunha solución de compromiso entre unitarios e federais . Malia as confesadas influencias do Dereito comparado, singularmente das Constitucións alemana 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 ao longo da II República son obxecto de profundos debates historiográficos, pero si transmiten con bastante claridade a existencia dunha idea que choca coa realidade autonómica actual: a constitución selectiva de territorios autónomos, en principio limitados aos casos catalán, vasco e galego. De feito, estes serán á postre os únicos estatutos que chegaron a aprobarse polas 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, se ben en certos aspectos a regulación xurídica é francamente alonxada.

Nesta orde de cousas a elección popular, directa e secreta do presidente de Galicia capacitado para designar e cesar ao presidente da Xunta é un exemplo claro dun esquema bicéfalo alleo ao contido do actual Estatuto que como é ben sabido concentra ambas 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 contempla 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 poden atenderse dende o nivel

administrativo de Galicia. No ámbito competencial económico financeiro sempre foi posto en valor dende ámbitos galeguistas o instrumento dun banco público autonómico que se ben debía respectar principios esenciais da lexislación estatal, podería levar a cabo servizos recaudatorios de tesourería 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 achegarse á tradución en 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 xeito moi parello ao establecido no Estatuto de 1981 aos notarios se lles daba preferencia para a provisión dos postos aos que puidesen documentar coñecemento da lingua e do dereito de Galicia.

A cuestión lingüística completábase cun mandato estatutario referido ao ámbito educativo, dispoñendo 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

recordar 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 de goberno e acabou plasmándose no RD 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 ao 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 estatuinte 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 rexia.

Oito destes foron elixidos polos parlamentarios de cada provincia illadamente, outorgándose un par a cada unha delas e os tres remanentes serán elixidos polos anteriores. Ademais participaría na Xunta galega un representante de cada unha das deputacións provinciais dispoñéndose para tal efecto 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 relacionáronse 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 afecten aos intereses galegos.

Dende o punto de vista do réxime xurídico paga a pena ser destacado que dende 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 sorte de tutela estatal de oportunidade.

O acto de constitución oficial da Xunta preautonómica celebrouse no Pazo de Xelmirez 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 asemblea de parlamentarios galegos o día 5 de maio de 1979. Deste modo, o 25 de xuño a citada asemblea aprobou por unanimidade, agás 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 rematou o 21 de setembro. Produciuse aquí unha paralización na substanciación do Estatuto de Autonomía para Galicia, froito de fortes tensións políticas e que só puido superarse mediante a firma 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, sendo remitido para a súa ratificación polo Congreso dos Deputados na súa sesión do 17 de febreiro de 1981 e polo Senado o 17 de marzo, aprobándose 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:

“...Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución, y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco de la Constitución misma (así desde el principio, STC 4/1981, de 2 de

febrero, FJ 3). Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes. Ciertamente, no faltan en ningún Ordenamiento normas jurídicas que, al margen de la Constitución stricto sensu, cumplen en el sistema normativo funciones que cabe calificar como materialmente constitucionales, por servir a los fines que conceptualmente se tienen por propios de la norma primera de cualquier sistema de Derecho, tales como, en particular, constituir el fundamento de la validez de las normas jurídicas integradas en los niveles primarios del Ordenamiento; esto es, en aquellos en los que operan los órganos superiores del Estado. Sin embargo, tal calificación no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico, y, por más que sea conveniente para la ilustración de los términos en los que se constituye y desenvuelve el sistema normativo que tiene en la Constitución el fundamento de su existencia, en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal. En nada afecta, en definitiva, a la subordinación a la Constitución de todas las normas que, sea cual sea su cometido con una perspectiva material o lógica, no se integran en el Ordenamiento bajo la veste de la Constitución formal; única que atribuye a los contenidos normativos –también a los que materialmente cupiera calificar de extraños al concepto académico de Constitución– la posición de supremacía reservada a la Norma Fundamental del Ordenamiento jurídico...”

Hai que comezar dicindo que tanto na doutrina italiana coma na española, existe un amplo acordo en considerar que, dende un punto de vista político-funcional, os estatutos desempeñan nas CCAA un papel equivalente ao que ten atribuído a 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 lle corresponde a regulación da estrutura organizativa básica da CA de que se trate, así como o establecemento das regras fundamentais ás que se han de suxeitar os órganos autonómicos para levar a cabo a súa actividade.
- porque correspóndelles 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 dende unha óptica política, o certo é que, como acertou GARCÍA DE ENTERRÍA, resulta cuestionable en termos xurídicos. En efecto, mentres que o caso dos chamados estados federais en sentido estrito, a orde xurídica fundamental das colectividades membros vén determinado pola súa propia Constitución federal, no caso español pola contra, o que acontece é que a orde xurídica fundamental das Comunidades Autónomas non a constitúe unicamente o Estatuto de autonomía, senón que aquel está integrada por la Constitución Española e tamén polos Estatutos de Autonomía.

En todo caso, importa poñer de relevo 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 acontece é que, dende unha perspectiva politolóxica, os estatutos adquiren a virtualidade de ser a "prolongación natural" dun proceso constituínte, que se xuridicamente aparece pechado dende 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, esixe 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, a pesar de estar enunciado como lei

orgánica polo art. 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. Interrogante que foi contestado de moi diversos xeitos pola nosa doutrina.

Podemos considerar aos Estatutos como normas do Estado e como normas autonómicas, é dicir, son as dúas cousas, atendendo a varias razóns:

- a súa orixe
- a súa aprobación
- a súa posición respecto a na propia Constitución.

Son expresión do principio autonómico en canto que, (fora dos supostos específicos do art. 144 b) e c)), a súa formación:

- comezou cunha "iniciativa autonómica" (art. 143 e 151)
- continuou cunha elaboración formulada polas representacións do territorio de que se trataba (art. 146)
- no caso dos Estatutos do nivel superior de autonomía, se prolongou na propia fase de aprobación polas Cortes Generales, en canto que tal fase se requiriu como "un común acordo para a súa formulación definitiva", acordo que ás Cortes como tales correspondeu unicamente ratificar ou non (art. 151.2).

Ademáis, o principio autonómico presente nos Estatutos faise visible na técnica da rixidez de que, unha vez aprobados, lles 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 precísao o art. 147.1 CE: "os estatutos serán a norma institucional básica de cada CCAA e o Estado recoñeceraos e amparará como parte integrante do seu ordenamento Xurídico". O Estatuto, con independencia do seu

proceso de formación, é unha lei orgánica das Cortes Generales (art. 81.1, 146, 147.3, 151). Pero acaso pode ter maior interese insistir en que o Estatuto é unha norma propia do Estado global pola súa propia función e contido, en canto que 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 de cada autonomía en particular, co que o ordenamento autonómico respectivo ha de encontrar no seu Estatuto a súa norma suprema, aínda que "dentro do marco establecido na CE" como reza o art. 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 veñen a ser moi parecidas. 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 ten que 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 sorte 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 os dous. 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; e
- 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 reconece e ampara aos 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 teñen recoñecido un poder de emenda sobre o texto Estatutario de que coñecen: as nosas Cortes Xerais non se encontran condicionadas polo proxecto de Estatuto que lle presenta a Asemblea redactora, de maneira que poden introducir nel cantas modificacións estimen pertinentes, sen máis límite na súa actuación que o do respecto ao contido autonómico mínimo garantido pola Constitución (non poden privar á futura Comunidade Autónoma do

seu carácter de centro autónomo de decisión política, para convertelo nun simple ente administrativo territorial).

Para ilustrar a situación actual dista problemática débese acudir ao fundamento xurídico 5º da sentenza do Tribunal Constitucional 31/2010 do 28 de xuño que conclúe:

“...La naturaleza y la función constitucionales de los Estatutos de Autonomía determinan su posible contenido. Del mismo forma parte, en primer lugar, y como ya hemos dicho, el minimum relacionado en el art. 147.2 CE. También por disposición constitucional expresa, las materias referidas en determinados preceptos de la Constitución. En ambos casos puede hablarse de un contenido estatutario constitucionalmente explícito. Cabe junto a él un contenido implícito por inherente a la condición del Estatuto como norma institucional básica (art. 147.1 CE), con cuanto ello implica en términos de autogobierno, de autoorganización y de identidad. Con ese título pueden integrarse en los Estatutos previsiones y disciplinas muy dispares, aunque siempre dejando a salvo, como es evidente, las reservas establecidas por la Constitución en favor de leyes específicas o para la disciplina de materia orgánica no estatutaria. Y, dada la apertura y flexibilidad del modelo territorial, serían constitucionalmente admisibles Estatutos de Autonomía dotados de un contenido más amplio que el que resulta del mínimo necesario del art. 147.2 CE. Hasta el punto de que su delimitación sólo podría realizarse, desde esta jurisdicción, mediante la garantía de la observancia de ciertos límites. En el entendido de que constitucionalmente tienen igual cabida una concepción restringida del contenido material de los Estatutos (limitada al mínimo explícito) y un entendimiento más amplio, supuesto en el que el mínimo a garantizar por este Tribunal no es ya el que asegura la existencia, la identidad y las competencias de la Comunidad Autónoma, sino el que resulta, por un lado, de los límites que marcan la divisoria entre la Constitución y los poderes

constituídos, y, por outro, de aqueles que permiten la eficacia regular del sistema en su conjunto...”

## **ESTRUTURA E CONTIDO DO ESTATUTO DE GALICIA**

Pasando ao análise do noso Estatuto temos que lembrar que a estrutura formal do Estatuto de Galicia é a seguinte:

	Artigos
• <a href="#">Título Preliminar</a>	1 -8
• Título Primeiro. <a href="#">Do poder Galego</a>	9 -26
Capítulo I. <a href="#">Do Parlamento</a>	10 -14
Capítulo II. <a href="#">Da Xunta e do seu Presidente</a>	15 -19
Capítulo III. <a href="#">Da Administración de Xustiza en Galicia</a>	20 -26
• Título Segundo. <a href="#">Das competencias de Galicia</a>	27 -38
Capítulo I. <a href="#">Das competencias en xeral</a>	27 -36
Capítulo II. <a href="#">De Réxime Xurídico</a>	37 -38
• Título Terceiro. <a href="#">Da Administración Pública galega</a>	39 -41
• Título Cuarto. <a href="#">Da Economía e a Facenda</a>	42 -55
• Título Quinto. <a href="#">Da Reforma</a>	56 -57
• <a href="#">Disposicións Adicionais</a>	
• <a href="#">Disposicións Transitorias</a>	

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, 19-7-96). 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 básica lei 3/1983, do 15 de xuño, de normalización lingüística. DOG nº. 84, 14-7-83). No mesmo plano simbólico se establece a bandeira, o escudo e o himno propios de Galicia (Lei 5/1984, do 29 de maio, de símbolos de Galicia. DOG nº. 120, 23-6-84).

No título primeiro do Estatuto regúlase o poder galego. Baixo esta rúbrica 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 (Regulamento 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 á 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,

24-7-82 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, efectivizada 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, 9-7-85).

O poder executivo de Galicia componse pola Xunta e o seu presidente. Este último dirixe e coordina a acción do goberno e ostenta 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, 21-3-83).

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 que 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 dende 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, no 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",



sendo 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 presupostario 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, establecéndose, de modo paralelo ao do texto constitucional, dúas vías para a revisión, segundo as materias ás que afecte esta.

## **A REFORMA DO ESTATUTO.**

A problemática da reforma do Estatuto de Autonomía para Galicia pode ser abordada dende varias perspectivas complementarias pero moi heteroxéneas entre si. Non se farán aquí enfoques que poden ser de grande interese como os estritamente políticos, sociolóxicos ou económicos, senón que presentaranse reflexións de tipo xurídico cando xa teñen transcorrido máis de trinta anos dende 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 hoxendía e por iso a reforma responde as novas demandas da sociedade galega actual.

En segundo lugar acudindo o 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 atopa nel os seus límites e procedementos de actuación. Modificar o Estatuto de Autonomía non supón destruílo senón axeitalo á realidade histórica e inseríalo máis acadamente 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, tentar de actuar competencias que están reservadas estatutariamente. Esta última reflexión ten particular interese dende a perspectiva das minorías que sempre estarán protexidas polo contido da norma respecto á actuación dos poderes que son dominados polas maiorías políticas.

Cando de reforma estatutaria se fala é preciso aportar 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 insito.

En efecto, como é ben sabido os textos xurídicos de carácter político, tales como as Constitucións ou os Estatutos de Autonomía traen tras de si 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 a súa mellora e actualización precisa, de xeito incuestionable, da exésese da actuación en primeiro lugar

do Tribunal Constitucional, que a través das súas sentencias ten delimitado a interpretación do alcance do Estatuto ó 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, isto é, cambios no contido do Estatuto de Autonomía operados por vía xurisprudencial, lexislativa ou regulamentaria, sen terse 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:

“...Por lo demás, hay que señalar que el Presidente de cada una de las Comunidades Autónomas (que es nombrado por el Rey, art. 152.1 CE) es, por declaración constitucional (en el mismo art. 152.1 CE), el representante ordinario del Estado en la Comunidad Autónoma y que en el acto de convocatoria del referéndum de reforma estatutaria que ahora examinamos actúa en calidad de tal, dado que dicho acto, a diferencia del de iniciativa de la reforma, no es de naturaleza exclusivamente autonómica, sino de naturaleza estatal, al insertarse en la fase última o definitiva de adopción de una norma del Estado cuyo texto ya ha recibido la aprobación de las Cortes Generales [art. 222.1 d) EAC, como así también sucede en el art. 223.1 i) EAC]. Por ello, al convocar, lo hace, no en representación de la Comunidad Autónoma (art. 152.1 CE), sino en

representación del Estado (en su otra cualidad institucional, según el mismo art. 152.1 CE), lo que significa, más específicamente aún, en nombre del órgano estatal, el Rey, que tiene atribuida de modo general [art. 62 c) CE] dicha función. De ahí que el art. 62 c) CE no suponga obstáculo para que el Presidente de la Comunidad Autónoma convoque el referéndum de reforma estatutaria. Como tampoco hay obstáculo constitucional para que, estándole también atribuida al Rey la función general de promulgar las leyes [art. 62 a) CE], las autonómicas las promulgue el Presidente de la respectiva Comunidad Autónoma en nombre del Rey. De ese modo han de ser entendidos los preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña que ahora estamos examinando.

En consecuencia, en razón a lo expuesto, ha de concluirse que la dicción del art. 62 c) CE no se opone a que los referenda de reforma estatutaria, una vez autorizados por el Estado, sean convocados por el Presidente de la respectiva Comunidad Autónoma siempre en nombre del Rey.

Interpretados en esos términos, los arts. 222.1 d) y 223.1 i) EAC no son contrarios a la Constitución, y así se dispondrá en el fallo...”

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 á referendo positivo do pobo galego. Obviamente, as consecuencias que a rixidez estatutaria teñen 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 na que se reflexa o anxeio de autonomía de Galicia e que recibe por outra banda a protección de todos os órganos do Estado ao integrarse dentro do seu ordenamento xurídico.

Se as reformas lexislativas 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 mudado. Por estas ideas, o noso texto estatutario consagra unhas vías de cambio con certas garantías que se apartan da simple reforma normativa de calquera outra lei ordinaria.

A que segundo temos apuntado se configura como natureza semellante á constitucional dos estatutos, non deben 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 regulamentábase a reforma, distinguindo que esta afectase á Constitución de 1931 e ás relacións co Estado ou non afectase a tales ámbitos. Este punto de partida é o que hoxendía 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 levarse a cabo polo Parlamento de Galicia e ser sometida posteriormente a referendo.

No caso da reforma non se encadrara no primeiro dos supostos descritos, o procedemento variaba segundo a iniciativa partira de Galicia ou do Estado, establecéndose para isto distintas fases, se ben 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 estaba a suscitar, 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 contemplaba un único procedemento para a reforma, establecendo ademais unha cláusula de intanxibilidade, isto é, a limitación da reforma estatutaria en relación con certas materias, en concreto con aquelas que puidesen supoñer 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 de aprobar 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 cercana 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 lles atribúe a iniciativa ás Cortes Xerais, describindo que a

reforma dos estatutos nas nacionalidade 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 xeito, existe unha dobre vía ordinaria e extraordinaria en común en ambos textos estatutarios, podendo iso si, subliñarse, que no caso galego a maioría parlamentaria esixida é dos dous terzos dos deputados, namentres que no País vasco só se esixe 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 renuente 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, namentres non transcorra un ano.

O Estatuto de Autonomía para Galicia regula, nos seus artigos 56 e 57, o procedemento de reforma, dedicando respectivamente o primeiro destes artigos ao procedemento que se pode chamar ordinario e o segundo ao procedemento especial.

#### **Art. 56:**

1. a reforma do Estatuto farase conforme ao seguinte procedemento:
  - a) a iniciativa de reforma corresponderalle á Xunta, ao Parlamento galego, por proposta dunha quinta parte dos seus membros, ou ás CCGG
  - b) a proposta de reforma requirirá, en todo caso:
    - a aprobación do Parlamento galego por maioría de dous terzos,
    - a aprobación das CCGG mediante lei orgánica,
    - o referendo positivo dos electores

2. se a proposta de reforma non é aprobada polo Parlamento galego ou polas CCGG ou non é confirmada mediante referendo polo corpo electoral, poderá ser sometida novamente a debate e votación do Parlamento mentres non transcorra un ano
3. a aprobación da reforma polas CCGG, mediante lei orgánica, incluírá a autorización do Estado para que la CCAA galega convoque o referendo a que se refire o parágrafo b) do apartado 1 deste artigo.

**Art. 57:**

A pesar do disposto no artigo anterior, cando a reforma teña por obxecto a simple alteración da organización dos poderes da CA e non afecte ás relacións das CCAA co Estado, poderase proceder do seguinte xeito:

- a) elaboración do proxecto de reforma polo Parlamento de Galicia
- b) consulta ás CCGG
- c) se no prazo de 30 días posteriores á recepción da consulta prevista no apartado precedente, as CCGG non se declarasen afectadas pola reforma, convocarase, debidamente autorizado, un referendo sobre o texto proposto
- d) requirirase finalmente a aprobación das CCGG mediante lei orgánica.
- e) se no prazo sinalado na letra c) as Cortes se declarasen afectadas pola reforma, esta terá que seguir o procedemento previsto no art. anterior, dándose por cumpridos os trámites do apartado a) do nº1 do mencionado artigo.

A coincidencia na redacción dos artigos 56 a 57 do Estatuto de Galicia é moito maior cos preceptos que regulaban estas cuestión nos estatutos de Cataluña e Andalucía na súa redacción anterior á actual.

En todo caso, hai que sinalar que o procedemento galego establece moitas reservas en relación á posible reforma, tanto respecto das iniciativas nadas na Comunidade Autónoma, como aquelas que proveñen do Estado.



Este dato vai a resultar rechamante en relación coa análise das regulacións estatutarias das comunidades autónomas que accederon á autonomía pola vía gradual previstas no artigo 143 da Constitución. Deste xeito, nestas comunidades se permite en algúns 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 procedeu a dar audiencia a un amplo número de entidades afectadas, tamén de carácter territorial.

Por outra banda, os estatutos de vía lenta establecen tamén unha maioría cualificada cando a reforma supón a asunción de novas competencias, de tal xeito que simplemente con maioría absoluta se fai posible a ampliación competencial.

Finalmente, hai que reseñar 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 proponendo solucións alternativas.

Como se pode observar, a variedade de regulación autonómica é manifesta e pon de manifesto 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 art. 56 EAG. Regula este precepto varias cuestións básicas do procedemento:

- iniciativa que é tripla: Xunta, Parlamento (quinta parte dos seus membros) ou Cortes Xerais
- 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.
- a aprobación da reforma polas CCGG inclúe a autorización para que a CA 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.

Compre precisar algúns aspectos previstos no artigo 56 do Estatuto de Autonomía de Galicia para delimitar o seu concreto alcance.

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 xeito xenérico, a calquera reforma estatutaria co único límite das materias previstas no artigo 57 do Estatuto.

En coherencia a aqueles cambios na redacción que impliquen simplemente a organización de poderes da nosa comunidade e que non afecten ás relacións co Estado, atoparán o seu correcto encaixe na canle do 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 á configuración do Parlamento unicameral, a designación do presidente de entre os parlamentarios e a súa posibilidade de cese pola Cámara ou á configuración electoral provincial das eleccións ao Parlamento.

Por outra banda, e en relación ao procedemento de reforma tense criticado 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 dende a perspectiva dunha reforma estatutaria autonomista para a que parece máis axeitada 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 so entre forzas políticas senón tamén entre institucións representativas territoriais e nacionais, resulta imprescindible cando de reforma estatutaria estamos a falar.

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, dende 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 elo comprobar a solución que no seu momento se deu no caso andaluz e as críticas doutrinais que trouxo consigo.

O procedemento menos ríxido e máis expeditivo previsto no artigo 57 do Estatuto de Autonomía para Galicia sería de utilización nos casos nos que non existisen interferencias dos poderes centrais para acadar 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 ás relacións co Estado. Un criterio lóxico é considerar que o Parlamento español como depositario da soberanía nacional é quen 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 Constitución a decisión estritamente xurídica no caso de suscitarse conflitividade constitucional ao respecto.

O texto do Estatuto permaneceu inmodificado ata hoxe en día constando dun título preliminar e 5 títulos que conteñen 57 artigos, 4 disposicións adicionais e 7 disposicións transitorias.

Tan só cabe citar pola existencia dunha previsión estatutaria para o efecto, a Lei 18/2002, da 1 de xullo, do réxime de cesión de tributos do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia e de fixación do alcance e condicións da devandita cesión. Neste sentido modifícase o contido do apartado 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, polo mesmo escrito, se solicitaba a creación no seo da devandita Comisión dunha Ponencia conxunta paritaria para elaborar unha proposición de lei de modificación do devandito 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, incluíndo neste: 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, quen decidiran axilizar os traballos e puxeran 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 se continuarían ata despois das eleccións municipais de maio de 2007. Na lexislatura iniciada en 2009 non se teñen retomado os traballos de reforma.

Xosé Antón Sarmiento Méndez  
Profesor de Dereito Constitucional da Universidade de Vigo

TEMA ELABORADO A PARTIR ENTRE OUTRA DA SEGUINTE BIBLIOGRAFIA 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

## **2. BASES FUNDAMENTAIS DA AUTONOMÍA GALEGA. O TERRITORIO. OS SÍMBOLOS. A LINGUA E A 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 RECOÑECEMENTO DA GALEGUIDADE. A CONDICIÓN 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 FERNANDEZ-VALMAYOR, é necesario prantexarse a seguir a cuestión de si de elo ha de derivarse 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. O apartado primeiro do artigo 37 determínase taxativamente que “as competencias da Comunidade Autónoma de Galicia enténdense referidas ao seu territorio”. Todas as normas atributivas de competencia á Comunidade Autónoma conlevan sempre esta limitación territorial; como dixo o Tribunal Constitucional (sentencia 88/1989, de 11 de maio) “a conexión territorial das competencias incorpórase a cada norma atributiva contida no Estatuto; atribución competencial que, polo demais, en moitos casos, ven tamén efectuada en base ao criterio do territorio.

Cabería preguntarse, seguindo ao egregio profesor compostelán citado, pois se impide esta conexión territorial das competencias toda produción de efectos extraterritorias no exercicio das mesmas.



O Tribunal Constitucional na súa sentenza 37/1981, de 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 en modo algún, que lle estea vedado por elo aos seus órganos, en uso das súas competencias propias, adoptar decisións que podan producir consecuencias de feito en outros 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 puideran orixinar consecuencias máis aló 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 sí é en opinión de PRECEDO LEDO, un plano imprescindible de actuación para a mellora da calidade de vida dos cidadáns de Galicia.

Pola súa banda 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 coma no seu día apuntou BÉRTOLO CADENAS, a ámbito territorial local é un dos que máis influencia constitucional tivo e respecto dos que máis novidades lexislativas cabería esperar.

A citada sentenza afirme que a cuestión formulada polo Parlamento e a Xunta de Galicia en relación ao parágrafo 2º do artigo 42 esixe ter en conta que, de acordo co disposto nos arts. 2.1 e 3, 27.2 e 40 EAG, a bisbarra 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: arts. 2, 5.1 e 3 EAC), leva consigo un efecto fundamental, consistente en que a regulación e constitución da bisbarra 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 ao 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 bisbarras non aparecen dotadas de ningunha garantía estatutaria, ao non ser senón entes continxentes en función da decisión que adopte o lexislador autonómico, o cal, se ben poderá dispoñer sobre a constitución e creación de tales entes, deberá facelo, en todo caso, con suxeición ás esixencias determinadas pola lexislación básica estatal. Lexislación básica estatal á que o propio Estatuto apela expresamente, razón pola cal, en si mesmo considerado, o artigo 42.2 LRBRL que se impugna, non pode considerarse que invada ou vulnere as competencias autonómicas na materia.

É certo que co exposto non queda esgotada a cuestión, xa que puidese suceder que, polo seu contido, o artigo 42.2 LRBRL desbordase 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 bisbarra se proxecta na creación dun ente que, como vimos, nin é elemento necesario da organización territorial da Comunidade Autónoma, nin goza, por iso, de garantía estatutaria ningunha.

"

CARBALLEIRA RIVERA ten chamado 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 do entramado administrativo galego.

## **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 do noso Estatuto prevé:

*"1. A bandeira de Galicia é branca cunha banda diagonal de cor azul que a atravesa dende o ángulo superior esquerdo ata o inferior dereito.*

*2. Galicia ten himno e escudo propios."*

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 ao 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 precisiones 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 límtase a regular a oficial, isto é, a que vai cargada con escudo, e a facer as previsións precisas no tocante ao seu uso e ás súas precedencias.

A bandeira de Galicia é branca cunha banda diagonal de cor azul que a atravesa dende 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, se deduce que a bandeira galega "conta polo menos catro séculos de existencia", se ben 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, sendo 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 "no folio catro volto... copón ben estilizado e enchendo o máis posible o campo do escudo". Enriba da composición está escrita a palabra Galiscién (Galicia).

JOSEPH DE AVILÉS, na súa "Ciencia heroica", definiuno así posteriormente: "O reino de Galicia en España trae campo de azur sementeira de cruces recrucetadas e a pé, fixado de ouro, e un copon o caliz cuberto do mesmo".

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, pechada, que é un círculo de ouro, engastado de pedras preciosas, composto de oito floróns de follas de acanto, visibles cinco, interpoladas de perlas e de cada unha das súas follas saen 5 diademas sumados 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 ás 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, imprimidos, 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, se situará á súa esquerda dende a presidencia se a houbese, 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 contemplan”. A protección penal, como sabemos, non pode ser outorgada mediante leis autonómicas posto que pola natureza de lei orgánica que se esixe 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 veu a ser asentada, no sentido de reforzar a seguridade xurídica, pola sentenza 118/1992 ditada polo Tribunal Constitucional o 16 de setembro dese ano. Nela se declara a inconstitucionalidade do artigo 10 apartado 3.º da Lei 39/1981 que presumía a publicidade nos ultraxes e ofensas ás bandeiras aos 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 xeito igual os símbolos estatais e autonómicos no ámbito sancionador.

Distinta protección é a contemplada pola disposición transitoria segunda da lei de símbolos de Galicia na que, sen prexuízo de admitir a necesidade de

que os símbolos galegos naquel momento existentes deban axustar 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 da que sexan parte ornamental importante ou se a súa estrutura se poidese danar ao separar os escudos. Esta disposición resulta de polémica aplicación cando os escudos existentes pertencen a rexímenes 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 da nosa Comunidade, como sinal de identificación e diferenciación de Galicia. O Estatuto de Autonomía, como lembrou 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 coñecelos e usalos.*

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



#### *4. Ninguén poderá ser discriminado por razón 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 suñado por GOMEZ-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 son oficiais en Galicia e que todos teñen 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. dispoñerán 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 se garantirá a igualdade de competencia lingüística nos dous idiomas oficiais. Nesta mesma liña, e dende 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 á obtención dunha competencia adecuada en lingua galega no ensino obrigatorio, sen o establecemento dun número ou porcentaxe mínima de materias impartidas en lingua castelá, o cal “podería chegar a cambiar o modelo de conxunción de linguas desenvolvido en Galicia dende 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 no 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. que teña como obxectivos 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) extranxeira(s).

Ademais da normativa citada aprobouse 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, para 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 orde ao 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 busca dun clima social e político que multiplique os esforzos que se veñen realizando para a recuperación do uso normal da nosa lingua.

A existencia do Consello da Cultura Galega vén determinada polo artigo 32 do Estatuto de Galicia, e responde ás obrigas 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 ha de 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 atinxe ás múltiples facetas da vida do home e das sociedades. Por iso, as leis das nacións e os tratados e convenios

defenden, a un tempo, o dereito de todos a ser participes do cultivo do espírito, a asumir os seus valores vixentes, a gozar, 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 á nosa nacionalidade e o programa, fondo 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 na que os poderes públicos, lonxe de distanciarse dos problemas culturais e de desatendelos, tenden a interesarse profundamente por eles. Por sorte, os procesos de resurdimento 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 abranguida pola Comunidade Autónoma.

O Consello que a Lei crea procura 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 hai que dicir que os precedentes lexislativos orientados á protección e conservación do patrimonio histórico, á marxe das súas profundas raíces que se somen no mundo romano e percorren no tempo un longo periplo, teñen as súas pegadas máis recentes na sempre meritória e respectada Lei do 13 de maio de 1933, fonte inesgotable cargada entón de modernidade e á que as

formulacións dos tempos chamaron deseguida a un necesario relevo, impulsado sen dúbida polo nacemento da Constitución Española de 1978, que subliña con vehemencia a obriga de protexer e difundir o patrimonio histórico á vez que consagra o Estado das autonomías e a subseguente 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 cal o paso dos anos foi encargándose de proporcionar sólidos alicerces sobre os que levantar unha segura estada 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 desfrute 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:

- o patrimonio moble,
- o patrimonio inmobile e
- o patrimonio inmaterial, xa sexa de titularidade pública ou privada,

- 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.

En tanto 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, merecedores de ser conservados, pasan a integrar xunto cos anteriores o Inventario xeral do patrimonio cultural de Galicia.

1. No tocante ao réxime xeral de protección e conservación, establece tres graos diferentes, emanados das tres categorías establecidas, incidindo dun xeito máis notorio 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, á vez que se dotan dun contido claro e específico os plans dos conxuntos históricos.
2. En relación co patrimonio arqueolóxico, especifícanse e definen as actividades arqueolóxicas e as responsabilidades das intervencións, da mesma forma que se fai incidencia nas actuacións urxentes, autorizacións e todo aquilo que afecta, entre outros, aos 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, ha de 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 establecendo 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. Contémplase o réxime sancionador, establecendo tres clases de infraccións, así como as responsabilidades e os órganos competentes para facelas efectivas.

A Lei é tamén sensible ao importante papel que han de 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 CONDICIÓ DE GALEGO**

CORES TRASMONTE define á 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 suliñar que, en sentido xurídico, é galego o cidadán que vive en Galicia, entendendo por vivir ter vecindade nela.

Pola súa banda o Artigo 7 do Estatuto de Autonomía di:

*"1. As Comunidades galegas asentadas fóra de Galicia poderán solicitar, como tales, o recoñecemento da súa galeguidade entendida como o dereito a colaborar e compartir 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 devanditas 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 as devanditas Comunidades."*

Como sinalou PÉREZ GONZÁLEZ, este precepto está na liña do recoñecemento dun dereito de perfil socio cultural, excluída toda implicación de dereitos políticos.

As Cortes Xerais aprobaron a Lei 40/2006, 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 finais.

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 suliñar 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 axeitados para a cooperación e coordinación das Administracións Públicas neste sentido.
2. comprende unha relación sistemática de dereitos dos españois que residen no exterior, formulando, á súa vez, medidas e mecanismos que fagan efectivo o exercicio dos referidos dereitos e a súa materialización en determinadas prestacións. Ha de sinalarse que os dereitos e prestacións que se mencionan estaban nalgunha medida establecidos, se ben 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 abranguer 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 ao noso mercado de traballo.

4. contempla 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 prol 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.

Noutra orde de cuestións, a disposición adicional primeira crea o Portal da Cidadanía Española no Exterior, como punto de información integral en internet. Por outra parte, recóllese unha disposición derogatoria única, que derroga expresamente a Lei 33/1971, Xeneral 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. Corresponde 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*

*difículten 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 ou 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 dictou as Resolucions de 14 de setembro de 1983 e de 2 xaneiro de 1985, polas que se convocan dotacións económicas para o financiamento de programas de acción social.

"...as partes do presente conflito teñen centrado en boa parte a discusión nunha contraposición entre "interese galego" e o "interese xeral" (estatal); esta contraposición podería ser aceptable só alí onde houberse unha eventual discrepancia de intereses, podería resultar unha esixencia de equilibrar ou sacrificar, en prol 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 supoñer 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 tratarse 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, no seu caso, no artigo 149.1, pero ningún deles parece relevante no presente caso, onde tampouco se trata de impoñer 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 privadas, que gozan ademais ao respecto 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 axeitado 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, trátase de directrices, obxectivos ou mandatos aos poderes públicos autonómicos. Tales dereitos non poden afectar ao dereitos fundamentais, aos que 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 vecindade 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 ás leis procesais do Estado. En cambio, non considera ao 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 fondos debates no noso Dereito.

A categoría dos deberes constitucionais vén de ser 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. Résultame chamativo que se esqueza con suma facilidade a proclamación da Constitución española na que se establece a obriga de coñecer lo castelán para todos os cidadáns. Esta obriga contida 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 calqueira caso, e con independencia de factores de residencia ou vecindade.

O Tribunal Constitucional subliñou na súa Sentencia 84/1986, do 26 de xuño, pola que estimou parcialmente o recurso de inconstitucionalidade interposto contra determinados preceptos da Lei 3/1983, de 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 a obrigatoriedade do coñecemento do castelán.

Ademais, o noso alto Tribunal entende que a inexistencia dun deber constitucional do coñecemento do galego non garda relación algunha con outras competencias autonómicas como as que se refiren ao dereito dos galegos a coñecer e usa-la 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). Sen embargo a propia doutrina española (PRIETO DE PEDRO) tamén recoñece indirectamente a debilidade da regulación do artigo 3.1 da Constitución e intenta propoñer interpretacións conciliadoras que chirrian coa letra do precepto constitucional.

A Lei de normalización lingüística contén varios preceptos valeiros de contido xurídico como aquel que dispón que os poderes públicos de Galicia adoptarán as medidas oportunas para que ningún 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, apdos. 1 e 2 da LNL). Nun e noutro caso se trata de mandatos que se atopan no eido 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 dun xeito indirecto 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 ubicación 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 cousas, MARTÍNEZ SOSPEDRA entende que a libre determinación persoal non se agota no sistema de dereitos recoñecidos na Constitución, e así, dentro deste ámbito hai que incluír ó meu xuízo a liberdade lingüística e a imposibilidade de discriminación por esta causa.

O Tribunal Constitucional desbota a posibilidade de restrinxir o ámbito de deber do coñecemento do galego ao mundo dos valores, tal e como se demandou dende a defensa do texto legal feita polo Parlamento de Galicia. Como pode comprobarse o Tribunal optou de xeito 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 tenta de evitar a expulsión do ordenamento dos textos legais, dictar unha sentenza interpretativa que lle permitese ao Tribunal a reconducción 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, de 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 acontece, 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 se dar 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 da cal 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 deber de coñecer o galego establecido polo impugnado apartado "carece de esixibilidade coercitiva", está "referido ao mundo dos valores", e "terá, pois, que interpretarse como imperativo ético que, xuridicamente, non é esixible e se traduce nun deber social dos galegos como colectividade,

dirixido máis ben aos poderes públicos autonómicos". Agora ben, tal sentido e a súa interpretación non se desprenden do texto do apartado en cuestión, e non resulta tampouco, por amplo 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 coma "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 xulio, 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 a obriga 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 a ser recoñecido polo artigo 231.1 LOPJ. Agora ben, fronte a esa xeneralidade existen Comunidades Autónomas con estatuto de cooficialidade lingüística, estatuto que se traduce, entre outras cousas, 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 aps. 2 e 3 LOPJ. 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, a obriga do uso do castelán para os membros do Poder Xudicial e para o persoal ao servizo da Administración de Xustiza a petición dalgunha das partes (ap. 2) e a necesidade de traducir en determinados supostos actuacións e documentos (ap. 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 goza todo cidadán segundo o previsto polo artigo 24 CE se anoa á obriga de coñecemento do castelán (artigo 3.1 CE), obriga 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 na que se afirman os seguintes puntos esenciais: dun lado, a condición do catalán como lingua propia de Cataluña coas consecuencias que a iso anoa 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 de "a 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 tenor, transcende a mera descrición dunha realidade lingüística e implica a primacía dunha lingua sobre outra no territorio da Comunidade Autónoma, imponendo, 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 axeitadas 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 puidera ter. Non admitindo, polo tanto, o inciso " e preferente" do artigo 6.1 EAC unha interpretación conforme coa Constitución, ha de ser declarado inconstitucional e nulo... "

No tocante ao deber de coñecemento noso máis alto intérprete opina que:

"...El artículo 6.2 EAC sería inconstitucional e nulo na súa pretensión de impoñer un deber de coñecemento do catalán equivalente no seu sentido ao que se desprende do deber constitucional de coñecemento do castelán. Iso non obstante, 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 esixible" 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, FJ 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 á 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 esixible é ou non conforme coa Constitución

habará de verse no momento de examinar a constitucionalidade dos devanditos preceptos, tamén obxecto do presente recurso. Importa aquí unicamente, 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 esixible con carácter xeneralizado, o deber de coñecemento do catalán ten un obxecto propio que o xustifica como mandato e que permite interpretalo conforme á Constitución.

Interpretado neses termos, o artigo 6.2 EAC non é contrario á Constitución, e así dispoñeráse no fallo... "

Xosé Antonio Sarmiento Méndez

Profesor de Dereito Constitucional da Universidade de Vigo

#### 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 las Administraciones Públicas, Secretaría General 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.

### **3. ORGANIZACIÓN POLÍTICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. 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 E.A.G. regula os aspectos relativos á natureza, organización e funcións dos órganos da CCAA galega. O artigo 9 recolle a organización institucional e a ordenación normativa respectando como lembra PORTERO MOLINA o esquema clásico da división de poderes.

Dito isto hai que salientar dous aspectos claves, 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 a un sistema de representación proporcional, 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 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 RAMIREZ. 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 II 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 a 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 ao 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", establecendo no artigo 9 que "os poderes da CCAA se exercerán a través do Parlamento, da Xunta e 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 artigo 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 Galicia". A preeminencia do seu Presidente, posta en valor por SOLÉ TURA, non quebra o devandito 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 CCAA 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 ao 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 CCAA e a ordinaria do Estado naquela. O artigo 15.1 do EAG sinala que "o Presidente da Xunta ostenta a suprema representación da CCAA e a ordinaria do Estado en Galicia. Dirixe e coordina a acción da Xunta ou Goberno". 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 límtase a establecer unha remisión legal para a aprobación dun texto no que se fixe a sede das institucións autonómicas. Igualmente, establece un quorum reforzado consistente nos dous tercios dos membros do Parlamento de Galicia.

O primeiro problema que o intérprete do artigo referido atopa é o de dar axeitada utilización á expresión “Institucións autonómicas” contida no citado artigo do Estatuto. Cabería entender que estas institucións autonómicas fosen as estatutarias, é dicir, aquelas que aparecen citadas no texto do Estatuto de Autonomía. Nesta liña interpretativa estaríamos a falar 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 fosen creadas pola Autonomía. Así as 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 lexislativa tomada pola lei 1/1982, do 24 de xuño, de fixación da sede das institucións autonómicas.

En todo caso e dende o meu punto de vista, o precepto estutario 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.

A problemática da fixación das sedes das institucións autonómicas, recibe unha solución moi heteroxénea no dereito comparado, como ven de estudar PAREJO ALFONSO, que transcribo a seguir.

- En primeiro lugar aparecen aqueles Estatutos nos que directamente existe un pronunciamento respecto da capitalidade (Murcia e Navarra),
- nun segundo grupo están os que prevén a fixación da capitalidade pero a remisión da mesma a unha lei (Andalucía),
- outro grupo de estatutos non se pronuncia sobre a capitalidade, sendo este o máis numeroso (entre outros, Cataluña, Cantabria, Aragón e Madrid).
- Noutro plano se atopan 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 consisten 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 á fixación da sede das institucións autonómicas revela a importancia que, dende o punto de vista político, ten a ubicación dos órganos estatutarios. Esta ubicación é particularmente delicada cando estamos a falar 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 Sentencia do 29 de marzo de 1990, recaída en relación aos 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 párrafo 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, existindo, 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 se teñen pronunciado as sentencias 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 banda, que a sede do Parlamento, da Xunta, do seu Presidente e das consellerías é Santiago de Compostela. Este desglose específico do poder executivo pon de manifesto a intención do lexislador de remarcar, aun sin decilo expresamente, a capitalidade de Santiago. Seguidamente, no artigo segundo a lei di que o Tribunal Superior de Xustiza terá a súa sede na cidade de A Coruña.

Tal *corpus legislativo* necesitaba de ser aclarado e completado ( en contra da opinión de VILAS NOGUEIRA) e así a propia exposición de motivos da lei 4/2002, do Estatuto da Capitalidade da cidade de Santiago de Compostela, dí que busca a finalidade de completar a nivel normativo as determinacións contidas na lei 1/1982.

a. A base conceptual da capitalidade.

De conformidade ao que se preveía 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. Exemplo claro de isto é o establecemento de preminencia honorífica e protocolar para a corporación municipal compostelán, todo elo “dacordo coas leis”. 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).

Dende un punto de vista de técnica lexislativa, resulta particularmente criticable que, no tocante ao réxime xurídico a lei da capitalidade, veña a lembrar que o concello de Santiago ten personalidade xurídica e plena capacidade para o cumprimento dos seus fins, o que, o carón da inclusión exhaustiva do sistema de fontes do Dereito local español, fai do artigo 5 da lei unha norma inútil por obvia.

Igualmente e 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 levan consigo como no seu día apuntou para o caso estatal FERNÁNDEZ DURÁN, a existencia dunhos órganos propios e do recoñecemento dun ámbito de autonomía municipal reforzados. No caso de Santiago de Compostela non se atopan 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 Comun e o Decreto Autonómico regulador dos rexistros Telemáticos publicado do Diario Oficial de Galicia o 4 de abril de 2003.

b. Aspectos orgánicos.-

A existencia dun aparello 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 xeito 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 suñible deste novo órgano é a previsión de que emane un regulamento de funcionamento que, en todo caso deberá prever que os acordos do Consello se tomarán por consenso. Este extremo, resulta fundamentalmente problemático y 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 desglosanse basicamente en dous grupos. Por unha banda 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 banda, 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 financiación da capital están no cerne da regulación legal, e neste sentido como veñen de

recoñecer HÄUSSERMANN & SIMONS a importancia da conxuntura económica na estruturación das novas capitais resulta esencial.

A implementación orgánica das medidas que veño de comentar poden levar consigo a creación dun consorcio entre o Concello de Santiago e os Concellos limítrofes de conformidade ao disposto na Lei de Administración Local de Galicia. Este e outros instrumentos serverán 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 Policías 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, dispoñéndose 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 derradeira previsión legal da Lei Reguladora da Capitalidade non é por elo menos importante. Estoume a referir á necesidade de fixar un apartado específico nos Orzamentos da Comunidade Autónoma pola condición de capital de Galicia da cidade de Santiago. A tal efecto antes da elaboración do proxecto de Lei de Orzamentos o Consello da Capitalidade poderá emitilo 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 elo as previsións orzamentarias non deben de ser meras subvencións senon políticas públicas globais que fornezan o desenvolvemento da Capital e por ende 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 CCAA se articula un poder xudicial, tal impresión non ten fundamento ningún como apunta APARICIO PÉREZ. O artigo 152.1 da CE reconece expresamente a independencia do Poder Xudicial e a súa unidade. Hai unha manifesta imposibilidade de estruturar un poder xudicial das CCAA. As razóns serían as seguintes:

- A participación das CCAA 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 que se integrarán 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 lle parece afortunada a autores como MORENO CATENA.

A LOPJ contén normas relativas ao TSJ:

- a) O art 7.1 da LOPJ sinala que o TSJ tomará o nome da CCAA (TSXG) e estenderá a súa xurisdición ao ámbito territorial desta. Os criterios para fixar a sede determínanse na disposición adicional segunda da LOPJ
- b) Composición: o TSXG estará integrado por tres salas, do Civil e Penal, do Contencioso-Administrativo, e do Social. (Non pode esquecerseos 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 LOPJ 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 administrativo, 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 devandita 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 poderase interpoñer, cando proceda ante o Tribunal Supremo, o recurso de casación ou que corresponda segundo as Leis do Estado e, no seu 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 banda a lei orgánica do poder xudicial dispón que o Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Autónoma culminará 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. 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, no seu caso, das Seccións que poidan dentro delas crearse.

- **A Sala do Civil e Penal** do Tribunal Superior de Xustiza coñecerá, como Sala do Civil MORENO CATENA opina que 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 prevexa 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.

Esta Sala coñecerá igualmente:

- d) En única instancia, das demandas de responsabilidade civil, por feitos cometidos no exercicio dos seus respectivos cargos, dirixidas contra o Presidente e 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.
- e) 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.

f) Das cuestións de competencia entre órganos xurisdicionais da orde civil con sede na Comunidade Autónoma que non teña outro superior común.

- como Sala do Penal, corresponde a esta sala

a) O coñecemento das causas penais que os Estatutos de Autonomía reservan ao coñecemento dos Tribunais Superiores de Xustiza.

b) A instrución e o fallo 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 xurisdicionais da orde penal con sede na Comunidade Autónoma que non teñan outro superior común.

Para a instrución das causas a que se refiren os parágrafos a) e b) do apartado anterior designarase de entre os membros da Sala, conforme a unha quenda preestablecer, un instrutor que non formará parte desta para axuizalas.

Correspóndelle, igualmente, a decisión das cuestións de competencia entre Xulgados de Menores de distintas provincias da Comunidade Autónoma.

No caso de que o número de asuntos o aconselle, poderán crearse unha ou máis seccións e mesmo Sala do Penal coa súa propia circunscrición territorial naquelas capitais que xa sexan sedes doutras Salas do Tribunal Superior, para os efectos de coñecer os recursos de apelación aos que se refire o parágrafo c) do apartado 3 deste artigo. 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. e aquelas outras apelacións atribuídas

polas Leis ao Tribunal Superior. Os nomeamentos para maxistrados destas Seccións, por proposta do Consello Xeral do Poder Xudicial, recaerán naqueles maxistrados que, despois de permanecer durante os 10 anos inmediatamente anteriores na orde penal, ostenten maior antigüidade escalafonal.

● **As Salas do Contencioso-administrativo** dos Tribunais

Superiores de Xustiza coñecerán, en única instancia, dos recursos que se deduzan en relación con:

- a) Os actos das Entidades locais e das Administracións das Comunidades Autónomas, cuxo coñecemento non estea atribuído aos Xulgados do Contencioso-administrativo.
- b) As disposicións xerais emanadas das Comunidades Autónomas e das Entidades locais.
- c) Os actos e disposicións dos órganos de goberno das Asembleas lexislativas das Comunidades Autónomas e das institucións autonómicas análogas ao Tribunal de Contas e ao Valedor do pobo, en materia de persoal, administración e xestión patrimonial.
- d) Os actos e resolucións ditados polos Tribunais Económico-Administrativos Rexionais e Locais que poñan fin á vía económico-administrativa.
- e) As resolucións ditadas en alzada polo Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos.
- f) Os 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) Os convenios entre Administracións públicas cuxas competencias se exerzan no ámbito territorial da correspondente Comunidade Autónoma.

- h) A prohibición ou a proposta de modificación de reunións previstas na Lei Orgánica reguladora do Dereito de Reunión.
- i) Os 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) Calquera outras actuacións administrativas non atribuídas 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 ao 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 Xurisdición 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:

1º) En única instancia, dos procesos que a lei estableza sobre controversias que afecten a intereses dos traballadores e empresarios en ámbito superior ao dun Xulgado do Social e non superior ao da Comunidade Autónoma.

2º) 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.

3º) Das cuestións de competencia que se susciten entre os Xulgados do Social da Comunidade Autónoma. Trátase de competencias que en opinión de ZORRILLA RUIZ deben dar pe a unha ampla actuación do Tribunal neste ámbito.

Cada unha das Salas do Tribunal Superior de Xustiza coñecerá das recusacións que se formulen contra os seus Maxistrados cando a competencia non corresponda á Sala a que nos referimos de seguido.

1. Unha Sala constituída polo Presidente do Tribunal Superior de Xustiza, os Presidentes de Sala e o Maxistrado máis moderno de cada unha delas coñecerá das recusacións formuladas contra o Presidente, os Presidentes de Sala ou de Audiencias Provinciais con sede na Comunidade Autónoma ou de dous ou máis Maxistrados dunha Sala ou Sección ou dunha Audiencia Provincial.

2. O recusado non poderá formar parte da Sala, producíndose, se é o caso, a súa substitución conforme ao previsto nesta lei.

Cando o número de asuntos procedentes de determinadas provincias ou outras circunstancias o requiran poderán crearse, con carácter excepcional, Salas do Contencioso-administrativo ou do Social con xurisdición limitada a unha ou varias provincias da mesma Comunidade Autónoma, en cuxa capital terán a súa sede. As devanditas Salas estarán formadas, como mínimo, polo seu Presidente, e completaranse, se é o caso, con Maxistrados da Audiencia Provincial da súa sede.

A Lei de Planta poderá, naqueles Tribunais Superiores de Xustiza en que o número de asuntos o xustifique, reducir o de Maxistrados, quedando compostas as Salas polo seu respectivo Presidente e polos Presidentes e Maxistrados, se é o caso, que aquela determine.

A Sentenza do Tribunal Constitucional 31/2010 do 28 de xuño sobre o Estatuto de Autonomía de Cataluña veu a perfilar 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 de "as regras procesuais comunmente aplicables" en materia de protección de dereitos, senón que pola contra, partindo dun sistema procesual de garantía dos dereitos e liberdades disposto e regulados polo lexislador do Estado en exercicio das súas competencias propias, o precepto cuestionado asume a condición do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña como órgano xurisdiccional ao 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 salvidade, en todo caso, de que os termos concretos en que esa xenérica condición haxa de materializarse para o caso dos dereitos estatutarios serán, en definitiva, os que resulten de "os 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 TSJ sexa a última instancia xurisdiccional de todos os procesos iniciados en Cataluña, así como de todos os recursos que se tramiten no seu ámbito territorial, sexa cal for 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 contradíse 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 xurisdiccional co que culmina a organización xudicial do Estado en Cataluña, segundo recorda o artigo 95.1 EAC- a condición de última instancia posible aos 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, ha de ser desestimada neste extremo a impugnación do artigo 95.2 EAC.

"...Distinto é o que sucede respecto da salvidade feita no precepto a "a 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 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 devandito Tribunal en tanto que órgano xurisdicional "superior en todas as ordes, salvo o disposto en materia de garantías constitucionais" (artigo 123.1 CE). Labor cifrado na redución a unidade do exercicio da xurisdición polo conxunto orgánico da pluralidade dos Xulgados e Tribunais nos que se estrutura e organiza o Poder Xudicial do Estado. Sendo esa especificamente a función cuxo exercicio define ao Tribunal Supremo como o superior en todas as ordes xudiciais, o artigo 95.2 EAC ten de interpretarse no sentido de que coa "unificación de doutrina" non se pode definir polo Estatuto a función xurisdicional 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 dispoñeráse no fallo... "

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 opoñerse á constitucionalidade do precepto, no ben entendido de que será sempre esa lei orgánica a que, ademais de dispoñer 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 prevén 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 do Estado, cumprindo así a realizada no Diario da Generalitat un labor de coadxuvar ao maior coñecemento daquel acto.

O apartado 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 doado 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, control ningún por parte da Cámara sobre a actuación do Fiscal Superior”.

Ademáis o apartado 4 do artigo 96 EAC límtase a recordar que as funcións do Fiscal Superior "son as que establece o Estatuto orgánico do Ministerio Fiscal", o que:

- a. non pode ser máis respectuosa 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 apartado 4 examinado,
- b. non supón para este a imposición dun deber incompatible coa súa posición e autonomía institucionais.

5. No tocante á regulación do Consello Catalán da xustiza o Tribunal Constitucional afirma:

"...En esas condicións, é obvia a infracción dos arts. 122.2 CE e 149.1.5 CE, segundo é doutrina reiterada (por todas, STC 253/2005, do 11 de outubro, FJ 5), pois ningún órgano, salvo o Consello Xeral do Poder Xudicial, pode exercer a función de goberno dos órganos xurisdicionais 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 no seu caso, a eventuais fórmulas de desconcentración que, non sendo constitucionalmente imprescindibles, han de 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 cuestión, pois só se todas e cada unha das súas concretas atribucións se correspondesen, ademais, con esa cualificación impropia, sería inevitable a inconstitucionalidade e nulidade dun órgano cuxa existencia unicamente tería razón de ser para o

exercicio duns labores constitucionalmente inaceptables. O artigo 97 EAC é, polo tanto, inconstitucional na medida que cualifica ao 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 o seu inconstitucional conceptuación, 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 ha de 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 toda vez que a recurribilidad 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 contemplar no seu momento en "as leis que aprobe o Parlamento" nada podemos anticipar agora.

As atribucións nas que aquí habemos de 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 contempladas nos apartados 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, á función xurisdiccional propiamente dita e á ordenación dos elementos consubstanciais á determinación da garantía da independencia no seu exercicio. A inconstitucionalidade do apartado a) implica, por conexión ou consecuencia, a da referencia nos apartados 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”.

Pola contra, O Tribunal Constitucional entende que se acomodan á Constitución as atribucións contempladas nos apartados:

f) [“precisar e aplicar, cando proceda, no ámbito de Cataluña, os regulamentos do (CGPJ) “],

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 que as devanditas 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 un 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 xeito:

“...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 supoñería 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 dende 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 por " [...] os 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 LOPJ, é ao lexislador orgánico ao que con plena liberdade lle corresponde determinar entre que profesionais dos mencionados no precepto poden ser nomeados os compoñentes do Consello de Xustiza e, no seu caso, incluír entre eles Xuíces e Maxistrados, habilitándoos, desta forma, para o exercicio de funcións alleas á potestade xurisdiccional, debendo, polo tanto, desestimarse neste concreto extremo a impugnación dos recorrentes.

En conclusión, o inciso "polo Presidente ou Presidenta do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, que o preside, e " do apartado 1 do artigo 99 EAC é inconstitucional e nulo... "

8. O Tribunal analiza as competencias da Generalitat sobre a Administración de Xustiza concluíndo a súa conformidade á Constitución polos seguintes motivos:

O apartado 1 do artigo 101 EAC dispón que a Generalitat pode propoñer "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 apartados 2 e 3 do precepto, sendo así que, pola súa banda, o devandito apartado 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. Iso non obstante, en canto o Consello de Xustiza de Cataluña figura entre as institucións ás que cabe propoñer aquela convocatoria, é evidente que a súa mención no devandito apartado 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. Razóns que tamén supoñen a inconstitucionalidade do apartado 2 do artigo 101 EAC, no 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 apartado 3 do artigo 101 EAC, 2[I]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 apartado 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 (apartado 1), sobre a facultade mesma de convocalos (apartado 2) e sobre as linguas que poden utilizarse nas oposicións e concursos (apartado 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 celebrados en Cataluña para a cobertura de prazas vacantes en calquera parte do territorio nacional, senón, como se desprende con claridade do seu



apartado 1, só para as que haxan de cubrirse nesa Comunidade Autónoma e cando as probas de acceso se celebren no seu territorio”.

O Tribunal Constitucional entende que o precepto:

- a. non impón a utilización exclusiva do catalán,
- b. 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 a relacionarse coa Administración pública, condición da 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 contemplado no Estatuto.

9. Estímase conforme á Constitución a regulación do persoal da Administración de Xustiza en Cataluña nos seguintes termos:

“...El artigo 103 EAC refírese ao persoal non xudicial ao servizo da Administración de Xustiza. O seu apartado 1 atribúe a Generalitat “a competencia normativa” sobre este, “dentro do respecto ao estatuto xurídico dese persoal establecido pola Lei Orgánica do Poder Xudicial”. No que fai ao primeiro, non pode admitirse que, como sosteñen os recurrentes, 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 devandita competencia ha de exercerse 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 devandito 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 ha de dicirse respecto das funcións que o apartado 2 do artigo 103 EAC inclúe en "a competencia executiva e de xestión" atribuída á Generalitat en materia de persoal non xudicial, pois tamén se trata dunha competencia conferida " nos mesmos termos do apartado ", isto é, polo tanto, "dentro do respecto ao estatuto xurídico dese persoal establecido pola Lei Orgánica do Poder Xudicial".

Así mesmo, a posibilidade contemplada no apartado 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 prevén 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 xurisdicionais, 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

**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.

Maíz 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

## **4. O GOBERNO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. A XUNTA DE GALICIA E A SÚA PRESIDENCIA. O CONSELLO CONSULTIVO.**

## **TEMA 4**

### **O GOBERNO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. A XUNTA DE GALICIA E A SUA PRESIDENCIA. O CONSELLO CONSULTIVO**

#### **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 acadaban 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 ostenta o poder executivo.

A maior presenza do Goberno na vida política trae causa no crecente intervencionismo do Estado, especialmente si 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 se establece no artigo 152 CE cando se sinala que a organización institucional autonómica basearase 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 para Galicia (*BOE* núm. 101, do 6 de abril), e na Lei 1/ 1983, de 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 /2007 (*DOG* núm. , do 13 de abril) e pola Lei 12/2007, do 27 de xullo (*BOE* núm. , do 8

de agosto, pola que se tamén se modifica a Lei 9/1995 do 10 de novembro do Consello Consultivo de Galicia).

## **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. A súa fronte sitúase o/a Presidente/-a.

O modelo galego podemos definilo como un sistema parlamentario e semipresidencialista. Parlamentario porque a Presidencia é membro do Parlamento e é investida polo mesmo e porque a Xunta está suxeita ao control da Cámara. É un sistema semipresidencialista xa que a figura do/da Presidente/-a 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 a realiza o/a Presidente/-a 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. Asemade, recordar que a CE establece que as relacións entre o Goberno e a Administración deben de rexerse polo principio de neutralidade e eficiencia (artigos 9, 103 e 105) e o de sometemento á Lei e ao Dereito (artigo 106).

Con mais 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. A 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 polo/-a Presidente/-a, que pode nomear (e cesar) os/-as Vicepresidentes/-as (que son aos que corresponde substituír á Presidencia nos casos establecidos no artigo 33 da Lei da Xunta e da súa Presidencia e asumir aquelas función que a Presidencia lles delegue), xunto cos Conselleiros e Conselleiras.

Da Presidencia da Xunta falarase máis adiante polo miúdo. No que respecta ós/-ás conselleiros/-as, dicir que teñen a dobre condición de membros do Goberno e de xefes superiores dos departamentos (consellerías) 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 consellería, 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 Consellería.

Segundo o Decreto 79/2009, do 19 de abril, polo que se establece a estrutura orgánica da Xunta de Galicia (*DOG* núm. 75, do 20 de abril), a Xunta de Galicia estará integrada polos departamentos que a seguir se relacionan (pódese consultar a estrutura orgánica de cada Consellería en <http://www.xunta.es/goberno-e-instituciones>):

-Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza.

-Consellería de Facenda.



- Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas.
- Consellería de Economía e Industria.
- Consellería de Educación e Ordenación Universitaria.
- Consellería de Sanidade.
- Consellería de Cultura e Turismo.
- Consellería de Traballo e Benestar.
- Consellería do Medio Rural.
- Consellería do Mar.

### **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 presupostos da Comunidade Autónoma e remitilos ao Parlamento para a súa aprobación.

Neste punto ter en conta que, segundo o Estatuto de Autonomía para Galicia (artigo 53.1º), correspóndelle á Xunta ou Goberno a elaboración e aplicación do orzamento da comunidade Autónoma galega, e ó Parlamento o seu exame, emenda, aprobación e control.

3. Aprobar e remitir o Parlamento os Proxectos de Convenios e Acordos de cooperación con outras Comunidades Autónomas para a ratificación ou aprobación, se é o caso.

Segundo o Estatuto de Autonomía, a Comunidade Autónoma poderá celebrar convenios con outras Comunidades para a xestión e prestación de servizos propios de competencia exclusiva; pero deberá comunicalo 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 interpoñer 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 formular ao Parlamento, así como sobre a disolución da Cámara.
6. Nomear e destituír, por 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 establézase. 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 de respetar na composición do Consello da Xunta.
7. Crear, modificar e suprimir as Comisións Delegadas da Xunta.

A Xunta poderá crear por Decreto (no que se estableza a composición e ás 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 Consellerías da Xunta de Galicia.
9. Designar ós 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 para Galicia).
11. Tomar coñecemento das resolucións do Parlamento e adoptar, se é o caso, as medidas que proceden.
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 esixan 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 Consellerías.

● **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. Lembrar que, no marco do Estatuto de Autonomía, o exercicio da potestade lexislativa polo Parlamento pode ser delegada 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 presupostarios nos termos previstos no Regulamento do Parlamento.
4. Aprobar os Regulamentos para o desenvolvemento e execución das leis en Galicia. Adoptar, no seu caso, as medidas regulamentarias que requirira a execución dos Tratados e Convenios Internacionais e o cumprimento dos Regulamentos e directrices derivadas daqueles

As funcións executivas da Xunta concrétanse nas actividades de iniciativa, impulso e coordinación (suxeitas exclusivamente á esixencia de responsabilidade política polo control parlamentario, que será solidaria, 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 vencelladas coa xestión e, a diferenza das anteriores, poderán ser enxuciadas, 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/a Presidente/a da Xunta convocará o Consello. Á convocatoria achegárase a orde do día. O Consello entenderase validamente constituído cando asista o/a Presidente/a, 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, no seu caso, os votos emitidos.

O/a Presidente/-a é elixido polo Parlamento entre os seus membros. Os Conselleiros e Conselleiras (e, de ser o caso, os/ás Vicepresidentes/-ás) serán nomeados e cesados pola Presidencia e, no relativo ao réxime de incompatibilidades, debe de terse en conta que non poderán exercer outras funcións representativas que as propias do mandato parlamentario ou, no seu 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/-a Presidente/-a 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 SUA PRESIDENCIA.**

## **II.1. Introducción**

No pasado século a institución do Goberno apenas se recollía nos códigos constitucionais, pese a que en España existía un Goberno dende 1834, inspirado no modelo de constitucionalismo decimonónico (seguindo a estela do sistema francés ou británico); pero, dito Goberno non tiña unha ordenación constitucional das súas competencias ou organización. A realidade era que ese Goberno exercía as competencias que as constitucións 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 á mesma 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 o deterioro 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 referenciada, na Constitución Española de 1978, xa se dedicaba o título IV á regulación do Goberno e da Administración. Así e para o caso que nos ocupa, no artigo 152.1º CE, establécese que a organización institucional autonómica basearase nunha Asemblea Lexislativa obtida por sufraxio universal, de conformidade a un 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/unha Presidente/-a, elixido pola Asemblea , de entre os seus membros e nomeado polo El-rei, ao que corresponde a dirección do Consello de Goberno, a suprema representación

da respectiva Comunidade e a ordinaria do Estado en aquela. O/a Presidente/-a e os membros do Consello de Goberno serán politicamente responsables perante a Asemblea.

A Xunta é o órgano colexiado de Goberno da Comunidade Autónoma de Galicia. A súa regulación atópase na Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, do Estatuto de Autonomía para Galicia, e na Lei 1/ 1983, de 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 /2007 (*DOG* núm. , do 13 de abril) e pola Lei 12/2007, do 27 de xullo (*BOE* núm. , do 8 de agosto, pola que se tamén se modifica a Lei 9/1995 do 10 de novembro do Consello Consultivo de Galicia). 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.

Ao fronte da Xunta está o seu Presidente/-a, quen dirixe a política xeral e a Administración da Comunidade Autónoma e, a 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/-a Presidente/-a, polo/-a Vicepresidente/-a ou polos/-as Vicepresidentes/-as (se os houbese) e os/as Conselleiros/-as, 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.

Asemade, 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 haberá de axustarse 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 deban de adoptarse, o Consello da Xunta de Galicia aprobou por 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 para 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 do mesmo fronte o Parlamento), sen prexuízo da responsabilidade directa de cada un dos seus compoñentes pola súa xestión. A esixibilidade da responsabilidade política individualizada dos membros do executivo, e dicir, a responsabilidade directa dos conselleiros/-as pola súa xestión, so sería viable mediante mocións de reprobación.

A Xunta cesa por causas que podemos chamar voluntarias (dimisión do seu Presidente/-a) 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/-a).

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 xeito a continuidade do órgano de goberno no exercicio das súas funcións. Un executivo desta natureza so está capacitado para a adopción das decisións que esixa a xestión ordinaria dos asuntos públicos



correntes, evitando a paralización da maquinaria administrativa, e para abordar os asuntos de carácter urxente.

### **II.3. O/a Presidente/-a**

En concordancia co establecido na CE, o Estatuto de Autonomía para Galicia sinala que corresponde ao Presidente ou Presidenta dirixir e coordinar a acción da Xunta de Galicia e ostentar a representación da Comunidade Autónoma e a ordinaria do Estado en Galicia.

A regulación do/-a Presidente/-a da Xunta de Galicia (estatus persoal, elección, cese e atribucións), recóllese nos artigos 10 a 26 da Lei 1/ 1983, de 22 de febreiro, reguladora da Xunta e da súa Presidencia (modificada en varias ocasións, como xa se ten indicado). Sobre a natureza xurídica dos Presidentes das Comunidades Autónomas e dos consellos de Goberno das mesmas, 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 (LA LEY 70007/2006).

No relativo a súa elección, o/a Presidente/a do Parlamento, previa consulta coas forzas políticas representadas parlamentariamente, e oída a Mesa, propondrá un candidato (de entre os membros do Parlamento) a Presidente ou Presidenta da Xunta.

O/a candidato/-a presentará o seu programa ao Parlamento e para ser elixido/-a deberá obter maioría absoluta en primeira votación. De non obtela 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 devandita maioría, tramitaranse sucesivas propostas na forma prevista anteriormente. Se transcorreran dous meses a partir da primeira votación de investidura sen que ningún candidato

proposto tivera obtido a confianza do Parlamento, este quedará disolto e procederáse á convocatoria de novas eleccións.

Se o Parlamento outorga a súa confianza ao candidato, o Presidente ou Presidenta comunicaráo a El-rei para o seu nomeamento, mediante Real Decreto que se publicará no Boletín Oficial do 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 (estatus), o/a Presidente/-a da Xunta ten prerrogativas e dereitos (incluso con proxección posterior ao seu cesamento no posto), delimitados polo réxime de incompatibilidades e o principio de responsabilidade. Entre os mesmos pódense sinalar:

1. A preeminencia que, conforme á alta representación da Comunidade Autónoma e á 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 gastos de representación que se establezan polo Parlamento de Galicia e figuren nos Presupostos 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 na que, se é o caso, dite a Comunidade Autónoma. As ex Presidentas e ex Presidentes terán dereito a percibir, durante dous anos dende 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 poderá prestar ás ex Presidentas e ex Presidentes os medios materiais de apoio precisos para o exercicio das funcións inherentes a 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 se derive do seu cargo, nin actividade ou mercantil profesional ou calquera outras que puidesen menoscabar a independencia e dignidade da súa función.

A responsabilidade política do ou Presidenta da Xunta ante o Parlamento será esixible nos termos establecidos no Estatuto de Autonomía, no Regulamento da Cámara e na Lei 1/ 1983, de 22 de febreiro, reguladora da Xunta e dá súa Presidencia. Durante o seu mandato, e polos actos delituosos cometidos no territorio de Galicia, non poderá ser detido nin retido senón que en caso de flagrante delito, non corresponder decidir, en todo caso, sobre a súa inculpación, prisión, procesamento e xuízo ao Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. Fóra do devandito territorio a responsabilidade penal será esixible nos mesmos termos ante a Sala do Penal do Tribunal Supremo.

O/a Presidente/a 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 houbera e, no seu defecto, polo/pola Conselleiro/-a que máis tempo leve pertencendo ininterrompidamente á Xunta, e, en caso de igualdade, o de máis idade. A mesma orde de substitución 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/-a 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, no seu caso, os Decretos legislativos e ordenar a súa publicación.
4. O Presidente ou Presidenta, baixo a súa exclusiva responsabilidade e previa 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 dende a última disolución da Cámara.

**Como representante ordinario do Estado en Galicia**, corresponde ao Presidente/-a 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 do Estado das Leis e dos Decretos legislativos de Galicia.

**Para a dirección e coordinación das actividades da Xunta** correspóndelle ás seguintes atribucións:

1. Crear, modificar ou suprimir mediante Decreto a Vicepresidencia ou Vicepresidencias, se as houbera, e as Consellerías, sempre que non supoña aumento de gasto público, así como nomear e dispoñer o cesamento dos/-as Vicepresidentes/-as e Conselleiros/-as.
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 Consellerías.
6. Coordinar o programa legislativo da Xunta e a elaboración de normas de carácter xeral.
7. Encomendar a un/-a Vicepresidente/-a ou a un/-a Conselleiro/-a que se encargue do despacho dunha Consellería ou da propia Presidencia, en caso de ausencia, enfermidade ou impedimento do titular.
8. Formular ante o Parlamento, logo de deliberación do Consello, a cuestión de confianza.
9. Presentar ao Parlamento os Proxectos de Lei por si mesmo ou a través do membro da Xunta designado.

10. Facilitar 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. Comunicar 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 correspóndanlle conforme ás disposicións vixentes.

### **III. O CONSELLO CONSULTIVO**

#### **III.1. Introducción**

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: Non obstante, no fallo do Tribunal Constitucional na sentenza 204/1992, do 26 de novembro, recoñécese 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, expresamente se fai referencia ao Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma (artigo 102.3º e 103.4º).

O Consello Consultivo de Galicia créase pola Lei 9/1995, do 10 de novembro, (*DOG*, núm. 229, do 29 de novembro de 1995), modificada pola Lei 12/2007, do 27 de xullo (*DOG*, núm. 153, do 8 de agosto de 2007); e pola Lei 16/2008, do 23 de decembro (*DOG*, núm. 253, do 31 de decembro ). Co Decreto 282/2003, do 22 de maio, se aproba o Regulamento de organización e funcionamento do Consello Consultivo de Galicia (*DOG* núm. 120, do 23 de xuño de 2003).

O Consello Consultivo de Galicia, como órgano superior consultivo da Xunta de Galicia, velará pola observancia da Constitución, do Estatuto de Autonomía e do resto do ordenamento xurídico. Salvo que unha norma con rango de lei así o estableza (p.ex., o establecido no artigo 11 da propia Lei do Consello Consultivo de Galicia) , o seu ditame será facultativo, non vinculante e de carácter estritamente xurídico. Con todo, se ben a consulta ao Consello é facultativa, o certo é que habendo consulta debería procederse á emisión do dito ditame.

O Consello Consultivo de Galicia goza de plena autonomía orgánica e funcional, en garantía da súa obxectividade e independencia.

En asuntos de competencia da Xunta de Galicia o ditame do Consello Consultivo de Galicia será solicitado polo/-a Presidente/-a da Xunta. Corresponde aos presidentes das entidades locais solicitar o ditame do Consello Consultivo de Galicia naqueles supostos en que a lexislación o requira. O órgano consúltante deberalle facilitar ao Consello canta documentación precise para ditaminar sobre a cuestión suscitada.

O Consello deberá emitir os seus ditames (mediante acordos adoptados por maioría absoluta dos seus membros) no prazo dun mes a partir do momento da recepción da solicitude (15 días se se solicitan con carácter de urxencia); transcorrido este prazo, enténdese que non existe ningunha obxección. Ditados ditames non poderán ser remitidos, para informe ulterior, a ningún outro órgano ou organismo da Comunidade Autónoma.

### **III.2. Composición.**

O Consello Consultivo de Galicia terá un Presidente ou Presidenta elixido por e entre as conselleiras e os conselleiros electivos en votación secreta e por maioría absoluta. Estará asistido por un secretario xeral, con voz pero sen voto, pertencente ao corpo de letrados do propio Consello (os letrados do Consello terán como misión o estudo, a preparación e a redacción dos proxectos de ditame sobre os asuntos sometidos á consulta).

O Consello Consultivo de Galicia está integrado por conselleiras e conselleiros natos e conselleiras e conselleiros electivos.

- Son conselleiros/-as natos (cun mandato por un período de seis anos, se tiveron a condición de Presidenta ou Presidente durante catro ou menos anos, ou por un período de doce anos, se tiveron a condición de Presidenta



ou Presidente durante máis de catro anos) as ex presidentas e os ex presidentes da Xunta de Galicia.

● Son conselleiras e conselleiros electivos as cinco persoas nomeadas por decreto da Presidenta ou do Presidente da Xunta de Galicia, oído o Consello da Xunta, entre:

1. Xuristas de recoñecido prestixio, con máis de dez anos de experiencia profesional efectiva.
2. Altos cargos e funcionarias e funcionarios das administracións públicas, coa licenciatura en dereito, con máis de dez anos de experiencia.

Os/as conselleiros/-as perderán a súa condición:

1. Por renuncia.
2. Por extinción do seu mandato ao expirar o prazo.
3. Por incapacidade permanente declarada por resolución xudicial firme.
4. Por inhabilitación xudicial para o exercicio de cargo público declarada en sentenza firme.
5. Por condena por delito doloso en sentenza firme.
5. Por falecemento.
6. Por incumprimento grave das obrigas de conselleiro/-a e por incompatibilidade sobrevida. A condición de conselleiro será incompatible con:

a) A de deputado do Parlamento de Galicia.

b) A de membro do Congreso dos Deputados ou do Senado.

- c) A de maxistrado do Tribunal Constitucional.
- d) A de defensor do pobo, valedor e vicevaledor do pobo ou cargos homónimos dunha Comunidade Autónoma.
- e) A de membro do Consello de Contas.
- f) A de calquera cargo político ou administrativo do Estado, comunidades autónomas ou entidades locais.
- g) Funcións directivas en partidos políticos, sindicatos de traballadores ou asociacións de empresarios.
- h) Cargos de toda índole en empresas concesionarias, contratistas, arrendatarios ou administradores de obras ou servizos públicos, calquera que sexa o seu ámbito territorial.
- i) A de membro de calquera órgano asesor da Xunta.
- j) O exercicio das carreiras xudicial ou fiscal ou da avogacía.
- k) Calquera actividade profesional ou mercantil.

### **III.3. Funcionamento e competencias**

O Consello Consultivo de Galicia, agás para os asuntos que son competencia do Pleno, funcionará a través de Seccións.

O Consello Consultivo de Galicia será consultado preceptivamente nos supostos seguintes:

- a) En Pleno:

1. Proxectos de reforma do Estatuto de Autonomía de Galicia e proxectos de lexislación delegada a que se refire o artigo 10.1.a) do Estatuto de Autonomía de Galicia. É dicir, a competencia do Consello Consultivo de Galicia, a diferenza dos de outras comunidades, non alcanza os informes sobre os restantes proxectos de lei.

2. Convenios e acordos de cooperación con outras comunidades autónomas, consonte os artigos 145.2, inciso primeiro, da Constitución e 35.1 e 2 do Estatuto de Autonomía de Galicia.

3. Regulamentos que se diten en execución de leis, así como as súas modificacións. É dicir, a Competencia do Consello non alcanza o informe dos regulamentos organizativos ou internos. Pode resultar esclarecedor a Sentenza do 1 de decembro de 1999 da Sala do Contencioso-administrativo do TSXG que estima a procedencia da impugnación do decreto autonómico polo que se determina os horarios mínimos de apertura de farmacias, por ausencia do informe preceptivo do Consello Consultivo da comunidade autónoma.

4. Conflitos de atribucións que se susciten entre as diversas consellerías e entre outros altos organismos e institucións da Comunidade Autónoma.

5. A creación ou supresión de municipios, así como a alteración de termos municipais.

6 Cesamento dos seus membros.

b) En Seccións (cada Sección estará composta polo menos por tres Conselleiros/-as, asistida por un letrado que actuará como secretario da mesma):

1. Recursos administrativos de revisión.

2. Revisión de oficio ou por petición do interesado dos actos administrativos na forma establecida na Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.
3. Nulidade, interpretación e resolución dos contratos administrativos na forma establecida na Lei de contratos do sector público. Resulta interesante a Sentenza do 28 de novembro de 2002 da Sala do Contencioso-administrativo do TSXG (LA LEY 199834/2002), que declara a improcedencia da modificación dun contrato de limpeza viaria, por ser preceptivo o informe do Consello Consultivo.
4. Nulidade, interpretación, modificación e extinción de concesións administrativas calquera que sexa o seu obxecto, nos casos en que así o esixan as normas aplicables.
5. Reclamacións de responsabilidade patrimonial de contía superior a 1.500 euros.
6. En xeral, en todos aqueles supostos en que así o estableza unha lexislación específica.

## **BIBLIOGRAFIA**

- 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 Enterria, 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/BibliotecaInstitucional/Regulamento\\_do\\_Parlamento\\_de\\_Galicia.PDF](http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/BibliotecaInstitucional/Regulamento_do_Parlamento_de_Galicia.PDF)

[http://elecciones09.xunta.es/lexislacion\\_autonomica\\_es.html](http://elecciones09.xunta.es/lexislacion_autonomica_es.html)

[http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/ContenidoGal/pargal\\_II\\_Lexislacion.aspx?Lexislatura=1](http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/ContenidoGal/pargal_II_Lexislacion.aspx?Lexislatura=1)

<http://ccgalicia.es/textos/pdf's/Lei%20de%20Creacion%20do%20Consello.pdf>

**FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE**

# **5. O PARLAMENTO DE GALICIA. SISTEMA ELECTORAL. FUNCÍONS DO PARLAMENTO. O CONTROL PARLAMENTARIO DA ACCIÓN DO GOBERNO. O VALEDOR DO POBO.**

## **TEMA 5**

### **O PARLAMENTO DE GALICIA. SISTEMA ELECTORAL. 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 a 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 para Galicia, sinálase que os poderes da Comunidade Autónoma exerceranse a través do Parlamento, da Xunta e do seu Presidente. Do exposto, pódese apuntar as notas caracterizadoras do réxime parlamentario galego:

- a) Trátase dun sistema parlamentario unicameral.
- b) Os seus membros son elixidos de xeito que se garanta a representación das distintas zonas do territorio (a división por provincias).
- c) As súas funcións son as que 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 para Galicia e, moi singularmente no Regulamento do Parlamento de Galicia (texto refundido publicado no *DOG* núm. 3, do 4 de xaneiro de 1995) instrumento xurídico cunha natureza que se asemella máis a unha lei ca un regulamento propiamente dito, xa que non executa

nin desenvolve lei algunha, nin trae causa do executivo, constituíndo unha auténtica facultade de autoorganización. Poderíase incluír entre as fontes do dereito parlamentario galego os acordos interpretativos e normas complementarias. Asemade, 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 lexislativos (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). Indicar que no Decreto lexislativo 1/1999, do 7 de outubro, polo que aproba o texto refundido da Lei de Réxime financeiro e presupostarao de Galicia, recóllense referencias aos procedementos de 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 sistematizados podemos distinguir entre os distintos órganos parlamentarios os que son de carácter reitor ou coordinador (o Presidente, a Mesa e a Xunta de Portavoces) dos que son órganos de traballo (as Ponencias, a Comisión e o Pleno).

### **I.2.a) A Presidencia**

A súa elección realízase entre os membros da Cámara, precisando a maioría absoluta dos mesmos. De non acadarse dita maioría, procederase a unha votación entre os/as dous/dúas deputados/-as que acadasen 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/a Presidente/-a realice unha labor de orientación política na dirección da Cámara, cinguíndose a súa labor á premisa da imparcialidade. O caso galego podería constituír unha terceira vía, xa que, se ben na súa actuación debe guiarse pola equidade, neutralidade e obxectividade, o certo é que integra de xeito activo ao seu grupo parlamentario.

A función máis visible da Presidencia é a representativa (sen prexuízo da que corresponda a 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 mantela orde). É a encargada de ordenar os pagamentos (función que soe delegarse).

Téñase en conta que os/as Vicepresidentes/-as substitúen á 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/-a presidente/-a do Parlamento, dous vicepresidentes/-as, un/unha secretario/-a e un/unha vicesecretario/-a. Entenderase validamente constituída cando estean presentes, polo menos, tres dos seus membros. A limitación da súa composición a cinco membros pode carrear 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 a 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/-a Secretario/-a e Vicesecretario/-a. De producirse vacantes, cubriranse do mesmo xeito. A todo o exposto, 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 supli-lo 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.- Elabora-lo proxecto de presupostos do Parlamento de Galicia e proceder á súa execución unha vez aprobados.
- 4.- Aproba-los 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 dos mesmos.
- 6.- Decidi-la tramitación de tódolos escritos e documentos de índole parlamentaria, de acordo coas normas establecidas neste Regulamento.
- 7.- Programa-las liñas xerais de actuación da Cámara, fixa-lo calendario de actividades do Pleno e das comisións para cada período de sesións e coordina-los traballos dos seus distintos órganos, todo isto logo da audiencia da Xunta de Portavoces.
- 8.- Calquera outra que lle encomende o presente Regulamento e as que non estean atribuídas a un órgano específico.

### **I.2.c) A Xunta de Portavoces**

Constitúese coa presenza dos portavoces dos grupos parlamentarios, coa presenza da Presidencia do Parlamento e a asistencia, polo menos

dun/dunha vicepresidente/-a, do/-a secretario/-a ou vicesecretario/-a e do/da letrado/-a 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, e dicir, o criterio do portavoz é mesurado polo número de deputados/-as do seu grupo.

As funcións da Xunta de Portavoces son de carácter consultivo, xa que será escoitada para:

- 1.- Establece-los criterios que contribúan a ordenar e facilita-los debates e as tarefas do Parlamento.
- 2.- Decidi-la Comisión competente para entender nos proxectos ou nas proposicións de lei.
- 3.- Fixa-lo número de membros de cada grupo parlamentario que integrarán as comisións.
- 4.- Establece-lo calendario de actividades das comisións.
- 5.- Asignárlle-los escanos no salón de sesións ós 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. Quizás por esa circunstancia o seu carácter de órgano de traballo e técnico (cada deputado/-a debe de pertencer cando menos a unha comisión parlamentaria) está matizado por unha compoñente política, manifestada na necesidade de que todos os grupos parlamentarios formen parte das distintas comisións e que dita 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 Portavoces. En cada comisión

constituírase unha mesa integrada por un/unha presidente/-a, un/unha vicepresidente/-a e un/unha secretario/-a.

As comisións poden ser permanentes ou non permanentes (as que se crean para unha función especial ou un traballo concreto e extínguense ao finaliza-lo seu obxecto e, en todo caso, ao concluí-la 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 Presupostos (esta é a única Comisión na que a maioría parlamentaria soe ceder a súa presidencia).
- 4.- Educación e Cultura.
- 5.- Sanidade, Política Social e Emprego.
- 6.- Industria, Enerxía, Comercio e Turismo
- 7.- Agricultura, Alimentación, Gandería 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 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.- Pedi-la información e documentación que necesiten das institucións autonómicas e mais dos entes públicos de Galicia. Así mesmo pódennles 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.- Requiri-la presenza dos membros da Xunta de Galicia competentes por razón da materia que se debata, para informaren sobre tódalas cuestións das que sexan consultados.
- 3.- Solicita-la presenza de funcionarios, autoridades e particulares.

### **1.2.f) O Pleno e a Deputación Permanente**

O Pleno do Parlamento de Galicia está formado pola totalidade dos membros da Cámara. Será convocado polo/-a seu/súa presidente/-a, por propia iniciativa ou por solicitude, polo menos, de dous grupos parlamentarios ou da quinta parte dos deputados membros da Cámara.

Os/as deputados/-as tomarán asento no salón de sesións conforme a súa adscripción 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 os mesmos para a súa convocatoria é preciso a existencia previa dunha orde do día cos asuntos a 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. Dito órgano parlamentario:

- 1.- Coñecerá a delegación temporal das funcións executivas do presidente/-a da Xunta de Galicia nun dos/das conselleiros/-as.
- 2.- Exercerá o control da lexislación delegada.

- 3.- Entenderá en todo o que atangue á inviolabilidade parlamentaria.
- 4.- Convocará o Parlamento por acordo da maioría absoluta dos membros da Deputación Permanente.
- 5.- Poderá autorizar presupostos 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 acorda-la maioría absoluta dos seus membros.
- 6.- Poderá tamén autorizar ampliacións ou transferencias de crédito, cando o esixan 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/pola presidente/-a do Parlamento de Galicia. Formarán parte da mesma un mínimo de once membros, que representarán ós grupos parlamentarios en proporción á súa importancia numérica. En calquera caso, a Deputación Permanente daralle 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 exercita un poder lexítimo, que pode ser obxecto de control e que responde periodicamente perante os cidadáns.

O sufraxio universal aparece constitucionalizado cando no artigo 152.1 CE se establece que a organización institucional autonómica basearase nunha Asemblea Lexislativa elixida por sufraxio universal conforme a un sistema de representación proporcional. No Estatuto de Autonomía para Galicia indícase que o Parlamento estará constituído por Deputados/-as 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 a mesma ten unha importante incidencia na configuración dos partidos políticos.

Dita normativa ven 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 en *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 mailos de subvencións de tales gastos á reforma dos supostos de inelixibilidade e o cambio no límite mínimo para a atribución de escaños. Por Lei 12/2004, do 7 de decembro, vólvese a 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 preveu 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.

## **II.2.- O dereito ao sufraxio**

Son electores os /as galegos/-as 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/-as 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 rexímenes da inelixibilidade e de incompatibilidade.

A inelixibilidade implica un límite ao sufraxio pasivo en aras de garantir a independencia do voto elector (ao garantir que o candidato/-a, de resultar elixido/-a, poderá dedicarse ao seu cometido), restrinxindo o dereito a ser elixible ás persoas que ocupan unha serie de cargos establecidos. Así, non son elixibles:

- O/a Conselleiro/-a maior e os/as Conselleiros/-as do Consello de Contas de Galicia, o Valedor do pobo e os/as seus/súas Vicevaledores/-as.
- Os Alcaldes, Presidentes/-as de Deputación e Deputados/-as provinciais.
- Os/as Secretarios/-as xerais e os/as Directores/-as xerais das Consellerías, os/as Directores/-as dos Gabinetes da Presidencia e das Consellerías, así como os altos cargos de libre designación da Xunta de Galicia nomeados por Decreto da Xunta, os/as Presidentes/-as e Directores/-as 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/as Delegados/as xerais da Xunta, ...

- O/a Director/-a xeral da Compañía de Radio e Televisión de Galicia, os/-as Directores/-as das Sociedades e os seus Delegados territoriais. O/a Delegado/-a territorial de TVE en Galicia, así como os/as Directores/-as dos Centros de radio e televisión que dependan de Entes públicos.

- Os membros da Policía Autónoma en activo.

- O/a Presidente/-a, Vicepresidente/-a, Ministros e Secretarios/-as do Estado do Goberno Central.

- Os/as Parlamentarios/-as 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/-a no cumprimento axeitado das funcións que lle son propias. A condición de parlamentario/-a na Cámara Galega é incompatible:

- Coa condición de Parlamentario/-a Europeo, Deputado/-a do Congreso e Senador/-a (salvo os/as Senadores/-as elixidos en representación da Comunidade Autónoma).

- Cos cargos de membros do Consello de Administración da Compañía de Radio e Televisión de Galicia, nin cos de Presidentes/-as de Consellos de Administración, Conselleiros/-as, Administradores/-as, Directores/-as Xerais, Xerentes e cargos equivalentes de entes públicos e Empresas de participación pública maioritarias.

- Co desempeño de actividades privadas, salvo 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 á obtención de 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 devanditas actividades.
- A celebración 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 dos 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. Dita proporcionalidade na distribución dos 75 escanos vai indisolublemente vinculada as 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 escaños en relación á poboación provincial só afecta a 35 deputados/-as, xa que cada provincia ten atribuídos un mínimo de 10 escaños.

As candidaturas preséntanse en listas pechadas e deben de superar a barreira do 5% para ter a opción de entrar no cómputo dos votos cara á obtención de escano. Esta barreira electoral persigue 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, pónse de manifesto que deben contar co número exacto de escaños que deben de ser cubertos, sen que se poida admitir lista algunha que non cumpra este requisito (nese senso, 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 gran importancia un concreto período de tempo: a campaña electoral e, por extensión, a regulamentación das actividades de propaganda a través dos medios de comunicación de masas e o financiamento da mesma, 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 en orde 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, rematará ás cero horas do día inmediatamente anterior ao da votación.

Polo que respecta á publicidade electoral nos medios de titularidade pública, os candidatos/-as que concorran ás eleccións teñen dereito a dispoñer de espazos gratuítos (sen que poidan contratar nos mesmos outro tipo de publicidade electoral), distribuíndose en proporción ao número de votos obtidos polos seus partidos nas eleccións anteriores, asegurando 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. Os partidos políticos que acadasen entre 5% e o 15% dos votos emitidos nas anteriores eleccións terán o dobre do tempo mínimo. Terán o triplo do tempo mínimo aquelas formacións políticas que obtivese máis do 15 % dos votos validamente emitidos. En todo caso, non se debe confundir os referidos espazos de publicidade electoral coa campaña institucional destinada a informar y fomentar a participación dos electores na votación, sen influír na orientación do voto.

O control do gasto electoral corresponde 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 (coas contías actualizadas pola Orde do 7 de xaneiro de 2009 (*DOG* núm. 6, do 9 de xaneiro), son as seguintes:

- Subvención de dezanove mil catrocentos trece euros e sesenta e seis céntimos (19.413,66 euros), por cada escano obtido.
- Subvención de setenta e dous céntimos (0,72 euros), por cada un dos votos acadados por cada candidatura, se polo menos un dos membros dela obtivo escano de deputado.

- Subvencións polos gastos ocasionados polo envío directo e persoal aos electores de sobres e papeletas electorais ou propaganda e publicidade electoral, a razón de vinte céntimos de euro (0,20 euros) por elector, sempre que a candidatura obteña representación.

#### **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 cometido 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/-a: o/a presidente/-a do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia
- Vicepresidente/-a: o elixido polos vocais, de entre os de orixe xudicial, na sesión constitutiva do órgano.
- Catro vocais: maxistrados/-as do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.
- Catro vocais: profesores/-as en activo das facultades de Dereito, de Ciencias Políticas ou de Socioloxía das Universidades de Galicia.
- Un/unha secretario/-a: o/a letrado/-a oficial maior do Parlamento de Galicia.

### **III.- FUNCÍONS DO PARLAMENTO**

Segundo o artigo 10 do Estatuto de Autonomía para Galicia, son funcións do Parlamento de Galicia as seguintes:

1.- Exerce-la 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 do presente Estatuto.

- 2.- Controla-la acción executiva da Xunta, aproba-los orzamentos e exerce-las outras competencias que lle sexan atribuídas pola Constitución, polo presente 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.- Esixir, se é o caso, responsabilidade política á Xunta e ao seu Presidente.
- 6.- Solicitar do Goberno a adopción de Proxectos de Lei e presentar perante a Mesa do Congreso dos Deputados Proposicións de Lei.
- 7.- Interpor recursos de inconstitucionalidade e presentarse perante 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 toda vez 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 efectivo control xa que o Goberno (con base nos parlamentarios que o apoian) pode frear case que todas as iniciativas de control do Parlamento. Con todo, máis ben parece que o que ten ocorrido é que os partidos políticos tomaron forza no actual modelo de Estado democrático, circunstancia que leva aparellada cambios na institución parlamentaria que hoxe coñecemos.

O exercicio da actividade lexislativa polo parlamento non debe descoñecer que no momento da constitución do mesmo xurde unha maioría parlamentario-gubernamental (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 gubernamental.
- Os/as parlamentarios/-as dos grupos minoritarios na Cámara non soen presentar iniciativas lexislativas, centrando a súa labor opositora 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/-as estrutúranse en Grupos Parlamentarios, que son o trasunto dos partidos políticos no parlamento.

No regulamento do Parlamento de Galicia distínguese entre a iniciativa lexislativa gubernamental e a iniciativa lexislativa non gubernamental (parlamentaria ou popular)

Na actividade de elaboración de normativa polo Goberno galego (Consello da Xunta) a aplicación a 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 contemplaba 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, recollese, de xeito similar ao establecido na normativa estatal, o procedemento da iniciativa lexislativa do Goberno galego (mediante proxectos de leis).

A iniciativa lexislativa popular ten o seu marco xurídico na Lei Orgánica 3/1984, do 28 de marzo, reguladora da iniciativa popular e na Lei 1/1988, do 18 de xaneiro, de iniciativa popular ante o Parlamento de Galicia.

A función lexislativa do Parlamento galego concrétase na iniciativa mediante a presentación de proposicións non de lei e na tramitación das ditas proposición e dos proxectos de lei presentados polo Goberno galego. O exercicio destas funcións esta detalladamente recollido nos artigos 111 e seguintes do Regulamento do Parlamento de Galicia, podendo sintetizarse:

#### 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 Portavoces, 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 de lei e postulen 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 presupostarios 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. Terminada 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 poñentes redactarán 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 se presenten neste 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/-as, deberán comunica-los votos particulares e as emendas que, despois de ser 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/-a presidente/-a da mesma ou un/unha deputado/-a en quen delegue, por un tempo de dez minutos. A continuación os grupos parlamentarios dispoñerán sucesivamente dunha rolda de quince minutos para explica-la súa posición sobre o ditame da Comisión e, se é o caso, defende-las emendas e os votos particulares non incorporados ao mesmo 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 dicíame da Comisión coas emendas e cos votos particulares que fosen incorporados.

## 2.- Das proposicións de lei

As proposicións de lei dos/das deputados/-as presentaranas acompañadas dunha exposición de motivos e dos antecedentes necesarios para se poder pronunciar sobre elas.

Exercitada 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/unha deputado/-a do grupo autor da iniciativa a presentación da mesma ante o Pleno.

As proposicións de lei e os proxectos de lei conforman o denominado procedemento lexislativo ordinario. Dentro dos chamados procedementos lexislativos especiais teñen cabida certos modos de aprobación de leis autonómicas referidas a concretos ámbitos materiais 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 lexislativa plena das comisións, da tramitación dun proxecto de lei en lectura única, da reforma do Estatuto de Galicia e do Proxecto de lei de presupostos. Na práctica política e parlamentaria ditos procedementos contan con escaso fundamento, exceptuando os dous últimos. Asemade, no artigo 163 regulámense a elaboración de proposicións de lei que se vaian presentar ante a Mesa do Congreso dos

Deputados e maila 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**

Coma un contrapeso da acción que o Goberno realiza na execución das leis, o Parlamento exerce unha función de control ordinario (o que poderíase denominar a fiscalización da xestión da execución) e un control pola esixencia da responsabilidade política do Goberno.

##### **1.- Función de control ordinario**

No exercicio desa función que podemos chamar inspectora, os/-as deputados/-as, logo 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). Asemade, nos artigos 49 e seguintes da Lei da Xunta e da súa Presidencia concrétese a posibilidade de que os membros da Cámara soliciten axuda e información á Xunta.

Sen dúbida os denominados debates sobre o Estado da Autonomía (previsto no artigo 48 da Lei reguladora da Xunta e a súa presidencia) ten unha gran transcendencia política xa que son retransmitidos polos medios de comunicación. Asemade, téñase en conta que a Xunta de Galicia pode remitirle 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 acorda-la creación dunha Comisión de investigación sobre calquera asunto de interese público. As conclusións destas comisións deberán plasmarse nun ditame que será discutido no Pleno da Cámara. As conclusións do mesmo 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 das mesmas 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 poderán formularlles por escrito interpelacións á Xunta e a cada un dos seus membros, sobre os motivos ou propósitos da actuación do Executivo ou das consellerías, en materias de política xeral ou cuestións de acentuada relevancia.

As interpelacións substanciaranse, perante o Pleno, dando lugar a unha rolda de exposición polo autor da interpelación, á contestación da Xunta e a cadansúa 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) poderán formularlles 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 de cinco minutos), contestará a Xunta. Aquel poderá intervir a continuación para replicar ou preguntar, e, tras a nova intervención da Xunta, terminará 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/as conselleiros/-as, directores/-as xerais ou subdirectores/-as xerais da Administración autonómica.

Rematado 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 deberá realizarse dentro dos vinte días seguintes á súa publicación, podendo prorrogarse 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 de debater. Unha vez concluídas estas intervencións, a proposición, coas emendas aceptadas polo propoñente daquela, será sometida a votación.

## **2.- Control de responsabilidade**

Expostas as principais ferramentas dispoñibles pola Parlamento para o control ordinario do Executivo, resta facer uns apuntamentos sobre a función de control exercitada mediante a existencia de responsabilidades políticas. Compre pois referirse 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 poderán presentarse mocións alternativas que reúnan os requisitos.

O debate iniciárase pola defensa da moción de censura que, sen limitación de tempo, efectúe un dos deputados asinantes da mesma. 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 prospera unha moción de censura, a Xunta e o seu Presidente/-a cesarán e o candidato/-a 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. Rematado o mesmo, 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 ven definido polo establecemento dunha serie de instrumentos para facer efectivos 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, integrada pola eficacia directa da Constitución (norma suprema do noso ordenamento xurídico, con preceptos que poden ser alegados perante os tribunais), pola rixidez constitucional (para reformar a Constitución débese de seguir un procedemento específico) e pola reserva de lei prevista polo lexislador constituinte (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 perante 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), a tales efectos poderá supervisar a actividade da Administración, dando conta ás Cortes Xerais. 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 ocorre con outros órganos institucionais (Consello de Contas ou Consello Consultivo), a Constitución non preveu un defensor do pobo autonómico. No artigo 14 do Estatuto de Autonomía para Galicia indícase que *“correspóndelle 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 poida encomendarlle”*. 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) e pola Lei 8/2008, do 10 de xullo (DOG núm. 143, do 24 de xullo). O texto da lei, aínda que seguindo as grandes trazos da Lei orgánica do Defensor del Pueblo, procura, ensanchar as súas funcións, facendo uso da habilitación contida no artigo 14 do Estatuto de Autonomía de Galicia, e profundar 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 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 galega 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 senso, case pode dicirse 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 encontre 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 seu membros, desempeñando as súas funcións con autonomía.

Aínda que o Valedor do Pobo non ten facultades resolutivas (xa que so 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 a instancia de parte, poderá iniciar e proseguir calquera investigación sobre:

- 1.- Os actos e resolucións da Administración Pública da Comunidade, da Administración local, incluídos os seus organismos autónomos, así como as empresas e entes públicos ou participados que dela dependan, no ámbito das competencias que corresponden á Comunidade.
- 2.- A actividade que realicen os/as conselleiros/-as e calquera autoridade administrativa, funcionarios e axentes que actúen ao servizo da administración.

Toda persoa natural ou xurídica que invoque un interese lexítimo poderá dirixirse 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 haberá de ser formulada no prazo dun ano por escrito no que conste a identificación, enderezo ou dirección do peticionario 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 ao organismo ou dependencia administrativa do contido substancial da solicitude, reunindo cantos datos estime pertinentes, que terán que serlle remitidos no prazo de quince días. A negativa ou neglixencia 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. Recordar que os poderes públicos de Galicia están obrigados a prestar o auxilio e a cooperación que lles sexan demandados 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 recomendacións admitidas pola Administración Pública Galega. Nos casos especialmente graves, poderá destacarse a persistencia nunha actitude hostil ou entorpecedora ao seu labor de calquera dos organismos, funcionarios/-as ou persoas ao servizo da Administración Pública, no seu ámbito de competencias.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Bello Janeiro, D. (director): *Manual de dereito galego* (Tomo I), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1996.
- Rodriguez-Arana Muñoz, J. (coordinador): *Dereito público galego*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1993.
- Sarmiento Mendez, 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.
  
- Gónzalez-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/BibliotecaInstitucional/Regulamento\\_do\\_Parlamento\\_de\\_Galicia.PDF](http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/BibliotecaInstitucional/Regulamento_do_Parlamento_de_Galicia.PDF)

[http://elecciones09.xunta.es/lexislacion\\_autonomica\\_es.html](http://elecciones09.xunta.es/lexislacion_autonomica_es.html)

[http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/ContenidosDOGal/programa\\_argal\\_II\\_Lexislacion.aspx?Legislatura=1](http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/ContenidosDOGal/programa_argal_II_Lexislacion.aspx?Legislatura=1)

**FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE**

## **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 atribuírseles 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.<sup>º</sup> 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.

Compre 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

## **BIBLIOGRAFÍA**

*Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, dirixidos por José Luis Carro Fernández-Valmayor, MAP, Madrid, 1991.

MEILÁN GIL, Xosé Luis, 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.

# **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 PUBLICAS**

##### **1.1. A creación de administracións públicas propias das comunidades autónomas**

A Constitución de 1978 proclamou o dereito á autonomía das nacionalidades e rexións, posibilitando así a aparición dunha nova modalidade de Administración Pública. Deste xeito, 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.

É particularmente o artigo 148.1.1 da Constitución o que habilita a creación dunha Administración Pública propia das comunidades autónomas cando establece como competencia exclusiva destas 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 art. 151, mais 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, 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. Un Tribunal Superior de Xustiza [...], culminará a organización xudicial no ámbito territorial da comunidade autónoma [...]”*.

Pola súa banda, o art. 147.2 establece como manifestación da potestade de autoorganización, esencial a toda autonomía, que *“Os Estatutos de Autonomía deberán conter: [...] c) A denominación, organización e sede das institucións autónomas propias”*.

As formas de organización de cada comunidade autónoma e de cadansúa 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, de ser o caso, dos 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, asignándoselle a cada un tarefas propias.

Cada consellería integra pola súa vez 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, quer dunha consellería, quer do conxunto da Comunidade Autónoma, nun determinado territorio.

Este é o esquema básico e practicamente común a todas as administracións autonómicas, aínda que nalgún caso a esa estrutura se lle engaden niveis intermedios (viceconselleiros, por ex.) 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 xunta os “órganos activos” existe tamén unha administración consultiva, composta por consellos especializados en materia económico-social, laboral ou xurídica.

Desta forma, a Administración das comunidades autónomas aparece hoxe consolidada conforme a un modelo que MUÑOZ MACHADO cualificou de “institucional burocrático”, fronte ao criterio do Tribunal Constitucional cando cualificaba as comunidades autónomas como “Corporacións públicas de base territorial e de natureza política” (Sentenza do 14 de xullo de 1981), natureza

corporativa que si lles atribúe, en cambio, aos entes locais.

## **1.2.- As bases do réxime xurídico das administracións públicas**

A Constitución española consagra a uniformidade da normativa administrativa básica e encoméndalle particularmente esa tarefa unificadora ao Estado cando no seu art. 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, lles garantirán ós 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*”.

No transcrito artigo concrétanse os elementos esenciais que configuran unha administración pública que, ao seren comúns, resultan en que o réxime xurídico da Administración das comunidades autónomas é en esencia idéntico ao da Administración Xeral do Estado, que lles serviu a aquelas de referente inicial.

O Tribunal Constitucional foi quen delimitou o concepto de bases do réxime xurídico das administracións públicas ao que se refire o art. 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 cumpra entender 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 coma o amplo das bases, ao sinalar que estas non se limitan ao

procedemento e réxime de recursos, nin se pode dicir tampouco que abrangan todo o procedemento administrativo. Establece que o Estado é competente para fixar as bases do réxime xurídico das administracións públicas, no senso 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, xa que logo, dun modelo de Estado. Isto 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 lles permite ter en conta ás 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 art. 149.1.18 da CE. Así, pódense 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 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 aparecen 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 o 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 (expropiación forzosa, contratos e concesións...) se aplicará 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 enumera 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 (art. 103 CE)

En Galicia foi primeiramente a Lei 1/83, da Xunta e o seu presidente, antes citada, a que recolleu, de maneira similar os devanditos principios; e 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 art. 4.3, como principios que cómpre 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

Pois ben, a Lei 30/1992, do 26 de novembro, do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, foi a que materializou posteriormente o devandito principio constitucional mediante a adaptación normativa do réxime xurídico das administracións.

A delimitación do réxime xurídico das administracións englobase no esquema «bases máis desenvolvemento» que lles permite ás comunidades autónomas ditaren as súas propias normas de réxime xurídico sempre que se axusten ás bases estatais. Non é así, en cambio, polo que atinxe ao 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, no entanto, considéraas como unha competencia normativa plena e exclusiva do Estado.

Así, a Lei 30/92 recolle dalgunha maneira 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. Porén, esta regulación non esgota as competencias estatais ou autonómicas para establecer procedementos específicos *ratione materiae*, que deberán respectar, en todo caso, as aludidas garantías.

A Constitución determina a competencia das comunidades autónomas para estableceren as especialidades derivadas da súa propia organización, pero ademais, como ten establecido 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, deste xeito o Estado ten competencia non sobre todo procedemento, senón só sobre aquel que deba ser común, daquela aplicable a todo o territorio e que fose establecido coma tal.

En todo caso, hai que dicir que a regulación dos procedementos propios das comunidades autónomas deberá respectar sempre as regras do procedemento que, por ser competencia exclusiva do Estado, integran o concepto de procedemento administrativo común.

Desta forma, a Lei 30/92 resulta de aplicación para todas as administracións públicas, e foi concibida ao primeiro de acordo co sinalado esquema de distribución constitucional de competencias. O seu obxectivo, así como o das normas que a precederon, é o de reunir nun texto único que garanta unha actuación común das administracións públicas en garantía dos particulares. Así pois, a Administración, posta ao servizo dos intereses dos cidadáns, adquire un carácter fundamentalmente instrumental.



Pola súa banda, a Lei 12/1983, do 14 de outubro, do proceso autonómico, froito da adaptación constitucional da, no seu día, polémica LOHPA, estableceu no seu art. 12, respecto do réxime xurídico das comunidades autónomas que:

1. Seralles 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. As devanditas especialidades deberán ser aprobadas por lei da respectiva comunidade autónoma, sen que en ningún caso se poidan reducir 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 lexislativa 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 lexislativo e a execución da lexislación básica do Estado nas referidas materias, cumprirá aterse ao disposto na Constitución e nos respectivos estatutos.

## **2.- A ADMINISTRACIÓN XERAL DA COMUNIDADE AUTÓNOMA GALEGA**

O Estatuto de Autonomía para Galicia regula esta materia no seu título III: "Da Administración Pública Galega", que no seu art. 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 verbo disto, no seu art. 41 dispuxo tamén que “*A Comunidade Autónoma exercerá as súas funcións administrativas por órganos e entes dependentes da Xunta de Galicia*”.

Deste xeito é como, nun primeiro momento, ao abeiro do Estatuto e polo impulso resultante das transferencias de servizos procedentes do Estado foi xurdindo o aparato administrativo da Comunidade Autónoma de Galicia, cun bloque de competencias administrativas que aparecen organizativamente sectorializadas.

As bases do réxime xurídico e 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 por 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, cómpre citar a Lei 16/2010, do 17 de decembro, 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 se temos en conta que ata daquela a

lexislación sobre a materia constituía un conxunto de disposicións dispersas, parciais en canto ao seu contido, e asistemáticas; polo tanto, evidentemente insuficiente en relación co que se precisaba para atender ás vixentes necesidades da Comunidade Autónoma, plenamente consolidada na súa organización administrativa.

A nova lei proporciona 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, do 17 de decembro, no seu preámbulo esboza o que se pode considerar unha definición da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, cando sinala que *“para o exercicio do poder executivo, a Xunta e a súa presidenta ou presidente [...] contan cunha estrutura administrativa organizativa para canalizar as súas decisións e que estas se realicen conforme a legalidade. Esa estrutura organizativa, dirixida pola Xunta e a persoa titular da 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 “arredor 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, xunto cos entes instrumentais, antes referidos, constitúen o que se denomina “*sector público autonómico*”.

En particular, polo que interesa á presente epígrafe, os trazos xerais característicos da Administración xeral de Galicia son considerados 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 de Galicia, actúa con personalidade xurídica única. 2. A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia desenvolve funcións executivas de carácter administrativo, realizando as tarefas nas que se concreta o exercicio da acción de goberno”.

### **3.- A SÚA ORGANIZACIÓN**

#### **3.1.- Marco xeral**

A Administración xeral da Comunidade Autónoma, como dixemos, aparece organizada sectorialmente 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, están: a presidencia, a vicepresidencia ou vicepresidencias —de darse o caso—, as consellerías e as secretarías xerais, órganos todos eles aos que, en xeral, lles está encomendado estableceren 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, como superior órgano consultivo en materia xurídica da Xunta de Galicia, ou o Consello Económico e Social.

A Xunta, como órgano colexiado do Goberno de Galicia, ten atribuída, ademais da dirección política, a superior dirección da Administración autonómica, facendo uso para iso, segundo o art. 37.2 do Estatuto, da función executiva, comprendéndose 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 e remitirlos ao Parlamento para a súa aprobación.
- Aprobar os proxectos de lei para a súa remisión ao Parlamento e acordar, se procede, 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 remitirlos ao Parlamento os proxectos de convenios e acordos de cooperación con outras comunidades autónomas para a súa ratificación ou aprobación, como corresponda.
- Acordar a interposición de recursos de inconstitucionalidade, así coma a comparecencia nas cuestións de inconstitucionalidade que afecten a Galicia e a formalización de conflitos de competencias perante 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, os altos cargos da Administración Pública galega de rango igual ou superior a dirección xeral, así coma aqueles outros que legalmente se establezan.

- 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, por mor da 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, correspondéndolles 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 ou conselleiras que son os titulares da consellería para a que foron designados. Ademais, forman parte do executivo e do Consello da Xunta.

Os conselleiros ou conselleiras como titulares ou xefes dos seus respectivos departamentos están investidos das seguintes atribucións (art. 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 á mesma.
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, agás 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 dispoñer 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, directamente responsables da execución da acción de goberno nun sector de actividade específica dunha consellería baixo a dirección da persoa titular desta, que é nomeada por decreto do Consello da Xunta.

O/a titular ou titulares das secretarías xerais dirixen e coordinan as direccións xerais situadas baixo a súa dependencia, e compételles en particular (art. 26 lei 16/2010):

a) A dirección e control do exercicio das competencias sobre o sector da actividade administrativa que lles asignou o decreto de estrutura orgánica da consellería, ademais daqueloutras competencias que lles delegue a persoa titular da consellería.

b) Impulsar a consecución dos obxectivos e a execución dos proxectos que, no seu ámbito de actividade, lles sexan encargados pola conselleira ou 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 devanditos órganos.

d) Calquera outra competencia atribuída por outra norma xurídica.

Hai que dicir, para rematar, 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.º da Lei 16/2010. Estas últimas terán dependencia funcional da Presidencia e dependencia orgánica da conselleira ou conselleiro que se determine na estrutura correspondente.

Tocante aos órganos de dirección dentro das consellerías, son os seguintes:

**A)** As secretarías xerais técnicas son órganos de apoio e asistencia técnica do conselleiro ou conselleira 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 da conselleira ou conselleiro, cuxo titular desempeña, como máis importantes, 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 coma 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 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 son as unidades orgánicas básicas sectoriais en que se divide un departamento ou consellería. O seu titular é un director ou directora xeral.

En cada consellería existen unha ou varias direccións xerais con dependencia xerárquica do titular da consellería ou, se procede, 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 lles 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.

Examinados os órganos superiores das consellerías cómpre sinalar finalmente que, consonte o Decreto 79/2009, do 19 de abril, polo que se establece a estrutura orgánica da Xunta de Galicia, na actualidade as consellerías son as seguintes:

1. Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza.
2. Consellería de Facenda.
3. Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas.
4. Consellería de Economía e Industria.
5. Consellería de Educación e Ordenación Universitaria.
6. Consellería de Sanidade.
7. Consellería de Cultura e Turismo.
8. Consellería de Traballo e Benestar.
9. Consellería de Medio Rural.
10. Consellería do Mar.

Segundo a citada norma, a orde de prelación dos departamentos da Xunta de Galicia axústase ao descrito.

Hai que recordar, ademais, que os centros directivos directamente dependentes do presidente da Xunta veñen determinados na actualidade polo Decreto 82/2009, do 21 de abril.

Na devandita norma sinálanse coma tales os seguintes órganos:

1. A Secretaría Xeral da Presidencia, da que depende a Dirección Xeral do Gabinete da Presidencia
2. A Asesoría Xurídica Xeral, con nivel orgánico de Dirección Xeral.
3. A Secretaría Xeral de Medios, á que está adscrito o ente público Compañía de Radio-Televisión de Galicia e da que depende a Dirección Xeral de Comunicación.

4. A Secretaría Xeral de Igualdade.
5. A Secretaría Xeral de Emigración.
6. A Secretaría Xeral para o Deporte.
7. A Secretaría Xeral de Modernización e Innovación Tecnolóxica.

Dentro da estrutura orgánica da Xunta atopamos 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 arredor da figura dos delegados provinciais das distintas consellerías; e polo tanto había, 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, fóra das 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 que se relacionan a continuación: 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 ou delegada, con rango de director xeral. O seu nomeamento efectúase mediante decreto do Consello da Xunta de Galicia, en virtude do establecido no arts. 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, atribúelles, en concreto, no seu ámbito territorial e entre outras, as seguintes competencias:

- a) Representar a Xunta.
- b) Manter as necesarias relacións de cooperación e, cando corresponda, de coordinación, coa Administración do Estado, os entes locais e outros organismos públicos.
- c) Coordinar a actuación de todos os órganos e unidades administrativas autonómicas, así como, cando corresponda, a das entidades do sector público autonómico con ámbito territorial de actuación igual ou inferior ao da delegación territorial.
- d) Seren os órganos de contratación da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia nos seus respectivos ámbitos competenciais.

Ademais das sinaladas correspóndenlles, 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 atinxe 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 ou delegada no exercicio das súas competencias xerais, a quen substitúe en caso de vacante, ausencia ou enfermidade.

- b) Xefaturas territoriais, que 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) A Comisión territorial de coordinación é o órgano de apoio ao delegado ou delegada territorial para o impulso e coordinación do funcionamento do conxunto dos departamentos da delegación territorial. Está presidida polo delegado ou delegada territorial e forman parte dela os xefes ou xefas territoriais e o secretario ou secretaria territorial, quen actúa como secretario/a da comisión.

Son órganos superiores da delegación territorial o delegado ou delegada e a secretaria territorial.



Sen prexuízo da súa integración na delegación territorial para os efectos de coordinación, os departamentos territoriais dependen orgánica e funcionalmente das consellerías que lles 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, maiormente, a través da Secretaría Xeral de Emigración e da Secretaría Xeral de Relacións Exteriores, órgano este último ao que están adscritas as delegacións.

As tales actuacións exteriores foron sustentadas pola doutrina do Tribunal Constitucional, que reconece a posibilidade de que as comunidades autónomas poidan levar a cabo actividades de significación internacional con base no exercicio das competencias propias con dimensión internacional ou na proxección cara ao exterior da comunidade autónoma. En calquera caso, por riba das devanditas actividades

exteriores está a máxima representación de España no exterior que, como se sabe, lle corresponde sempre ao Estado.

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 abeiro da Lei 4/1983, do 15 de xuño, de recoñecemento da galegidade.

- 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 tras informe 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. Xa que logo, estas delegacións terán a responsabilidade da coordinación, xestión e difusión, así coma 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.
- Prestarlles 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 llelo demanden.

Á fronte de cada delegación exterior existe un delegado ou delegada 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 ou delegada existe a secretaría da delegación, á que 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, está prevista a creación dun rexistro de oficinas autonómicas no exterior ao que han acceder 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, pódense manter 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, páxs. 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 dirixidos por José Luis Carro Fernández- Valmayor.: **Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia.** Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid 1991.

- Morell Ocaña, Luis.: **Curso de Derecho Administrativo.** Tomo I. Aranzadi Editorial. Pamplona 1996.

Juan José Gallego Fouz

**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.**

## **AS ENTIDADES INSTRUMENTAIS DO SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO 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” ao Ente que crea a outro para que realice funcións ou tarefas específicas cuxo desenvolvemento, en principio, lle asignou o Ordenamento xurídico a el e “Ente instrumental” ao Ente creado co fin de desenvolver as devanditas 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, por exemplo, a realización de actividades de mercado.

O papel de Administracións matrices correspóndelle, esencialmente, ás Administracións territoriais, xa que son estas as que, de modo directo ou indirecto, crean a 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, de 17 de decembro, de Organización e Funcionamento da Administración Xeral e do sector público autonómico de Galicia (en adiante, LOFAXGA), distingue dous tipos de entidades instrumentais no sector público galego:

a) As Entidades públicas instrumentais:

- Organismos autónomos.
- Axencias públicas autonómicas.
- Entidades públicas empresariais.
- Consortorios autonómicos.

b) Outras entidades instrumentais:

- Sociedades mercantís públicas autonómicas.
- Fundacións do sector público autonómico.

### **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 gozan 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 eran prestados pola Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, xa que a devandita creación irá acompañada das previsións necesarias para suprimir ou restrinxir debidamente a competencia doutros órganos ou doutras entidades preexistentes.

### **1.5.- RÉXIME DE PERSOAL E DE CONTRATACIÓN**

En canto ao réxime aplicable ao seu persoal, a LOFAXGA establece unha serie de precisións, entre as que hai que destacar:

- Que lle será 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).
- As distintas clases de persoal, tanto funcionario coma 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. Respectarase 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).

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.- OS ENTES INSTRUMENTAIS COMO MEDIOS PROPIOS E SERVIZOS TÉCNICOS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

O artigo 47 da LOFAXGA determina que para os efectos previstos no artigo 4.1.n) e 24.6 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP), as entidades instrumentais terán 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.

Así, de acordo co artigo 24.6 da LCSP, esta condición de medio propio ou servizo técnico determinará, para as entidades instrumentais, a imposibilidade de participar en licitacións públicas convocadas polos poderes adxudicadores dos que sexan medio propio ou servizo técnico, sen prexuízo de que, cando non concorra ningún licitador, se lles poida encargar a execución da prestación obxecto daquelas.

O carácter de medios propios instrumentais e servizos técnicos da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia comportará para estas entidades, de acordo co previsto na lexislación de contratos do sector público, a obriga de executar, de acordo coas instrucións que se diten, as encomendas ou os encargos que os poderes adxudicadores que os controlan e os seus medios propios lles realicen, dentro do ámbito do seu obxecto social e nos termos fixados nos seus estatutos, retribuíndose mediante as tarifas suxeitas ao réxime previsto no artigo 50 da LOFAXGA.

Estamos, por tanto, en presenza dunha relación de natureza instrumental e non contractual que, a todos os efectos, ten carácter interno, dependente e subordinado, tal e como se reflicte claramente no artigo 48 da LOFAXGA, que permite á consellería ou ao departamento ao que estea adscrita a entidade instrumental, ou que teña atribuída a súa tutela funcional, ditar instrucións sobre a forma de realización dos

encargos, supervisar a súa realización, así como determinar as prioridades de actuación do medio propio na súa realización. En particular, cando as encomendas sexan efectuadas por outros medios propios da Administración da Comunidade Autónoma que non estean baixo a tutela funcional da consellería ou do departamento ou adscritos a estes, deberá autorizalas previamente.

O artigo 49 da LOFAXGA esixe que o medio propio -a entidade instrumental- dispoña da estrutura e dos servizos técnicos suficientes para facerse responsable da organización e xestión dos traballos que desenvolva e das prestacións encargadas así como da súa calidade técnica. Este extremo deberá ser xustificado pola entidade encomendante no expediente tramitado para a realización de cada encomenda. Para os efectos da lexislación de contratos do sector público, o medio propio sempre terá a consideración de poder adxudicador nos contratos que deba celebrar para a realización das prestacións obxecto do encargo.

### **3.- ENTES PÚBLICOS INSTRUMENTAIS EN XERAL**

#### **3.1.- 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 precisas para o cumprimento dos seus fins.

Cada entidade pública instrumental adscríbese 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.

### **3.2.- CREACIÓN, MODIFICACIÓN E EXTINCIÓN**

#### *3.2.1.- CREACIÓN*

Segundo o artigo 54 da LOFAXGA, a creación de entidades públicas instrumentais integrantes do sector público autonómico, agás no caso dos consorcios, require autorización por lei.

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, a proposta da consellería de adscrición, previo informe favorable das consellarías competentes en materia de administracións públicas e de facenda.

#### *3.2.2.- 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, a proposta da consellería de adscrición, previo informe favorable das consellarías competentes en materia de administracións públicas e de facenda. Cando a modificación proposta afecte aos 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.

#### *3.2.3.- 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, a proposta da consellería de adscrición, previo informe favorable das consellarías 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).

### **3.3.- 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 que 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.

#### **3.3.1.- ÓRGANOS DE GOBERNO**

Os órganos de goberno son a presidencia e o consello reitor, se ben no estatuto de cada entidade poderanse 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, se ben no estatuto da entidade poderá establecerse a posibilidade de que o Consello da Xunta nomee outra persoa para

desempeñar o cargo, a 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

O Consello Reitor exercerá as funcións que se lle atribúan no estatuto de cada entidade, se ben o artigo 64.4 da LOFAXGA establece as atribucións que, como mínimo, lle corresponden.

### *3.3.2.- ÓRGANOS EXECUTIVOS*

De conformidade co artigo 65 da LOFAXGA, a dirección da entidade é o seu órgano executivo.

A persoa titular da dirección dos organismos autónomos será nomeada e separada por decreto do Consello da Xunta.

No caso das entidades públicas empresariais e das axencias públicas autonómicas, os titulares da dirección serán nomeados e separados polo Consello da Xunta de Galicia, a proposta da persoa titular da consellería de adscrición, entre persoas que reúnan a cualificación necesaria para o cargo, segundo determine o estatuto de cada entidade.

A persoa titular da dirección será responsable da xestión ordinaria da entidade e exercerá as competencias inherentes á devandita dirección, así como as que expresamente lle atribúa a lei e os estatutos e as que lle delegue o consello reitor.

### **3.4.- PERSOAL**

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).

### **3.5.- 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 sexa necesaria a súa autorización para a celebración de contratos, agás que a devandita autorización lle corresponda ao Consello da Xunta (artigo 62 LOFAXGA).

Ademais, en materia de contratación, deberá terse en conta que segundo a Disposición Adicional Sétima da LOFAXGA, as entidades públicas empresariais teñen o carácter de organismos asimilados ás entidades públicas empresariais estatais, para os efectos do previsto no último parágrafo do artigo 3.2 da LCSP.

### **3.6.- IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS E RECLAMACIÓNS**

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, agás que a súa lei de autorización específica prevexa 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, agás que na súa normativa específica se lle asigne tal competencia a un órgano da consellería de adscrición.

## **4.- ENTIDADES PÚBLICAS INSTRUMENTAIS EN PARTICULAR**

### **4.1.- OS ORGANISMOS AUTÓNOMOS**

#### *4.1.1.- 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 nos 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.

#### *4.1.2.- FUNCIONAMENTO*

A actividade dos organismos autónomos desenvolverase conforme ao 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, debendo incluír, en todo caso:

- a) Os obxectivos e resultados que deban ser acadados polo organismo.
- b) Os recursos persoais, materiais e orzamentarios precisos para a consecución dos obxectivos e resultados fixados.

#### *4.1.3.- 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 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.

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 conforme á normativa aplicable na materia e logo de negociación coas organizacións sindicais representativas no ámbito da función pública.

## **4.2.- AS AXENCIAS PÚBLICAS AUTONÓMICAS**

### *4.2.1.- CONCEPTO E RÉXIME XURÍDICO*

O artigo 74 da LOFAXGA define as axencias públicas autonómicas como aquelas entidades ás que, 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.

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, podendo integrar as súas normas específicas elementos de réxime xurídico propios dos organismos autónomos e das entidades públicas empresariais.

Os orzamentos das axencias públicas autonómicas terán carácter limitativo polo seu importe global e carácter estimativo para a distribución dos créditos en categorías económicas, agás os correspondentes a gastos de persoal e capital que, en todo caso, teñen carácter limitativo e vinculante pola súa contía total.

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.

#### *4.2.2.- 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, entre outros, e para o período da súa vixencia, os seguintes aspectos:

- 1) Os obxectivos que se persigan, os resultados que se pretendan obter e, en xeral, a xestión que se vai desenvolver.

- 2) Os plans necesarios para acadar 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.
- 3) As previsións máximas de cadro de persoal e o marco de actuación en materia de xestión de recursos humanos.
- 4) Os recursos persoais, materiais e orzamentarios que cómpre achegar para a consecución dos obxectivos.
- 5) Os efectos asociados ao grao de cumprimento dos obxectivos establecidos no que atinxe á esixencia de responsabilidade pola xestión dos órganos executivos e do persoal directivo, debendo determinar os mecanismos que permitan a esixencia das devanditas responsabilidades.
- 6) 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.
- 7) O procedemento que se seguirá para a cobertura dos déficits anuais que, no seu caso, se puideren producir por insuficiencia dos ingresos reais respecto dos estimados e as consecuencias de responsabilidade na xestión que se deban seguir de tales déficits.
- 8) O procedemento para a introdución das modificacións ou adaptacións anuais que, no seu 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, a proposta das consellarías de adscrición e das competentes nas materias de administracións públicas e de facenda, nun prazo máximo de tres meses contados desde a súa presentación.

#### *4.2.3.- PERSOAL*

O persoal das axencias públicas autonómicas estará constituído por persoal funcionario, estatutario e/ou laboral da Xunta de Galicia e, no seu caso, por persoal laboral propio (artigo 75 LOFAXGA).

### **4.3.- AS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIAIS**

#### *4.3.1.- CONCEPTO E RÉXIME XURÍDICO*

As entidades públicas empresariais son entes instrumentais aos que se lles encomenda a realización, conforme 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, agás no exercicio das potestades administrativas que teñan atribuídas e nos aspectos especificamente previstos en normas con rango de lei.

#### *4.3.2.- 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, previo informe favorable da consellería competente en materia de facenda, conforme ao establecido pola lexislación de réxime financeiro e orzamentario da Comunidade Autónoma de Galicia.

O contido do plan de actuación determinarase regulamentariamente, debendo incluír en todo caso:

- a) Os obxectivos e resultados que deban ser acadados polo organismo.
- b) Os recursos persoais, materiais e orzamentarios precisos para a consecución dos obxectivos e resultados fixados.

#### *4.3.3.- PERSOAL*

O persoal das entidades públicas empresariais suxeitarase ao réxime previsto no artigo 58 da LOFAXGA, que xa foi obxecto de análise no punto 3.4 do presente tema.

### **4.4.- OS CONSORCIOS**

#### *4.4.1.- 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 nos 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 que 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.

#### *4.4.2.- 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 que vaia quedar adscrito, logo de negociación coas demais administracións públicas e entidades con que se pretenda constituír o consorcio, e irá acompañada dunha memoria na 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 os seus estatutos, a proposta da consellería á que se fai referencia no punto anterior.

A modificación dos estatutos levarase a cabo por decreto do Consello da Xunta, logo do acordo do órgano competente do consorcio, a proposta da consellería de adscrición.

Os estatutos establecerán as causas de disolución do consorcio, que requirirá decreto do Consello da Xunta de Galicia, logo do acordo do órgano competente do consorcio.

Regulamentariamente estableceranse 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.

#### *4.4.3.- 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 dos 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 recoñeceren os seus estatutos.

#### *4.4.4.- PERSOAL*

O persoal dos consorcios autonómicos suxeitarase ao réxime previsto no artigo 58 da LOFAXGA.

### **5.- ENTIDADES INSTRUMENTAIS CON PERSONALIDADE XURÍDICO-PRIVADA**

#### **5.1.- SOCIEDADES MERCANTÍS AUTONÓMICAS**

##### *5.1.1.- CONCEPTO E RÉXIME XURÍDICO*

O artigo 102 da LOFAXGA define as sociedades mercantís públicas autonómicas coma 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.

Engadindo que, lle serán de aplicación as disposicións contidas na LOFAXGA ás sociedades mercantís que, sen teren a natureza de sociedades mercantís autonómicas, se atopen nalgún dos seguintes supostos:

- a) 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.
- b) 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, previo informe da Consellería de Facenda, o considere conveniente para o cumprimento de finalidades concretas de política económica. Agás o disposto por normas especiais, a participación da Xunta non será inferior ao 10% nin superior ao 50% do capital social das devanditas 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 dispoñer de facultades que impliquen o exercicio de potestades administrativas (artigo 103 LOFAXGA).

#### *5.1.2.- 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, a proposta da consellería competente en materia de facenda, a iniciativa da consellería ou da entidade interesada, conforme ao 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 na 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, a proposta da consellería competente en materia de facenda, a 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, a proposta da consellería competente en materia de facenda, a 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, no seu caso, o destino do haber social (artigo 105 LOFAXGA).

#### *5.1.3.- 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, esixe 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 que estará

adscrita a sociedade mercantil autonómica para os efectos de exercer a súa tutela funcional. En defecto 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 que estea adscrita a entidade que a exerza, será responsable de darlle 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, a proposta da persoa titular da consellaría, ou da Presidencia, da entidade de adscrición, e deberán cumprir as instrucións que, para o axeitado exercicio dos dereitos inherentes á titularidade das accións, considere oportuno impartirlles a persoa titular da consellaría, ou da Presidencia, da entidade de adscrición (artigo 108 LOFAXGA).

#### *5.1.4.- PERSOAL*

De conformidade co artigo 110 da LOFAXGA, o persoal das sociedades mercantís autonómicas rexerase polo disposto na disposición adicional primeira do Estatuto básico do empregado público, na normativa autonómica que a desenvolva e polas regras específicas establecidas no devandito artigo.

## **5.2.- FUNDACIÓNS DO SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO**

### *5.2.1.- CONCEPTO E RÉXIME XURÍDICO*

De conformidade co artigo 113 da LOFAXGA, son fundacións do sector público autonómico aquelas fundacións nas que concorran 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 achegados 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.

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. Unicamente poderán realizar actividades relacionadas co ámbito competencial das entidades fundadoras, debendo contribuír á consecución dos seus fins, sen que isto supoña a asunción da titularidade das súas competencias, agás previsión legal expresa.

O protectorado destas fundacións será exercido polo departamento da Xunta de Galicia que exerza as competencias correspondentes aos fins da fundación.

#### *5.2.2.- 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) A iniciativa para a creación de fundacións do sector público autonómico.
- b) 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 constitución, transformación, modificación de estatutos, fusión e extinción das fundacións do sector público da Comunidade Autónoma.
- 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.
- 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, na que se xustifiquen suficientemente as razóns de por que 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 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 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.

### *5.2.3.- 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 aos principios e disposicións aplicables da lexislación estatal e autonómica en materia de contratos do sector público (artigo 117 LOFAXGA ).

**Autor: Marcos Almeida Cerrada**

## **1.- AS FUNDACIÓNS DE INTERESE GALEGO**

### **1.1.- Concepto e réxime xurídico das Fundacións**

DÍEZ-PICAZO e 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 e 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 art. 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 atopa o de fundación.

Pola súa parte, o Estatuto de Autonomía de Galicia, no seu art.27, apartado 26, establece a competencia exclusiva á Xunta de Galicia relativa ás Fundacións de Interese Galego. Na actualidade as Fundacións da Comunidade Autónoma están reguladas pola Lei 12/2006, de 1 decembro, de Fundacións de Galicia, desenvolta á súa vez polo Decreto 14/2009, de 21 xaneiro, polo que se aproba o Regulamento de Fundacións de Interese Galego.

A Lei 12/2006 somete as fundacións á tutela e protección dos poderes públicos e defíneas como *“aquelas organizacións constituídas sen ánimo 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”*.

A Lei, ademais, sinala os fins de interese xeral que han de perseguir as fundacións, 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, etc (...).

As fundacións pódense constituir por actos *inter vivos*, mediante escritura pública, ou *mortis causa*, mediante disposición testamentaria.

O seu goberno encoméndase a un padroado que asume a representación da entidade para cumprir os fins fundacionais e administrar os bens e dereitos que integran o patrimonio da fundación.

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. O cargo de patrón terá a duración que se estableza nos estatutos ou carta fundacional. O padroado conta tamén cun secretario, a quen corresponde a certificación dos acordos do padroado co visto e prace do presidente.

O fundador ou fundadores que sexan persoas físicas poderán reservarse, 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, pide exercer a acción de responsabilidade fronte a aquel.

Poderán ser membros do padroado tanto as persoas físicas como as xurídicas.

Os patróns responden solidariamente fronte á fundación dos danos e prexuízos 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 obrigas susceptibles de valoración económica que integren a dotación, así como por aqueles que adquira a fundación con posterioridade á súa constitución.



Por outro lado o alleamento e gravame dos bens e dereitos que formen parte da dotación ou estean directamente vinculados ao cumprimento dos fins fundacionais, así como aqueles cuxo importe sexa superior ao 20 % do activo da fundación, deberán ser comunicados polo padroado ao protectorado.

As fundacións fináncianse cos rendementos que proveñan do seu patrimonio ou daqueloutros procedentes de axudas, subvencións, doazóns, herdanzas e legados, realizados por persoas físicas ou xurídicas, públicas ou privadas.

A Lei prevé tamén outras situacións como as de modificación dos estatutos, fusión, escisión e extinción da fundación; este último suposto producirase, entre outros, cando expire o prazo polo que foi constituída, cando se realizase integramente o fin fundacional ou cando sexa imposible realizar o devandito fin.

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.

### **1.2.- O Protectorado da Xunta de Galicia sobre as Fundacións de Interese Galego**

O protectorado da Xunta de Galicia constitúese 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.

Son funcións do protectorado, entre outras:

- Asesorar ás fundacións que se atopen en proceso de constitución e ás fundacións xa inscritas, nas máis variadas funcións.

- Velar polo cumprimento axeitado dos fins fundacionais.
- Velar polo patrimonio fundacional e os recursos económicos.
- Exercer provisionalmente as funcións do padroado se faltasen todas as persoas chamadas a integralo, así como nos supostos de intervención temporal, acordados polo órgano xudicial competente.
- Garantir a legalidade das modificacións estatutarias, fusións e extincións das fundacións.
- 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, conforme ao disposto na Lei, a precisen.

## **2.- AS CORPORACIÓNS DE DEREITO PÚBLICO DE GALICIA**

### **2.1.- 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, non obstante, están tuteladas pola Administración en razón do interese público que presentan algunhas das actividades que levan a cabo, dotándoas así de personalidade xurídica-pública.

Desta forma o Estado, debido á conexión dos intereses da corporación cos intereses públicos, acolle a 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, en cuxo caso se someten ao Dereito administrativo (representación externa, control de normas

constitutivas e regulamentarias e da legalidade dos acordos que adoptan, etc.).

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 hai que 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, polo tanto, intereses puramente corporativos, por iso se financian, esencialmente, coas aportacións persoais que estes realizan. Iso xustifica que, en xeral, non estean suxeitas aos órganos de control financeiro propios dunha Administración pública como a Intervención ou os Tribunais de Contas.

No noso Dereito non existe unha Lei aplicable con carácter xeral a todas as corporacións, de aí que en cada caso haxa que estar á norma propia de cada unha delas e mesmo ás que regulan o seu réxime interno. En canto á súa faceta pública, sonlles aplicables as normas xerais comúns ás Administracións Públicas.

O paradigma destes entes son os colexios profesionais dos que a Constitución se ocupa no seu artigo 36.

## **2.2.- As corporacións de dereito público de Galicia**

O art. 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, de 5 de xuño, de normas reguladoras do Consello Agrario Galego, declara disoltas as Cámaras Agrarias Provinciais, únicas subsistentes naquel momento, a través da súa disposición adicional terceira. Deste modo o Consello Agrario Galego, que se crea por esta Lei, asume o papel de órgano permanente de participación, asesoramento, diálogo e consulta da Administración galega en materia agraria e desenvolvemento rural.

Despois de distintas vicisitudes lexislativas, entre elas o Real Decreto-lei 8/1994 de 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 estas sexan reguladas polas Comunidades Autónomas como tales corporacións públicas, polo que hoxe son unha figura definitivamente extinguida.

### **2.3.- As Confrarías de Pescadores**

As confrarías de pescadores, son corporacións de dereito público, dotadas de personalidade xurídica e capacidade de obrar, que actúan como órganos de consulta e colaboración coa Administración na promoción do sector pesqueiro e representan intereses económicos e corporativos dos profesionais do devandito sector, iso 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.

As confrarías de pescadores transferíronse polo Estado á Comunidade Autónoma de Galicia mediante o Real Decreto de traspasos 3318/1982, de 24 de xullo.

Actualmente as confrarías están reguladas na nosa Comunidade Autónoma pola Lei 9/93 de 8 de xullo, que foi desenvolvida por Decreto

261/2002, 30 de xuño de 2002, polo que se aproba o actual Regulamento das Confrarías.

A Lei de Confrarías de Pescadores foi inicialmente derogada pola Lei 11/2008, de 3 de decembro, de pesca de Galicia e, posteriormente, declarada novamente en vigor pola Lei 6/2009, de 11 de decembro, de modificación da anterior.

Así pois, consolidada plenamente a súa existencia, corresponden ás confrarías de pescadores, como órganos de consulta e colaboración e de acordo co art.3 da Lei reguladora, as seguintes funcións:

- Actuar como oficinas públicas, no referente á recepción, rexistro e tramitación de documentación dirixida á Administración galega.

- 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, 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.

- 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

producción, poderanse estruturar en dúas seccións, que se denominarán de Orientación e de Organización da Producción.

A afiliación ás confrarías de pescadores é libre, podendo ser os seus membros os armadores con base en portos existentes dentro do seu ámbito territorial e os que teñan a habilitación administrativa para o exercicio dos labores de extracción dos recursos mariños vivos.

Finalmente, o ámbito territorial das confrarías é o que determinan os seus estatutos, sen que poidan coincidir varias confrarías nun mesmo ámbito territorial

### **3.- OS COLEXIOS PROFESIONAIS E AS CÁMARAS DE COMERCIO INDUSTRIA E NAVEGACIÓN**

#### **3.1.- 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 democráticas”*.

En orde á súa natureza xurídica, configúranse, como viamos, 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.

Pódese dicir así 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.

A lexislación estatal está constituída pola Lei 2/1974, de 13 de febreiro, de colexios profesionais, modificada posteriormente pola Lei 74/1978, de 26 de decembro e pola Lei 7/1997, de 14 de abril. A máis recente regulación desta materia levouse a cabo por Real decreto lei

6/2000, de 23 de xuño, de medidas urxentes de intensificación da competencia en mercados de bens e servizos.

No plano autonómico hai que dicir que a Lei do Proceso Autonómico, Lei 12/1983, de 14 de outubro, no seu artigo 15.2, determina que os colexios que existan ou se constitúan no territorio de cada Comunidade Autónoma deberán axustar a súa organización e competencias aos principios e regras básicas establecidas na lexislación do Estado, para as devanditas entidades, sen prexuízo de calquera outra competencia que puidese atribuírlles ou delegarlles a Administración autonómica.

Pola súa parte, o Estatuto de Autonomía de Galicia establece a competencia exclusiva da Comunidade Autónoma galega en materia de corporacións de dereito público. Así, por Lei Orgánica 16/1995, de 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 Real Decreto 1643/1996, de 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 de 18 de setembro, norma que foi obxecto de modificación posterior pola Lei 1/2010, de 11 de febreiro.

Sinala a Lei que los 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.

Así, a Comunidade Autónoma de Galicia pode 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.

Finalmente hai que sinalar que os colegios teñen como órganos básicos:

- A Xunta Xeral que reúne a todos os colexiados en asemblea e é a que toma as decisións máis transcendentales 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.

### **3.2.- As Cámaras de Comercio, Industria e Navegación**

Ademais do exercicio das competencias de carácter público que lles atribúe a Lei básica e das que lles poidan encomendar ou delegar as administracións públicas, as cámaras teñen como finalidade a representación, promoción e defensa dos intereses xerais do comercio, a industria e a navegación, e a prestación de servizos ás empresas que exerzan as devanditas actividades. Iso sen prexuízo da liberdade sindical e de asociación empresarial.

A súa normativa reguladora está constituida pola Lei Básica de Cámaras Oficiais de Comercio, Industria e Navegación, 3/1993 de 22 de



marzo ditada ao abeiro da competencia estatal prevista no artigo 149.1.19 da Constitución.

As cámaras foron obxecto de transferencia á nosa Comunidade Autónoma a comezo dos anos oitenta. A Comunidade Autónoma promulgou a Lei 5/2004, de 8 de xullo, que regula a organización, funcionamento e réxime económico e orzamentario destas corporacións.

Esta Lei pretende, esencialmente, adaptar o marco xurídico das cámaras á realidade galega e proxectar unha idea homoxénea da institución e do 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 configura ás cámaras como órganos 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, a industria e a navegación e a prestación de servizos ás empresas.

En particular corresponde ás cámaras galegas o exercicio das seguintes funcións:

a) A prestación de servizos de información, formación, asesoramento e asistencia técnica aos seus membros.

b) Como máis importantes, entre as funcións de carácter público-administrativo que lles corresponden, pódense citar:

- . Expedición de certificados de orixe e demais certificacións relacionadas co tráfico mercantil.
- . Asesoramento ás Administracións Públicas.
- . Levar un censo público de todas as empresas.
- . Realizar funcións de arbitraje mercantil.
- . Elaborar estatísticas do comercio, a industria e a navegación de Galicia.
- . Promover e cooperar na organización de feiras e exposicións.

- . Emitir informe sobre os proxectos de disposicións xerais emanados da Comunidade Autónoma que lles afecten directamente.
- . A promoción do comercio no exterior, do turismo e dos produtos galegos.

Existen na actualidade en Galicia sete cámaras de comercio, industria e navegación, concretamente, as da Coruña, Santiago de Compostela, Ferrol, Lugo, Ourense, Pontevedra e Vigo.

No concernente á súa organización hai que sinalar que os seus órganos de goberno son o pleno, o comité executivo e a presidencia. O comité executivo está integrado polo presidente da corporación, as vicepresidencias e a tesourería e por un número de vogais que non poderá ser inferior a tres nin superior a seis. As funcións máis importantes que desenvolven as cámaras están encomendadas ao pleno da corporación.

Entre os seus órganos é de destacar tamén a secretaría xeral, que está encargada de velar pola legalidade dos acordos dos órganos de goberno.

Os seus órganos elíxense por sufraxio libre, igual, directo e secreto entre todo o electorado da cámara polos que exercen actividades comerciais, industriais ou navieiras. O presidente é elixido polo pleno, entre os seus membros.

En canto ao réxime económico e orzamentario, está baseado nun sistema de autofinanciamento parcial e fiscalización pública dos orzamentos. Así, resumidamente, os seus ingresos proveñen: do denominado recurso cameral permanente, dos ingresos obtidos polos servizos que presten e polo exercicio das súas actividades e dos recursos que as administracións públicas destinen a sufragar o custo dos servizos público-administrativos que lles sexan encomendados.

Finalmente hai que 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, e é ademais un órgano de colaboración coa Administración autonómica.

## **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.: ***O exercicio das profesións tituladas e os Colexios profesionais***. Revista Galega de Administración Pública, núm. 24. 2000.
- Beneyto Pérez, José María: ***Tratado de Fundaciones*** 2 vols.. Bosch. Barcelona 2007.
- Cabezas Hernández, M.<sup>a</sup> 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: ***As fundacións de interese galego***. Anuario de Dereito de Fundacións, págs. 299-436. Iustel. 2009
- Del Saz, Silvia: ***Los Colegios Profesionales***. Colegio de Abogados 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, págs. 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, págs. 293 y sigs.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, págs. 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, págs. 417 y sigs. 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**. Págs 460 y 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 a xestión das confrarías de pescadores de Galicia**. Consellería de Pesca, Marisqueo e Acuicultura. Santiago de Compostela 1994.

**Autor: Juan José Gallego Fouz**



## **9. O MUNICIPIO. POBOACIÓN MUNICIPAL, ORGANIZACIÓN E COMPETENCIAS. A 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 municipios. Estes gozarán de personalidade xurídica plena. O seu goberno e administración correspóndelles ós seus respectivos concellos, integrados polos alcaldes e mailos concelleiros. Os concelleiros serán elixidos polos veciños do municipio 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 de concello aberto”.

O lexislador estatal ten aprobado a lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das Bases do Réxime local e o seu texto refundido, aprobado polo Real Decreto Legislativo 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, se trata 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 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 nestas materias.

A lei de Administración local de Galicia 5/1997, do 22 de xullo establece que a Comunidade Autónoma de Galicia organízase en municipios 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 municipios son entidades locais básicas da organización territorial da Comunidade Autónoma de Galicia e canles de participación cidadá nos asuntos públicos locais, e que o municipio 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 municipio o territorio, a poboación e a organización. BALLESTEROS FERNANDEZ entende que esta toma de partido da lexislación local asenta a idea de que non é posible considerar como base do municipio tan só ao 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 nos que as potestades municipais poidan, ó abeiro dunha norma específica, excede-lo propio termo.
2. Todo municipio pertencerá a unha soa provincia.

## **POBOACIÓN MUNICIPAL, ORGANIZACIÓN E COMPETENCIAS.**

A poboación do municipio 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 municipio no que resida habitualmente. Quen viva en varios municipios deberá inscribirse unicamente no que habite durante máis tempo do ano.



Os inscritos no padrón municipal son os veciños do municipio. A condición de veciño adquirese no mesmo momento da súa inscrición no padrón. Tódalas persoas que teñan veciñanza administrativa nun municipio de Galicia teñen a condición política de galegos.

O padrón municipal é o rexistro administrativo onde constan os veciños dun municipio. Os seus datos constitúen proba da residencia no municipio e do domicilio habitual neste. As certificacións que se expidan destes datos terán carácter de documento público e fidedigno para tódolos efectos administrativos.

A inscrición no padrón municipal conterá 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 cumprir para a elaboración do censo electoral, sempre que se garanta o respecto ós 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 cumpran para o exercicio das súas respectivas competencias, e exclusivamente para asuntos nos que a residencia ou o domicilio sexan datos sobranceiros. Tamén poden servir para elaborar estatísticas oficiais sometidas ó 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 ó 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 municipios que, pola súa insuficiente capacidade económica e de xestión, non poidan mante-los datos de forma automatizada.

Os concellos realizarán as actuacións e operacións que cumpran para manter actualizados os seus padróns, de xeito que os datos contidos nestes concorden coa realidade. Os concellos galegos remitiranlles ó Instituto Nacional de Estatística e ó 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 municipio 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 ós aproveitamentos comunais de acordo coas normas aplicables.
- d) Contribuír, mediante as prestacións económicas e persoais establecidas pola lei, ó exercicio das competencias municipais.
- e) Ser informado, mediante pedimento razoado, e dirixir solicitude previa á Administración municipal, en relación con tódolos expedientes e coa 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) Pedi-la consulta popular nos termos establecidos pola lei.
- g) Esixi-la prestación e, se é o caso, o establecemento do correspondente servizo público, como lembra QUINTANA LOPEZ, cando constitúa competencia municipal propia de carácter obrigatorio.
- h) Exerce-los 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 inicia-los procedementos administrativos e xurisdicionais que lles correspondan por lei. Para esixi-la 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 interpoñer recurso contencioso-administrativo.

### Organización

Os municipios da Comunidade Autónoma de Galicia teñen a potestade de autoorganización e por iso poderán aproba-los seus regulamentos orgánicos sen outro límite có 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 tódolos concellos.
- b) Existirá unha Comisión de Goberno (Xunta de Goberno) nos municipios cunha poboación de dereito 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 tódolos concellos.
- d) Poderán complementa-la organización municipal os alcaldes de barrio, as comisións de estudio, 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 ós principios de eficacia, economía organizativa e participación cidadá e esixirá 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 ó mesmo tempo non se suprime ou restrinxen debidamente a competencia destes.

De conformidade ao disposto no artigo 140 da Constitución o goberno e a administración municipal correspóndenlle ó Concello, integrado polo alcalde e mailos concelleiros. Os concelleiros son elixidos mediante sufraxio universal, igual, libre, directo e secreto e o alcalde é elixido polos concelleiros ou polos veciños, todo isto nos termos que estableza a lexislación electoral xeral.

O alcalde é o presidente da Corporación e ten as seguintes atribucións:

- a) Representa-lo Concello.
- b) Dirixi-lo goberno e a administración municipais.
- c) Convocar e presidi-las sesións do Pleno, da Comisión de Goberno e de calquera outro órgano municipal.

- d) Dirixir, inspeccionar e impulsa-los servizos e as obras municipais.
- e) Publicar, executar e facer cumprí-los acordos municipais.
- f) Ditar bandos e velar polo seu cumprimento.
- g) Autorizar e dispoñe-los gastos dentro dos límites da súa competencia, ordena-los pagamentos e rende-las contas.
- h) Exerce-la dirección superior de todo o persoal da Corporación.
- i) Exerce-la xefatura superior da Policía municipal, así como nomear e sanciona-los funcionarios que usen armas.
- j) Exercitar 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 axeitadas, dándolle inmediata conta delas ó Pleno da Corporación.
- l) Sanciona-las faltas de desobediencia á súa autoridade ou as infraccións das ordenanzas municipais, agás nos casos nos 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 ó procedemento negociado.
- n) A contratación e a 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.
- ñ) Decidi-los empates con voto de calidade.
- o) Outorga-las licencias, agás no caso de que as ordenanzas ou as leis sectoriais llo atribúan expresamente ó Pleno ou á Comisión de Goberno.
- p) O desenvolvemento e a xestión económica conforme o orzamento aprobado.
- q) Presidi-las poxas e os concursos para vendas, arrendamentos, abastecementos e toda clase de adxudicacións de servizos e obras municipais.

r) Solicita-la delegación de competencias para a contratación e a execución de obras e servizos con outras administracións.

s) Exerce-las demais que de xeito expreso lle atribúan as leis e as que a lexislación lle asigne ó Concello e non lleas atribúa a outros órganos municipais.

Corresponderalle tamén ó alcalde o nomeamento dos tenentes de alcalde. O alcalde poderá delega-lo exercicio das súas atribucións nos membros da Comisión de Goberno e, no caso de que esta non existise, nos tenentes de alcalde, agás as de convocar e presidi-las 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, conferi-las delegacións especiais para encargos específicos, a prol 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 municipios con Comisión de Goberno (Xunta de Goberno) o número de tenentes de alcalde non poderá exceder do número de membros daquela. Naqueloutros nos que non exista tal Comisión, o número de tenentes de alcalde non poderá exceder do 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 ós tenentes de alcalde, en canto tales, substituír na totalidade das súas funcións e pola orde do seu nomeamento ó alcalde, nos casos de ausencia, enfermidade ou impedimento que imposibilite a

este para o exercicio das súas atribucións, así como desempeña-las funcións do alcalde nos supostos de vacante na Alcaldía ata que tome posesión o novo alcalde.

O Pleno estará integrado por tódolos concelleiros e presidido polo alcalde. Corresponderanlle ó Pleno as seguintes atribucións:

- a) Controlar e fiscaliza-los órganos de goberno.
- b) Toma-los acordos relativos á participación en organizacións supramunicipais, a alteración do termo municipal, a creación ou supresión de municipios e entidades de administración descentralizada, a creación de órganos desconcentrados, a alteración da capitalidade do municipio, o cambio de nome do municipio e a adopción ou modificación da bandeira, insignia ou escudo.
- c) Aproba-la iniciación e poñer fin á tramitación municipal dos instrumentos de planeamento nos termos previstos na lexislación urbanística galega.
- d) Aproba-lo regulamento orgánico e as ordenanzas.
- e) Crear e regular órganos complementarios.
- f) Determina-los recursos propios de carácter tributario, aprobar e modifica-los orzamentos, dispoñer gastos nos asuntos da súa competencia e aproba-las contas.
- g) Contratar obras, servizos e abastecementos no caso de que a súa contía exceda da que lle está permitida ó alcalde ou á Comisión de Goberno e concertar ou modificar operacións de crédito, así como anticipos de tesourería, cando a contía destes exceda do cinco por cento dos recursos ordinarios do orzamento municipal.
- h) Aproba-las formas de xestión dos servizos e expedientes de municipalización.
- i) Acepta-la delegación de competencias feita por outras administracións públicas.
- j) Presentar conflitos de competencia a outras administracións públicas.

k) Aproba-lo cadro 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, fixa-la contía das retribucións complementarias dos funcionarios e o número e réxime do persoal eventual, todo isto nos termos establecidos pola lexislación sobre función pública local, así como separar do servizo ós funcionarios da Corporación, agás o establecido polo artigo 99.4 da Lei reguladora das bases do réxime local, e ratifica-lo despedimento do persoal laboral.

l) Exercita-las accións administrativas e xudiciais.

m) Altera-la cualificación xurídica dos bens de dominio público.

n) Calquera acto de disposición sobre os bens, incluídos a adquisición, a transacción, o alleamento e a cesión gratuíta a outras administracións ou institucións públicas e a institucións privadas de interese público sen ánimo de lucro. A concesión, o arrendamento ou a cesión de uso de bens por máis de cinco anos, sempre que a súa contía exceda do 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 ó Pleno cando a súa aprobación requira unha maioría especial.

o) Exerce-las demais que de xeito expreso lle atribúan as leis.

Corresponderalle, así mesmo, ó Pleno a votación sobre a moción de censura ó alcalde, que se rexerá polo disposto na lexislación electoral xeral.

Non son delegables as atribucións reservadas ó Pleno nas letras a), b), c), d), e), f), h), i), j), k), m) e ñ), e a votación sobre a moción de censura ó 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 ó terzo do número legal deles, nomeados ou separados libremente polo alcalde, que deberá darlle conta disto ó Pleno.

Corresponderanlle á Comisión de Goberno:

- a) A asistencia ó 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, o estudio e o 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 ó Tribunal de Contas e ó Consello de Contas, de conformidade coa súa lexislación específica.

Constituiranse comisións de estudio, informe e consulta en tódolos municipios de máis de cinco mil habitantes. Nos demais poderán constituírse potestativamente, se así o acorda o Pleno da Corporación. Corresponderanlles a estas comisións o estudio e o ditame previos dos asuntos que deban someterse 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 municipios con máis de vinte mil habitantes poderanse constituír, coa finalidade de facilita-la 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 ó 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 municipios 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 integra-la participación dos cidadáns e das súas asociacións nos asuntos municipais. Presidirán os órganos de participación sectorial os concelleiros nos que 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 nas 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 removelos 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.

### Competencias

O municipio, para a xestión dos seus intereses e no ámbito das súas competencias, poderá promover toda clase de actividades e prestar tódolos servizos públicos que contribúan a satisfacer as necesidades e aspiracións da comunidade de veciños.

O municipio 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) O abastecemento 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 de lecer e o turismo.
- ñ) A participación na programación da educación 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 municipios, segundo a lei de administración local de Galicia, independentemente ou asociados, prestarán, como mínimo, os seguintes servizos:

a) En tódolos municipios:

Iluminación pública, cemiterio, recollida selectiva, se é o caso, de residuos, limpeza viaria, abastecemento domiciliario de auga potable, rede de sumidoiros, acceso ós 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 municipios que contén cun núcleo urbano con poboación superior ós mil habitantes prestarase o servizo de biblioteca pública.

b) Nos municipios cunha poboación superior ós cinco mil habitantes, ademais: Parque público, biblioteca pública, mercado e tratamento de residuos.

c) Nos municipios 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 municipios 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 e á súa consecución dirixíranse, 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 Consellería competente en materia de réxime local, niveis homoxéneos de prestación dos servizos mínimos nos termos que regulamentariamente se determinen.

### Actividades complementarias doutras administracións públicas

Para a xestión dos seus intereses e unha vez que se garanta a prestación dos servizos mínimos, o municipio 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 municipios poderán exercer as potestades de execución que non lles estean atribuídas pola lexislación a outras administracións públicas, incluída, se é o caso, a de ditar regulamentos internos de organización dos correspondentes servizos. ORTEGA ALVAREZ entende que estas actividades constitúen auténticas competencias e teñen a mesma natureza que as restantes atribuídas legalmente.

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 e a lei 1/2010, do 11 de febreiro) é a norma autonómica de referencia nestas materias.

## **A PROVINCIA: ORGANIZACIÓN E COMPETENCIAS.**

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 estudio, 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 cumpri-las ordenanzas e os regulamentos provinciais.
- n) Decidi-los empates con voto de calidade.
- ñ) Outorga-las autorizacións ou as licencias, 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 esixi-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 as 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, do 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.

Ademáis 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 basarse 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 ao 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, do 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 pode 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, do 21 de decembro) que a aparición de novas entidades territoriais debe ter unha fonda repercusión sobre a delimitación do interese propio das entidades ate agora existentes e, en consecuencia, sobre o seu ámbito competencial.

### *As áreas metropolitanas*

As áreas metropolitanas son entidades locais integradas polos municipios onde existan 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. LLISSET 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 determinar os órganos de goberno e administración, o réxime económico e de funcionamento, os servizos que debe prestar e as obras que debe realizar a 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 a perda de competencias dos municipios integrados que lles fagan perder a 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.

#### 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 dos vertidos, sen prexuízo da competencia autonómica na materia.

### 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 mancomunidade 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 mancomunidade 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 revoga-los 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 vocais 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 realizarase 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.

### 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.

### 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 vocais 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 vocais 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 vocais 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 vocal 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 a 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 subsanar 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.

### 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.

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

ademáis como caso de agrupación forzosa a prevista na lei de augas en relación coa Comunidade de usuarios que pode impoñer o Organismo de Conca.

O Estatuto de Autonomía para Galicia no seu artigo 40.1 contempla a posibilidade de que unha lei autonómica recoñeza a comarca como entidade local con personalidade xurídica e demarcación de seu, engadindo que a comarca non suporá, necesariamente a supresión dos municipios que a integren. Esta previsión estatutaria foi tida en conta pola Lei 7/1996, do 10 de xullo, de desenvolvemento comarcal que na súa exposición de motivos da conta de que a actividade desenvolvida pola Xunta de Galicia no ámbito da planificación comarcal durante os últimos anos plasmasse no deseño e na aplicación dun modelo experimental de desenvolvemento local, denominado Plan de desenvolvemento comarcal, que tivo a súa orixe no acordo do Consello da Xunta do 19 de decembro de 1990, no que se regulaban dun xeito inicial os instrumentos e procedementos necesarios para articular-lo dito modelo e se designaban catro comarcas piloto.

A aplicación do plan a estas primeiras comarcas piloto permitiu avanzar de forma gradual no deseño do modelo. Así, a esta fase inicial fóronselle sumando outras, nas que se incrementaron as comarcas piloto ata vinte e nas que diversas innovacións foron introducidas, como o deseño de novos mecanismos e procedementos, os sistemas de participación cidadá e social ou a creación das fundacións para o desenvolvemento das comarcas.

Chegados a este punto, e unha vez que o plan está consolidado, tanto na súa estrutura coma na súa inserción social, a lei considera precisa unha lei que regule definitivamente o que ata agora era un modelo experimental de planificación e intervención no territorio.

Coa finalidade de promover-lo desenvolvemento comarcal, a lei ten por obxecto establecer-lo marco normativo daquel, que se realizará a través

dunha actuación territorial baseada na dinamización dos recursos endóxeos e das iniciativas locais, mediante a implantación gradual e participativa de plans de desenvolvemento comarcal que permitan a integración da planificación socioeconómica e a ordenación do territorio, así como a coordinación das distintas administracións e dos investimentos públicos nos ámbitos comarcais que se configuren e que serían o instrumento para ir dotando de capacidade de actuación as comarcas.

Unha vez que o Plan de desenvolvemento comarcal, que tivo a súa orixe no acordo do Consello da Xunta de Galicia do 19 de decembro de 1990, estivo consolidado, tanto na súa estrutura coma na súa inserción social, a Lei de desenvolvemento comarcal regulou o que era un modelo experimental de planificación e intervención no territorio. Posteriormente a lei de Administración local de Galicia, seguindo as disposicións contidas naquela, elude a configuración das comarcas como entidades locais de carácter territorial, de xeito que estas carecerán, polo de agora, en Galicia, de personalidade xurídica diferenciada, dado que ao xuízo do lexislador o custo económico e a duplicidade de funcións que isto supoñería, así como a experiencia doutras comunidades autónomas, recomendan atrasa-la creación de novas administracións públicas no noso país.

Pola sua banda, a Lei de Bases do Réxime Local establece no seu art. 42 que “las CCAA de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos estatutos, podrán crear en su territorio comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios, cuyas características determinen intereses comunes precisados de una gestión propia o demanden la prestación de servicios de dicho ámbito”. BALLESTER ten posto de manifesto a importancia que tradicionalmente tiveron estas entidades en Cataluña, pero a realidade galega non é allea a esta figura.

Deste xeito o artigo 111 da lei de Administración local de Galicia refire as comarcas cando establece que 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 e que os plans de desenvolvemento comarcal terán o carácter de marco de referencia para a elaboración dos plans de cooperación de obras e servizos.

No tocante á parroquia rural o Estatuto de Autonomía para Galicia tamén prevé no seu artigo 40.3º a posibilidade de que mediante lei do Parlamento de Galicia se poida recoñecer personalidade xurídica á parroquia rural.

FARIÑA JAMARDO sinala que, dentro da súa lóxica diversidade, a parroquia rural galega presenta indubidables rasgos comúns. Aparte das súas connotacións relixiosas e eclesiásticas, constitúe unha agrupación social característica, con vivencias históricas comúns, asentada dentro de límites territoriais definidos e permanentes.

A lei 11/1983, do 29 de decembro, de actuación intensiva nas parroquias rurais supuxo un primeiro fito lexislativo en relación con estas entidades, se ben se limitou a dispor unha serie de intervencións en infraestruturas nas parroquias deixando os aspectos administrativos para a lexislación que con posterioridade puidese aprobarse.

A Lei 10/1985 de concentración parcelaria para Galicia ( modificada pola lei 12/2001 de 10 setembro, de modificación da lei de concentración parcelaria) toma tamén como referencia á parroquia en numerosos aspectos. Como por exemplo, establecendo que formarán parte da Xunta local de Zona os vocais parroquiais de las Cámaras Agrarias, ou que as publicacións e comunicacións relativas á concentración se farán nos locais das parroquias e nos lugares de costume.

A Lei 9/2002 de 30 decembro, de Ordenación Urbanística e Protección do Medio Ambiente que veu a derrogar á anterior la lei 1/1997 de 24 marzo do solo de Galicia considerou á parroquia como elemento determinante do

asentamento poboacional no que deben apoiarse os distintos instrumentos do planeamento.

Pola súa banda a lei de Administración local de Galicia de 1997 di na súa exposición de motivos que dota “a parroquia rural, de longa tradición no campo galego, verdadeira trama celular da vida local do noso pobo e o seu auténtico sinal de identidade, da condición de ente local de carácter territorial, deixando a regulación da súa organización, funcionamento e competencias a unha lei posterior do Parlamento de Galicia”. En coherencia co proclamado o seu artigo 1.2º establece que “ Nos termos que determinará unha lei do Parlamento de Galicia, as parroquias rurais galegas terán a consideración de entidades locais territoriais e gozarán de autonomía para a xestión dos seus intereses patrimoniais”.

No texto da lei galega é subliñable o artigo 38.2. cando se di que as resolucións definitivas dos expedientes de alteración de termos municipais deberán conter, se é o caso, entre outras a “Poboación e parroquias dos termos municipais afectados”. A Disposición derradeira Primeira da norma contén un mandato ao lexislador futuro co seguinte contido: “A organización, o funcionamento e as competencias da parroquia rural serán regulados, no seu día, por unha lei do Parlamento de Galicia”.

Xosé Antón Sarmiento Méndez.

Profesor de Dereito Constitucional da Universidade de Vigo.

TEMA ELABORADO A PARTIR ENTRE OUTRAS DA SEGUINTE  
BIBLIOGRAFIA 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, Nº 14, 2005, Págs. 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, Número 8, 2005, pags. 7-32
- Refuerzo competencial. Luis Angel Ballesteros Moffa. Revista jurídica de Castilla y León, ISSN 1696-6759, Nº. Extra 1, 2006 (Ejemplar dedicado a: Pacto Local), pags. 57-96
- Manual de actuación del parlamentario. Xosé Antón Sarmiento Méndez (Coordinador). El Derecho. Septiembre 2011. páxinas 33 a 48.

# **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) 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 as 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 servizo 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. 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, levántase 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 conclusos 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 todo caso, 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. 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 desenvolvemento 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 considerarase 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 ninguén 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 iniciarase 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 proponente 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, 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 TRLR 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” .

## **Órganos competentes**

Dentro dos Entes municipais corresponde a competencia de elaborar e aprobar as Ordenanzas e Regulamentos sempre ao órgano colexiado supremo, ao Concello Pleno 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. 47.3.a) 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. 47.3.i) 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 nalgunhas 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 e de audiencia ás entidades representativas de intereses xerais 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 75.4 TRRL, se preve excepcionalmente 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 trala 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 transcorrerá o prazo previsto no artigo 65.2.”

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 exercitar 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 gubernativa 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.

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 66.2 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 requirir-lle 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.

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

# **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, 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 engádese 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 do referido Texto legal 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:

- Inmóbles.
- 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, aplicarase 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 17 de decembro, 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” diten 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 pertenczan 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 servizos 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 servizo 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 servizos 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 servizo 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 sobrantas e os efectos non utilizables.

Conceptuaranse como parcelas sobrantas 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 servizos 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 servizos.
- b) Adscrición de bens patrimoniais por máis de vinte e cinco anos a un uso ou servizo 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 servizo 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 vinte e cinco 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 sobrantas 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 inmoables 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 aparecesen 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 aquelas 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.

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 concorran 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 á entidade, e aos 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 largo do exercicio e do volume de endebedamento ao peche do exercicio económico, con distinción de operacións a corto 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 funcional e económica de acordo cos seguintes criterios:

- a. A clasificación funcional, na que estará integrada, no seu caso, a de por programas, constará de tres niveis: o primeiro relativo ao grupo de función, o segundo á función e o terceiro á subfunción. Esta

clasificación poderá ampliarse en un ou dous niveis, relativos ao programa e subprograma respectivamente.

En todo caso, os niveis de grupo de función e función haberán de ser os mesmos que os establecidos para a Administración do Estado.

- b. A clasificación económica presentará con separación os gastos correntes e os gastos de capital, de acordo cos seguintes criterios:
  - o Nos créditos para gastos correntes incluíranse os de funcionamento dos servizos, os de intereses e as transferencias correntes.
  - o 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 ao capítulo, o segundo ao artigo e o terceiro ao concepto. Esta clasificación poderá ampliarse en un ou dous niveis, relativos ao subconcepto e a 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 funcional e económica, a nivel de subfunción e concepto 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. As entidades locais de menos de 5.000 habitantes poderán presentar e executar os seus orzamentos a nivel de grupo de función e artigo.

Procedemento de elaboración e aprobación inicial.

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. 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.

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

# **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.**

#### **1.- AS RELACIÓNS ENTRE ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS**

Tal e como as define o autor RIVERO YSERN, as relacións interadministrativas son aquelas que en virtude das previsións do ordenamento xurídico, se poden orixinar entre dúas ou máis esferas administrativas.

Cómpre 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, coma ás relacións intersubxectivas, que son as establecidas entre suxeitos de administracións diferentes. É a estas últimas ás que nos imos 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, con todo, 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 cun marco de actuación común a todas elas.

Como sinala o profesor SOSA WAGNER, as distintas fórmulas de cooperación e colaboración entre as administracións públicas, responden aos principios do chamado “federalismo cooperativo”, que é a expresión coa que se designaron 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 exerce require, pola razón apuntada, o establecemento e 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 dun xeito leal, coordinado e solidario.

De tales principios rectores faise eco a Constitución Española no seu art. 103.1, cando establece que a Administración serve con obxectividade os 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 en relación ás comunidades

autónomas ou ben en relación ás corporacións locais, só se produce, normalmente, cando intervén de xeito decisivo o interese nacional.

A regulación xeral da materia está contida na Lei 30/92 do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (LRXPAC). Na súa exposición de motivos indícase que conxugar a pluralidade de factores que interveñen nun sistema no que coexisten diversas administracións obriga a intensificar as relacións de cooperación mediante a asistencia recíproca, o intercambio de información, as conferencias sectoriais para a adopción de criterios ou puntos de vista comúns ao abordar os problemas de cada sector, ou a celebración de convenios de colaboración, aspectos estes que recolle a lei na súa regulación.

En definitiva, hai que dicir que a cooperación entre as administracións públicas representa ao mesmo tempo unha necesidade e un deber recíproco entre todas elas.

Dentro da regulación contida na LRXPAC, no seu Título I, contémplase en primeiro lugar, no art. 4.1, toda unha serie de principios xerais que deben rexer as relacións das administracións públicas.

Así, establécense como deberes destas:

- 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 lles 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.
- d) Prestar, no ámbito propio, a cooperación e asistencia activas que as outras administracións puideren solicitar para o eficaz exercicio das

súas competencias.

A asistencia e cooperación requirida, sinala a Lei, só poderá denegarse cando o ente do que se solicita non estea facultado para prestala, non dispoña de medios suficientes para iso ou cando, de facelo, lles causase un prexuízo grave aos intereses cuxa tutela ten encomendada ou, ao cumprimento das súas propias funcións. A negativa deberá serlle comunicada á Administración solicitante de forma motivada.

Finalmente, no que a este apartado xeral concirne, hai que dicir que as relacións entre o Estado e as comunidades autónomas se levan a cabo a través de instrumentos diversos, entre os cales cómpre salientar as conferencias sectoriais e órganos de cooperación e os convenios de colaboración, fórmulas de colaboración das que nos ocuparemos máis adiante.

Pola súa banda, as relacións entre a Administración xeral do Estado ou das comunidades autónomas e a Administración local réxense pola lexislación básica en materia de réxime local, aplicándose supletoriamente o disposto no Título I da LRXPAC.

## **2.- AS RELACIÓNS ENTRE O ESTADO E AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

### **2.1.- Exposición xeral**

Dous son esencialmente os principios que rexen as relacións entre a Administración xeral do Estado e as comunidades autónomas, o de cooperación ou de colaboración e o de coordinación.

É frecuente engadir a estes un terceiro 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 Baixa (art. 69.5 da CE), coma na participación destas na actividade lexislativa do Estado, que se plasma na iniciativa lexislativa autonómica ante as Cortes Xerais (art. 87.2 da CE e 10.1.f do EAG).

Agora ímonos referir aos principios de cooperación ou de colaboración e ao de coordinación como máis característicos e, moi especialmente, ao primeiro deles como máis relevante.

- A Constitución no seu art. 149.1.1 establece que o Estado ten competencia exclusiva na regulación das condicións básicas que garantan a igualdade de todos os españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento dos deberes constitucionais.

Pois ben, o principio de coordinación ten o seu fundamento nesta previsión constitucional e aparece atribuído ao Estado con ocasión do exercicio por parte das comunidades autónomas das súas competencias. Foi a Sentenza do Tribunal Constitucional 32/1983, do 28 de abril, a que determinou o alcance deste principio, ao sinalar que “persegue a integración da diversidade das partes ou subsistemas no conxunto ou sistema, evitando contradicións e reducindo disfuncións que, de subsistiren, impedirían ou dificultarían a realidade mesma do sistema”.

En definitiva, o fin último da coordinación é asegurar a coherencia na actuación das administracións públicas intervenientes, naqueles casos nos que as fórmulas voluntarias de colaboración non puideron acadar o seu obxectivo. De aquí pódese salientar unha das características esenciais da coordinación; é unha fórmula dalgún xeito impositiva por parte do Estado — que é quen coordina— e que require, xa que logo, para acadar a súa plena eficacia, que este exerza competencias plenas ou polo menos compartidas en relación con determinada materia.

Cómpre indicar que aínda que a facultade de coordinación comporta, *per se*, unha posición de superioridade por parte de quen en tal tarefa actúa, o certo é que ten límites, xa que en ningún caso pode supoñer o exercicio de competencias que non son propias. En todo caso hai que sinalar que a coordinación implica a facultade de dirección na materia da que se trate, pero non pode supoñer en ningún caso menoscabo das competencias propias do ente ou entes coordinados.

As relacións de colaboración son as máis comúns entre administracións públicas. Están reguladas, como xa dixemos, no Título I da Lei 30/92 e son o resultado da existencia de varias administracións dotadas de autonomía que exercen as súas competencias sobre o mesmo territorio. Por tanto, estas relacións son unha consecuencia do modelo de organización territorial que a Constitución establece. Pois ben, este modelo dalgún xeito impón poñer en marcha as relacións de cooperación, mediante a asistencia recíproca, o intercambio de información e demais mecanismos que a propia Lei prevé.

Esta visión é recollida pola Sentenza do Tribunal Constitucional 76/83, do 5 de agosto, que 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 o Estado e as comunidades autónomas, deber que non é preciso xustificar na existencia de preceptos legais concretos e que, xa que logo, é consecuencia do noso modelo territorial.

## **2.2 Os mecanismos concretos de cooperación e coordinación**

Son os instrumentos formais chamados a servir de soporte xurídico a estas relacións e que conteñen as súas bases esenciais. Están regulados nos arts. 4 e seguintes da LRXPAC.

Á marxe deles e fuxindo das rixideces propias do sistema, fóronse articulando nos últimos anos distintas canles de colaboración informal ou



polo menos non estritamente regulada, que acollen órganos coa mesma función nas diferentes comunidades autónomas e que se reúnen periodicamente —moitas veces tamén co órgano homónimo do Estado— para colaboraren e intercambiaren experiencias en relación coas funcións que lles son propias.

En calquera caso, aquí referirémonos só aos instrumentos formais de colaboración previstos na Lei.

### **2.2.1.-Relacións de cooperación ou de colaboración**

O art. 4.5 da LRXPAC establece que “nas relacións entre a Administración xeral do Estado e a Administración das comunidades autónomas, o contido do deber de colaboración desenvolverase a través dos instrumentos e procedementos que de xeito común e voluntario establezan tales administracións”. É dicir, a Lei neste punto concédelles unha ampla liberdade a ambas as partes para decidir cal é o instrumento e procedementos que mellor lle conveñen á situación obxecto de colaboración.

Sinala tamén o citado artigo que cando estas relacións, en virtude do principio de cooperación, teñan como finalidade a toma de decisións conxuntas que permitan unha actividade eficaz naquelas materias nas que posúan competencias compartidas ou esixan articular unha actividade común, axustaranse aos instrumentos e procedementos que a propia Lei menciona nos seguintes artigos.

O Tribunal Constitucional pronunciouse sobre este aspecto no sentido de recoñecer unha certa marxe de discrecionalidade na utilización dos distintos instrumentos para levar a cabo a colaboración (entre outras, STC 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, STC 13/92 do 6 de febreiro).

A LRXPAC recolle distintos medios de colaboración dos que nos imos ocupar a continuación.

a) En primeiro lugar hai que referirse ás conferencias sectoriais.

Esta materia foi obxecto de modificación a través da Lei 4/1999, do 13 de xaneiro de reforma da Lei 30/1992. Esta última, no seu art. 5.1 prevé que “a Administración xeral do Estado e a Administración das comunidades autónomas poden crear órganos para a cooperación entre ambas, de composición bilateral ou multilateral, de ámbito xeral ou de ámbito sectorial, naquelas materias nas que exista interrelación competencial, e con funcións de coordinación ou cooperación segundo os casos”.

Por outra banda, a Lei considera que non teñen a natureza de órganos de cooperación aqueles órganos colexiados creados pola Administración xeral do Estado para o exercicio das súas competencias en cuxa composición se prevea que participen representantes de comunidades autónomas coa finalidade de consulta.

Os órganos de cooperación bilateral e de ámbito xeral que reúnan a membros do Goberno, en representación da Administración xeral do Estado e da respectiva Comunidade Autónoma, denomínanse comisións bilaterais de cooperación.

Se os órganos son de composición multilateral e reúnen a membros do goberno en representación da Administración xeral do Estado e a membros do Consello de Goberno das comunidades autónomas, denomínanse conferencias sectoriais. O réxime destas conferencias é o que se estableza no correspondente acordo de institucionalización e no seu correspondente regulamento interno.

A convocatoria da conferencia realizarase polo ministro ou ministros que teñan a competencia na materia que vaia ser obxecto da conferencia sectorial. Pola súa banda, os acordos terán que ser asinados polo ministro e

conselleiros e poderán formalizarse baixo a denominación de Convenio de conferencia sectorial.

As conferencias sectoriais poden acordar a creación de comisións e grupos de traballo para a preparación, estudo e desenvolvemento de cuestións concretas propias do ámbito material de cada unha delas. Coa mesma finalidade, a Administración xeral do Estado e a das comunidades autónomas poderán constituír outros órganos de cooperación que reúnan aos responsables dunha materia.

b) Outra modalidade de cooperación son os convenios de colaboración.

Os convenios de colaboración están regulados no art. 6.1, da LRXPAC, tamén afectado pola reforma operada a través da Lei 4/1999.

Hai que subliñar a este respecto que non existe unha previsión constitucional en relación aos convenios de colaboración entre o Estado e as comunidades autónomas —si existe, en cambio, esa previsión respecto dos acordos entre estas últimas— circunstancia que non implica a imposibilidade de que estes convenios se poidan celebrar, aínda que están en todo caso suxeitos a certos límites que o Tribunal Constitucional foi recollendo en diversos pronunciamentos. Estes límites son os seguintes:

- O derivado do principio de indispoñibilidade das competencias, en virtude do cal os convenios teñen que respectar a orde constitucional e estatutaria de distribución de competencias. Deste principio derivan, pola súa vez, unha serie de consecuencias:

a.- Por unha banda, as partes asinantes do convenio deben actuar estritamente no exercicio das súas competencias (arts. 6 e 12 LRXPAC), pois noutro caso o convenio será nulo de pleno dereito (art. 62 LRXPAC).

b.- Por outra banda, os convenios están constrinxidos polo principio de irrenunciabilidade das competencias (art. 8.1 LRXPAC).

- En segundo lugar, como límite aos convenios, pódese sinalar o da súa voluntariedade, que implica que a súa realización non pode erixirse en condición necesaria para o exercicio das competencias que lles correspondan en exclusiva ás CCAA.

- Finalmente, en virtude do principio de reserva de lei, os convenios non poden regular materias reservadas a esta.

Son varios os aspectos que cómpre salientar da regulación dos convenios de colaboración contida na LRXPAC.

A Administración xeral e os organismos públicos vinculados ou dependentes dela poderán celebrar convenios de colaboración cos órganos correspondentes das administracións das comunidades autónomas, no ámbito das súas respectivas competencias.

Os instrumentos de formalización dos convenios deberán especificar, cando cumpra:

- Os órganos que celebren o convenio.
- A competencia que exerce cada administración.
- O seu financiamento.
- As actuacións que se acorden desenvolver para o seu cumprimento.
- A necesidade ou non de establecer unha organización para a súa xestión.
- O prazo de vixencia
- A extinción por causa distinta á anterior, así como a forma de rematar as actuacións en curso.

Cando se cree un órgano mixto de vixilancia e control, este resolverá os problemas de interpretación e cumprimento que poidan xurdir respecto dos convenios de colaboración.

Cando os convenios se limiten a establecer pautas de orientación política sobre a actuación de cada administración ou a fixar o marco xeral e a metodoloxía para o desenvolvemento da colaboración, denominaranse “protocolos xerais”.

De facerse necesario crear unha organización común para a xestión dos acordos, poderá adoptar a forma de consorcio, dotado de personalidade xurídica, ou sociedade mercantil.

Nos estatutos do consorcio determinaranse os seus fins e réxime xurídico, funcional e financeiro.

Os órganos de decisión estarán integrados por representantes de todas as entidades consorciadas na proporción que se fixe nos Estatutos respectivos.

Finalmente hai que dicir que os convenios de colaboración deberán ser comunicados ao Senado e ademais deberán publicarse tanto no Boletín Oficial do Estado coma no Diario Oficial da comunidade autónoma respectiva.

c) Debemos citar, para rematar, como instrumentos de colaboración, os plans e programas conxuntos.

A Lei 4/99 do 13 de xaneiro, que modificou a Lei 30/92, introduciu o concepto de plan e programa conxunto, concibido como unha fórmula útil para articular o exercicio das funcións administrativas do Estado e as comunidades autónomas.

Concretamente, o art. 7.1 da LRXPAC establece que “a Administración xeral do Estado e a Administración das comunidades autónomas poden acordar a realización de plans e programas conxuntos de actuación para o

logro de obxectivos comúns en materia que ostenten competencias concorrentes”.

A Lei atribúelles ás conferencias sectoriais a iniciativa para acordar a realización de plans ou programas conxuntos, a aprobación do seu contido, así como o seu seguimento e avaliación.

O acordo polo que se aproben os plans ou programas conxuntos debe especificar:

- Os obxectivos de interese común que se deben cumprir.
- As actuacións que deberá desenvolver cada administración.
- As achegas de medios persoais e materiais de cada administración.
- Os compromisos de achega de recursos financeiros.
- A duración, así como mecanismos de seguimento, avaliación e modificación.

O acordo aprobatorio dun plan ou programa conxunto pode ser completado mediante convenios de colaboración entre a Administración xeral do Estado e cada unha das comunidades autónomas nos que se concreten aqueles extremos que deban ser especificados de forma bilateral.

Finalmente, os acordos de plans ou programas conxuntos son obxecto de publicación oficial.

### **2.2.2.- Relacións de coordinación.**

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 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 (art. 149.1.1), é o encargado de levar a cabo a función coordinadora en relación co exercicio polas comunidades autónomas das súas competencias. A este respecto, o instrumento máis común co que conta o Estado para esta tarefa coordinadora é o establecemento de bases ou de normativa básica, co fin de asegurar o bo funcionamento do denominado Estado das autonomías.

A función de coordinación, con todo, sexa cal for o instrumento empregado para levala a cabo, non pode en ningún caso chegar ao momento 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 art. 149, resérvalla en materia de planificación xeral da actividade económica, atribuíndolle o establecemento das bases e coordinación da planificación xeral (p. 13). Tamén, nese mesmo artigo, contémplanse como tarefa do Estado o fomento e coordinación xeral da investigación científica e técnica (p. 15) ou as bases e coordinación xeral da sanidade (p. 16).

Existen distintos órganos que dentro do Estado se ocupan de asegurar a coordinación de actuacións entre este e as comunidades autónomas. Así:

- A Comisión Delegada do Goberno para a Política Autonómica, que recolle o Real Decreto 639/2009, do 17 de abril, polo que se establecen as Comisións Delegadas do Goberno. Atribúeselle, con carácter xeral, coordinar as actuacións que se realicen en execución da política autonómica do Goberno.

- 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.

O artigo 154 da CE prevé que un delegado nomeado polo Goberno dirixirá a Administración do Estado no territorio da comunidade autónoma e a coordinará, cando cumpra, coa Administración propia da comunidade.

Pola súa banda, a Lei 6/1997 do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado, (LOFAXE) atribúelles aos delegados de Goberno, entre outras, as funcións de manter as necesarias relacións de cooperación e coordinación coa comunidade autónoma e as entidades locais. Esta tarefa lévana a cabo baixo a superior supervisión do Ministerio para as Administracións Públicas.

Para iso o artigo 27 da devandita Lei prevé que os delegados participen nas comisións mixtas de transferencias e nas comisións bilaterais de cooperación. Ademais, encárgaselles promover a celebración de convenios de colaboración e calquera outro mecanismo de cooperación da Administración xeral do Estado coa comunidade autónoma e coas entidades locais.

- 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 a súa lei de creación, o Consello ten, entre outras, as funcións seguintes:

- A coordinación da política orzamentaria das comunidades autónomas coa do Estado.



- O estudo e a valoración dos criterios de distribución dos recursos do Fondo de Compensación Interterritorial.

- O estudo, a elaboración e a revisión dos métodos utilizados para o cálculo dos gastos dos servizos transferidos ás comunidades autónomas.

- A coordinación da política de endebedamento e de investimentos públicos.

- Calquera aspecto da actividade financeira das comunidades e da Facenda do Estado que, pola súa natureza, necesita unha actuación coordinada.

- Para rematar hai que citar tamén, como órganos de coordinación, as conferencias sectoriais, que levan a cabo esta tarefa en relación coas entidades territoriais, ademais da de colaboración xa referida anteriormente.

### **3- AS RELACIÓNS COA ADMINISTRACIÓN LOCAL.**

#### **3.1.- Réxime xeral**

Establece o artigo 9 da LRXPAC que as relacións entre a Administración xeral do Estado, ou a Administración da comunidade autónoma, coas entidades que integran a Administración local se rexerán pola lexislación básica en materia de réxime local. Nestes casos a LRXPAC é de aplicación supletoria, tal e como establece *in fine* o propio artigo.

Remite xa que logo a Lei neste punto á Lei 7/1985 do 2 de abril reguladora das bases do réxime local (en diante LBRL) e, concretamente, á regulación que esta fai do tema que nos ocupa, entre outros, nos seus artigos 10 e 55 a 62. Estes constitúen unha particularización do mandato xeral contido no art. 4.4 da LRXPAC, cando establece que “A Administración xeral do Estado, as das comunidades autónomas e as entidades que integran a Administración local deberán colaborar e auxiliarse para aquelas

execucións dos seus actos que deban realizarse fóra dos seus respectivos ámbitos territoriais de competencias”.

A norma cabeceira das relacións entre a Administración local co resto das administracións públicas na normativa de réxime local está contida no citado art. 10 LBRL, cando 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 non lle afectarán en ningún caso á autonomía das entidades 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 art. 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. Estas 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 del se deriven para as propias.

b) Ponderar, na actuación das competencias propias, a totalidade dos intereses públicos implicados e, en concreto, aqueles cuxa xestión lles estea encomendada ás outras administracións.

c) Facilitarlles ás outras administracións a información sobre a propia xestión que sexa relevante para o axeitado desenvolvemento por estas dos seus labores.

d) Prestar, no ámbito propio, a cooperación e asistencia activas que as outras administracións puideren 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, para garantir 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.

### **3.2- Os instrumentos e órganos de colaboración**

A colaboración ou cooperación económica, técnica e administrativa entre a Administración local e as demais administracións, tanto no tocante a servizos locais coma en asuntos de interese común, articúlase baixo o presuposto da voluntariedade e pódese levar a cabo, entre outros instrumentos, a través dos consorcios ou convenios administrativos.

Os convenios son instrumentos de colaboración con outras administracións polos que se poden levar a cabo de común acordo unha tipoloxía moi ampla de actividades. Están rexidos esencialmente polas normas previstas na LXPAC, regulación á que xa nos referimos nun punto anterior.

Por outra banda, ademais, as entidades locais poden constituír consorcios con outras entidades 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. Os consorcios poden utilizarse tamén para a xestión dos servizos públicos locais, no marco dos convenios de cooperación transfronteiriza nos que participen as entidades locais españolas, de acordo cos tratados internacionais ratificados por España.

A iniciativa para a constitución dun consorcio entre entidades locais poderá partir dun ou varios entes locais interesados.

Os expedientes para a constitución de consorcios locais, así como para a elaboración e 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.

Cada entidade local deberá designar un representante da corporación que pasará a formar parte da comisión xestora, a cal terá a representación do grupo de entidades ata a definitiva constitución dos órganos de goberno do consorcio, que estarán integrados por representantes de todas as entidades consorciadas na proporción que se fixe nos respectivos estatutos e que, entre outras cousas, se encargará da tramitación do proxecto dos devanditos estatutos.

A Lei 5/1997, do 22 de xullo, de administración local de Galicia, no seu art. 149.2, considera os consorcios como entidades locais dotadas de personalidade xurídica propia e capacidade para o cumprimento dos seus fins específicos, que virán definidos nos seus respectivos estatutos.

Malia 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 LBRL que pola contra impoñen un réxime de cooperación obrigatoria. Entre outros, pódese citar a estes efectos o previsto no art. 56 LBRL cando establece que as entidades locais teñen o deber de remitirlles ás administracións do Estado e das comunidades autónomas copia dos actos e acordos adoptados por elas.

Como se pode ver neste último caso, trátase dunha colaboración de moi distinto carácter ao da primeira, pois nela prima a idea de control. Por iso, para estes casos establécese 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, podendo solicitar incluso a exhibición de expedientes e a emisión de informes.

Porén, a Lei prevé neste precepto unha contrapartida positiva para as entidades locais, cando prevé 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 58 da LBRL, 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 se poida acadar polos procedementos recollidos nos artigos anteriores ou estes resultasen manifestamente inadecuados por razón das características da tarefa pública da que se trate, as leis do Estado e as das comunidades autónomas, reguladoras dos distintos sectores da acción pública, poderán atribuírlle 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 contéplase que “A coordinación realizarase 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 (...)"

Verbo dos aos órganos de colaboración, pódese dicir que son varios os previstos nas leis.

Por unha banda, 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 no art. 117 e ss. da propia LBRL, e é a Comisión Nacional de Administración Local, como órgano de colaboración permanente entre a Administración xeral do Estado e a Administración local, que está presidida polo ministro de Administracións Públicas e que ten unha composición que agrupa a unha representación paritaria de ambas as administracións.

Tamén hai que contar entre estes órganos os previstos no art. 58 da LBRL, 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.

### **3.3- En especial, as relacións interadministrativas na Lei de Administración local de Galicia**

A Lei 5/1997, do 22 de xullo, de administración local de Galicia regula de forma similar á Lei do Estado a materia das relacións interadministrativas, no seu Título V.

Entre os aspectos referidos a esta materia que convén destacar da Lei está, por unha banda, a regulación da Comisión Galega de Cooperación Local, xa referida, que se considera 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.

As funcións da Comisión son as seguintes:

- Emitir informe sobre os anteproxectos de lei, regulamentos e decretos que atangan o réxime local.
- Propoñerlles medidas de asistencia e asesoramento aos concellos, especialmente a través do estudo, información e difusión das materias que lles afecten.
- Informar das necesidades e insuficiencias dos municipios galegos en materia de servizos mínimos e propoñer criterios xerais para acordar a dispensa da súa prestación.
- Velar polo cumprimento dos principios de autonomía e suficiencia financeira das entidades locais.
- Estudar e propoñer as medidas que crea convenientes en relación coa situación económico-financeira das entidades locais.
- Propoñer criterios de colaboración e coordinación para que as diferentes administracións públicas exerzan as súas funcións de cooperación económica, técnica e administrativa.
- Coñecer e emitir informes sobre os acordos das comisións que se creen para a transferencia e delegación de competencias propias da Comunidade Autónoma nas entidades locais para a encomenda de xestión, así como emitir informe previo nos casos de revogación da delegación ou da encomenda de xestión.
- Estudar e propoñer criterios para a distribución do Fondo de Cooperación Local.
- Coñecer e emitir informe sobre os proxectos de plans provinciais de cooperación ás obras e aos servizos de competencia municipal.

- Proponer e emitir informe sobre os convenios ou outras fórmulas de colaboración interadministrativa que se poidan subscribir entre a Comunidade Autónoma e as deputacións provinciais

A Lei recolle, entre outros aspectos, ademais da comisión de cooperación á que se fixo referencia, os mecanismos de “colaboración, cooperación e auxilio”.

Sinala a este respecto que as entidades locais galegas e a Xunta de Galicia adecuarán a súa actuación aos seguintes principios:

- a) A lealdade institucional respecto do exercicio das competencias que lles correspondan ás demais administracións públicas.
- b) A colaboración, cooperación e auxilio que puidesen precisar conxunturalmente para o eficaz cumprimento das súas tarefas.

Como colaboración a Lei entende:

- O deber de todas as administracións públicas de ponderar e respectar, nas súas respectivas actuacións, a totalidade dos intereses públicos implicados e, en concreto, os intereses particulares e lexítimos cuxa xestión lles estea encomendada ás demais administracións públicas.

- O traballo en común para a solución daqueles problemas, tamén comúns, que se puidesen suscitar máis aló do concreto reparto competencial nos distintos sectores da acción pública.

Doutra banda, por cooperación a Lei entende o coexercicio de competencias, de tal modo que a actuación sometida a este réxime será levada a cabo de forma mancomunada polas diversas administracións públicas participantes.

Por auxilio considera:

- A obriga que teñen todas as administracións públicas de prestarlles o apoio e a asistencia activa precisos ás demais para que estas poidan exercer axeitadamente as súas competencias.



- O deber que teñen todas as administracións públicas de facilitarse información recíproca, especialmente cando a actividade desenvolvida poida ter unha especial incidencia sobre o ámbito competencial doutras administracións.

Interesa salientar tamén que a Lei galega cita expresamente os instrumentos para levar a cabo a colaboración e cooperación, referíndose aos seguintes:

- A Comisión Galega de Cooperación Local á que se refiren os artigos 188 e seguintes da presente Lei.
- Os mecanismos de información aos que se refiren os artigos 200 e seguintes da presente Lei.
- O asesoramento xurídico-administrativo.
- A asistencia técnica, que se concretará na elaboración de estudos e proxectos, prestación de servizos ou calquera outra actividade propia ou común.
- A axuda financeira, que se levará a cabo mediante subvencións eventuais ou continuas que se concederán aténdose a criterios determinados e a condicións para a súa utilización e emprego e para executar obras ou prestar servizos locais.
- A creación de consorcios locais.
- A creación de sociedades anónimas.
- A subscripción de convenios.
- En xeral, a delegación de competencias ou a encomenda de xestión, técnicas reguladas no título IV da presente Lei.

Finalmente, a Lei galega prevé o mecanismo da “coordinación” ao establecer no seu artigo 205 que as leis da Comunidade Autónoma

reguladoras dos diferentes sectores da acción pública poderán atribuírle ao Consello da Xunta de Galicia a facultade de coordinar o exercicio das competencias propias das entidades locais entre si e, especialmente, coas da Comunidade Autónoma, cando a coherencia da actuación das diferentes administracións públicas non se poida acadar polos procedementos previstos nos artigos anteriores ou estes resulten manifestamente inadecuados por tratarse de actividades ou servizos locais que transcendan o interese propio das correspondentes entidades locais, incidan ou condicionen relevantemente os da Administración autonómica ou sexan concorrentes ou complementarios deles.

#### **4.- COMUNICACIÓNS ÁS COMUNIDADES EUROPEAS**

Dispón o artigo 10 LRXPAC “Comunicacións ás Comunidades Europeas” que:

“1. Cando, en virtude dunha obriga derivada do [Tratado da Unión Europea](#) ou dos tratados das comunidades europeas ou dos actos das súas institucións, se lles deban comunicar a estas disposicións de carácter xeral ou resolucións, as administracións públicas procederán á súa remisión ao órgano da Administración xeral do Estado competente para realizarlles 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 aos efectos do cumprimento desa obriga.”

A maioría da doutrina criticou a inclusión deste artigo dentro do Título I da LRXPAC, “Das administracións públicas e as súas relacións”, ao considerar que este non é o lugar máis axeitado para regular unha materia tan concreta como son as comunicacións ás comunidades europeas, actividade esta que constitúe tan só unha moi pequena parte das relacións de cooperación que o Estado mantén coa Unión Europea. En calquera caso,

o contido do artigo responde máis ben aos mecanismos de control que a Unión Europea ten establecidos en relación a determinadas actividades dos estados e cuxo exemplo máis característico é o control das axudas públicas concedidas por estes.

Como é sabido, a materia «relacións internacionais» é unha competencia exclusiva do Estado (ex art. 149.1.3º CE) e o contido do artigo transcrito descansa sobre esta consideración, pois é o Estado quen asume de xeito directo o cumprimento dos compromisos e obrigas coa Unión Europea, e por iso se deben canalizar a través deste as comunicacións ás que se refire o art. 10. Así, 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 unificar as diversas informacións que reciba dos restantes entes autonómicos para facilitarlle á Comisión como un todo e non separadamente a información solicitada».

O precepto recolle esta formulación, pero ao mesmo tempo garante que o Estado realizará esta función de intermediación e que as comunidades autónomas lle comunicarán a información ao Estado en tempo hábil, establecendo para iso un prazo xeral de 15 días e remitíndose ao prazo esixible en cada procedemento nos demais casos.

O primeiro antecedente significativo da fórmula que a LRXPAC establece constituíuno o Real Decreto 1755/1987, do 23 de decembro, froito dos acordos acadados entre o Estado e as comunidades autónomas, no seo da Conferencia para Asuntos Relacionados coas Comunidades Europeas (hoxe Conferencia para Asuntos Relacionados coa Unión Europea) para a comunicación das axudas á Comisión Europea.

Esta norma establecía 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 respondía 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 ten especial transcendencia, pois a concesión de axudas sen comunicación previa e, xa que logo, sen que a Comisión se pronuncie sobre a súa compatibilidade, 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, como sinalou en diversas ocasións o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas.

O procedemento que figura no Real Decreto 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 das Comunidades Europeas, consonte os tratados constitutivos destas, deben enviarlle os oportunos proxectos á secretaría da Comisión Interministerial para Asuntos Económicos relacionados coas Comunidades Europeas. Os proxectos teñen que remitírselle á Comisión Interministerial coa antelación suficiente (tres meses) para permitir, se procede, a entrada en vigor da medida proxectada nas datas previstas. Posteriormente, o Ministerio de Asuntos Exteriores remítelle (no prazo dun mes contado desde a recepción do correspondente

proxecto) á Comisión UE os proxectos de axudas examinados pola Comisión Interministerial.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Aja, Eliseo e García Morales, María J.: «Las relaciones entre comunidades autónomas: problemas y perspectivas». En *Informe Comunidades Autónomas*. Instituto de Derecho Público, vol. I, páxs. 645-672. Barcelona 2000.
- *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*. Tecnos. Madrid 1985.
- Ministerio de Xustiza. «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 Xustiza. 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, páxs. 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*, páxs. 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 (nova época), páxs. 97-118. 2009.
- Grifo Benedicto, M.<sup>a</sup> 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 Político 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 relación interadministrativas de cooperación y colaboración*. Institut d'Estudis Autonòmics. Barcelona 1993.
- Menéndez Rexach, A.: «La cooperación: ¿un concepto jurídico?». *Documentación Administrativa*, núm. 240, outubro-dецembro 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, páxs. 485-515. 2006
- Parejo Alfonso, Luciano. «Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas». *Revista de Administración Pública*, núm. 174, páxs. 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 autónomas», 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.

Juan José Galego Fouz

# **III.- TEORÍA XERAL DO DEREITO E DEREITO CIVIL**



# **1. AS FONTES DE 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 a maneira 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 coñécese a 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 do mesmo. 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 ter sido 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, polo tanto, tamén son fontes materiais do Dereito. Por exemplo, os grupos sociais son tamén fonte material do Dereito en tanto 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 maneira en 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 falando de fontes materiais ou formais; pero convén precisar que, na maior parte das ocasións, coa expresión *fontes do Dereito* se alude 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 estando no artigo 1º do Código Civil. Este artigo do Código Civil, que transcribimos ao final do apartado anterior, dispón non só unha listaxe de fontes formais do Dereito, senón tamén unha ordenación xerárquica das mesmas: 1º a lei; 2º

o costume, 3º os principios xerais do Dereito. Por outra parte, dado que cada unha das fontes materiais do Dereito ten tamén unha forma ou maneira 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). No presente 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 tratarémolo no 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 creara-. Ademais desa función, o Estado tamén realiza unha intensísima tarefa de creación de normas xurídicas, convertíndose 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 ser sempre normas escritas, elaboradas a través dun procedemento formal regulado por outras normas xurídicas e dotadas de abstracción e xeralidade. Para a súa validez, as leis deben reunir os requisitos de lexitimidade exixidos para cada unha delas: deben ter sido elaborados por un órgano do Estado con poder para producir o tipo de lei de que se trate e estar dotadas dun contido respectuoso coa xerarquía normativa; así como reunir as exixencias 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 CCAA correspondente no caso das leis autonómicas). Dentro das leis, cómpre distinguir varios tipos ou clases. Ao igual que sucede 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 ao mesmo. A Constitución, neste sentido, é a fonte das fontes do Dereito, pois todas, ao igual que o Estado, atopan Nela a súa lexitimidade e xustificación. Non obstante, nas exposicións que seguen a orde do CC adóitase incluír á 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 fora ratificado polo Estado español. A Constitución establece que os *“Tratados internacionais validamente celebrados, unha vez publicados oficialmente en España, formarán parte do ordenamento interno”*. Isto implica, segundo DIEZ 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, as 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 atribúe 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 lexislativo os **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 arredor do 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, corresponde ao poder lexislativo a través das Leis. Certo é que existen outras normas xurídicas ditadas polo poder executivo, pero estas normas –os regulamentos– están subordinados 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 a aprobación destas Leis ordinarias abonda 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 foran 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*. Permítese ao Goberno, só en tales casos, ditar un Decreto-Lei rapidamente co fin de evitar os atrasos, debates e negociacións que supón necesariamente a tramitación parlamentaria dunha Lei. De calquera xeito, o Decreto-Lei non pode empregarse 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 contemplara no Estatuto, como sucede co Estatuto de Autonomía de Galicia –art. 10.1.a-) o que 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 cómpre 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 se aprobou, naturalmente noutro contexto constitucional distinto, o Código Civil). No segundo caso aprobarase 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 lle asesoren no seu labor. Unha vez que o Goberno remata a súa tarefa, esta é controlada polo Parlamento, que 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 (cuxa cabeza é 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, isto é 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.

Isto 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 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 nomes do máis heteroxéneo: 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 a 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 ser conformado a través de comportamentos reiterados, uniformes, xeralizados 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 contraria 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*). Isto non é óbice, con todo, 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 LDCG, ordenando 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 a todos os membros do grupo social que o creou. Se algún deles non o segue, estará actuando 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 alegala 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 por tanto non precisan ser alegadas e probadas polas partes do proceso en orde á súa aplicación, os costumes deben resultar probados durante o proceso xudicial para que o xulgador as 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 poderá constituírse en norma destinada a resolver un determinado conflito en sede xudicial no caso de que resulte probado.

De acordo co que se sinalou ata o de agora, pode concluírse que o costume recibe un tratamento procesal idéntico ao que se concede aos feitos que fundamentan as pretensións das partes. Isto non pode sorprender habida conta da xénese e o modo de ser do costume, que nace e pervive 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 notorias. Se o xulgador sabe obxectivamente que existe e é aplicable ao litixio do que está coñecendo un costume, pola súa notoriedade ou coñecemento público, no Dereito civil de Galicia dispónse expresamente que este debe utilizalo como norma coa que resolver 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 en relación coas relacións entre fundos dedicados a explotacións agrícolas e o seu uso, onde moitas das cuestións que máis 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 derradeira 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. Isto derívase 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 aos suxeitos que concertan un pacto a suxeitarse ao seu contido (as regras concretas que establecen que os contratos, os matrimonios, os tratados internacións, 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 maneira favorable ou favorecedora 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 a analizar é a que conecta a estes principios ben co Dereito natural (posición iusnaturalista), ben coas conviccións xurídicas básicas da sociedade (posición sociolóxica). Ambas enfróntanse á positivista argumentando que, con ela, os principios non aportan nada, son simples epítomes ou resumos do establecido noutras normas, e non poden ter, polo tanto, 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, 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 resolta, coas solucións extraídas dos mesmos. 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 convén 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 inexcusable de resolver en todo caso os asuntos que coñezan conforme ao 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 formar parte dunha organización ou entidade supraestatal denominada, na actualidade, **Unión Europea**. Esta organización nacida nos anos 50’ impúxose como finalidade a **progresiva unión económica e política entre os distintos Estados europeos**. Os medios e poderes que posúe para a consecución destes ambiciosos fins convirten á 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 ceden 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



(o reparto de cotas de produción realízao a UE), nin sobre o establecemento de alfándegas nas fronteiras, nin sobre circulación de capitais, mercadorías e traballadores comunitarios, e mesmo algúns non poden cuñar moeda propia (os que adoptaron ao 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, convertíndose, 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 o reparto 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 trascendentes 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 ao Tratado de Roma de 1957, polo que se creou a CEE–.

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 a todos os Estados e a 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 aos 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 ao cidadán. Trátase dun instrumento co que se pretende aproximar as lexislacións dos distintos Estados membros, pero permitindo a cada un deles acomodar as normas ás peculiaridades do seu sistema xurídico. A Directiva vincula aos Estados membros destinados en canto ao resultado a alcanzar, pero deixa 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 trasposición, a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea determinou que, no caso de que conceda Dereitos precisos aos particulares fronte ao Estado, estes poderán invocalos aínda que non se producira a trasposición (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). No caso de que o Dereito invocado fronte ao Estado sexa de imposible realización, os tribunais nacionais poderán condenar ao Estado a aboar unha indemnización de danos e prexuízos ao cidadán invocante.

#### **1.4. A XURISPRUDENCIA E A SÚA FUNCIÓN**

En sentido amplo, chámase **jurisprudencia 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 razonamentos 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 antedito, 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 sentenza favorable dos mesmos tratarán de actuar, negociar, e finalmente presentar os asuntos ante os xuíces do modo que estes cualificaron anteriormente como correcto e acorde ao 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 resolveran de idéntica maneira. Esta xurisprudencia en sentido estrito establécese que *“complementará o ordenamento xurídico”* (art. 1.6 CC).

Desde hai moito tempo, vense 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 a todos os cidadáns e poderes públicos. Se, pola contra, non o fose, as decisións do Tribunal Supremo só afectarían aos participantes no xuízo concreto que se resolvese pola sentenza. Tradicionalmente se entendeu que a xurisprudencia do Tribunal Supremo, pese ao 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. Con todo, nos últimos tempos, estase comezando a abrir paso unha corrente favorable á consideración da xurisprudencia como fonte do Dereito. Esta corrente xa se plasmou nalgunha norma legal (a Lei da Xurisdición Contencioso-Administrativa) que, por agora excepcionalmente, 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 o de agora, para debater sobre a súa condición de tales. Neste sentido, é habitual facer referencia a que a 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 formularse 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. Ao igual que no caso anterior, isto faise para inmediatamente poñer 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 habente-causas; polo que carecen de carácter verdadeiramente normativo. Dentro desta categoría das normas nadas da autonomía privada, non obstante, un certo número de autores recoñece 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**

Polo 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 permiten a calquera operador atopar a peza (a norma) destinada a ser aplicada para resolver o problema que precisa. Neste apartado describiremos os distintos criterios de ordenación e relación entre as normas que permiten contemplar ao ordenamento xurídico como un sistema normativo.

### **2.1. O PRINCIPIO DE XERARQUÍA**

Dado que é necesario seguir algunha pauta para expoñer as fontes, xa no epígrafe inicial se expuxeron as que compoñen o ordenamento xurídico español seguindo un criterio de xerarquía ou importancia relativa das mesmas. As máis transcendentales tratáronse en primeiro lugar, tanto ao expoñer 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 ao ordenamento xurídico como unha pirámide (a pirámide normativa) na que as normas superiores estarían nos chanzos máis altos da mesma, 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 contradi 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 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 por igual a todos os suxeitos habilitados para iso. 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 han de regularse por un 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.** Quebranta, 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, adoita distinguirse o tratamento dos problemas referentes á necesidade de empregar unha determinada norma para regular unha 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 xeito 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 reparto ou distribución de competencias.

Tanto cando unha materia se reservase 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 atribúa a un determinado órgano do Estado (v.gr. cando se 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 quebrante o principio de competencia e priva de validez á norma empregada para iso. É indiferente que a norma empregada 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 o reparto de competencias ou a reserva de que se trate (ou a promulgación dunha norma coa virtualidade xerárquica necesaria para derrogala ou modificala) podería alterar este efecto. Así, só unha reforma constitucional dos artigos arriba referenciados, ou do Estatuto de Autonomía en 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 á mesma finalidade ordenadora das normas xurídicas. Estes criterios son os seguintes:

1) **Principio de temporalidade.** Dado que as normas xurídicas se suceden unhas ás outras no tempo (o Estado e os grupos sociais están continuamente ditando novas normas sobre asuntos e materias que xa estaban regulados con anterioridade), cómpre establecer un criterio que permita discriminar cal ten que aplicarse para resolver un problema



concreto. Neste sentido, existe o criterio de que **a norma posterior derroga a 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 debe aplicarse 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 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, a única maneira en que unha norma xurídica pode perder vixencia. O art. 2.2º do CC establece que as leis só se derrogan por outras posteriores e que *“a derogación terá o alcance que expresamente se dispoña e se extenderá 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 tiver derogado”*. A derogación pódese producir de forma expresa e tamén de maneira tácita. 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 pola presente todas as disposicións que se opoñan ou sexan incompatibles coa mesma».

Malia o devandito, é posible que algunhas leis perdan vixencia sen ser derogadas, cando fosen ditadas expresamente para atender unha determinada situación excepcional e esta xa transcorrese (p. ex. unha norma ditada para regulamentar o comportamento cívico durante unha

catástrofe humanitaria perden vigor ao rematar a situación contemplada pola norma), ou cando se creasen 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 unha 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 debe aplicarse 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 esta terá un ámbito de aplicación coincidente co do grupo social que a practica e a creou. Así, se unha norma sobre sanidade é ditada por unha institución autonómica galega, ou se un costume é seguido polos cidadáns da comarca de Bergantiños, esas normas son aplicables exclusivamente, unha á Comunidade Autónoma de Galicia, e a outra aos habitantes da comarca 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 xerale*). 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 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 edic.); BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, Madrid, 2006 (4ª edic.); DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Ed. Cívitas (ed. facsímil de la realizada por el 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 edic.); DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, T. I., Ed. Tecnos, Madrid, 2003 (11ª edic.); LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil. T. I. Vol. 1º*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010 (6ª edic.).

FERNANDO PEÑA LÓPEZ

## **02. O DEREITO OBXECTIVO. AS NORMAS XURÍDICAS; CARACTERES, ESTRUTURA 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 concreto momento histórico. Nunha acepción máis moderna e máis técnica, enunciada por SANTI ROMANO, por Ordenamento xurídico entenderase non só 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, en tanto que el estase 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*» emprégase 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 ha de tomarse en consideración o primeiro en orde a buscar o criterio delimitador do conxunto de normas xurídicas integrantes do Ordenamento xurídico considerado na súa totalidade que integran aquela parte do mesmo á que, por oposición ao «*Dereito público*» denominamos «*Dereito privado*».

Pese a 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 campos normativos, no carácter que teñen as súas normas con respecto á autonomía privada, nos poderes que estas normas outorgan, na forma de xestarse 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-, sen embargo o criterio a empregar en orde a 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 empregaron en orde a 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 ocorra é necesario que, ademais, o Estado actúe no exercicio das súas potestades.

2º.- O segundo criterio empregado 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 posto que no ámbito do Dereito privado tamén existen relacións nas que se produce unha 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 nos que a Administración actúa pola vía 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 nos que non pode falarse 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 fácil, 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 de un 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: se ben é 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 establecen 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, los 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 a instancia de parte. Esta distinción se ben se aproxima máis á realidade que as anteriores, non é exacta en tanto en canto existen supostos de procedibilidade a instancia de parte no Dereito público -caso, v.gr., dos atentados ao honor tipificados como delitos-, sendo a procedibilidade de oficio aceptada tamén no Dereito privado como ocorre 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 TRLGDCU/2007).

6º.- La última das teorías que se formularon en orde a delimitar o ámbito do Dereito público en relación co do Dereito privado centra a distinción nos



intereses protexidos, considerando que mentres as normas de aquel protexen intereses considerados xerais, as deste protexen intereses privados -«*lus 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 e iso por varias razóns:

i) Cando se protexen intereses xerais estanse protexendo necesariamente, ao tempo, 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 y 7.2 do CC).

iii) As Administracións Públicas poden actuar a través das vías 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 persiguen 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 haberá de buscarse na materia que é obxecto de regulación, de acordo co criterio xeralizado 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 funcionamento do Estado cando o Estado (entendido en

sentido amplo, como equivalente ao conxunto das Administracións Públicas) actúa no exercicio das súas potestades, no exercicio da súa soberanía (revestido de «*imperium*»), de forma que constitúen o obxecto da regulación do Derecho público: 1º.- A organización da estrutura e funcións do Estado e dos órganos do mesmo; e, 2º.- As relacións que, no exercicio da súa soberanía, o Estado establece con outros entes, tanto públicos coma privados.

En consecuencia, de acordo con este criterio cómpre que concorran as dúas notas seguintes para que se poida cualificar unha relación como de Dereito público: 1ª.- Que polo menos un dos suxeitos intervincentes 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, facilmente 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*» cómpre unha lei «*ad hoc*» habilitante, de forma que se esta non existe, o Estado haberá de actuar como un particular máis nas relacións xurídicas que comece. 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 vía 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 pese a 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 poñer de relieve como 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, 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 tinguído pola finalidade de interese xeral que ha de rexir 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, pese a que, como sinala G. ALPA, ao tempo que cómpre lembrar 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 nas 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 han de ser obxecto de tutela; se ben existen outras razóns adicionais para xustificar a concorrencia de ambas 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 vantaxas 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 da maneira de satisfacer intereses privados, en caso de vulneración de dereitos ou intereses lexítimos desta natureza, se superpón 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 de que ha de partirse consiste en que a sanción de nulidade que contempla o art. 6.3 do CC é compatible con sancións de outra 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 de outro efecto distinto para o caso de contravención da norma imperativa non aclara nada en relación cos supostos nos que a previsión expresa deste efecto distinto conleva 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 destas normas, de carácter collente, prevén algún tipo de efecto para o caso da súa contravención.

A xurisprudencia emanada da Sala do Civil do TS parece haber 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 «*trasnoitada*», pero que foi e é empregada polos xuíces e pola doutrina científica en multitud de ámbitos materiais (v.gr., as normas que establecen limitacións ou prohibicións respecto da transmisión de unha vivenda de protección oficial ou de unha oficina de farmacia, ou que un determinado xogo é ilícito no marco de unha 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 ao que estea atribuída a competencia para enxuciala -desta doutrina xurisprudencial que parece comezar a superarse constitúen exemplos paradigmáticos os pronunciamentos da SSTS, Civil, de 3 de setembro de 1992 [RX 1992\6882] (e outras posteriores que a seguen, v.gr., as de 14 de outubro de 1992 [RX 1992\7557] e de 4 de maio de 1994 [RX 1994\3562]) que declara a validez da venda de unha VPO por prezo superior ao máximo fixado legalmente, de 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; la STS de 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 de un negocio de farmacia herdado; e máis recentemente, a STS de 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 esta 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 de outra, 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 salientado e ponderado, a teor do cal se dotou de eficacia no ámbito das relacións sometidas ao imperio da autonomía privada a normas cualificadas como de Dereito administrativo, de maneira que á sanción desta natureza que prevexan para o suposto de feito que contemplan, 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 de constrinximento 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 da mesma, gardando silencio sobre a eficacia ou ineficacia dos negocios xurídicos-privados, non exclúe este efecto. Deste xeito cómpre 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 d TS, por estar prevista, para estes casos unha sanción diversa. A doutrina xurisprudencial a que se alude non precisa, non obstante, requisito ningún en relación co rango normativo da norma administrativa infrinxida, se ben 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, haberán de provocar aquela mesma consecuencia xurídica – así sucede no caso resolto pola STS de 31 de outubro de 2007 [RX

2007\8644], na que a nulidade do contrato se funda na infracción da Ley de Cooperativas da CA de Andalucía de 1985-, se ben ha de matizarse 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, de 22 de marzo, con respecto ao art. 22 do Estatuto Galego do Consumidor)-permitiría cuestionar a adecuación constitucional destas normas.

## **2. AS NORMAS XURÍDICAS; CARACTERES, ESTRUCTURA E CLASES.**

### **2.1. Concepto.**

Desde o punto de vista do Derecho positivo, a norma xurídica é un precepto, coactivamente establecido polos poderes normativos de unha 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, ha de ser de carácter prescriptivo –non descritivo- para cuxa determinación ha de observarse o carácter intrínseco do mandato que contén. Ademais ha de ter carácter imperativo, en tanto que ha de 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 á 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 xeralidade 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 concebido, 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 a quen 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 esixencia 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, cómpre ditalar 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**

A efectos de expoñer 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 fora 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.

## **2.3 Clases de normas xurídicas**

Unha clasificación das normas xurídicas que pretenda ser útil ha de tomar en consideración os tipos de normas que presenten unha consecuencia xurídica. A estes efectos pode partirse dos tipos de normas que enuncia o Título Preliminar do CC, no que o art. 4.2 do CC contempla 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 ou collentes e as normas dispositivas.

### **2.3.1. Normas de Dereito imperativo ou collentes e normas de Dereito dispositivo**

As normas imperativas –ou collentes- son aquelas cuxa aplicación non pode eludirse 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 procesais- 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 pode esquecerse 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 inderogables por virtude da autonomía privada (art. 10 do

TRLGDCU/2007)-, que integran a chamada orde pública, en sentido económico e que é erixido 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 e / ou imperativas –entendidas ambas categorías como equivalentes a normas collentes (as non dispositivas)- 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-, se ben 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 emprega 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, a teor do 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 deroga ao 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, en tanto 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 empregado no art. 4.2 do CC debe entenderse en sentido amplo, aplicándose a interdicción da aplicación analóxica a todas as normas sancionadoras; ao 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 periodo de tempo definido ou delimitado e se contrapoñen ás normas ou leis de carácter permanente, cuxa vixencia temporal é indefinida no tempo, sen perexuízo 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 inserta 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 no epígrafe precedente, a meta ou finalidade da interpretación xurídica consiste na fixación do significado da norma xurídica obxecto da mesma. En relación con esta cuestión, se formularon 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, ha de estarse á letra da mesma, ao significado gramatical das súas palabras. É unha teoría que ha de 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 repristinar, artificialmente, a vontade deste. Esta teoría presenta dúas desvantaxes: a vontade psicolóxica do lexislador non é senón unha ficción e iso por canto os órganos lexislativos son pluripersoais e, por outra banda, prodúcese unha desconexión da norma cos 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 someramente, deben ser descartadas por canto as rexeita o art. 3 do CC ao prescribir que as normas se interpretarán «*atendendo fundamentalmente ao espírito e finalidade de aquelas*» e non, polo tanto, á finalidade perseguida polo lexislador –sen prexuízo de que esta haxa de terse 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 ha de buscarse a «*voluntas legis*» –non a «*voluntas legislatoris*»-, que debe ser investigada dunha forma obxectiva. Para iso a doutrina clásica estableceu dous sistemas fundamentais, sen prexuízo da existencia de outros: a xurisprudencia de conceptos e a xurisprudencia de intereses.

De conformidade cos postulados da xurisprudencia de conceptos, na interpretación trátase de indagar 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 indagar o significado obxectivo da norma, ha de verse o conflito de intereses contrapostos que subxace na mesma 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 indagarse a través da xurisprudencia de intereses, constituindo un elemento auxiliar, a estes efectos, a xurisprudencia de conceptos. Non se trata de indagar

o sentido obxectivo dunha norma illada, senón que a norma ha de situarse 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 elementos sistemáticos. 3) O elemento histórico. 4) O elemento sociolóxico.

1º) O elemento gramatical: Para a interpretación da norma debe tomarse 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 dar a análise gramatical da norma non determina que o labor de interpretación concluíra, debendo desvirtuarse a virtualidade do brocardo «*in claris non fit interpretatio*», por canto han de tomarse 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 ha de realizarse de conformidade co contexto da norma, integrado polo entorno da mesma: as palabras que a conforman, as normas que se atopan sistematicamente ubicadas no seu entorno e a posición da norma no conxunto do Ordenamento xurídico. Pero o significado do canon contextual non se limita ao contexto da norma, mesmo 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 ha de 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 ha de ser aplicada: Trátase de tomar en consideración o entorno 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 ao mesmo por tratarse dunha actividade eminentemente racional e que, en consecuencia, é un elemento inexcusable 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 antinomias de normas e iso por canto 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 dean 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 doutra maneira, que as relacións sociais se adecúen 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 dunha maneira espontánea ou de maneira imposta ou coactiva nos supostos nos 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 corresponde 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 impoñer, no seu 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 inexcusable de resolver, en todo caso, os asuntos de que coñezan, aténdose ao sistema de fontes establecido, sen posibilidade de deixar imprexulgado un asunto de maneira indefinida –como se admitía no Dereito romano- so 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 o mesmo 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 Exexese» encabezada por J. BONNECASE. En efecto, a aplicación do Dereito implica unha serie de operacións xurídicas sucesivas que ha de realizar o intérprete e o aplicador do Dereito e que poden sistematizarse da maneira que segue: 1ª) Función probatoria. Os feitos aos que ha de aplicarse a norma teñen que ser feitos xurídicos relevantes – serán só se se produciron realmente e se a norma xurídica os considera relevantes, de maneira que ha de realizarse unha selección do mundo fáctico-. 2ª) En función dos feitos relevantes e probados ha de levarse a cabo un labor de selección no aspecto normativo, a efectos de determinar, no conxunto do Ordenamento xurídico, as normas aplicables a aqueles feitos. 3ª) Cómpre determinar o significado, o sentido e o alcance das normas seleccionadas e hipoteticamente aplicables ao caso. 4ª) O labor de subsunción propiamente dita, 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, se ben as resolucións dos Tribunais só poderán descansar de maneira exclusiva 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 incúmbelle o cometido 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 ha de ser tomada en consideración polos órganos xurisdiccionais 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 cun 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 conleva a inexcusabilidade do cumprimento do deber xurídico que establece, salvo que concorra 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 radicarse precisamente na eficacia xeral das leis: os deberes consubstanciais ás leis teñen que ser

levados a efecto -cumprirse-, en tanto 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 «*erros*» a protección do Ordenamento xurídico, en tanto 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 as leis determinen*».

Se ben isto é así, historicamente –no Dereito romano postclásico, nas Partidas (nas que se escusaba aos aldeáns, aos pastores, ás mulleres e aos 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 lle concirnen*»)- o fundamento radicouse 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 conleva 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 en orde á 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 pago dos indebidos; 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. O 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 ao 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 contempla no art. 84 do TRLXDCU/2007, en relación coa non incorporación e inscrición de cláusulas contractuais nulas por ser abusivas nos contratos celebrados 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 se derivan do feito de ditar resolucións, administrativas ou xudiciais, manifestamente inxustas por ignorancia inexcusable- (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 EGA-, que poden incorrer en responsabilidade civil como consecuencia de actuacións negligentes froito do descoñecemento do Dereito ou, mesmo, de determinadas interpretacións xurisprudenciais do mesmo 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, davo 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 virulencia en relación cos feitos e coas pretensións. O art. 282 da LECiv 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 aporten documentos, ditames ou outros medios e instrumentos probatorios cando así o estableza a lei. O art. 281 da LECiv 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 existencia de proba está constituída polos usos e costumes notorios ex art. 2.1 da LDCX/2006- e o Dereito estranxeiro (RDXRN de 1 de marzo de 2005 [BOE de 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 coñecer as leis que recaia sobre todos os integrantes da comunidade xurídica, pero non pode invocarse o descoñecemento das mesmas 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 do apotegma xurídico «*ignorantia iuris non exusat*» 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 ha de ser esencial, escusable – descártase a eficacia do erro culpable ou inexcusable- 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 exusat*» e iso por canto 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 fora 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 de cuxa aplicación nace un dereito. O CC contempla 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 a cuxa aplicación non pode renunciarse habida conta da súa natureza de Dereito imperativo.

Precisamente para que a exclusión da lei aplicable sexa válida cómpre que o obxecto da exclusión sexa unha norma de carácter dispositivo, pois noutro caso situaríamonos 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, requeríndose 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 interese 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, se ben 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 se lle conceden uns poderes que, no caso de que os empregue para xerar unha lagoa no Ordenamento xurídico haberaos utilizado dunha maneira contraria 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. Por iso debe considerarse que a exclusión negocial da normativa aplicable sen aportar 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 edic.); 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 Y 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 edic.); *ibídem*, *Derecho civil de España*, T. I, Libro preliminar (*Introducción al Derecho civil*), Ed. IEJ, Madrid, 1949 (2ª edic.; edic. facsímil, 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 edic. 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; *ibídem*, *Realidad social y jurisprudencia*, Ed. Colex, Madrid, 2005.

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO



# **03. 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 miolo da noz; mentres que para o segundo sería a casca da noz. Á súa vez, THON, para expoñer a súa tese, comparaba o dereito subxectivo cun xardín, constituíndo o dereito subxectivo o poder de poñer un enreixado neste xardín para evitar intromisións de estranos –este autor identifica o dereito subxectivo co poder de protección que atribúe ao seu titular-.

Fronte á concepción de VON SAVIGNY, ha de 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 art. 1255 di CC) como acontece sinaladamente 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 ocorre sinaladamente cun 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, ha de precisarse que se ben os dereitos subxectivos están ao servizo dun interese recoñecido polo Ordenamento xurídico, non é unha connotación específica dos mesmos, en tanto que calquera relación xurídica se constitúe en protección dun interese. Así ocorre 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, pode afirmarse 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 dispensa ao seu titular non esgota o contido do dereito subxectivo, pois ao titular do mesmo, para lograr a satisfacción do interese obxecto do mesmo, non lle abonda un poder defensivo ou de carácter externo, senón que cómpre un poder de pracer ou un poder de carácter interno –de natureza fruitiva-, que posibilite xuridicamente este pracer.

## **1.2. Concepto de dereito subxectivo**

A teor das críticas realizadas ás concepcións pandectísticas do dereito subxectivo, resulta adecuado perfilar o seu concepto da maneira 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 ha de concebirse como:

1º) Un poder: como tal outorga 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 confire ao seu titular é precisamente para dispoñer –é unha liberdade ou poder de disposición, *lato senso*- sobre o gozo do dereito sobre o destino do mesmo. Esta nota permite diferenciar aos dereitos subxectivos das meras *facultades*, en tanto que estas non conteñen poder de disposición ningún sobre o destino e sobre o gozo 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 parte, as *potestades* caracterízanse por exercitarse en interese dun terceiro.

3º) É un poder de carácter xurídico: Trátase dun poder xurídico, en tanto que abonda que, de forma lícita e protexida se poida actuar libremente, polo seu titular, sobre a cousa obxecto do dereito. Non é un poder físico ou material. En consecuencia, o dereito subxectivo subsiste aínda 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 concédese a un titular preordenado á satisfacción de intereses. Nos casos en que os poderes se conceden 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 maneira tal que as potestades teñen que ser actuadas se o demanda o interese alleo e na forma na que este o demande. O titular do dereito subxectivo pode actualo aínda de forma arbitraria, sempre cos límites da boa fe e do abuso do dereito, erixidos no art. 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 de actuar –subsiste nun plano potencial ou virtual (v.gr., propietario despojado das facultades de posesión, de uso e gozo 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 en que se fundan, no caso de que este resulte derogado. Deben sobrevivir lle en virtude do respecto aos dereitos adquiridos. b) É independente respecto do 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 adoitan clasificarse 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, ha de precisarse xa que esta distinción é tecnicamente incorrecta, pois no sentido referido todos os dereitos subxectivos son absolutos, en tanto 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 dos mesmos-, 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 arts. 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 gozo, dereitos de obriga e dereitos potestativos:

a) Os dereitos de obriga, son aqueles nos que a obriga é un fin en sí 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 esgótase na prestación do titular da obriga. Trátase de dereitos de heterosatisfacción, en expresión empregada por GEORGIANNI, porque o seu obxecto está constituido pola conduta doutro suxeito –o debedor- consistente en realizar unha determinada prestación. Nesta categoría adoita situarse ao conxunto dos dereitos de crédito –identificándoa con estes-, se ben ha de precisarse que non sempre os dereitos subxectivos de obriga son dereitos de crédito, pois tamén poden ser dereitos reais –como ocorre, *v.gr.*, no caso dos censos e das servidumes negativas-.

b) Os dereitos subxectivos de gozo: O titular ten atribuído un poder de autosatisfacción sobre a cousa obxecto do dereito. Ordinariamente a doutrina identifica os dereitos subxectivos de gozo cos dereitos reais, sen decatarse de que, nalgúns casos, o poder de autosatisfacción está presente tamén nalgúns dereitos de crédito, como ocorre, *v.gr.*, co dereito do comodatario (arts. 1741 a 1752 do CC). Por outra banda, a existencia dun poder de autosatisfacción non implica que non exista unha obriga de non perturbar ao titular do dereito no gozo do mesmo.

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 constituir –*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 han de 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 contido do mesmo, 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 concebida, 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 con arranxo a tres sistemas de relacións entre eles: *i)* A cotitularidade en man común –ningún cotitular pode dispoñer por sí 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 dispoñer tanto da súa situación xurídica, como das dos demais cotitulares (art. 1143 do CC). *iii)* A cotitularidade romana ou por cotas –ningún dos cotitulares pode dispoñer por sí só da situación xurídica dos demais cotitulares, pero si da propia, como ocorre na comunidade regulada nos arts. 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 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 traslativa –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 ostentaba o causante ou transmitente, o centro de todas as relacións de poder e responsabilidade deste (é o que ocorre, *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 ostenta os mesmos títulos xurídicos que o seu causante, operándose tamén a sucesión procesal deste (art. 16 da LECiv). 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 adquírense 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, agás se expresamente se contempla a asunción das mesmas.

### **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 configuración das mesmas, poden enunciarse, 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 irrevocable 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 cuxa propiedade foi renunciada). No caso de que a renuncia teña como obxecto o dereito de propiedade, coñécese co nome de abandono ou derelición. Os límites á eficacia do negocio de renuncia contémploos o art. 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 nos que a perda sexa imputable a un terceiro, este estará obrigado a indemnizar os danos e

prexuízos ocasionados ao titular do dereito que se extingue. Se a lei o admite, é posible a subrogación do ben que entrara no patrimonio do titular como consecuencia da perda (arts. 110 da LH e 1186 do CC).

c) A confusión e a consolidación. Determinados dereitos que teñen por obxecto un ben de propiedade allea se extinguen por consolidación nos supostos nos que o dereito de propiedade e a titularidade do dereito que os grava se reúnen nunha mesma persoa (v.gr., arts. 513.3º e 546.1º do CC e 107.1º da LH). Os dereitos que teñan por obxecto un dereito de crédito do seu titular fronte a un terceiro, extínguense por confusión nos supostos nos que, por calquera causa, se reúnen nunha soa persoa as calidades de debedor e de acredor (art. 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 laso 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 art. 1930.II do CC establece que pola prescrición extínguense 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 do mesmo, cuxo decurso determina a extinción do dereito de que se trate (ou que a lexitimación coa que actúa o constituinte determine que a extinción do dereito que amparaba a súa actuación, provoque a extinción do constituido –v.gr. arrendamento constituido por un superficiario-).

A regra xeral é que os dereitos non se extinguen polo seu non uso, aínda cando este non uso se prolongue no tempo. O único caso de



extinción por non uso é o constituido polas servidumes discontinuas (art. 546.2º do CC). No ámbito da propiedade sobre bens inmateriais, que se adquire en virtude dunha concesión rexistral, o dereito extínguense por falta de uso efectivo nun laso de tempo determinado (arts. 39 e 55 da LM/2001 e 83 e 116.1.e) da LPat). Para estes dereitos de propiedade sobre bens inmateriais, as respectivas leis reguladoras contemplan a extinción polo simple transcurso do laso de tempo determinado normativamente, con independencia de que se usaran, ou non, incorporándose o ben inmaterial ao dominio público e sendo susceptible dun uso xeral (art. 26-30, 98, 112, 119 e 125 do TRLPI; 49 e 152 LPat e 5 e 7 da LM/2001). Este modo de extinción da titularidade dos dereitos denomínase caducidade. Tamén están sometidos a un prazo de caducidade os dereitos reais de adquisición preferente de orixe legal, de modo que se o seu titular non os exercita no prazo normativamente conferido, se extinguen.

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 do mesmo e a súa transmisibilidade «*mortis causa*» (art. 513.1º do CC); así como dos dereitos reais de uso e de habitación (art. 529 do CC) e tamén a renda vitalicia (art. 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 extínguense (é o caso, *v.gr.*, dos dereitos do arrendatario de vivenda, ex arts. 16 e 33 da LAU).

f) O cumprimento da condición. Os dereitos que se adquiriran sometidos a condición resolutoria, extínguense cando teña lugar o suceso futuro do cal non se teña certeza de se ha de ocorrer ou non, establecido como condición no título constitutivo do dereito (arts.

513.2º, 546.4º, 790, 1113 e 1123 do CC). A excepción á posibilidade de que a adquisición dun dereito se someta a condición está representada polos negocios de estado civil, respecto dos que a lei non admite que se adquiran sometidos a prazo ou condición (*v.gr.*, art. 45 do CC, respecto do matrimonio).

## **2. O EXERCICIO DOS DEREITOS SUBXECTIVOS**

### **2.1. O exercicio dos dereitos subxectivos**

Formular, con carácter xeral, a cuestión tocante ao exercicio dos dereitos subxectivos é equivalente a contemplar a totalidade do seu réxime xurídico, razón pola cal, parece que han de 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 nos que a actuación persoal se presenta como imposible ou desaconsellable, é cando se busca a unha terceira persoa que despregue a actividade de que se trate en lugar do directamente interesado, sustituíndoo. Á súa vez, no caso de persoas físicas menores de idade ou incapacitadas, que son titulares de dereitos e de obrigas, as

normas xurídicas impoñen ás persoas que ostentan as facultades de garda legal –patria potestads ou tutela- das mesmas, 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 art. 1259.I do CC establece que a representación pode ser voluntaria ou convencional e legal. En efecto, o 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 de quen, por razón da menor idade, a incapacitación ou a ausencia, non poden ou no deben –no caso do concursado incapacitado- exercer por si mesmos os dereitos subxectivos de que son titulares. Os actos de exercicio destes dereitos subxectivos son exercitados por una persoa capaz á que a lei faculta e obriga a desempeñar tal cargo en beneficio e interese do menor de idade ou do incapacitado. 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, han de 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 ha de estar facultado legal ou convencionalmente para iso. No caso da representación convencional ou voluntaria esta autorización artículase en virtude dun acto de apoderamento, que é un acto unilateral de declaración de vontade do representado que 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 poderdante ou, mesmo, todos os asuntos e negocios do poderdante-.

Na práctica non son estraños os supostos nos 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 revocación do poder polo representado, de extralimitación nas instrucións recibidas-. Nestes casos nos 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 contéplanse no art. 1259.II do CC, a teor do cal, o contrato celebrado entre o representante e o terceiro será nulo. Esta consecuencia xurídica prodúcese salvo que a persoa a cuxo nome se outorgue o ratifique, antes de ser revocado pola outra parte contratante. A ratificación é unha aceptación «*ex post facto*» e vén a supoñer 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 delictivo da estafa, ben reclamando, na vía civil, o

resarcimento dos danos causados pola actuación falsamente representativa, para o que será necesario que o terceiro pactara 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 nos que o representante actúa en nome propio, sen manifestar ou ocultando conscientemente o nome da persona por conta da que actúa ou «*dominus negoti*» -nestes supostos o representante é un mandatario (arts. 1709 e ss do CC)-. No caso da representación indirecta a actividade do mandatario non vincula de maneira directa e inmediata ao representado e ao terceiro, non existindo ningunha relación entre o mandante e o terceiro cando o mandatario obra no seu propio nome (art. 1717 do CC). En consecuencia: 1º) O mandante non ten acción contra as persoas con quen o mandatario contratou, nin estas contra o mandante. 2º) O mandatario queda obrigado directamente coa persoa con quen contratou, como se o asunto fora persoal seu.

Se o mandatario actúa en nome alleo, entón situámonos no ámbito da representación directa.

### **2.3. A protección da aparencia**

A regra xeral en materia de transmisión derivativa da titularidade de dereitos subxectivos é que ninguén está lexitimado para transmitir a un terceiro dereitos distintos dos que é titular, de maneira que non pode dispoñer de bens ou dereitos alleos sen que medie unha previa autorización do seu titular. O negocio transmisivo ou constitutivo realizado por un dispoñente non lexitimado –realizado «*a non domino*»- é válido –se reúne os requisitos de validez atendendo ao tipo de negocio xurídico de

que se trate-, pero, en todo caso, ineficaz. Os defectos de lexitimación e a consumación dos efectos adquisitivos requiren ben o xogo da usucapión – ordinaria ou extraordinaria, en función de se en negocio dispositivo, é válido ou non e concorre boa fe no adquirente-, ben a aplicación dalgunha das normas de protección do adquirente de boa fe, que os sitúan nunha situación de inatacabilidade ou de inoponibilidade. Estas normas son, en materia de bens inmobles e de dereitos reais sobre bens inmobles o art. 34 da LH –que acolle o principio de *fe pública registral*- e, en materia de bens mobles, o art. 464.I do CC –na súa interpretación xermanista, predominante na xurisprudencia (v.gr. SSTS de 25 de febreiro de 1992 [RX 1992\1549] e de 22 de xaneiro de 2002 [RX 2002\21])- , así como os arts. 85, 86, 324 e 545 do CCom e, respecto dos créditos incorporados nunha letra de cambio, os arts. 19, 20, 46 e 67 da LCCh.

#### **2.4. A colisión de dereitos subxectivos**

Fálase de colisión de dereitos subxectivos naqueles supostos nos que dous titulares dispoñen de distintos títulos sobre bens xurídicos que non poden ser satisfeitos de maneira cumulativa. Esta situación pode ter diversas orixes: 1º) Dúas ou máis persoas pretenden ostentar a titularidade dun mesmo dereito con fundamento en distintos títulos, contraditorios entre sí. 2º) Dous ou máis dereitos que, non sendo contraditorios entre si, non poden, non obstante, resultar satisfeitos de maneira coetánea, posto que a satisfacción de un, elimina a posibilidade da satisfacción do interese do outro. 3º) Dúas ou máis persoas son titulares de dereitos sobre o mesmo ben, non sendo susceptibles dunha satisfacción simultánea, pero si de maneira sucesiva, conforme a una ordenación de rango.

Os conflitos que resultan dos supostos de colisión de dereitos subxectivos resólvense con arranxo a diversos criterios: 1º) A prioridade posesoria, que se aplica, v.gr., para resolver o conflito entre dous compradores dun mesmo ben, habendo actuado como vendedor un mesmo suxeito (art.

1473 do CC) e para establecer determinadas preferencias no cobro de créditos sobre un mesmo patrimonio do debedor que resulte insuficiente para pagar todas as débedas (ex art. 1922.5º e 7º do CC). 2º) A prioridade temporal. Este criterio determina a preferencia do dereito do titular máis antigo. Aplícase, *v.gr.*, para resolver o conflito entre dous suxeitos cesionarios do mesmo crédito, transmitido polo mesmo cedente ou cando adquiren do mesmo dono un dereito mobile corporal que non pode acceder ao Rexistro. O art. 1473.III do CC acolle o principio de prioridade temporal para resolver o conflito entre distintos compradores dun ben inmobile, sempre que non haxa inscrición rexistral nin posesión. 3º) A prioridade que outorga a existencia dunha inscrición rexistral. No caso de que o conflito teña como obxecto dereitos subxectivos sobre bens inmobiles e só un deles accedera ao Rexistro da Propiedade, o criterio básico elixido polo lexislador é dotar de preferencia ao titular do dereito inscrito, sempre que actuara de boa fe (arts. 606 e 1473 do CC e 32 da LH). Esta preferencia recibe a denominación técnica de *principio de inoponibilidade rexistral* e formúlase na regra xeral que acolle o art. 32 da LH –os dereitos non inscritos non prexudican ao titular dun dereito inscrito-; así como na aplicación singular da mesma no art. 1473 do CC, para o contrato de compravenda –no caso de venda dun mesmo ben inmobile a dous compradores, prefírese ao que primeiro inscriba a adquisición no Rexistro da Propiedade-. 4º) Os principios de tracto sucesivo e peche rexistral. Estes principios, acollidos nos art. 20 e 17 da LH, respectivamente, determinan a protección do titular dun dereito inscrito no Rexistro da Propiedade, fronte á concorrencia doutro titular que pretenda a inscrición. O principio de *tracto sucesivo* impide que se inscriba ou anote un título polo que se transmita, grave ou modifique un dereito inscrito, se non aparece outorgado polo titular rexistral con facultades para transmitir e con independencia da titularidade material do dereito ou conforme ás normas do Dereito civil puro ou substantivo. Pola súa parte, o principio de *peche rexistral* determina que, inscrito ou anotado un título, non pode inscribirse ou anotarse outro que se lle opoña ou que sexa incompatible, aínda que sexa de data igual ou anterior ao que estea

anotado ou inscrito. A RDXRN de 28 de novembro de 2008 [RX 2008\1463] considerou que o principio de peche rexistral constitúe unha aplicación do principio de prioridade. 5º) A prioridade derivada do rango. O titular dun dereito inscrito non pode opoñer o efecto propio do principio de peche rexistral a titulares de dereitos non incompatibles constituídos por titular rexistral lexitimado, se ben estes dereitos serán posteriores no rango, non podendo afectar ao exercicio do dereito previamente inscrito. O rango rexistral determínoa a data de inscrición –determinada, á súa vez, pola data do asento de presentación-, sen importar a data de outorgamento do título que accede ao Rexistro da Propiedade (art. 24 e 25 da LH).

### **3. BOA FE, ABUSO DO DEREITO E FRAUDE DE LEI**

O poder ou as facultades de actuación xuridicamente protexidas que os dereitos subxectivos confiren aos seus titulares está suxeito a límites intrínsecos, constituídos pola boa fe e polo abuso do dereito. O Dereito impón aos titulares dos dereitos subxectivos o deber de exercitalos con arranxo a uns módulos determinados, que poden afectar ben á forma do seu exercicio, ben ao fin perseguido a través do mesmo. Naqueles casos nos que o titular exercita o dereito subxectivo sen respectar estes límites intrínsecos –ou implícitos-, o acto de exercicio cualifícase como antixurídico e non atopa amparo na norma xurídica, por ser contrario ás exixencias de exercicio conforme ás 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 boa fe é contemplada en diversos ámbitos materiais no Dereito privado: como límite ás obrigas de restitución nos supostos de rescisión contractual, naqueles casos nos que os bens que houberan



de ser restituídos se atopen en poder de persoas que actuaran de boa fe (arts. 1295.II do CC e 73.2 e 3 da LC/2003); en materia de posesión (arts. 433.1 e 436 do CC), de adquisición da titularidade de dereitos mediante a usucapión ordinaria (arts. 1950, 1951, 1955 e concordantes do CC) e de liquidación do estado posesorio (arts. 451 a 457 e concordantes do CC); en relación coa protección do adquirente en supostos de transmisións realizadas «*a non domino*» (arts. 464.I do CC, 545 do CCom e 34 da LH), na integración das obrigas contractuais (arts. 1258 do CC, 10.2 da LCGC e 83.2 do TRLXDCU) e na nulidade de condicións xerais da contradición e de cláusulas contractuais predispostas na contratación con consumidores e usuarios que sexan contrarias ás exixencias da boa fe (art. 82.1 do TRLXDCU).

A exixencia do exercicio dos dereitos subxectivos conforme aos postulados da boa fe é común nos Ordenamentos xurídicos comparados. No Ordenamento xurídico español esta exixencia está contemplada expresamente no art. 7.1 do CC –que ha de ser completado coa previsión contida no art. 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 ás exixencias da boa fe*». A través deste precepto, o principio xeral de actuación conforme á 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 surtirá 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 maneira dilixente, sendo así compatible coa concorrencia dun erro excusable.

Como corolarios da existencia da boa fe no exercicio dos dereitos subxectivos poden enunciarse os seguintes, elaborados pola moderna doutrina alemá, e que presentan como nota común a existencia 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 sería dunha determinada maneira. A STS de 20 de decembro de 1996 [RX 1996\9277] precisou a concorrencia dos requisitos que han de concorrer para a súa aplicación: o acto que se pretende combater ha de haber sido adoptado e verificado con plena liberdade de criterio e vontade non coartada; ha de existir un nexo causal eficiente entre o acordo adoptado e o acto realizado e a súa incompatibilidade coa conduta posterior; e a acción ha de ser concluínte e indubitada. 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 han de provir dunha mesma persoa, actuando coa mesma representación.

2º) A interdicción do retraso desleal no exercicio dun dereito. Este límite refírese aos supostos nos que o exercicio dun dereito subxectivo non prescrito poida resultar, polo mero transcurso do tempo, inadmisíbel. A tese ten a súa orixe na doutrina alemá e foi obxecto de especial atención por esta, coa denominación de

«*Verwirkung*». De conformidade coas exigencias da boa fe, un dereito subxectivo non pode exercitarse cando o seu titular non se preocupou, durante un longo laso de tempo, de facelo valer e deu lugar, coa súa actitude omisiva, a que o adversario poida agardar, obxectivamente, que xa non se exercitará. A omisión do exercicio do dereito subxectivo durante un laso 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 tivera coñecemento do dereito subxectivo ou da pretensión que lle asistía, perseguíndose con esta doutrina unha finalidade obxectiva de normalización das situacións xurídicas.

A doutrina da «*Verwirkung*» aplicouse, de maneira orixinal, nos tres ámbitos materiais que seguen: a) Aplicación das normas xurídicas ditadas con motivo da depreciación monetaria acaecida despois da I Guerra Mundial e da revalorización dos créditos levada a cabo lexislativamente. A xurisprudencia considerou que non era admisible que o debedor tivera que estar moito tempo agardando a saber se o acredor pediría a revalorización do crédito. b) No ámbito do Dereito industrial –marcas e competencia desleal–, no que se considerou que unha longa inactividade do titular pode ser interpretada como un signo de aquiescencia do estado posesorio e de que a acción de protección do dereito xa non se exercitará. c) No Dereito do traballo, naqueles casos nos que o traballador viña percibindo un salario inferior ao mercado no convenio colectivo, con pleno coñecemento e voluntariamente, sen que medie estado de necesidade ou explotación polo patrón, considerándose pola xurisprudencia alemá contradictorio coa boa fe que, moito tempo despois –con frecuencia unha vez que se extinguiu a relación laboral–, o traballador faga valer o seu dereito.

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 transcorre un dilatado período de tempo de inactividade polo seu titular. O exemplo paradigmático está representado pola declaración de extinción da sociedade legal de gananciais tras unha separación de feito dos cónxuxes longa e libremente consentida (STS de 13 de xuño de 1986 [RX 1986\3549]).

3º) A pretensión de nulidade dun negocio xurídico con fundamento en defectos formais nos casos nos que quen pretenda facer valer aquela causa de nulidade provocáraa ou consentira a validez e eficacia do negocio durante un periodo de tempo, executando as prestacións que do mesmo se derivan ou atemperando a súa actuación ao seu contido (*v.gr.*, SSTS de 14 de outubro de 1991 [RX 1991\6917] –petición de nulidade dun subarrendo, con fundamento na exixencia de forma escrita do art. 8 da LAU, cando o propio arrendador o consentira 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 do mesmo por falta de autorización xudicial, estimando o TS a ausencia de lexitimación activa da mesma, por ser unha actuación contraria aos seus propios actos-).

### **3.2. O abuso do dereito**

Os primeiros Códigos civís, froito da ideoloxía liberal burguesa e en liña coa concepción absoluta do dereito de propiedade privada, descoñeceron o límite intrínseco no exercicio dos dereitos subxectivos representado polo abuso do dereito. É por obra da xurisprudencia

como se inicia a prohibición dos actos de emulación e dos actos de exercicio abusivo do propio dereito –Sentenza do Tribunal de Colmar de 1855, que resolve o suposto da colocación dunha falsa cheminea cunha finalidade exclusivamente lesiva dos intereses lexítimos dun veciño a obter determinadas vistas-, con antecedentes no Dereito común e fronte ao principio xeral recoñecido no Dereito intermedio español –constituído pola Partida VII.34.14, a teor da cal «*non faze tuerto a otro, quien usa de su derecho*»-. No Dereito español a recepción da doutrina do abuso do dereito foi aboada pola doutrina científica –a Tese Doutoral de J. CALVO SOTELO (*Doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, 1917)-, acolléndose, por vez primeira, na STS de 14 de febreiro de 1944 [RX 1944\293], admitindo a atemperación do principio provinte do Dereito romano «*qui iure suo utitur neminem laedit*», mediante a admisión da indemnizabilidade do dano ocasionado no exercicio do dereito sempre que este se actúe polo seu titular de forma abusiva. Esta doutrina xurisprudencial foi seguida, de modo reiterado e uniforme, pola xurisprudencia, ata que se incorpora nunha norma de Dereito positivo, na reforma do TP do CC levada a cabo no ano 1974, sen prexuízo do seu recoñecemento anterior nas derogadas LAU de 1964 e Lei do Libro de 1975.

Fiel ao mandato contido na Lei de Bases de 1973, o art. 7.2 do CC contén a interdicción do abuso do dereito, así como do exercicio antisocial do mesmo, sen precisar se se trata de dous institutos diversos –HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN-, complementarios –ESPÍN e LACRUZ- ou coincidentes –identidade ou sinonimia de ambas expresións sostida por DÍEZ-PICAZO-. Con independencia da interpretación doutrinal do precepto que se asuma, o que resulta claro é que se produciu unha equiparación legal entre o abuso do dereito e o exercicio antisocial do mesmo, o que implica a imposibilidade da distinción en canto aos seus efectos ou consecuencias xurídicas, en conclusión que

resulta avalada pola EM do Decreto 1836/1974, de 31 de maio, en virtude do que se aproba o novo TP do CC, ao salientar que ambas hipóteses, sen prexuízo da diferenza de matices, permiten un tratamento conxunto, en tanto que se parte do desbordamento dos límites normais do exercicio do dereito e do dano para becerro, sen prexuízo de que o feito provocador poida proceder tanto do dato subxectivo representado pola intención o axente, como doutros datos de natureza diversa, cales son o obxecto ou as circunstancias concorrentes. Sen prexuízo do alcance xeral da norma establecida no art. 7.2 do CC, o abuso do dereito está contemplado tamén en normas que o aplican para supostos concretos, como é o caso paradigmático dos acordos adoptados polas xuntas de propietarios de inmobles en réxime de propiedade horizontal que son impugnables (ex art. 18.1.c da LPH).

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 emprega para servir a unha función ou a un interese distinto daquel para o que foi concebido 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 sen son anormais, o exercicio pode constituir un abuso do dereito que se exercita (a STS de 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 rebasar 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 de 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 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 recabar o amparo dos órganos xurisdicionais para a súa protección. No caso dun exercicio abusivo e daniño, o prexudicado está lexitimado activamente para instar a adopción de medidas xudiciais e/ou administrativas que impidan a persistencia no abuso –pode instar o cesamento 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 situacións fácticas nadas ao seu amparo.

### **3.3. A fraude de lei**

O art. 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, consideráranse executados en fraude de lei

e non impedirán a debida aplicación da norma que se houber tratado de eludir.

A nota característica da fraude de lei radica no feito de que a pesar de existir un acto ou un negocio xurídico de contravención dunha norma collente –imperativa ou prohibitiva-, existe unha aparencia de protección do resultado. Os requisitos que han de concorrir para que un determinado acto ou negocio xurídico poida considerarse 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 ha 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 haberá de resolverse conforme aos principios xerais de xerarquía normativa ou de especialidade (STS de 23 de febreiro de 1993 [RX 1993\1227]).

4º) Concorrencia dun elemento subxectivo, constituido polo ánimo fraudulento. En relación con este presuposto ha de terse en conta que a doutrina que se pronunciou sobre esta cuestión discrepa entre quen consideran que se exige a concorrencia de mala fe ou a intención de producir a fraude –v.gr., LACRUZ, PUIG BRUTAU E RODRÍGUEZ ADRADOS-; e quen defenden que o elemento subxectivo –a mala fe- non é un requisito cuxa concorrencia se exixa no fraude de lei, de maneira que tanto se pode incorrer en fraude de maneira consciente, como de maneira inconsciente –DE CASTRO-.



A favor da primeira interpretación –exixencia de mala fe- milita a «*voluntas legislatoris*» expresada en EM de reforma do TP do CC levada a cabo en 1973/74, na que se sinala que «*é fraudulenta a sumisión dunha norma levada a cabo co propósito de obter un resultado prohibido*»; así como o teor literal do art. 6.4 do CC –no que se conteñen os termos «*perseguir*» e «*tratar de eludir*», con connotacións claramente subxectivas-.

Non obstante, esta interpretación non pode ser acollida e iso por canto o fundamento da interdicción da fraude de lei radica na obrigatoriedade do cumprimento das normas xurídicas –non se trata de reprimir comportamentos contrarios ás exixencias da boa fe, como no caso doutras institucións-. En consecuencia, 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 de 26 de febreiro de 2001 [RX 2001\1491] e de 20 de xullo de 2006 [RX 2006\4734]). Basta entón a concorrencia dun elemento obxectivo –a contravención da norma defraudada, amparándose nunha norma de cobertura, insuficiente, que confire ao acto de contravención unha mera aparencia de adecuación a Dereito- para poder afirmar a existencia dun suposto de fraude de lei.

O exemplo paradigmático de fraude de lei no ámbito do Dereito patrimonial está constituído pola utilización da compravenda con pacto de retroventa –admitida polo noso Ordenamento xurídico (arts. 1507 e 1509 do CC –normas de cobertura-)-, para defraudar a prohibición do pacto comisorio que resulta do disposto nos arts. 1854, 1858 e 1859 do CC –coa finalidade de protexer os intereses dos acredores-.

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 tratara de eludir. No caso de que se ocasionaran danos a terceiros de boa fe, estes están protexidos polo instituto da responsabilidade civil extracontractual (ex arts. 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, dérívase 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 actuando o contido da mesma, non é necesario un exercicio actual, pois subsiste de igual maneira (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 material 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 trabazón 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; *ibidem*, «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. M<sup>º</sup>: «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



# **04. O TEMPO NO DEREITO OBXECTIVO: ÁMBITO TEMPORAL DAS NORMAS. O TEMPO EN RELACIÓN COS DEREITOS SUBXECTIVOS E AS 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 AS 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 espanol, 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 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 Rey sancionará NOI prazo de quince días as Leis aprobadas polas Cortes Xerais, e promulgaráas e ordenará a súa inmediata publicación*”–. En definitiva, non teñen cabida no ordenamento xurídico espanol as *normas secretas*: todas haberán de 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 do 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:

- no Boletín Oficial do Estado se se trata de disposicións estatais,
- no 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 ao Boletín Oficial do 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 remate a publicación.

Xunto á 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 modo, 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 excepcione o prazo establecido polo art. 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: “a presente norma, entrará en vigor o mesmo día da súa publicación no Boletín Oficial...”. Así mesmo e aínda que é 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 ocorreu, p. ex., coa primeira edición do Código civil: o Real Decreto de 11 de febreiro de 1889 estableceu que “declárase prorrogado ata o 1 de maio do corrente ano o prazo dos sesenta días establecido na Lei de 11 de maio de 1888”–.

## **1.2 Derogación e término 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 modos, 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". A modo de exemplo, iso é o que sucede coas Leis Xerais de Presupostos –dítanse durante un exercicio económico de vixencia anual– ou outras –Real Decreto lei polo que se limita temporalmente o límite de velocidade no territorio nacional–.

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 coxunturais decaerá cando desapareza a “coxuntura” –*ocassio legis*– que lle daba razón de ser.

### **1.2.2 Tipos de derogación**

Á marxe da excepción sinalada –leis temporais ou coxunturais– 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 derogan por outras posteriores”. Deste modo, unha lei estará vixente ata que non se dite outra que a contradiga ou derogue. Agora ben, para que tal derogación –e, por tanto, perda de vixencia da norma derogada– se produza cómpre 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 normas se refiran a unha mesma materia e a regulen de maneira diverxente ou diversa; isto é, que sexan incompatibles en canto á regulación material.



De non concorrer tales requisitos non se producirá a substitución dunha norma por outra que conleva 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 se deduce que existen dúas clases de derogación:

a) *expresa*: a norma derogante sinala de modo explícito as normas a que afecta e que deixan de ter vigor. Pódeo facer de maneira específica cando estableza as particulares disposicións afectadas –*norma derogatoria concreta*–, ou de maneira 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 modo de cláusula de peche, unha norma derogatoria xenérica.

Un exemplo de *norma derogatoria concreta* sería a Lei 30/1981, de 7 de xullo, xa que establece na disposición derogatoria que “*queda derogada a Lei 76/1980, de 23 de decembro, pola que se determina o procedemento a seguir nas causas de separación matrimonial*”. En cambio, sería unha *norma derogatoria xenérica* a contida na Lei 26/1984, Xeral para a Defensa de Consumidores, de 19 de xullo: “*quedan derogadas todas as disposicións que se opoñan ao disposto nesta Lei*”.

b) *tácita*: a norma derogante non sinala de maneira 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 leis, identidade de destinatarios, contradición e incompatibilidade entre os fines de ambas normas (cfr. SSTs. 31 de outubro de 1996 e 20 de marzo de 2000). A facultade de determinar cales son as normas derogadas corresponde 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 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 ha de engadirse tamén que, de acordo co criterio xurisprudencial maioritario, a derogación dunha lei alcanza tamén ás de

rango inferior que dependan da que foi derogada, salvo que a lei derogante estableza expresamente o contrario (cfr. SSTS 10 de maio de 1980 e 22 de maio de 1989).

Xunto a 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 cómpre que a lei derogante o establezca expresamente: “*pola simple derogación dunha lei non recobran vixencia as que esta derogara*”. 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 o 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 o futuro, se aplica tamén cara o 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 pronuncian e trata de solventar as cuestións relativas ao ámbito de aplicación temporal da nova lei e á eficacia que haberá de dársele en relación coa disposición derogada. En

efecto, á vista de que as relacións xurídicas nadas baixo a normativa anterior non poden “desaparecer” –facer como que nunca houberan 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 rixa só os supostos que xurdan desde a súa entrada en vigor, aplicándose a anterior aos efectos xurdidos durante a súa vixencia temporal e que non se houbesen 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 teñan que adaptarse 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, de 4 de marzo e 126/1987, de 16 de xullo).

Pola súa parte, a irretroactividade –a incapacidade da nova normativa de rexer situacións xa reguladas pola anterior que haberán de seguir rexéndose 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 enxuciados coa lei nova senón por aquela baixo a que se xeraron.

Un exemplo dunha lei irretroactiva é a Lei 26/1991, de 21 de novembro, sobre contratos celebrados fóra de establecementos mercantís, cuxa

disposición transitoria establece que *“os contratos celebrados e as ofertas contractuais emitidas con anterioridade á entrada en vigor da presente Lei rexeranse pola lexislación anterior”*.

### **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 deroga, 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.

Un exemplo diso é a Lei 22/1984, de 29 de xuño, sobre modificación do tipo de interese legal do diñeiro, que establece nunha das súas disposicións transitorias: *“a presente lei será de aplicación ás obrigas nadas de feitos producidos ou relacións constituídas tras a súa entrada en vigor, e a todas aquelas nas que o dereito a exixir o interese, en defecto de convenio, naza ou se devengue con posterioridade á súa vixencia”*.

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 produciran con anterioridade pero non se consumaran; por 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.

Tal é o caso, por exemplo, da Lei 30/1981, cuxa disposición transitoria segunda establece que *“os feitos que houberen tido lugar ou as situacións creadas con anterioridade á entrada en vigor da presente lei producirán os efectos”* de ser causas de nulidade, separación ou divorcio.

Un exemplo xa clásico nesta materia é o do préstamo. Dúas persoas concertan un préstamo o 10 de maio de 2007 durante seis anos cun interese anual do 3%. Os primeiros anos devéngase ese interese que se aboa puntualmente. O 12 de maio de 2010 publícase unha lei que fixa como tope máximo de interese dos préstamos o 1% que entra en vigor o mesmo día da súa publicación. Se esta norma establece a retroactividade, ademais de aplicarse para todos os contratos que se concerten a partir do 12 de maio de 2010, poderá optar sobre o modo de aplicarse “cara atrás” sinalando o grao que estime conveniente:

- a) Se fixa o grao mínimo aplicarase o 1% unicamente aos intereses que se devenguen a partir da entrada en vigor da lei, por tanto, os dos anos catro, cinco e seis do contrato.
- b) Se fixa o grao medio: dito interese aplícase aos intereses que se devenguen a partir da entrada en vigor pero tamén ao interese devengado e que aínda non foi pagado –o do ano tres do contrato–.
- c) Se fixa o grao máximo: o interese do 1% aplicarase ás situacións mencionadas e tamén aos devengados e pagados durante os dous primeiros anos de contrato, de modo que o prestatario poderá reclamar ao prestamista a diferenza pagada entre o novo interese (1%) e o aboadado conforme á lexislación anterior (3%).

### **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, a excepción 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 efecuar esta opción, cuxa expresión adoita conterse no que denominamos como Dereito transitorio, o lexislador haberá de 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 é algo negativo en todo caso –p. ex., cando a nova norma elimine discriminacións ou rebaixe requisitos para obter determinados beneficios–.

Do precepto constitucional transcrito colíxese tamén que de establecerse 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, de 20 de xullo).

A expresión “*disposicións sancionadoras non favorables*” ha de conectarse, de entrada, co establecido polo artigo 25 da propia Constitución: “*ninguén pode ser condenado ou sancionado por accións ou omisións que no momento de producirse 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 banda, e de acordo coa interpretación efectuada polo Tribunal Constitucional, a expresión “*restritivas de dereitos individuais*” ha de entenderse referida aos dereitos fundamentais que se conteñen no Título

primeiro da Constitución (cfr. STC 27/1981, de 20 de xullo, e 42/1986 de 10 de abril).

Así as cousas, ha de sinalarse 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 a efectos do artigo 9.3 CE. (cfr. SSTC 126/1987, de 16 de xullo, e 227/1988, de 29 de novembro). Deste modo, 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 consumaran (cfr. STC 42/1986, de 10 de abril).

Polo que se refire ao Código civil, no artigo 2.3 establécese que “*as leis non terán efecto retroactivo, se non dispuxeren 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 maneira tácita –non se fai referencia expresa á retroactividade pero do sentido da propia lei ou do seu espírito e finalidade dedúcese a aplicación “cara atrás” e o grao de aplicación (cfr. STS 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 estan dotadas de eficacia retroactiva (cfr. Resolucións da DXRN. 25 de abril de 1988, 25 de novembro de 2003 e a STS 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 de 28 de novembro de 1995), cando haxa dúbidas sobre o 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 con base aos textos legais. Así, a sentenza de 19 de abril de 1988 entende que o artigo 2.3 Cc. non permite unha interpretación extensiva da retroactividade a supostos que non se atopen expresamente contidos no seu mandato. Ou a sentenza de 13 de xullo de 1984 entende que do citado precepto se colixe tamén que a interpretación das normas de dereito transitorio se ha de efectuar en sentido restritivo, sen estender os termos legais a situacións non contempladas.

#### **1.3.4 As disposicións transitorias do Código civil**

Ao igual que fan outras normas, o Código civil regulou na súas trece Disposicións Transitorias os problemas que se derivaron da súa aplicación con respecto á lexislación civil anterior. Habida conta da magnitude do cambio lexislativo (cfr. art. 1.976 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 modos, 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 derradeira 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 maneira reiterada o valor común do Dereito transitorio do Código civil, establecendo a súa aplicación analóxica (cfr. art. 4.3 Cc., SSTs de 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 de 16 de abril de 1991);

b) cando a norma en cuestión remita de maneira específica 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 surtirán 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, aínda cando se haxan de 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 contemplado 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 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 transcorre sen interrupción legal o prazo establecido para o exercicio de 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 carrega 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–; no outro, crea ou consolida dereitos. Así mesmo, o ámbito de ambos 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 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 ínsita a prescrición extintiva do dereito do primitivo titular, que deixa de selo polo seu abandono unido á adquisición do outro” (STS 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 han de considerarse prescribibles –de maneira especial os subxectivos de carácter patrimonial– (cfr. art. 1930.2 Cc.); o excepcional é, pois, a imprescribibilidade –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 aínda cando houbera exercicio do dereito polo titular pero por medios inadecuados: non toda falta de exercicio do dereito é, por 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 incertidume (cfr. STC 147/1986, de 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 colíxese 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 implica 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 de outros. Agora ben, cando prescribiran todos os poderes derivados do dereito subxectivo si se extinguirá o dereito –non cabe concebir 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 outro lado e no que respecta ao sentido *procesal* 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 se trata de accións que buscan a creación ou nacemento dun dereito ou posición xurídica–. Non prescribe, en cambio, a acción procesal considerada na súa dimensión abstracta, isto é, como dereito xenérico fronte ao Estado de promover a actividade xurisdiccional.

### **2.3 Alegabilidade e renuncia da prescripción**

Do exposto colíxese que, por medio da prescripción, a conduta de dar, facer ou non facer que o titular dun dereito podía exixir e impoñer a outro suxeito ou suxeitos faise inexigible. En consecuencia, constitúe un beneficio para o suxeito obrigado pois comproba que a conduta xa non poderá serlle reclamada podendo paralizar calquera intervención exixíndoa. De todos modos, para que este efecto se produza o ordenamento exige que o suxeito beneficiado pola prescripción a alegue fronte ao titular en caso de que este pretenda exercitar o dereito –a invocación por un dos suxeitos que conforme, no seu caso, o lado pasivo da relación xurídica que prescribiu aproveita ao resto; p. ex., comuneiros ou debedores solidarios–. A súa non alegación produce o efecto de que tal conduta seguirá sendo exigible, aínda cando o exercicio da pretensión sexa extemporáneo, e aínda a pesar da prescripción. Por tanto, é necesaria a alegación polo beneficiado da prescripción xa que esta nin opera de maneira automática nin é apreciada de oficio polos tribunais (cfr. SSTs 12 de maio de 2003 ou 9 de xullo de 2001, entre moitas outras). Así pois, cabe dicir que a prescripción é un medio de defensa que ten o demandado fronte a unha acción dirixida polo titular do dereito fronte a el, que lle permite enervalá ou detela.

Sendo correcto o anterior, pode precisarse aínda máis sinalando que a prescripción, máis que unha excepción procesal, 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 ao beneficiado para que renuncie a ela unha vez vencera 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 supoñer o abandono do Dereito adquirido”* (art. 1935.2 Cc.).

## **2.4 Interrupción do prazo da prescrición**

Para que poida ser alegada a prescrición cómpre 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: coménzase a computar de novo o prazo prescricional (cfr. SSTs 6 de marzo de 2003 ou 2 de novembro de 2005).

A xurisprudencia interpreta de maneira ampla 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 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 LEC.);
- c) a existencia dun procedemento penal relativo a un feito que simultaneamente xera responsabilidade civil (cfr. arts. 111 e 114 LECrim.);
- d) a presentación de demanda de xustiza gratuita (STS 7 de febreiro de 1991);
- e) outros actos procesais que manifesten a reclamación dun Dereito, tales como a solicitude de embargo preventivo, a oposición en xuízo executivo a 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 24 de decembro de 1994). Pode incluírse dentro deste modo de interrupción:

- a) a reclamación epistolar ou telegráfica (cfr. SSTS 26 de marzo de 2004 e 22 de setembro de 1984);
- b) calquera requerimento notarial;
- c) a contestación a un requerimento.

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 4 de outubro de 1985).

En terceiro lugar, cabe incluír dentro do “*recoñecemento da débeda polo debedor*” calquera conduta que de maneira directa ou indirecta mostre a súa conformidade coa existencia da prestación, xa sexan conversas sobre a vontade conservativa dun Dereito (STS 10 de febreiro de 1986), a constancia da débeda na contabilidade da empresa (STS 26 de xuño de 2001), pago de intereses, entrega de cantidades a 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 Principais prazos da 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 todas maneiras cabe entresacar do Código civil algúns prazos xerais de prescrición:

- a) para as accións persoais que non teñan establecido un prazo diverso será de 15 anos (art. 1.964 Cc.);
- b) para as accións para exixir a responsabilidade civil extracontractual o prazo será de 1 ano (art. 1.968.2 Cc.);
- c) para as accións que reclaman o cumprimento das obrigas de pago de salarios e honorarios por servizos profesionais o prazo será de 3 anos (art. 1.967 Cc.);
- d) para as accións que soliciten o cumprimento da obriga de pago de pensións alimenticias, o prezo dos arrendamentos ou calquera outro tipo de

pago que deba facerse por anos ou períodos máis breves o prazo será de 5 anos (art. 1.966 Cc.);

e) para as accións reais sobre bens inmobles o prazo será de 30 anos (art. 1.963 Cc.) salvo a acción hipotecaria que prescribe aos 20 anos (art. 1.964 Cc.);

f) para as accións reais sobre bens mobles o prazo será de 6 anos (art. 1.962 Cc.).

No tocante ao cómputo de tales prazos, o artigo 1.969 Cc. dispón que “*o tempo para a prescripción de toda clase de accións, cando non haxa disposición especial que outra cousa determine, contarase desde o día en que puideron exercitarse*”. De todos modos, o Código civil en varios preceptos establece algunhas excepcións a tal regra:

a) o prazo comeza “*desde que o soubo o agraviado*” respecto das accións de responsabilidade civil extracontractual (art. 1.968.2 Cc.);

b) para as accións por servizos profesionais o prazo cóntase “*desde que deixaron de prestarse os respectivos servizos*” (art. 1.967 Cc.);

c) o prazo das obrigas de pago de rendas ou intereses comenza desde “*o último pago da renda ou do interese*” (art. 1.970 Cc.);

d) nas obrigas determinadas por sentenza xudicial o prazo cóntase desde o momento en que a sentenza é firme (art. 1.971 Cc.);

e) o prazo para as obrigas de rendición de contas comeza a correr desde que “*cesaron nos seus cargos os que debían rendilas*” (art. 1.972 Cc.).

Como excepción á regra xeral relativa ao cómputo dos prazos que despois se sinalará (art. 5 Cc.), “*o día en que comeza a contarse o tempo tense por enteiro; pero o último debe cumprirse na súa totalidade*” (art. 1.960.3 Cc.).

## **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: orixinariase un alongamento indefinido das situacións, e os conflitos xurídicos –os preitos– nunca rematarían.

En termos xerais, e aínda cando en moitos casos a lexislación non determina se dun prazo de prescrición ou de caducidade se trata, cabe sinalar que esta figura ha de entenderse referida ás accións en sentido *procesal* –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–. Entre outros supostos, son de caducidade os prazos relativos:

- a) ás accións de filiación (cfr. STS 10 de febreiro de 1997);
- b) ás accións polas que se solicita a rescisión dun negocio xurídico ou contrato (cfr. STS 27 de maio de 2002);
- c) ás accións de retracto legal (cfr. STS 30 de setembro de 1992);

d) ás accións de impugnación de acordos das sociedades anónimas ou de Xuntas de propietarios de casas por pisos (cfr. STS 22 de maio de 1990 e 26 de xuño de 1993);

e) ás accións de impugnación ou reclamación dun estado civil.

Non hai, en cambio, unanimidade xurisprudencial na determinación de se o prazo relativo ás accións de saneamento por vicios ocultos e a de anulabilidade recollida polo artigo 1.301 Cc. é de prescripción ou de caducidade (cfr. SSTs 23 de maio de 1991 e 18 de outubro de 2005).

Finalmente, as principais diferenzas existentes entre o fenómeno da prescripción e o da caducidade pódense sintetizar como segue:

a) os prazos de caducidade non permiten interrupción nin suspensión ningunha, a diferenza do que ocorre nos supostos de prescripción;

b) en termos xerais, cabe dicir que son máis breves os prazos de caducidade que os de prescripción;

c) cabe declaración xudicial de oficio da caducidade sen necesidade de que fora alegada polo beneficiado, non así respecto da prescripción;

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 contempla outra actuación distinta do exercicio xudicial (cfr. STS 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, a contar dun determinado, quedará este excluído do cómputo, o cal deberá comezar o día seguinte; e se os prazos estiveren fixados por meses ou anos, computaranse de data a data. Cando no mes de vencemento non houbera un día equivalente ao inicial do cómputo, entenderase que o prazo expira o último do mes”.*

Do transcrito decúcese que:

- a) o contido do artigo 5 Cc. é unha regra xeral de carácter supletorio. É dicir, aplícase cando non se establecer cousa distinta –“*sempre que non se estableza outra cousa*”–, xa sexa polo lexislador, xa polos particulares –p. ex., nun contrato–. No ámbito civil, esta regra xeral foi contradita polo lexislador en varias ocasións; p. ex., o artigo 315 Cc. establece unha regra distinta da do artigo 5 Cc. respecto do cómputo para a maioría de idade pois inclúe o día do nacemento;
- b) emprégase 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 procesal (cfr. art. 133 LEC.) ou administrativo (cfr. art. 48 LRXAE e PAC)– “estableceus 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 deroga a exclusión do cómputo do día inicial de tal modo que se garante a correspondencia exacta entre datas –se se pactou o prazo de un 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**

Ao 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 ha de aplicarse.

En efecto se un cidadán francés compra unha casa de campo situada en Italia a un cidadán suízo que vive en Barcelona, haberá de determinarse que ordenamento xurídico disciplina tal venda: o francés, o italiano, o suízo ou o español.

No ordenamento xurídico español, a Constitución atribúe 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– reixerá a “*capacidade e estado civil, os Dereitos e deberes de familia e sucesión por causa de morte*” (art. 9.1 Cc.);
- b) aplicárase a lei territorial –a lei do lugar onde se atopen– 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 someteran 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 constitúeno as donacións, pois, estas *“rexeranse, en todo caso, pola lei nacional do donante”* (art. 10.7 Cc.);

e) e, finalmente, aplicarase a lei do lugar onde acontecera 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 dea solución ao problema que en cada caso se formule: unicamente sinalan cal é o ordenamento xurídico onde haberá de buscarse tal solución; son, por tanto, “normas de conflito”. Sendo iso así, cómpre 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 con arranxo á 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 á 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 de dito Estado

coexistan varias lexislacións a determinación de cal sexa a aplicable farase conforme á *“lexislación de dito Estado”*;

c) a que non se aplicará en España en caso ningún 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 tentou eludir.

## **4.2 O Dereito interrexional**

Ao igual que se ha de precisar o ordenamento xurídico aplicable ás relacións xurídicas que teñan lugar entre cidadáns de diversos Estados, cómpre determinar o Dereito que haberá de 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 haberá de aplicarse a tales relacións son as chamadas *“Normas de Dereito Interrexional”*. A diferenza esencial co suposto anterior no 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 existir 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 resolveranse”* segundo as normas do Dereito internacional privado. Tal aplicación goza, sen embargo, 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 isto como for, en calquera caso a interpretación e aplicación das normas de Dereito interrexional ha de estar presidida polo principio de igualdade de todos os ordenamentos xurídico-civís coexistentes en España que se deriva da propia Constitución (cfr. STC 226/1993, de 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 RIVACOBIA, 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

**05. A PERSOA COMO SUXEITO  
DO DEREITO. A  
PERSONALIDADE XURÍDICA. AS  
PERSOAS FÍSICAS:  
ADQUISICIÓN E PERDA DA  
PERSONALIDADE.  
CAPACIDADE DE OBRAR. AS  
PERSOAS XURÍDICAS**

## **TEMA 5**

### **A PERSOA COMO SUXEITO DO DEREITO. A PERSONALIDADE XURÍDICA. AS 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 colmar 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. Por 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 recoñeceuse 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 se derivan da súa condición de ser humano. Trátase, por 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. Iso non empece para que en determinadas épocas e de maneira inxusta, a algunhas persoas –por exemplo, os escravos– non se lles recoñecese a calidade de ser suxeitos de

dereitos; isto é, negábaselles tal condición en base a circunstancias arbitrarias. E é que toda persoa polo mero feito de ser ten a calidade de ser suxeito de dereitos.

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, por tanto, o centro deste sector do ordenamento xurídico á vez que se erixe en suxeito das relacións xurídicas. De todos modos, dentro do que se coñece como Dereito civil existe unha parte dirixida de maneira 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 maneira xeral, e aínda 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 lle 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”. Por tanto, trátase dunha calidade que o Dereito non outorga; unicamente recoñece, ou, todo o máis, regula as condicións do seu exercicio. En tal sentido, o Dereito ha de recoñecer capacidade xurídica a todo ser da especie humana; a personalidade xurídica do ser humano é, por tanto, 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 ao igual que o ordenamento xurídico non atribúe a capacidade xurídica –só a recoñece– tampouco pode privar a alguén dela.

Así mesmo, ao constituir unha calidade que se deriva do feito mesmo de ser humano –a capacidade xurídica acompaña a 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 parte, 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, por tanto, de termos idénticos. Por iso, o máis adecuado é concebir 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, por tanto, a toda persoa, polo mero feito de selo, se lle ha de recoñecer.

A formulación sinalada ten respaldo normativo na Declaración Universal dos Dereitos Humanos (ONU, 1948) cuxo artigo primeiro dispón que “*todos os seres humanos nacen libres e iguais en dignidade e dereitos*”. Pola súa parte, o artigo sexto establece que “*todo ser humano ten dereito, en todas partes, ao recoñecemento da súa personalidade xurídica*”. No noso ordenamento, é usual entroncar a capacidade xurídica coa dignidade da persoa contida no artigo 10.1 da Constitución Española, fundamento da orde política e da paz social.

Sendo isto así, cómpre 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 conleva 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**

Mentres que na linguaxe común cabe identificar *persoa* con ser humano, no ámbito xurídico tal identificación non ten carácter absoluto. E é que para o Dereito ademais dos seres humanos hai outros entes, agrupacións ou colectivos aos que se lles concede personalidade: xunto aos seres humanos existen outros suxeitos de dereitos; isto é, outros centros de imputación de dereitos e obrigas.

O anterior remite á clásica distinción entre *persoas físicas* –seres humanos– e *persoas xurídicas* –entes aos que se dota de personalidade–. Así, xunto ás persoas físicas, o ordenamento permite a outros entes que actúen na vida social e xurídica co mesmo protagonismo que teñen os seres humanos e atribúeselles personalidade. Para o Dereito tamén son persoas.

A admisión das persoas xurídicas supón unha evolución do concepto ordinario ao concepto xurídico de persoa. Para o Dereito, persoa non son os seres humanos senón os *suxeitos de dereitos* que poden ser tanto os seres humanos –persoas físicas– como eses entes que, sen ter natureza humana, son *personificados* polo dereito –persoas xurídicas–. A atribución de personalidade a estas entidades responde a unha concepción abstracta do Dereito, concibido como entramado 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. En consecuencia, mentres que nun caso a personalidade deriva da dignidade do ser humano, no outro unicamente deriva dun recoñecemento, sendo variables, por tanto, os criterios para efectuar tal personificación e habendo tamén certa liberdade en recoñecelas ou non. Xunto co anterior, e a consecuencia das diferenzas existentes entre as persoas físicas e as xurídicas resulta perturbador aplicar a estas sen as necesarias adaptacións ou modulacións toda a normativa existente respecto daquelas –por exemplo, os dereitos da personalidade–.

## **3.2 Adquisición da personalidade das persoas físicas**

### **3.2.1 O nacemento**

Polo que atinxe á persoa física, o artigo 29 do Código Civil dispón que “*o nacemento determina a personalidade*”. O nacemento, pois, é o feito a partir do cal se recoñece a persoalidade ao suxeito e, polo tanto, adquire capacidade xurídica: o Dereito vincula ao nacemento a consideración dun ser humano como persoa.

Tras a recente reforma emprendida pola Lei 20/2011, do 21 de xullo, do Rexistro Civil (BOE., n.º 175, do 22 de xullo de 2011), o artigo 30 do Código Civil especifica cando se adquire a personalidade, establecendo que “*no momento do nacemento con vida, xa producido o enteiro desprendemento do ventre materno*”. Á marxe de que tecnicamente, a parte inicial do



precepto constituía unha reiteración do disposto no artigo 29 Cc., do texto da norma pódense deducir dúas cousas. En primeiro lugar: o Código Civil determina o que é nacer dun punto de vista fisiolóxico, e configúrao esixindo a ruptura do cordón umbilical e mais a saída do claustro materno *xa producido o enteiro desprendemento do ventre materno*–. E segundo: non se inclúe unicamente unha referencia ao nacemento, senón que se esixe o cumprimento doutro requisito como é que haxa verdadeira vida *–“nacemento con vida”–*.

Con esta reforma, a normativa española adáptase ao criterio recollido na Convención sobre os Dereitos do Neno, do 20 de novembro de 1989, no que se recoñecen dereitos ao nacido –por exemplo, o dereito a un nome (cfr. art. 7.1 do Convenio)– ou se permite a súa inscribibilidade inmediata desde o momento do nacemento, sen se exisiren requirimentos adicionais, como puidera ser o transcurso dun determinado prazo –así as cousas, non debe esquecerse que, mesmo antes da reforma, algúns autores entendían que os requisitos do artigo 30 Cc. estaban revogados pola referida convención–. O que deba ser entendido por vida *–“nacemento con vida”–* é unha cuestión a ser interpretada en clave médico-biolóxica. En calquera caso, segundo o texto actual recoñeceráselle a un suxeito como persoa se, unha vez separada do claustro materno, ten vida. Iso, independentemente de se morre momentos despois ou de que a súa morte sexa previsible ou imprevista. Deste xeito, podemos dicir, o criterio establecido legalmente aproxímase á situación real, non sendo necesario cumprir, como ata o de agora, outros requisitos de viabilidade como vivir totalmente desprendido do seo materno vinte e catro horas ou ter figura humana para se recoñecer personalidade a un ser humano.

É certo que a derogada esixencia das vinte e catro horas, cuxa historia se pode situar no dereito xermánico, era un criterio de sinxela comprobación pois se cumpría de maneira automática tras a pasaxe do tempo sinalado. Con todo, este requisito de viabilidade legal xeraba algunhas distorsións:

por unha banda, entendíase cumprido nos casos en que o nacido fose mantido artificialmente con vida durante esas horas e houbera certeza de que pasaría máis tarde; e, por outro, non se consideraba cumprida esta esixencia cando o nacido en perfecto estado falecese debido a causas externas antes do devandito prazo, por exemplo, por accidente ou crime. En suma, tratábase dun criterio que non cubría totalmente a finalidade pretendida: xustificar a capacidade de supervivencia do nacido.

Do mesmo xeito, a reforma feita en xullo de 2011, tamén eliminou a segunda esixencia do artigo 30 CC.: a *figura humana*. Esixencia que grande parte da doutrina interpretaba na clave médico-biolóxica a efectos de mitigar os problemas derivados da esixencia xa mencionada das vinte e catro horas. Así entendida, a *figura humana* excluía os seres humanos con tales deficiencias que lle imposibilitasen vivir de forma autónoma sen asistencia médica extraordinaria. Con todo, este requisito tampouco resolve todos os problemas existentes –por exemplo, cando o nacido falecía por causas externas–, á vez que supoñía reconverter a esixencia da figura humana nun criterio de *viabilidade natural* –expresamente excluído polo lexislador ao incluír o de *viabilidade legal* do prazo de vinte e catro horas–. Por iso, un grupo de autores estivo a defender que a esixencia da *figura humana* había de entenderse como “pertencente á especie humana”, ao ser máis acorde coa dignidade da persoa, de modo que todo ser humano nacido vivo –á marxe da aparencia ou defectos internos–, cumpriría ese requisito. Esta interpretación supón restar substantividade á esixencia da *figura humana* –sobre a base de que constituía “pouco máis que un residuo histórico”–, á vez que supoñía realizar unha actualización desta obriga á realidade social.

Pois ben, como se advirte, a normativa actual introducida pola Lei do Rexistro Civil, do 22 de xullo de 2011, incorpora ao texto legal esta corrente doutrinal, de xeito que todo ser humano que naza vivo e o estea despois do desprendemento total do claustro materno será recoñecido

como persoa a efectos xurídicos. Iso, á marxe de que se lle manteña artificialmente con vida durante un tempo para ter tales deficiencias que levarán á súa morte, ou de que morra por causas externas. Así as cousas, cumpridos os requisitos establecidos polo artigo 30 Cc., a personalidade se adquire a partir do momento mesmo do nacemento, non sendo necesario, como ata agora sucedía, o paso dun prazo para o recoñecemento da personalidade –o transcurso só constituía unha *condicio iuris*, de maneira que se tería personalidade desde o nacemento, aínda que houbera de agardar vinte e catro horas para o seu recoñecemento retroactivo–.

Finalmente, débese notar que coa actual redacción do artigo 30 CC. tamén se eliminou a especificación de que as esixencias eran para o recoñecemento do nacemento “a efectos civís”. De acordo coa nova redacción, considérase persoa ao nacido para todos os efectos desde o momento en que nace, sexan eles civís ou non, e teñan ou non contido patrimonial. Así, recoñéceselle ao nacido como titular dos dereitos fundamentais e acredor da protección penal desde o momento do nacemento, así como suxeito de relacións xurídico-privadas –a filiación, o parentesco–, ou de dereitos subxetivos privados de contido patrimonial, sen ser necesario –como antes– que estivesen directamente relacionados coa protección da súa persoa –dereito de alimentos–.

### **3.2.2 Protección do concibido, pero aínda non nacido**

O Código civil tamén concede protección ao concibido pero aínda non nacido; isto é, ao nasciturus –o que nacerá–. Así, o artigo 29 Cc. sinala que “o concibido tense 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. colíxese 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 – tenlle por nacido para todos os efectos favorables–: resérvalle certos beneficios ou efectos favorables para cando naza –non llos atribúe de presente–.

A orixe deste precepto cabe situalo no Dereito Romano. Entón entendíase inxusto que o fillo póstumo non puidese herdar ao seu pai ao non estar vivo no momento do falecemento daquel. Para remediar tal inxustiza entendíase que o fillo concibido podía herdar ao considerárselle como se xa houbera nacido no momento do falecemento.

A indicada protección foise estendendo e actualmente o Código civil ten por nacido ao 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 12 de xullo de 1993).

Polo que se refire aos efectos patrimoniais, cabe incluír:

- a) os dereitos sucesorios: non se lle atribúen de presente os dereitos sucesorios ao concibido senón que se paraliza a sucesión da que pode ser beneficiario ata que se determinen de maneira definitiva quen son os herdeiros;
- b) as doazóns efectuadas a favor do concibido: ante a imposibilidade de que este lles acepte, aceptaranas por el *“as persoas que lexitimamente os representarían, se se verificara xa o seu nacemento”* (art. 627 Cc.);
- c) o dereito a ser indemnizado polos danos orixinados durante o período de xestación nos bens que lle correspondan, na súa situación familiar ou na

súa persoa (cfr. arts. 1902, 1905, 1907 e 1908 Cc.; no Código Penal recóllese un específico delito de lesións ao feto, cfr. arts. 157 e 158 CP. e tamén o art. 116 CP.);

d) os seguros: os concibidos poden ser beneficiarios dun seguro.

E no atente aos efectos persoais cabe referirse ao recoñecemento da súa filiación, a adquisición da nacionalidade (cfr. Res. da DXRN 31 de marzo de 1992), aos seus dereitos da personalidade –tanto no sentido de que o ordenamento xurídico reaccione paralizando as agresións a eles como no de xerar un dereito a ser indemnizado a causa de tales ataques– ou, en fin, á habilidade para ser parte procesal (cfr. 6.1.2ª LEC.)

Por outra parte, o Código civil só lle atribúe os efectos que caiba cualificar como *directamente favorables* para o concibido –non para un terceiro nin favorables de maneira indirecta–, habéndose de facer unha valoración xeral sobre carácter favorable ou desfavorable de tales efectos. Así, unha vez declarado 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 admitidos como favorables as herdanzas ou as doazóns; non así os contratos que, en principio, han de estimarse desfavorables.

Segundo se deduce do exposto, os efectos favorables senalados “paralízanse” durante a xestación ata o momento en que o concibido naza cos requisitos do artigo 30 Cc. ou haxa certidume de que non nacerá. Durante ese tempo o ordenamento xurídico toma as medidas oportunas para garantir a pervivencia de tales efectos. E unha vez nacera cos requisitos da figura humana e a viabilidade legal, prodúcese unha *ficción de personalidade*: atribúese personalidade ao nacido desde o momento en que se producen os efectos de que en cada caso se trate ao obxecto de

permitir a 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 en dito 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* –sustituicións fideicomisarias (art. 781 Cc.) ou institución de herdeiro condicional (STS 4 de febreiro de 1970)–.

### **3.2.4 Os partos múltiples**

De acordo co artigo 31 do Código civil, “*a prioridade do nacemento, no caso de partos dobres, dá ao primeiro nacido os dereitos que a Lei recoñeza ao primoxénito*”. Este precepto –aplicable tamén aos supostos de partos múltiples– establece en tal caso quen ha de considerarse maior: o que naza antes. Para a súa determinación cómpre sinalar a hora exacta de nacemento de cada un e, de non coñecerse, “*constará a prioridade entre eles ou que non puido determinarse*” (art. 170 RRc.).

De todos modos, débese apuntar que son poucos os supostos no noso ordenamento onde a *primoxenitura* ten transcendencia xurídica como causa de atribución de dereitos: na sucesión á Coroa (cfr. art. 57.1 CE.) ou de títulos nobiliarios (cfr. art. 5 do Decreto de 4 de xuño de 1948), a efectos da representación do ausente (cfr. art. 184.2 Cc.), e en todos os supostos en que froito da autonomía da vontade se aga referencia “ao maior dos irmáns”.

### **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 extínguese pola morte das persoas*”. Que sexa a morte ou cando cabe declarala é unha cuestión que haberá de dilucidar a medicina. En efecto, o concepto “morte” a que se refire o Código civil é un concepto que ha de entenderse 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 isto 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 novas 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 novas durante un tempo prudencial (cfr. arts. 183 e 193 Cc.), ou cando tal persoa participara en campañas bélicas, padecera 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 paradoiro ou da existencia de tal persoa non pode manterse de maneira indefinida 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”*. Ademais de constar tales extremos cómpre unha certificación médica do facultativo onde se apunten os *“sinais inequívocos de morte”* (art. 85 LRc. e 274 RRc.), indicando ademais a causa do falecemento –causa que non se inscribe no Rexistro civil–. A inscrición realízase a instancia das persoas que a lei especifica (cfr. art. 82 LRc.) e ha de formularse de maneira inmediata ai falecemento (cfr. art. 273 RRc.). De maneira excepcional é posible inscribir o falecemento cando o cadáver desapareceu ou foi enterrado antes da inscrición (cfr. art. 86 LRc.)

### **3.3.2 Efectos xurídicos do falecemento**

Segundo sinala DELGADO ECHEVERRÍA, co falecemento dunha persoa física *“desaparece a persoa en canto tal, cos seus atributos e calidades, cesando de ser centro de poder e de responsabilidade”*. Sendo iso así, de maneira máis específica cabe salientar tres efectos que se derivan da morte:

1. Desaparece a personalidade do suxeito de modo que as relacións xurídicas a el anoadas ou ben se extinguen –as que teñan carácter personalísmo: p. ex, o arrendamento de obra realizado en atención á persoa (art. 1.595 Cc.) ou o contrato de mandato (art. 1.732.3 Cc.)– ou ben ábrese a sucesión sobre as que non se extingan –as que teñan carácter



transmisible: p. ex., os dereitos patrimoniais-. A regra xeral adoita ser a transmisibilidade das relacións.

2. O corpo da persoa convírtese en cadáver: deixa de ser persoa e convírtese en obxecto; iso si, cunha regulación peculiar de carácter protector por respecto á *pietas* familiar e tamén polo feito de que no cadáver respéctase a dignidade da persoa falecida. En tal sentido:

a) o cadáver é extrapatrimonial e está fóra das cousas do comercio (art. 1.252 Cc.) de modo que non cabe dispoñer del nin das súas partes nin incluílo como obxecto en negocios xurídicos;

b) a determinación do momento en que acaece a morte constitúe unha cuestión de suma importancia a efectos de transplantes de órganos. E é que non é posible proceder á extracción de órganos, pezas anatómicas ou tecidos ata que se comprobara o falecemento (cfr. art. 5.1 Lei 30/1979, de 27 de outubro, sobre Extracción e Transplante de Órganos; art. 10 RD. 2070/1999, de 30 de decembro, sobre actividades de obtención e utilización clínica de órganos humanos; e arts. 8.1 e 4 RD. 1301/2006, de 10 de novembro, sobre actividades relativas á utilización de células e tecidos humanos).

3. Respéctase a personalidade pretérita do falecido. En efecto, a pesar de terse extinguido a persoa, a súa personalidade proxéctase con efectos xurídicos máis alá da súa existencia. En concreto,

a) hase de dar cumprimento á vontade que establecera sobre o destino dos seus bens e do seu corpo máis alá da súa morte -respectando sempre os límites establecidos pola lei-;

b) protéxense algúns dereitos da personalidade tras a morte: os máis relacionados coa estimación persoal e social do falecido. E é que en

determinados casos o interese que deu lugar ao dereito subxectivo subsiste tras a morte daquel, pasando, por tal motivo, ao sucesor a fin de “protexer a personalidade pretérita do mesmo”. En concreto,

- cabe exercitar accións de protección do honor, intimidade ou imaxe do falecido (cfr. arts. 4 e 5 LO 1/1982, de 5 de maio, de protección civil do dereito ao honor, á intimidade persoal e familiar),
- pode exercitarse o dereito de rectificación polos herdeiros do falecido sobre informacións erróneas sobre aquel (cfr. art. 1 LO 2/1984, de 26 de marzo, do dereito de rectificación),
- protéxese o dereito moral de autor do falecido –p. ex., recoñecemento da súa autoría e respecto á integridade da obra– (cfr. arts. 15 e 16 RD. do Texto Refundido aprobado por RD. Legislativo 1/1996, de 12 de abril), ou, en fin,
- cabe exercitar as accións de filiación (cfr. arts. 132, 133, 136, e 141 Cc.).

### **3.3.3 Conmorencia e premorencia**

O artigo 33 do Código civil sinala que *“se se dubida, entre dúas ou máis persoas chamadas a sucederse, quen delas morrera 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 maneira simultánea e non se pode determinar a orde do falecemento e, en consecuencia, a orde de sucesión entre eles. A regulación do precepto transcrito rompe con criterios tradicionais –existentes xa no Dereito romano– constituídos por

presuncións baseadas na maior ou menor fortaleza dos conmorentes –se falecían marido e muller presumíase que esta falecía antes; se falecían fillo púber 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 cronolóxico 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 a iso, e a pesar da dicción literal, enténdese aplicable o precepto aínda 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 aínda cando non sexan herdeiros en sentido estrito un de outro –abonda con que un poida recibir dereitos do outro; p. ex., un legado–.

## **4. CAPACIDADE DE OBRAR**

### **4.1 Definición e características**

Se anteriormente apuntamos que 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, no seu caso, como xuridicamente válidos”. Viría ser, por dicilo dalgunha maneira, a *dimensión dinámica* da capacidade xurídica.

No exercicio dinámico da aptitude abstracta para ser titular de dereitos si 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. Antes pola contra, 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 maneira indirecta 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 maneira 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 pois se a atribución da capacidade de obrar dependese de maneira directa da *capacidade natural* de entender e querer o acto –o que conlevaría 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 quéreno–. Por tal motivo, o lexislador vinculou a capacidade xeral de obrar con dous estándares de carácter obxectivo e facilmente comprobables que permiten presumir a existencia de tal *capacidade natural*: a idade e a ausencia de incapacitación. Isto é, aínda 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 maneira 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–: fíxose a plena capacidade de obrar nos 18 anos pois tal maioría de

idade permite presumir que se chegará entón a un desenvolvemento físico e psíquico que permita os mínimos necesarios para entender que existe *capacidade natural*. Algo parecido ocorre respecto da ausencia de incapacitación: salvo que un zuíz estableza o contrario ha de presumirse a capacidade da persoa. Así pois, cando se reúnan ambos requisitos terase a aptitude para actuar validamente na vida xurídica.

De todos modos cómpre facer unha recensión de dúas cuestións. Primeira: nas últimas reformas lexislativas debilitouse a correspondencia sinalada entre capacidade xeral de obrar e a idade ou a ausencia de incapacitación. E consecuentemente –segunda cuestión–: a capacidade de obrar vincúlase tamén á existencia de capacidade natural *in actu*.

Polo que se refire á primeira cuestión advírtese que tras as últimas reformas lexislativas e respecto da idade, cada vez son máis os supostos nos que se ha de atender directa e especificamente á *capacidade natural* de entender e querer que posúen os menores para permitirlles ou non realizar determinados actos: a modo de exemplo, “*se os fillos tiveren suficiente xuízo deberán ser oídos sempre antes de adoptar decisións que lles afecten*” (cfr. arts. 154.3 e 162.2.1 Cc.; ou arts. 7, 8 e 9 LOPXM.). Isto é, xunto co criterio xeral de presumir tal capacidade a partir da maioría de idade, recoñécese tamén capacidade para realizar determinados actos –non de maneira xeral– aos que, non alcanzando tal idade, teñen xuízo suficiente para o acto de que se trate. E, doutro lado, no atente á incapacitación, o debilitamento da vinculación entre a súa ausencia e a capacidade de obrar, débese a que cada vez son máis frecuentes as sentenzas que unicamente declaran incapaz ao suxeito respecto dunha serie de actos e non de maneira xeral (cfr. arts. 222 e 287 Cc. e art. 760.1 LEC.). É dicir, téntase precisar ao máximo que actos pode ou non realizar o suxeito en función das súas circunstancias persoais. Téntase axustar a declaración de incapacitación unicamente a aqueles actos para os que o suxeito carece realmente de capacidade.

Sinalado que, de maneira xeral, no noso ordenamento xurídico tense capacidade de obrar plena en función da idade –a partir da maioría de idade– e da ausencia de incapacitación, en segundo lugar, cómpre referirse á capacidade de querer e coñecer o acto en concreto polas consecuencias que pode ter respecto da súa validez e eficacia. É dicir, é posible que a disposición física ou psíquica concreta para un determinado acto o faga nulo ou anulable por falta de coñecemento ou vontade suficiente. Aínda partindo da base de ser unha persoa con plena capacidade de obrar en abstracto é preciso que teña capacidade natural no acto concreto de que se trate pois, do contrario, non será válido. A modo de exemplo, un maior de idade –con, en principio, plena capacidade de obrar– pode non realizar unha compravenda válida –nula ou anulable– se a súa disposición física ou psíquica ao realizar tal acto en concreto –xa sexa de maneira esporádica ou temporal– impiden que teña suficiente coñecemento do acto ou vontade de realizalo. Iso pode deberse, por exemplo, por estar baixo a influencia do alcol ou as drogas. En principio ten capacidade de obrar xeral pero o seu estado nese acto en concreto impídelle exercitalo validamente.

A modo de resumo destas cuestións cabe apuntar con DELGADO ECHEVARRÍA que “a capacidade de obrar real constitúe a suma da capacidade de obrar abstracta e a disposición psíquica concreta”. É por iso que un acto pode non ser válido ben porque sendo o suxeito plenamente capaz de obrar non tivese capacidade de entender e querer nese momento en cuestión –p. ex., por estar borracho– ou ben porque o suxeito non ten capacidade de obrar plena –p. ex., un menor de idade– (cfr. SSTs 17 de marzo de 1961 ou 27 de marzo de 1963, entre moitas outras).

#### **4.3 Mecanismos para remediar a falta de capacidade**

Cando unha persoa non pode coidar por si mesma da súa persoa ou bens por carecer de capacidade de obrar o ordenamento xurídico pon á súa

disposición diversos mecanismos para suplir tales carencias de maneira que poidan realizar actos xurídicos válidos, xa sexan de contido económico, xa de contido máis persoal. E é que de non contar con este complemento de capacidade tales persoas carecerían da capacidade necesaria para realizar os indicados actos; imposibilitaríase o normal funcionamento de tales persoas no mundo xurídico.

Entre estes mecanismos hai uns que se dirixen á substitución do suxeito para a realización de tales actos –o incapaz non pode actuar por si mesmo; outro faino por el e no seu beneficio– mentres que outros unicamente complementan a carencia de capacidade –o incapaz actúa por si mesmo pero non por si só–. En cambio, cando de persoa con plena capacidade se trata, actúa por si mesmo e por si só.

#### **4.4 Diversas situacións respecto da capacidade**

##### **4.4.1 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–.

Sendo isto así, non ha de esquecerse que no ordenamento xurídico existe unha presunción a favor da capacidade de modo que se lle recoñece a toda persoa salvo que se demostre o contrario (SSTS 19 de maio de 1988, 28 de xuño de 1990, 31 de outubro de 1994 e 19 de febreiro de 1996). En igual sentido constitúe tamén unha liña xurisprudencial nítida a de que as restricións á capacidade de obrar han de interpretarse de modo restritivo.

O anterior non empece recoñecer que existen prohibicións legais que limitan a capacidade de obrar para determinados actos coa intención de salvagardar os intereses de terceiros.

#### **4.4.2 A plena capacidade**

No ordenamento xurídico español adquirese a plena capacidade unha vez 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. A efectos do cómputo dos *“anos da maioría de idade incluírase completo o día do nacemento”* (art. 315 Cc.). Tal maioría de idade prodúcese de maneira automática 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, salvo 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 –a pesar da 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.

#### **4.4.3 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 realizan 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 o 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 derivarse–.

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. Isto non obstante 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 ha de reterse é que ante todo a finalidade desta institución estriba en protexer a estas persoas para evitar que se vexan prexudicadas por actuacións desconsideradas ou prexudiciais a consecuencia de malas influencias ou erróneas percepcións.

Sendo isto así e como sinala o artigo 199 Cc. “ninguén pode ser declarado incapaz senón por sentenza xudicial en virtude das causas establecidas na

*Lei*". Para poder declarar a incapacitación dunha persoa cómpre que concorran tres requisitos: que se trate de "*enfermidades ou deficiencias (..) de carácter físico ou psíquico*", que sexan persistentes e que impidan ao suxeito "*gobernarse por si mesmo*". Dito o anterior, cómpre salientar 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 a unha persoa está regulado nos artigos 756 a 763 da LEC. e trátase dun proceso coas máximas garantías. A razón disto hai que buscala na transcendencia da declaración de incapacitación -a sentenza que incapacita elimina a presunción de que o maior de idade é plenamente capaz e modifica o seu estado civil- e en que no procedemento se ventilan materias que afectan ao máis específico das persoas: a súa capacidade de obrar. O procedemento substánciase polos trámites dun xuízo verbal aínda que con certas peculiaridades respecto da demanda, contestación, competencia, lexitimación, proba e sentenza. No que agora interesa cómpre indicar tres cuestións.

Primeira: o xuíz exige a demostración da incapacidade da persoa de gobernarse por si mesma (cfr. arts. 752 e 759 LEC.), non sendo suficiente basearse en presuncións ou intuicións. Por isto, ao longo do procedemento exíxense unhas probas periciais e audiencias preceptivas -audiencias de parentes e informes médicos- que acrediten de maneira fidedigna a capacidade que ten a persoa en cuestión (cfr. art. 759 LEC.).

Segunda: o xuíz, na sentenza, determinará a extensión e límites da incapacitación (art. 760 LEC.); isto é, o grao de incapacidade do suxeito. A consecuencia do anterior é que o complemento de capacidade se fixará en

atención ás circunstancias concretas e específicas da persoa de que en cada caso se trate.

E terceira: o xuíz exerce un control e fiscaliza o exercicio do mecanismo de protección que en cada suposto se estableza (cfr. arts. 158 e 216 Cc., entre outros).

#### **4.4.4 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. Isto pode vir determinado por unha disposición da lei –tal é o 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 á 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 haxa de 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 a menor para rexer a súa persoa e bens como se fose maior”*. De todos modos, 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, graar ou allear bens inmoables e establecementos mercantís ou industriais ou obxecto de extraordinario valor sen consentemento dos seus pais e, a falta de ambos, sen o do seu curador”*. Así pois, capacidade limitada pero completable

respecto de certos actos de especial transcendencia ata alcanzar a plenitud 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 *“reputarase para todos os efectos como emancipado ao fillo maior de 16 anos que co consentemento dos pais viva independentemente destes. Os pais poderán revogar este consentemento”*.

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 ao suxeito nomeará a 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 establecera* (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 toma a medicación, se asiste á consulta, etc.-.

#### **4.4.5 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 realizárase 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: abonda con ter 14 anos (cfr. art. 663.1 Cc.)-. Por 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 maneira xeral unha clase de actos, unha disposición legal prohíbelle expresamente realizalo respecto de determinadas persoas ou en situacións particulares. Algunhas destas prohibicións legais, que han de interpretarse de maneira restritiva e que han de 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.) .

#### **4.4.6 Unha referencia aos menores de idade**

Para rematar de reflectir as situacións en que cabe atoparse respecto da capacidade, cómpre facer unha referencia ao menor de idade aínda cando se avanzaran algúns aspectos. Neste ámbito se 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 recoñecer alcance xeral ao artigo 1.263.1 Cc. ditado en sede de contratos -ante a inexistencia dun conxunto de normas onde se declarase de modo expreso a capacidade do menor-, actualmente recoñécese que é

capaz para certos actos (cfr. Res. da DXRN 3 de marzo de 1989). En efecto, froito da citada evolución é a concepción de que a capacidade de obrar se adquire de maneira 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 disto 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, de 13 de maio que modificou algúns preceptos do Código civil relativos aos menores e a Lei 1/1996, de 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 interpretaranse 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 isto, 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

maneira que non se establece un sistema monolítico –sendo tan menores un de dous anos coma un de catorce, resulta evidente que ambos 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 maneira 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 madurez, poida realizar por si mesmo*” (art. 162.1 Cc.);

b) poder administrar por si mesmos os bens que adquirira co seu traballo ou industria, se se cumpriron 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 lle 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 ser 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 falando 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”.

Aínda que estas figuras, tal e como actualmente son concibidas, eran descoñecidas polo Dereito Romano, a súa existencia é de fai varios séculos. Con todo, a súa sistematización levouse a cabo no século XIX. En tal momento, a súa existencia xustificouse por motivos de índole práctica aínda que se discutiu a súa orixe. Fundamentalmente sostivéronse dúas teses diversas:

a) *teoría da ficción* (SAVIGNY): as persoas xurídicas son creacións do Dereito. Pola súa utilidade créanse persoas ficticias: carecen, por tanto, de vontade, e han de ser representadas.

b) *teoría orgánica* (GIERKE): as persoas xurídicas preceden ao Dereito. Trátase de entes reais que preexisten -son organismos dotados de unidade- e que o ordenamento xurídico unicamente se limita a recoñecer e a establecer o réxime xurídico que lle é aplicable.



Sexa cal for a teoría máis adecuada, advírtese que non calquera colectivo é persoa xurídica –p. ex., unha comunidade de veciños ou un grupo de amigos–. En efecto, para que exista unha persoa xurídica cómpre:

a) certo substrato natural: un colectivo ou grupo de persoas agrupadas para un fin común ou un conxunto de bens afectos ao cumprimento de certos fins transpersoais;

b) un recoñecemento explícito e público do ordenamento xurídico a efectos de concederlle personalidade xurídica, ben mediante un acto de autoridade –*sistema de concesión*–, ben automaticamente ao cumprirse os requisitos exixidos legalmente e que poden variar –*sistema das disposicións normativas*–.

A consecuencia da creación dunha persoa xurídica é que, tras o seu recoñecemento, terá unha personalidade distinta da dos seus membros, e, en consecuencia unhas relacións xurídicas diversas, así como un patrimonio e unha responsabilidade diferente.

Que o patrimonio e a responsabilidade da persoa xurídica sexa distinto do dos seus membros e non haxa mesturas entre eles permite o seu uso fraudulento, p. ex., coa intención de rápidos enriquecementos a forza de terceiros. Para evitar tal situación, a xurisprudencia estadounidense creou a doutrina do “levantamento do veo” –*to lift the veil*– ou do “desentenderse da personalidade xurídica” –*disregard of legal entity*–. Con esta doutrina, admitida polo Tribunal Supremo español desde 1950 –aínda cando a súa expresa denominación non se producira ata a sentenza de 28 de maio de 1984– preténdense buscar solucións presididas pola xustiza material aínda que para iso sexa preciso non atender á separación entre persoas e patrimonios cando exista mala fe. Tras a sentenza citada, tal doutrina recolleuse, entre outras, nas sentenzas de 27 de novembro de 1985, 16 de xullo de 1987, 13 de maio de 1988 ou 3 de xuño de 1991. En definitiva, o levantamento do veo consiste na “posibilidade de que os xuíces poidan

penetrar no *substratum* das persoas xurídicas, no seu interior (levantar o veo), para evitar o abuso da súa independencia ou que ao abeiro desa ficción ou forma legal se prexudiquen intereses alleos, se consume a fraude, se falte á boa fe ou se exercite un dereito de forma antisocial” (STS 25 de xaneiro de 1988).

## **5.2 Clases de persoas xurídicas**

O artigo 35 do Código civil 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 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 a 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 da mesma e que se rexen polo Dereito público –Dereito Administrativo e Constitucional–. Isto non obsta para que nalgúns casos poidan ter capacidade de Dereito privado sendo, por tanto, suxeitos de relacións xurídicas privadas.

Sendo isto 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*” ha de 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 –recreativos, culturais, educativos, 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 a determinación do instante en que quedan “*validamente constituídas*”

cómpre atender ás leis que as crean ou recoñecen. Algunhas de tales leis son o TR. sobre sociedades anónimas aprobado por RD. Lexislativo 1564/1989, de 22 de decembro, a Lei 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidade limitada, a Lei 27/1999, de 16 de xullo, de cooperativas, a LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora do dereito de asociación (LODA), ou, en fin, a Lei 50/2002, de 26 de decembro, de fundacións. De todos modos non ha de esquecerse que os Estatutos de Autonomía dalgunhas CCAA atribúenlles competencia exclusiva en materia de asociacións e todos eles na de fundacións, habéndose aprobado numerosas leis autonómicas neste ámbito -p. ex., a Lei 12/2006, de 1 de decembro, de fundacións de Galicia-.

Doutro lado, o artigo 38 Cc. dispón que *“as persoas xurídicas poden adquirir e posuir bens de todas clases, así como contraer obrigas e exercitar accións civís ou criminais conforme ás 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 21 de outubro de 1972).

Pola súa banda, o artigo 37 Cc. establece que *“a capacidade civil das corporacións regularase polas leis que as crearan ou recoñeceran; 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 crearan -p. ex., limitando o obxecto a que responden- se limita 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 disto é que a persoa xurídica queda vinculada pola actuación de tales persoas físicas, debendo, mesmo, de responder extracontractualmente dos danos que os seus representantes ou órganos puideran causar a terceiros (cfr. STS 29 de abril de 1988); isto non empece que teñan dereito de repetición contra aqueles (art. 1.094 Cc.).

#### **5.4 Domicilio e nacionalidad das persoas xurídicas.**

Ao igual que as persoas físicas teñen un domicilio –a súa residencia habitual (art. 40 Cc.)–, razóns prácticas aconsellan que as persoas xurídicas tamén teñan un a 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 creara ou recoñecera, nin os estatutos ou regras de fundación fixasen o domicilio das persoas xurídicas, entenderase que o teñen no lugar en que se atope establecida a súa representación legal, ou onde exerzan as principais funcións do seu instituto”*. Introduce, por 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, aínda cando a entidade teña varios locais ou delegacións.

Respecto da nacionalidade das persoas xurídicas, o artigo 28 do Código civil 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 con arranxo ás disposicións do presente 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**

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 ha de presentarse 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, ha de sinalarse 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 isto ábrese un

período de liquidación, ata cuxo fin “a entidade conservará a súa personalidade xurídica” (art. 15.1 LODA.).

## **5.6 As fundacións**

Ao ser a esencia das fundacións un patrimonio afecto a un fin –que ha de ser potencialmente xeral, desinteresado e beneficioso para a comunidade–, unha vez constituida, 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 é precisa 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 maneira continuada 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 constituir a fundación (cfr. arts. 8 e 9 LF.). Para que adquira personalidade xurídica cómpre 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, haberá de 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 requerida 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.

## Bibliografía

ALBALADEJO, M., “Desde el instante en que nace, todo niño es persona, e inscribible en el Registro”, *Revista de Derecho Privado*, 1997; ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, tomo I, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1996; ANGOITIA GOROSTIAGA V., *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, Madrid, Marcial, Pons, 1996; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976; CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, Tecnos, 1993; DE ANGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4ª ed., Madrid, Estudios de Deusto, 1997; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984; DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1981; DE SALAS MURILLO, S., *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el derecho español*, Madrid, 1999; DÍAZ CAPMANY C., *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en el proceso de creación del Derecho*, Barcelona, Rosaljai, 1996; Díez-PICAZO Y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2004; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Los tipos de entes públicos en el Derecho español”, en VVAA., *Estudios de Castro*, 1; GETE-ALONSO Y CALERA, C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1992; GONZÁLEZ PÉREZ Y FERNÁNDEZ FARRERES, *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Madrid, 2002; GORDILLO CAÑAS A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, Tecnos, 1986; HERVADA XIBERTÁ, X., “Concepto jurídico y concepto filosófico de persona”, *La Ley* 1981-1; HOYOS CASTAÑEDA I., *El concepto jurídico de la persona*, Pamplona, Eunsa, 1989; 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; LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*, Madrid, Montecorvo, 2001; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1992; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El Derecho civil”, en VVAA., *Curso de Derecho Civil*, tomo I, 3ª ed., Colex, Madrid, 2008; MORILLO GONZÁLEZ F., *El proceso de creación de una fundación*, Pamplona, Aranzadi, 2003; PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor*



*emancipado*, Madrid, 1988; RAMOS CHAPARRO E., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.

ANTONIO LEGERÉN MOLINA



## **06. 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 en base só a 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. Dito principio lexítima que os particulares establezan, dentro dos límites do ordenamento xurídico (no noso Dereito expresados no art. 6.3 e 1255 CC, con carácter xeral), as vías propicias para regular os seus intereses, que sexan dignos de tutela. A 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 abarca figuras diversas, todas elas de grande 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) y *plurilaterais* (contratos asociativos), tendo en conta os suxeitos participantes no mesmo.
- *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 sobremaneira 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 celebrado 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 art. 1254 CC, o contrato existe desde que unha

# **IV. DEREITO ADMINISTRATIVO PARTE XERAL.**

## **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 Y CLASES. FUNDAMENTO E LÍMITES DA POTESADE REGULAMENTARIA. REGULAMENTOS ILEGAIS: A SÚA IMPUGNACIÓN. REGULAMENTOS DOS ÓRGANOS CONSTITUCIONAIS.**

#### **I.- O REGULAMENTO: CONCEPTO Y CLASES**

##### **I.1.- INTRODUCCIÓN**

De conformidade co principio de legalidade, esencial en calquera estado de dereito, a actividade da administración debe basearse na atribución previa dunha potestade.

Neste sentido, os regulamentos son a manifestación do exercicio da potestade regulamentaria, entendida como facultade atribuída polo ordenamento xurídico ao poder executivo de ditar normas xurídicas subordinadas ás leis.

O seu fundamento é produto da interpretación da división de poderes levada a cabo polos revolucionarios franceses, sendo esta interpretación da división de poderes a que prevalece no noso texto constitucional que atribúe a potestade regulamentaria ao goberno no seu artigo 97.

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 a tal, regulación abstracta e xeneral de situacións de futuro), que debe de ser publicada e conserva vixencia indefinida. En canto norma vén innovar, modificar ou derrogar no chanzo xerárquico que corresponda.

## **Regulamento e acto administrativo**

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 corresponde 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 revogable ad mutum 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, e a súa entrada en vigor é o común das leis (art. 2.1 do Código Civil), mentres que a eficacia dos actos depende da súa notificación ou publicación.



Con todo o anterior existe un tipo de actos cuxa diferenza dos regulamentos é de difícil apreciación, referímonos aos actos xerais non normativos, que teñen como destinatarios a unha pluralidade indeterminada de suxeitos e poden chegar a publicarse.

No que respecta ás circulares internas, ordes de servizos e instrucións deberá determinarse que estas non poden considerase regulamentos, senón que se configuran como regras de servizo de contido xeral que os titulares dos órganos administrativos dirixen aos seus inferiores xerárquicos para ordenar a súa actuación, atopan fundamento na potestade de autoorganización e a estrutura xerárquica da administración. 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, pero carecen de 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 xustizable polo xuíz.

A súa submisión á lei é absoluta e non se produce máis que nos ámbitos en que aquela o permite, sen que poida deixala sen efectos ou contradicila, nin suplila cando é necesaria.

Así o establecido no artigo 9.3 da Constitución cando garante o principio de xerarquía normativa, segundo o cal o regulamento complementaría á lei,

pero non podería derogala, contradicila, suprimila, limitala, suspendela ou excluíla.

Neste sentido deberá establecerse que 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 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, ditas materias resultantes ordenadas por normas regulamentarias, estas 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 de devandita materia que a converte en inaccesible á potestade regulamentaria salvo, está claro, que a propia lei remita a un desenvolvemento posterior dalgunha dos seus partes por medio do regulamento.

## **Regulamento e lexislación delegada**

O regulamento é unha norma que dita a Administración Aública no exercicio de competencia propia recoñecida polo artigo 97 da Constitución Española. Esta característica diferencia aos regulamentos da lexislación delegada na que se exercitan competencias lexislativas previa habilitación expresa do poder lexislativo, caso por exemplo dos Decretos Lexislativos.

## **I.2.- CLASES DE REGULAMENTOS**

Existen múltiples clasificacións de regulamentos para as que se utilizaron diversas das características que presentan, para o que se mencionarán unicamente algunhas daquelas que gozan de maior predicamento.

### **I.2,).- Pola súa relación coa lei**

- Regulamentos independentes da lei (extra legem): 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 se mesmos como regulamento.

Unicamente cabe este tipo de regulamento no ámbito das materias organizativas e en relacións de supremacía especial que non afecten a dereitos básicos dos interesados. Xa que logo non poden existir regulamentos ad extra independentes da lei, porque a creación do dereito obxectivo para os cidadáns non pode independizarse da lei no noso sistema xurídico.

- Regulamentos executivos (secundum legem): son aqueles que se ditán en virtude de remisións normativas da lei no seu favor para o seu complemento e desenvolvemento, precisando todo o casuismo necesario.

Permiten á lei establecer unha normativa máis inmune ao paso do tempo e a determinación de tecnicismos de maior calado.

Estes regulamentos serán informados preceptivamente polo Consello de Estado, a necesidade de informe oríéntase precisamente a controlar a fidelidade da norma regulamentaria coa lei que desenvolve.

- Regulamentos de necesidade (contra legem): dítanse para afrontar situacións extraordinarias, máis concretamente de excepcional gravidade.

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 CE (estados de alarma, excepción e sitio)). A este respecto deberá terse en conta que este tipo de regulamentos perden o seu sentido coa desaparición das circunstancias á que dan resposta, polo que non debería ser sequer necesario proceder á súa derogación formal e expresa.

### **1.2,b).- Pola materia que regulan**

- Regulamentos administrativos: tamén denominados de organización, fan referencia aos administrados que están incursos en relacións de supremacía especial (funcionarios, sanidade pública, policía...). Nestes supostos de supremacía especial os administrados teñen unha maior intensidade de suxeición e, xa que logo, os regulamentos administrativos concederán á administración amplos poderes que haberán de ser acatados polos particulares.

- Regulamentos xurídicos: 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 que se refiren ao ámbito interno da administración, só ten que respectar o principio de reserva formal de lei, non contravindo a regulación que esta establece se existise.

### **I.2,c).- Pola súa orixe**

É dicir, tendo en conta a administración que os dita.

- Estatais: Reais Decretos e Ordes Ministeriais.
- Autonómicos: Decretos e Ordes.
- Locais: Regulamentos orgánicos e Ordenanzas.

No que respecta aos bandos dubídase do seu carácter de normas xurídicas, en tanto que non teñen como función disciplinar a realidade social, senón que son recordatorios da existencia dunha regulación ou normativa preexistente, non innovan en nada o ordenamento xurídico.

- Regulamentos dos entes institucionais e dos entes corporativos: subordinados aos entes territoriais dos que son instrumento.

## **II.- FUNDAMENTOS E LÍMITES DA POTESTADE REGULAMENTARIA**

### **II.1.-FUNDAMENTOS DA POSTESTAD REGULAMENTARIA**

Entendida a potestade regulamentaria como poder en cuxa virtude a administración pode ditar normas de carácter xeral, atopámonos

cuantitativa e cualitativamente ante a potestade de maior calado da administración e, polo tanto, a máis problemática á hora da súa xustificación.

### **II.1,a).- Fundamentación 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 dar 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.
- 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 certas 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 á administración dunha esfera autónoma que lle permite regular situacións non previstas polo lexislador, dentro da legalidade vixente.

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.

### **II.1,b).- Fundamento xurídico-formal**

Pódense distinguir dous sistemas de atribución da potestade regulamentaria:

- Sistema anglosaxón onde, partindo do monopolio normativo do lexislativo, arbitrouse un poder normativo do executivo sustentado na técnica da delegación lexislativa, que suple a inexistencia dun poder regulamentario.

- Sistema continental ou francés, propio dos países de “réxime administrativo”, onde o executivo dispón dun poder regulamentario propio e xeneral que non necesita habilitacións concretas e específicas.

A potestade regulamentaria no noso ordenamento xurídico atopa fundamento constitucional na redacción dada ao artigo 97 da Constitución Española, xa mencionado.

Esta potestade regulamentaria do Goberno non deriva xa que logo do lexislador, senón que ten fundamento directo e inmediato na Constitución, onde se atribúe como unha potestade distinta e claramente diferenciada da executiva. Por tanto aínda que a potestade regulamentaria está suxeita ao principio de xerarquía normativa (é de rango inferior á lei), non se limita a unha mera execución das leis. Noutras palabras, outórgase unha marxe de actuación ao Goberno. Con todo, segundo a STC 329/2005, do 15 de decembro (LA LEY 2057/2005) no Dereito español non existe reserva de regulamento (na sentenza o Tribunal pronunciouse sobre a adecuación a Dereito da incorporación de unha Directiva mediante Real Decreto Lei).

## **2.-LÍMITES DA POTESTADE REGULAMENTARIA**

## **II.2,a).- 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 atribúe 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 xa que logo 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, a este respecto aínda que a constitución non outorga esa potestade tampouco prohibe que poida outorgarse por lei. Así o artigo 8 da Lei 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (*BOE* núm. 90, do 15 de abril), e o artigo 2 da Lei 50/1997, de 27 de novembro, do Goberno, (*BOE* núm. 285, do 28 de novembro), atribúen ao presidente do Goberno a potestade regulamentaria en materia organizativa. Respecto dos Ministros e as Comisións Delegadas do Goberno, a Lei do Goberno (art.4) atribúenlles a potestade regulamentaria nas materias propias do seu Departamento.

Tamén se deberá sinalar o menor poder regulamentario do resto de autoridades e órganos administrativos inferiores aos ministros e conselleiros autonómicos. Dito poder reviste un estrito carácter doméstico ou organizativo: un exemplo diso son as circulares e instrucións internas da organización administrativa.

A Constitución Española, ao establecer a garantía da autonomía a favor de municipios, provincias e Comunidades Autónomas, está admitindo de facto como contido de 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 apartado c) da Constitución Española, cando establece que o control da actividade dos órganos das Comunidades Autónomas exercerase pola xurisdición contencioso-administrativa no que respecta das súas normas regulamentarias.

### **II.2,b).- Materia**

Límites materiais da potestade regulamentaria son as materias non administrativizadas entre as que tradicionalmente se inclúe a materia civil, mercantil, penal e procesual aínda que haxa exemplos de regulamentos dalgunhas delas (rexistro civil, dereito hipotecario...)

### **II.2,c).- 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 dentro do principio de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos a que fai referencia o art. 9 da Constitución Española.

Esa regra québrase tamén cando o regulamento 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.

### **II.2,d).- Xerarquía**

O principio de xerarquía normativa é outro límite, en función do cal os regulamentos ordénanse segundo a posición na organización administrativa do órgano que os dita, se que en ningún caso o regulamento ditado polo órgano inferior poida contradicir ao ditado polo superior.

De modo particular o artigo 23 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno establece a xerarquía entre regulamentos da seguinte forma:

1º. Disposicións aprobadas por Real Decreto do Presidente do Goberno ou do Consello de Ministros.

2º. Disposicións aprobadas por Orde Ministerial.

Do mesmo xeito, pola súa subordinación e en atención ao principio de reserva de lei xa examinado, as disposicións administrativas non poderán vulnerar a Constitución ou as leis nin regular aquelas materias que a Constitución ou os Estatutos de Autonomía recoñecen da competencia das cortes Xerares ou das Asembleas Lexislativas das Comunidades Autónomas.

## **II.2,e).- 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 (art. 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.

O procedemento de elaboración dos regulamentos estatais vén establecido no artigo 24 da referenciada Lei do Goberno que dispón os seguintes trámites aplicables:

- O inicio do procedemento de elaboración dun regulamento levarase a cabo polo centro directivo competente mediante a elaboración do correspondente proxecto, ao que acompañará un informe sobre a necesidade e oportunidade daquel, así como unha memoria económica que conteña a estimación do custo a que dea lugar.

- Ao longo do proceso de elaboración deberán solicitarse, ademais dos informes, ditames e aprobacións previas preceptivas, cantos estudos e consultas estímense convenientes para garantir o acerto e a legalidade do texto. En todo caso, os regulamentos deberán ir acompañados dun informe sobre o impacto por razón de xénero das medidas que se establecen no mesmo.

- Elaborado o texto dunha disposición que afecte aos dereitos e intereses lexítimos dos cidadáns, daráselles audiencia, durante un prazo razoable e non inferior a 15 días hábiles directamente ou a través das organizacións e asociacións recoñecidas pola lei que os agrupen ou os representen e cuxos fins garden relación directa co obxecto da disposición.

- Así mesmo e cando a natureza da disposición o aconselle, será sometida a información pública durante o prazo indicado. Este trámite poderá ser abreviado ata o mínimo de sete días hábiles cando razóns debidamente motivadas así o xustifiquen. Só poderá omitirse devandito trámite cando graves razóns de interese público, que así mesmo deben explicitarse, o esixan. Non será necesario o trámite previsto no parágrafo anterior, se as organizacións ou asociacións mencionadas participasen por medio de informes ou consultas no proceso de elaboración.

O trámite de audiencia indicado non se aplica ás disposicións que regulan os órganos, cargos e autoridades da Lei do Goberno, así como ás

disposicións orgánicas da Administración Xeral do Estado ou das organizacións dependentes ou adscritas a ela.

- Xunto á memoria que inicia o procedemento de elaboración do regulamento conservaranse no expediente todos os informes e consultas. En todo caso, os proxectos de regulamentos haberán de ser informados pola Secretaría Xeral Técnica sen prexuízo do ditame do Consello de Estado nos casos legalmente previstos. (O informe da Secretaría Xeral Técnica adoita considerarse como un requisito indispensable para a validez do regulamento, estando devandita disposición viciada de nulidade se non se realizase, sempre segundo a doutrina).

- Será preciso o informe previo do Ministerio de Administracións Públicas cando a norma regulamentaria puidese afectar á distribución das competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas.

- Requírese a súa íntegra publicación no Boletín Oficial do Estado, entrando en vigor segundo a normativa establecida no art. 2.1 Código Civil é dicir, cando se estableza na propia norma ou aos vinte días da súa completa publicación no boletín.

Como particularidades e no que se refire ao caso concreto da Comunidade Autónoma de Galicia haberá de estarse ao establecido na 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 II o exercicio da potestade regulamentaria por parte da Administración e do Goberno de Galicia, establecendo un procedemento de elaboración de disposicións administrativas de carácter xeral dividido en tres fases: inicial, intermedia e final.

Con respecto da fase inicial, esta será desenvolvida dentro da consellería que tivese a iniciativa normativa, requiríndose para o inicio do procedemento o acordo previo da persoa titular da mesma 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.

Dentro da fase intermedia deberán sempre emitirse un informe económico-financeiros pola consellería competente en materia de facenda, debendo recadarse calquera outros que sexan exixidos pola lexislación vixente, ou considerados oportunos pola consellería que impulse o proxecto, incluíndo, 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 afectar á estrutura orgánica, métodos de traballo ou cuestións similares requirirase informe favorable da consellaría ou consellarías con competencias en materia de administracións e emprego públicos. Neste último caso (emprego públicos) as materias recollidas no artigo 37.1 do EBEP deberán ser negociadas na comisión de persoal.

Con respecto da fase final o proxecto será sometido ao informe da Asesoría Xurídica Xeral, emitíndose a continuación 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 consellaría impulsora concluirá cunha resolución mediante a cal decida desistir da iniciativa, retrotraer o procedemento ou a aprobación definitiva do proxecto.

No caso dos proxectos de órdenes, a súa probación comporta a aprobación mesma da norma rematando o procedemento.

No caso dos proxectos de decretos, unha vez aprobados definitivamente, enviaranse os proxectos a todas as consellarías 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 o que disporá 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 a Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das Bases do Réxime Local (BOE núm. 80, do 3 de abril), establece que na súa calidade de Administracións Públicas de carácter territorial, e dentro da esfera das súas competencias, correspóndenlle en todo caso aos concellos, provincias e illas, entre outras, as potestades regulamentaria e de autoorganización.

Corresponden, en todo caso, ao Pleno municipal nos Concellos (e á Asemblea Veciñal no réxime de Concello Aberto) a aprobación do regulamento orgánico e das ordenanzas.

No caso das Deputacións Provinciais corresponde, en todo caso, ao seu Pleno a aprobación das ordenanzas.

Os acordos das corporacións locais adóptanse, como regra xeral, por maioría simple dos membros presentes. Existe maioría simple cando os votos afirmativos son máis que os negativos. Sen embargo o anterior, requírese o voto favorable da maioría absoluta do número legal de

membros das corporacións para a adopción de acordos de aprobación e modificación do regulamento orgánico propio da corporación.

A aprobación das ordenanzas locais deberá axustarse ao seguinte procedemento,

- a. Aprobación inicial polo Pleno.
- b. Información pública e audiencia aos interesados polo prazo mínimo de 30 días para a presentación de reclamacións e suxestións.
- c. Resolución de todas as reclamacións e suxestións presentadas dentro do prazo e aprobación definitiva polo Pleno.
- d. No caso de non existir, entenderase definitivamente adoptado o acordo hasta entón provisional.

e. As ordenanzas deberán publicarse no Boletín Oficial da Provincia que corresponda.

## **II.2,f).- Retroactividade**

Tema discutido é se a potestade regulamentaria debe respectar a regra da irretroactividade que a Constitución Española impón a toda clase de normas cando son de carácter sancionador ou limitativo de dereitos individuais. En principio, parece lóxico aterse a ese exclusivo límite, e en consecuencia admitir que se o regulamento así o dispón, e non concorre o carácter sancionador ou limitativo, as súas normas poida ter carácter retroactivo, de acordo co establecido para as leis no artigo 2.3 do Código Civil, máxime cando se trata de normas favorables aos interesados.

En contra pode argumentarse que o artigo 83 b) da Constitución Española veta a posibilidade de retroactividade dos Decretos Legislativos, e que a irretroactividade é tamén a regra xeral para os actos administrativos.

## **II.2,g).- Principio de inderogabilidade singular**

O que se denomina principio de inderogabilidade singular, que opera non como límite da potestade regulamentaria propiamente devandito senón como límite da actuación administrativa en relación cos regulamentos vixentes.

A denominada inderogabilidade singular pon de manifesto a obrigación da Administración de cumprir os regulamentos por ela ditados, xa que, como dispón o artigo 23 da referenciada Lei do Goberno, “son nulas as resolucións administrativas que vulneren o establecido nun regulamento aínda que sexan ditadas por órganos de igual ou superior xerarquía que o que o aprobou”, e en concordancia o artigo 52.2 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común. que establece “as resolucións administrativas de carácter particular non poderán vulnerar o establecido nunha disposición de carácter xeral aínda que aquelas teñan igual ou superior rango a estas”.

É esta unha das consecuencias máis claras do principio de legalidade. Aínda que a administración goza dun poder regulamentario, que lle habilita a promulgar e derrogar normas xurídicas, queda vinculado ao que dispón 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 aplicarlas nun caso singular. Por outra banda, 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.



### **III.- REGULAMENTOS ILEGAIS: A SÚA IMPUGNACIÓN**

#### **1.-INTRODUCCIÓN**

Como se estableceu no punto anterior, para a súa validez os regulamentos deben de respectar unha serie de límites de carácter formal e material que aínda que se reconducen ao respecto á Constitución e á Lei, de modo particular poden sistematizarse en dous grandes apartados:

- Límites formais: Competencia, procedemento e xerarquía
- Límites sustantivos: Respecto á legalidade, principios xerais do dereito, interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos, irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos, inderogabilidade singular, respecto aos límites impostos polo contido da propia materia regulamentaria ou o límite de actuación discrecional da Administración.

Cando calquera destes límites resulta traspasado o regulamento en cuestión resultará viciado, e neste sentido amplo hai que tomar a expresión regulamentos ilegais, e non unicamente no máis estrito de regulamentos contrarios ás leis.

#### **III.2.- REGULAMENTOS CONTRARIOS ÁS LEIS**

A infracción por un regulamento de calquera dos límites citados traerá consigo a sanción de nulidade de pleno dereito, como se desprende do artigo art. 62.2 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, segundo o cal son 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, xa citada, que diferencia ao regulamento dos actos administrativos, onde a regra xeral é a anulabilidade, e iso ten o seu fundamento, conforme sinala reitera 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.

Así os regulamentos que violan calquera dos límites formais e materiais sinalados incorren na sanción de nulidade de pleno dereito, que é a máis grave que neste ámbito prevé o ordenamento xurídico para a represión deste tipo de actuacións. Esta gravidade ten a súa causa directa na transcendencia xurídica dos regulamentos, que poden afectar a un número amplísimo e indeterminado de relacións xurídicas.

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. Poden sinalarse como tales os seguintes:

### **III.2,a).- Medios pasivos: a inaplicación**

É o medio por excelencia arbitrado polo ordenamento xurídico fronte aos regulamentos ilegais, inaplicación que pode levar a cabo polos xuíces e tribunais, pois como establece o artigo 6 da Lei Orgánica 6/1985, de 1 de xullo, do Poder Xudicial (*BOE* núm. 157, do 2 de xullo): “os xuíces ou tribunais non aplicarán regulamentos ou calquera outra disposición contrarios á Constitución, á lei ou ao principio de xerarquía normativa”.

O ordenamento deberá reaccionar con medios enérxicos contra o grave ataque que fronte a el supón a existencia dun regulamento ilegal. A tales efectos, 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, axuizamento previo, que no seu 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 inaplicación da anulación. Anular unha norma consiste en declarar imperativamente con efectos xurídicos erga omnes a invalidez da mesma. 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.

A soa inaplicación xudicial dun regulamento inválido, e como consecuencia da súa mera eficacia inter partes, podería crear certa inseguridade xurídica. O escenario que sería 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. A pesar do anterior non se impón necesariamente que primeiro teña que ser a anulación e logo a inaplicación. O funcionamento da cuestión de ilegalidade constitúe boa proba diso.

No que refire á inaplicación do regulamento no seo da propia administración deberá terse en conta que a posición doutrinal maioritaria convén en recoñecer que esta posibilidade de inaplicación 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 ata, incompatible coa dilación que a adopción dos medios que se citan.

A inaplicación será en consecuencia a técnica por excelencia arbitrada polo ordenamento fronte ao regulamento ilegal pero no entanto o anterior pode non ser suficiente para loitar contra os regulamentos ilegais ao ser por esencia un remedio pasivo.

## **II.2,b).- Modos activos: a impugnación**

A inaplicación á que se fai referencia no punto anterior convive con outros remedios activos ou medios de impugnación. Así:

### ● Recurso Contencioso Administrativo

A Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, do 14 de xullo), encomenda aos tribunais desta xurisdición controlar a legalidade dos regulamentos e declarar a nulidade dos que estean afectados dalgún vicio, así o tenor literal do seu artigo 1 determina que os Xulgados e Tribunais desta orde coñecerán das pretensións que se deduzan en relación coas disposicións xerais de rango inferior á lei, e así o reitera no seu artigo 25, do mesmo xeito en que a Constitución declara, en efecto, que os tribunais controlarán a potestade regulamentaria.

Este recurso é o único que pode interporse de forma ordinaria contra os regulamentos, xa que o artigo 107 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, declara que contra as disposicións administrativas

de carácter xeral non cabe recurso en vía administrativa, aínda que permita, pola contra, recorrer en vía administrativa os actos ditados en aplicación dunha disposición xeral con base na ilegalidade da mesma, suposto en que o recurso administrativo poderá interporse directamente ante o órgano que ditou a disposición.

Neste sentido e con relación aos recursos contencioso-administrativos deberá facerse a seguinte diferenciación:

- ▶ Recurso directo mediante o que se impugna a disposición de carácter xeral e que adoita supor certa economía procesual ao evitar multitude de litixios.
- ▶ Recurso indirecto mediante o que se impugna un acto ditado en aplicación dunha disposición xeral, e que se funda en que esta última non é conforme a Dereito.

O prazo para a interposición dos recursos será de dous meses contados a partir do día seguinte ao da publicación da disposición impugnada ou ao da notificación ou publicación do acto se fóra expreso. Se non o fose, o prazo será de seis meses a contar a partir do día seguinte a aquel en que, de acordo coa súa normativa, prodúzase o acto presunto.

O recurso indirecto non está condicionado polo feito de terse interposto o recurso directo, nin pola desestimación do recurso directo presentado.

O artigo 27 do mesmo texto normativo determina que cando un xuíz ou tribunal do Contencioso Administrativo tivese ditado sentenza firme estimatoria por considerar ilegal o contido dunha disposición xeral aplicada, deberá expor a cuestión de ilegalidade ante o tribunal competente para coñecer do recurso directo contra a disposición, salvo:

► Cando o xuíz ou tribunal competente para coñecer dun recurso contra un acto fundado na invalidez dunha disposición xeral o fóra tamén para coñecer do recurso directo contra esta, a sentenza declarará a validez ou nulidade da disposición xeral.

► Sen necesidade de expor a 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.

### ● Procedemento especial para a protección dos dereitos fundamentais da persoa

Trátase dun procedemento contencioso-administrativo especial preferente e sumario para a protección de dereitos fundamentais, para lograr a declaración de non ser conformes a Dereito e, no seu caso, a anulación de disposicións susceptibles de impugnación, e tamén para a condena ao cumprimento de obrigacións soslaianas pola inactividade administrativa, sempre que teñan como finalidade a de restablecer ou preservar os dereitos ou liberdades.

A sentenza estimará o recurso cando a disposición incorra en calquera infracción do ordenamento xurídico, ata a desviación de poder, e como consecuencia da mesma vulneren un dereito dos susceptibles de amparo.

### ● Impugnación en vía constitucional

Previo o exame do art. 161.1 da Constitución Española, con carácter xeral, cabe indicar que non se admite recurso de inconstitucionalidade en materia regulamentaria salvo o caso previsto no apartado 2º dese mesmo precepto segundo o cal “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 recorrida, pero o Tribunal no seu caso deberá levantala ou ratificala nun prazo non superior a cinco meses”. Así segundo establece o artigo 76 da Lei Orgánica 2/1979, de 3 de outubro, do Tribunal Constitucional (*BOE* núm. 239, do 5 de outubro), dentro dos dous meses seguintes á data da súa publicación, ou desde que chegase 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.

Neste apartado deberá facerse referencia ao recurso de amparo en relación cos regulamentos nulos. 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. A sentenza que outorgue o amparo conterá algún ou algúns dos pronunciamentos seguintes:

- ▶ Declaración de nulidade da decisión, acto ou resolución que impidan o pleno exercicio dos dereitos ou liberdades protexidos, con determinación no seu caso da extensión dos seus efectos.
- ▶ Recoñecemento do dereito ou liberdade pública, de conformidade co seu contido constitucionalmente declarado.
- ▶ Restablecemento do recorrente na integridade do seu dereito ou liberdade coa adopción das medidas apropiadas, no seu caso, para a súa conservación.

Pode resultar de interese a STC 254/2006, do 4 de xullo (LA LEY 319635/2006) na que se inadmite a cuestión de inconstitucionalidade prantexada pola modificación por Real Decreto da condición de funcionarios dos Corpos e Escalas de Correos e Telecomunicacións que pasen a prestar servizos para a Sociedade Estatal Correos e Telégrafos, SA.

#### ● Revisión de oficio

Como control interno dos regulamentos ilegais dentro do seo da propia administración deberá facerse mención á revisión de oficio das disposicións e actos nulos que a lei 30/1992, de 26 de novembro de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común, regula no seu título VII e que determina que en calquera momento, de oficio, e co ditame favorable do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da Comunidade Autónoma (no caso da galega, o Consello Consultivo) se o houber, as Administracións Públicas poderán declarar a nulidade das disposicións administrativas nos supostos previstos no artigo 62.2 do mesmo texto. A nulidade priva de toda posibilidade de convalidación ao regulamento viciado.

### **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 Consejo Genral del Poder Judicial 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, aquí trátase de disposicións procedente de órganos constitucionais moi concretos e non do poder executivo como é o suposto



xeral, e por outro o seu ámbito, os regulamentos destes órganos constitucionais regulan só certos aspectos dos mesmos, 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.

#### **IV.1.- As Cortes Xerais**

No caso das cámaras lexislativas os regulamentos internos das mesmas 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 lexislativo, 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 demais 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 o determinado nestes regulamentos.

Polo que se refire ao seu contido, pode afirmarse que nos Regulamentos das Cámaras conteñen dous tipos de normas:

- 1º. Normas de relevancia externa, reguladoras das relacións das Cámaras con outros poderes e suxeitos públicos ou privados.
- 2º. Normas internas relativas á súa organización, composición e funcionamento.

Desde outro punto de vista atendendo á súa relación cos preceptos constitucionais poden distinguirse:

- 1º. Normas que constitúen unha repetición formal das regras constitucionais.
- 2º. Normas de desenvolvemento dos principios constitucionais referentes á estrutura e funcións da cámara.
- 3º. Normas de interpretación dos principios constitucionais.
- 4º. Normas innovadoras emanadas dos propios regulamentos, que regulan institutos xurídicos non previstos na Constitución.

En cando ao seu rango na pirámide normativa, algúns autores colocan aos regulamentos das Cámaras no chanzo inmediatamente inferior á lei, aínda que cabe dicir que o regulamento non é inferior nin superior á

lei, senón que ambos, tendo idéntica forza normativa, operan en ámbitos materiais diferentes (principio de competencia).

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(xa referenciada) dispón que os Regulamentos das Cámaras e das Cortes Xerais e os Regulamentos das Asembleas Lexislativas das Comunidades Autónomas son susceptibles de recurso de inconstitucionalidade. Xa que logo, esta potestade autonormativa, como se veu sinalando, está suxeita á propia Constitución, principio que non fai máis que recoller o disposto no art. 9.1 da mesma segundo o cal os poderes públicos están suxeitos á norma suprema e ao resto do Ordenamento.

#### **IV.2.- Demais órganos constitucionais**

No caso dos regulamentos dos demais órganos constitucionais (Consejo General del Poder Judicial e Tribunal Constitucional) non cabe, no noso ordenamento xurídico outorgarlles a natureza xurídica das leis, xa que nin proceden do órgano lexislativo, 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, quérese pór 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 Tribunal Constitucional poderá ditar regulamentos sobre o seu propio

funcionamento e organización, así como sobre o réxime do seu persoal e servizos, dentro do ámbito da presente Lei. Estes regulamentos, que deberán ser aprobados polo Tribunal en pleno, publicaranse no Boletín Oficial do Estado, autorizados polo seu presidente”.

O mesmo cabe dicir dos regulamentos que, ao amparo do art. 110 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (xa referenciada), se poderán ditar sobre o seu persoal, organización e funcionamento, no marco da lexislación sobre a función pública e en desenvolvemento da propia Lei Orgánica para establecer regulacións de carácter secundario e auxiliar.

Estes regulamentos poderán establecer condicións accesorias para o exercicio dos dereitos e deberes que conforman o estatuto xudicial sen innovar aqueles nin alterar este en o seu conxunto. Poderán aprobarse nos casos en que sexan necesarios para a execución ou aplicación desta lei, naqueles en que así se prevexa nesta ou outra lei e, especialmente, nas seguintes materias:

- Sistema de ingreso, promoción e especialización na Carreira Xudicial, réxime dos funcionarios xudiciais en prácticas e dos xuíces adxuntos e cursos teóricos e prácticos na Escola Xudicial, así como organización e funcións desta.
- Forma de distribución entre quendas e de provisión de prazas vacantes e desertas de xuíces e maxistrados.

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 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 coas do Consello Xeral. Solicitaranse as consultas e os estudos previos que se consideren pertinentes e un ditame de legalidade sobre o proxecto.

O Ministerio Fiscal será oído cando lle afecte a materia sobre a que verse o proxecto. En todo caso, elaborárase un informe previo de impacto de xénero.

Estes regulamentos, requirirán a súa aprobación polo Pleno do Consejo General del Poder Judicial por maioría de tres quintos dos seus membros, deberán publicarse no Boletín Oficial do Estado e autorizados polo Presidente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Santamaría Pastor, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1991.
- De Otto y Pardo, Ignacio: *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1994.
- García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2000.
- González Pérez, J. e González Navarro, Jesús: *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común II*, Civitas, Madrid, 2004.
- Melero Alonso, E: “El concepto de reglamento en nuestra Constitución, desde una comprensión paradigmática del Derecho”, en *Cuadernos Const de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 38/39, 2002.

<http://laleydigital.laley.es/Content/Busqueda.aspx>

**FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE.**

### **3. O ORDENAMENTO XURÍDICO DE GALICIA: LEIS DE GALICIA. DECRETOS LEXISLATIVOS. REGULAMENTOS. O RÉXIME XURÍDICO DO EXERCICIO 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 recoñece ás Comunidades Autónomas a autonomía para a xestión dos seus propios intereses.

Así faise necesario dotar ás Comunidades Autónomas de competencias que posibiliten o autogoberno, a 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 atribúese 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 xeito as dos Estatutos de Autonomía, aínda que parecen pechadas e claras non o son. En comparación co modelo anglosaxón, o noso sistema de reparto 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 se reserva competencia exclusiva.

As normas emanadas dos órganos legislativos das Comunidades Autónomas teñen o mesmo rango que as leis estatais. Deste xeito non se atopan xerarquicamente sometidas a estas, senón que se rexen polo principio de competencia. Así estarán sometidas unicamente 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 o exercer a potestade legislativa da Comunidade Autónoma. Consideraranse, son leis de Galicia as normas que co devandito rango sexan aprobadas polo Parlamento de Galicia.

O artigo 13 do Estatuto de Autonomía, en relación con esta potestade legislativa que se encomenda ao Parlamento, establece as seguintes previsións:

- A iniciativa legislativa corresponde aos/as Deputados/as, ao Parlamento e á Xunta.

A iniciativa legislativa popular para a presentación de proposicións de lei, que deban de 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 de El-rei pola Presidencia da Xunta de Galicia e publicadas tanto no Diario Oficial de Galicia como no Boletín Oficial do Estado.

A este respecto deberá terse en conta que, a 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 corresponderá ao Tribunal Constitucional.

Para o estudo do procedemento lexislativo na Comunidade Autónoma de Galicia deberemos estar 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/as Deputados/-as (un coa firma doutros catro) e aos Grupos Parlamentarios.
- 2.- Á Xunta de Galicia
- 3.- Aos cidadáns a través da iniciativa lexislativa popular.

► A iniciativa lexislativa popular atópase desenvolvida na Lei 1/1988, de 19 de xaneiro (*DOG* de 27 de xaneiro de 1988). Esta lei do Parlamento de Galicia debe ser respectuosa coas previsións contidas na Lei Orgánica que regula a iniciativa lexislativa popular, e á que fai referencia o artigo 87.3 do Texto Constitucional.(a L.O. 3/1984, do 26 de marzo -*BOE* núm. 74, do 27 de marzo- reguladora da Iniciativa Lexislativa Popular, modificada pola L.O. 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 lexislativa. Esta iniciativa lexislativa exercerase mediante a presentación de proposicións avaladas pola firma de a lo menos 15.000 cidadáns, nos que deberán concorrer as características citadas.

A iniciativa lexislativa popular non pode exercitarse de xeito absoluto desde un punto de vista substancial senón que existen, do mesmo xeito que no ordenamento estatal, unha serie de materias que lle están vedadas. Así non se pode 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 deberá iniciarse mediante a presentación no Rexistro do Parlamento de Galicia dun escrito dirixido á Mesa que deberá conter:

- O texto articulado que constitúa a proposición de lei, que deberá ir precedido dunha exposición de motivos.
- Unha exposición das razóns que aconsellen a tramitación e aprobación da proposición de lei.
- Unha relación dos membros da denominada Comisión Promotora, debendo figurar as sinaturas e datos persoais de cada un deles, e coa indicación do enderezo que se sinale para os efectos de notificacións e comunicacións.

Estas serán un mínimo de 10 persoas que deberán ter a condición de electores galegos, e que non poderán ser Deputados do Parlamento de Galicia nin persoas incursas en calquera das causas de incompatibilidade e inelixibilidade das establecidas para as eleccións galegas.

Unha vez recibida a documentación anterior, a Mesa do Parlamento encargárase de examinala, debendo resolver sobre a admisión no prazo dun mes. A decisión contraria á admisión da proposición de lei é susceptible de recurso de amparo pola Comisión Promotora. Neste punto pode ser de interese a STC 76/1994, do 14 de marzo (LA LEY 2497-TC/1994), que nega o amparo aos/as parlamentarios/-as vascos/-as que recorreron ou acordo de inadmisión da proposición non de leis (que ditos deputados, constituídos en Comisión Promotora, presentasen como unha proposta de iniciativa lexislativa popular con base na Lei Vasca 8/1986, do 26 de xuño, reguladora da materia, para que o Goberno Vasco solicitase das Cortes Xerais unha reforma da Constitución).

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 lexislativa popular.
- Que o escrito de presentación non reúna todos os requisitos formais esixidos para o exercicio da iniciativa.
- Que exista no Parlamento un previo proxecto ou proposición de lei, sempre que verse sobre o mesmo obxecto.
- Que sexa unha reprodución doutra iniciativa popular, contendo 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 firmas pola Comisión Promotora .

A Comisión Promotora contará cun prazo de 4 meses para proceder á recollida das firmas necesarias, este prazo será prorrogable, con xusta causa, por tres meses máis. Transcorrido o prazo concedido sen que se produza a entrega de firmas, entenderase caducada a iniciativa.

Unha vez se produza a entrega de firmas, a Xunta Electoral procederá tanto ao reconto das mesmas, como ao exame da súa validez. No caso de que todo resultase correcto procederá a remitir á Mesa do Parlamento unha notificación, a fin de que esta última ordene a publicación da proposición no Boletín Oficial do Parlamento de Galicia, para a posterior tramitación ordinaria.

► 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 acompañarse 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 Portavoces, remitir o proxecto para que se tramite na Comisión correspondente.

No que respecta ás emendas deberá establecerse o seguinte:

- Unha vez publicado o proxecto de lei, os deputados e grupos parlamentarios terán un prazo de quince días para presentar emendas ao mesmo mediante un escrito dirixido á Mesa da Comisión. O escrito deberá asinarse polo portavoz 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/unha Deputado/-a coa firma 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, finais, derogatorias ou transitorias terán a consideración de artigo, do mesmo xeito que o título da lei, as rúbricas 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 deberá entenderse 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.

Se se presentasen emendas á totalidade procederase ao debate de totalidade no Pleno do Parlamento de Galicia. Terminada a deliberación o/a Presidente/-a do Parlamento someterá a votación todas as emendas á totalidade defendidas, para o que se comezará por aquelas que propoñan a devolución do proxecto á Xunta de Galicia.

No caso de que se acordase a devolución do proxecto, este quedará rexeitado e o/a Presidente/a do Parlamento comunicará á Presidencia da Xunta de Galicia. En caso contrario remitirase o texto á Comisión para que se prosiga coa súa tramitación.

Se o Pleno do Parlamento aprobase unha emenda á totalidade das que propón 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, tendo en conta que estas unicamente poderán formularse sobre o articulado. Rematado o debate de totalidade, se o houberse, 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 esixan.

Unha vez finalizado o informe do relatorio, comezará 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 alcanzar un acordo por aproximación entra 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 confiren á Presidencia e á Mesa do Parlamento.

O ditame da Comisión será remitido ao/a Presidente/-a do Parlamento para proceder á tramitación que proceda, unha vez asinado polo/-a Presidente/-a e o/a Secretario/a da mesma.

Os Grupos Parlamentarios e os/as Deputados/-as, dentro das 48 horas seguintes á data de remate 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 incorporasen ao ditame, mediante escrito que deberá dirixirse ao/ã Presidente/-a do Parlamento. O debate no Pleno do Parlamento comezará pola presentación do ditame realizada, durante un tempo de 10 minutos, polo/-a Presidente/-a da Comisión (función que pode ser delegada noutro/-a deputado/-a). 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 texto do mesmo. O debate pecharase con outra quenda de 5 minutos no 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 emendar erros ou incorreccións técnicas, terminolóxicas ou gramaticais.

Para rematar, 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/unha Deputado/-a coa firma doutros catro membros do Parlamento.
- Un Grupo Parlamentario coa firma do seu portavoz.

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 no 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.

No caso de que a Xunta se pronunciase sobre a tramitación da proposición de lei, previo ao comezo do debate, darase lectura ao manifestado polo Goberno. O debate axustarase ao establecido para os de totalidade. Unha vez finalizado o/a Presidente/-a 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, correspondendo a un dos deputados/-as 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, previa 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 derivarse das normas que regulan a iniciativa lexislativa popular.

O proponente 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.

► Procedemento lexislativo 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 Portavoces e por iniciativa de dous Grupos Parlamentarios ou unha quinta parte dos/das Deputados/-as, 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 conseguirse 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 considerarase aprobado o texto, en 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 se acompañan 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 as mesmas no prazo de 15 días.

O debate de totalidade do Proxecto de Lei de Orzamentos será único, para o que se acumularán no mesmo 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 adecúe 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 artigo 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 membro do Parlamento.

Aprobado o proxecto de reforma, o presidente do Parlamento remitirallo ás Cortes Xerais para a súa tramitación ulterior.

### **Competencia Lexislativa das Comisións**

O Pleno do Parlamento por maioría de 2/3, a proposta da Mesa da Cámara, de acordo coa Xunta de Portavoces ou a 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 fora obxecto de delegación. Esta iniciativa pode ser tomada pola Mesa do Parlamento, por dous grupos parlamentarios ou por unha quinta parte dos seus deputados/as.

Salvo o debate e votación en Pleno para a tramitación, aplicase o procedemento lexislativo común tendo en conta o seguinte:

Unha vez se reciba o texto, a Comisión deberá nomear un poñente constituído por un membro da Comisión pertencente a cada Grupo Parlamentario. Para o debate en Comisión do informe do poñente 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, previa proposta da Mesa do Parlamento, oída a Xunta de Portavoces ou a iniciativa desta, o que poderá acordar que un proxecto de lei se tramite directamente e en lectura única ante o Pleno ou Comisión. Deberá 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 única votación.

## **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 unicamente na Xunta, delegación que deberá efectuarse 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, de 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 /2007 (*DOG* núm. , do 13 de abril) e pola Lei 12/2007, do 27 de xullo (*BOE* núm. , do 8 de agosto, pola que se tamén se modifica a Lei 9/1995 do 10 de novembro do Consello Consultivo de Galicia).

contempla e regula a elaboración dos Decretos Lexislativos polo executivo autonómico.

A norma mencionada no anterior parágrafo atribúe á Xunta de Galicia a potestade de ditar Decretos Lexislativos nos supostos de delegación expresa do Parlamento. A delegación deberá outorgarse:

- Mediante unha Lei de Bases cando o seu obxecto sexa a formación de textos articulados.
- Mediante unha Lei Ordinaria 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 han de seguirse no seu exercicio. En ningún caso poderán autorizar á 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 a 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 de 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 deberá de outorgarse 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 provisionais 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 á mesma, 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 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 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 Consellerías
  - Nomear e cesar, a proposta dos conselleiros, aos altos cargos da Administración Pública Galega de rango igual ou superior a director/-a xeral.
  - Crear, modificar ou suprimir as Comisións Delegadas da Xunta.
  - Determinar a estrutura orgánica superior das Vicepresidencias e das Consellerías da Xunta de Galicia.

- Designar aos representantes da Comunidade Autónoma nos organismos, institucións financeiras e empresas públicas do Estado.
  - Tomar coñecemento das resolucións do Parlamento e adoptar, no seu 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 houber e as Consellerías.
  - Encomendar a un/unha vicepresidente/-a ou conselleiro/-a que se encargue do despacho dunha Consellería ou da propia Presidencia, en caso de ausencia, enfermidade ou impedimento do seu titular.

Estarase, no que se refire ao exercicio da potestade regulamentaria por parte da Administración e do Goberno de Galicia, ao 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, recoñecéndolle ás persoas titulares das consellerías a competencia para ditar disposicións administrativas de carácter xeral no que respecta ás 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 asinaranse polo presidente da Xunta e serán referendados polo titular da consellería competente por razón da materia. No caso de competencias coincidentes a proposta corresponderalle aos conselleiros interesados, co referendo do conselleiro da Presidencia.

As ordes asinaranse pola persoa titular da consellaría que corresponda, no 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 consellerías 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 compete á xurisdición Contencioso-Administrativa, e así se recoñece no artigo 1 da propia Lei 29/1998, de 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 2º 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 iso dótaselles 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 xa que logo unha atribución directa de competencias ao Estado e facultativa con respecto das Comunidades Autónomas. Como complemento ao anterior haberá de terse 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 amparo do artigo 151 e disposición transitoria segunda non necesitan esperar os cinco anos esixidos.

O Estatuto de Autonomía de Galicia determina o catálogo de competencias e o seu réxime xurídico dentro do seu Título II. As mesmas 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 do listado anterior de competencias, entre exclusividade absoluta e relativa, no sentido de que a primeira categoría (absoluta) identifica a aquelas materias nas que non se prevé relación ou conexión coas competencias estatais (por exemplo, a artesanía ), e a segunda (relativa) identifica a aquelas competencias que deben definirse no seu alcance e extensión por referencia e confrontación coas do artigo 149.1 da Constitución (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 lexislativas, regulamentarias e executivas, non atopándose outro límite que o respecto da 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, correspóndelle ao Parlamento a potestade lexislativa nos termos previstos no Estatuto e nas Leis do Estado ás que o mesmo se refire, correspondéndolle á Xunta a potestade regulamentaria e a función executiva.

● Competencias Compartidas: Aquelas en as 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 análogo carácter, 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 haberá de determinarse que a Constitución cando enumera as competencias propias das Comunidades Autónomas non o fai excluindo do todo a intervención estatal, xa que en moitos casos deberá de terse presente o marco establecido polo Estado. Do mesmo xeito actúa ao enumerar as competencias exclusivas do Estado, pois o certo é que en moitas delas contémplase 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 converteranse 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 (LA LEY 103806-NS/0000), sobre conflito positivo de competencia plantexado polo Goberno da Nación contra o decreto sobre etiquetaxe de produtos que se comercializan en Cataluña, o Tribunal declarou que 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 será de aplicación unicamente ao territorio galego.

### **III.- APLICACIÓN DO DEREITO GALEGO**

A este respecto haberá de estarse á 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 respectaranse polo Estado as normas de 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 corresponder ás Comunidades Autónomas en virtude dos seus respectivos estatutos.
- 2.- A competencia sobre as materias que non se asumiron polos Estatutos de Autonomía corresponderán 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 as que non se recollan expresamente no artigo 149 e que foran obxecto de asunción pola Comunidade Autónoma de Galicia.

- As competencias non asumidas pola Comunidade Autónoma de Galicia, xa sexan das incorporadas ao artigo 148 ou das que pode asumir por non estar contempladas no artigo 149, corresponderán ao Estado. Neste caso determínase pola Constitución unha prevaleza 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 referindo ao contido na Lei 2/2006, de 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 a lei e desprazando aos usos e costumes que outrora 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 defecto de lei galega aplicable, e en ausencia de Lei e costume aplicásele supletoriamente o dereito civil xeneral do Estado, sempre que non se opoña aos principios do ordenamento xurídico galego.

As novidades máis importantes que recolle, no ámbito material, son:

- Prevaleza 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.

Abundando no anterior a propia redacción do artigo 149 onde 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 incumbe ás regras relativas á aplicación e eficacia das normas xurídicas, formas de matrimonio, ordenación de rexistros e instrumentos públicos, bases das obrigacións contractuais, normas de resolución de conflitos de leis e determinación das fontes do Dereito, con respecto, neste último caso, ás normas de dereito foral ou especial.

É necesario 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, cómputo de prazos, entre outras.

O artigo 149.3 da Constitución Española establece que a competencia sobre as materias que non se asumiron 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. Trátase da denominada **cláusula de prevaleza** segundo a cal as normas estatais prevalecen en caso de conflito sobre as das Comunidades Autónomas, que 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 iso suporía crebar a base do noso sistema competencial, articulado en torno ao principio de competencia. Por esta razón cabe dudar da utilidade desta regra, pois pode servir como instrumento de resolución provisional 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 pode conferir título algún 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 haberá de ser completo ou pleno en relación co ámbito competencial propio. Para iso non é necesario que consiga abarcar todo o que necesita ser regulado en cada momento, senón que deberá tender a iso mediante a habilitación de mecanismos capaces de 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 auto integración. Habería que 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 haberá de determinarse que esta equiparación resulta de todo incorrecta en tanto que a competencia está orientada a establecer un réxime de distribución de materias e a supletoriedade está ordenada 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 prevaleza véxase a STC 1/2003, do 16 de xaneiro e sobre o principio de supletoriedade (réxeme estatutario dos funcionarios públicos e o marco xeral de distribución de competencias entre a Comunidade Autónoma de Extremadura e o Goberno da Nación), no relativo ao principio de subletoriedade, véxase a STC 118/1996, do 27 de xuño (sobre interpretación do mesmo e da potestade de coordinación no conflito na ordenación do transporte en Cataluña), referencia LA LEY 106591/2003 e 8076/1996, respectivamente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- De Otto y 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*, EGP Santiago de Compostela, 1996.
- Begoña López Portas, 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/constitución/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo....](http://www.Congreso.es/consti/constitución/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo....) , 2003.

<http://laleydigital.laley.es/Content/Busqueda.aspx>

**FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE.**

# **4. A RELACIÓN XURÍDICO- ADMINISTRATIVA: CONCEPTO E SUXEITOS DA RELACIÓN XURÍDICO-ADMINISTRATIVA. AS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS. O ADMINISTRADO. A SÚA CAPACIDADE XURÍDICA E DE OBRAR.**

## **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.**

### **A RELACIÓN XURÍDICO-ADMINISTRATIVA. CONCEPTO E SUXEITOS DA RELACIÓN XURÍDICO-ADMINISTRATIVA**

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 lle denomina “administrado” cando se insire nunha relación xurídica desta clase), ou ben outra Administración pública.

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.

Esa actuación da Administración pública en réxime xurídico-privado prodúcese en xeral 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.

Malia 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.

No entanto, 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 art. 56 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, establece que os actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito administrativo serán executivos de conformidade co disposto nesta Lei, e o art. 57.1 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 94 sinala que os actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito administrativo serán inmediatamente executivos, salvo o previsto nos art. 111 e 138 para a suspensión da súa eficacia e para as resolucións sancionadoras que non poñen fin á vía administrativa, e salvo naqueles casos en que unha disposición estableza o contrario ou necesiten aprobación ou autorización



superior. En consecuencia, segundo o art. 95, as administracións públicas, a través dos seus órganos competentes en cada caso, poderán proceder, previo 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 arts. 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.

## **AS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS**

Non hai unha soa Administración pública, senón unha pluralidade de administracións públicas, titulares todas elas de relacións xurídico-administrativas. Xunto á Administración do Estado alíñanse as das comunidades autónomas, as administracións locais (provincias, municipios, entidades locais menores), todas e cada unha 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, o do Estado e o das comunidades autónomas, e vertical, pola concentración na orde do Estado dos poderes políticos superiores ou soberanos (arts. 1.2 e 149.1 da Constitución). Pola súa vez,

están as autonomías constitucionalmente garantidas, que son a Administración local (arts. 137, 140 e 141 da Constitución) e as universidades (art. 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 (art. 161 da Constitución e art. 59 e segs. da Lei orgánica do Tribunal Constitucional), e da supremacía que a estas lles 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 se reconduce a unha unidade estrutural e sistemática. O principio constitucional de coordinación (art. 103.1) é expresión deste principio organizativo, correlativo da unidade global do Estado (GARCÍA DE ENTERRÍA).

Para os efectos da aplicación das bases do réxime xurídico, o procedemento administrativo común e o sistema de responsabilidade das administracións públicas, o art. 2 da Lei 30/1992 sinala que se entende por administracións públicas a Administración xeral do Estado, as administracións das comunidades autónomas, e as entidades que integran a Administración local. Así mesmo, as entidades de Dereito público con personalidade xurídica propia vinculadas ou dependentes de calquera das administracións públicas teñen, así mesmo, a consideración de Administración pública, inda que só suxeitarán a súa actividade á Lei 30/1992 cando exerzan potestades administrativas, someténdose no resto da súa actividade ao que dispoñan as súas normas de creación.

De xeito similar, o art. 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.

O art. 3 da Lei 30/1992, en desenvolvemento do art. 103 da Constitución, sinala 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 Constitución, á lei e ao dereito. Igualmente, deberán respectar na súa actuación os principios de boa fe e de confianza lexítima, e nas súas relacións cos cidadáns actúan de conformidade cos principios de transparencia e de participación.

O art. 3 da Lei 30/1992 engade que as administracións públicas, nas súas relacións, réxense polo principio de cooperación e colaboración, e na súa actuación polos criterios de eficiencia e servizo aos cidadáns. Baixo a dirección do Goberno da Nación, dos órganos de goberno das comunidades autónomas e dos correspondentes das entidades que integran a Administración local, a actuación da Administración pública respectiva desenvólvese para alcanzar os obxectivos que establecen as leis e o resto do ordenamento xurídico.

Finalmente, o art. 3 da Lei 30/1992 proclama que cada unha das administracións públicas actúa para o cumprimento dos seus fins con personalidade xurídica única.

## **O ADMINISTRADO**

Administrado é calquera persoa física ou xurídica considerada desde a súa posición privada respecto da Administración pública ou dos seus axentes (GARCÍA DE ENTERRÍA).

Dentro desta categoría xenérica é posible distinguir dous subtipos: administrado simple e administrado cualificado. O administrado simple caracterízase por ostentar unha posición puramente xenérica de cidadán, mentres que o administrado cualificado se distingue porque se singulariza da devandita posición en virtude dun tipo de relación concreta que o liga á Administración dun xeito específico.

Os cidadáns ostentan a condición de administrado simple naquelas relacións cunha Administración pública que responden ao modelo de relación xenérica entre os poderes públicos e os cidadáns. Esta situación adoita cualificarse, desde LABAND e MAYER, de relación xeral de poder ou relación de supremacía xeral (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. Esta inserción produciría, segundo a doutrina alemá, unha dependencia respecto da antedita organización denominada relación especial de poder ou relación de supremacía especial (desde a perspectiva da Administración), ou relación especial de suxeición (desde a perspectiva do administrado).

MAYER caracterizou 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 podería afectar 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, inda afectando a dereitos fundamentais daquel.

No noso ordenamento, onde a Constitución consagra o principio de legalidade da actuación administrativa (art. 103.1 CE) e a vinculación de todos os poderes públicos aos dereitos fundamentais (art. 53.1 CE), non se pode admitir 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 dun xeito xeral, que autorizan á Administración para lle impoñer ao administrado condutas positivas ou negativas, non previstas de xeito explícito na lei, ou dunha máis ampla marxe do papel do regulamento no desenvolvemento desa lei, pero nunca unha exención desta.

## **A SÚA CAPACIDADE XURÍDICA E DE OBRAR**

En primeiro lugar, débese sinalar que a tradicional distinción entre capacidade xurídica (aptitude para 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 (art. 30 da Lei 30/1992).

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 seren parte nas relacións ou situacións xurídicas que regulan, declarándose a causa de incapacidade como consecuencia dun simple acto administrativo.

Así as cousas, dado a súa esgotadora casuística, 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).

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 (p. ex., para o acceso á función pública), como un factor extintivo de relacións xurídicas (p. ex., como causa de xubilación dos funcionarios ou o cesamento de

certos cargos inamovibles), ou como requisito para o goce de determinados servizos (p. ex., prestacións da Seguridade Social).

Outras circunstancias modificativas son, por exemplo, a condena penal, a declaración de concurso ou de insolvencia ou as sancións administrativas.

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.

## **AS SITUACIÓNS XURÍDICAS DO ADMINISTRADO EN XERAL**

O administrado, ao actuar no tráfico xurídico 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 diminución da esfera xurídica do administrado; e situacións xurídicas mixtas, que son aquelas onde se mesturan vantaxes e desvantaxes para o administrado.

## **SITUACIÓNS XURÍDICAS DE CARÁCTER ACTIVO: POTESTADES DO 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 se despregar e actuar fronte a círculos xenéricos de persoas que, respecto do titular do devandito poder, se atopan nunha situación de suxeición.

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 se pode chegar a actualizar e traducir 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 (art. 24.1 CE).

O dereito subxectivo consiste nun recoñecemento polo dereito dun poder en favor dun suxeito concreto que pode facer valer fronte a outros suxeitos, impoñéndolles a obriga de realizaren unha conduta concreta e específica no seu interese propio, recoñecemento que implica a tutela xudicial desa posición.

Existen tres supostos típicos de dereitos subxectivos:

- Dereitos de natureza patrimonial: i) de natureza obrigacional: contractual, extracontractual por danos e legal (titular dunha situación á que a lei conecta un crédito fronte á Administración: funcionario, beneficiario dunha subvención...); ii) de natureza real (propiedade, dereitos de aproveitamento exclusivo sobre bens públicos...).
- Dereitos creados, declarados ou recoñecidos por actos administrativos singulares, en 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, inda que tamén pode ser outorgado directamente por unha norma (p. ex., os dereitos fundamentais) e mesmo creado en exercicio dunha potestade. Por iso, as potestades non se poden adquirir nin extinguir por prescrición (inda 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 atopa 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, se pode ceder o seu simple exercicio; pola contra, o dereito subxectivo é, por natureza, transmisibes a terceiros, salvo os de carácter persoalísimo.

- A potestade posúe un obxecto xenérico, consistindo o seu contido 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 ou 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 ou 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 (p. ex., as referentes á competencia ou ao procedemento), o que impedía aos particulares incoaren 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 iniciaren o correspondente proceso; proceso no cal, está claro, non podían pedir a protección de dereito ningún, e, en consecuencia, non podían solicitar o restablecemento dunha situación xurídica individualizada senón só a simple 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 simple anulación é suficiente (p. ex., anulación dunha sanción), pero non o é na maior parte

dos casos.

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, que se cualifica como dereito subxectivo reaccional.

Cando un acto da Administración interfere no ámbito vital dunha persoa, causando un dano calquera neste e de modo contrario a dereito, xorde no particular afectado un dereito a reaccionar contra o prexuízo sufrido, co 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 co obxecto de eliminalo, impoñéndolle ao autor do acto a realización das condutas necesarias para iso.

## **SITUACIÓNS XURÍDICAS PASIVAS: SITUACIÓN DE SUXEICIÓN E DEBER DO ADMINISTRADO**

Pódense incluír neste grupo tres clases diferentes: a suxeición, o deber e a obriga.

A suxeición 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 lle impón a un suxeito en consideración aos intereses xerais da colectividade. Por

exemplo, o deber de contribuír ao sostemento dos gastos públicos (art. 31.1 CE). En consecuencia, o suxeito gravado co deber non ten fronte a el 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, so 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 en 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 xirada a un suxeito concreto converte en obriga fronte á Administración o deber de contribuír ao sostemento dos gastos públicos.

## SITUACIÓNS XURÍDICAS DE CARÁCTER MIXTO

Pódense incluír neste grupo tres clases diferentes: o poder funcional e a carga.

Os poderes-deberes, poderes funcionais ou funcións caracterízanse por que neles 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 civil, a patria potestade; no ámbito público, o dereito-deber de defender a España, o dereito-deber ao traballo, o dereito-deber ao ambiente, 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 xeito que o seu incumprimento non entraña ilicitude ningunha, senón a simple perda dunha vantaxe para cuxa obtención esa conduta constitúe un requisito. Por exemplo, a comparecencia nun procedemento administrativo para ser considerado como interesado, a petición de ampliación de prazos, a interposición de recursos, etc.

## Os COMPLEXOS DE SITUACIÓNS XURÍDICAS: OS STATUS

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 colectividades.

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 banda, o acoutamento, desde unha certa perspectiva, dun colectivo de persoas que ostentan un conxunto de situacións xurídicas comúns; doutra, a designación sintética e abstracta do antedito conxunto de situacións xurídicas. Por exemplo, o status de español/estranxeiro, o

status de veciño, o status de funcionario público, o status de concesionario, etc.

LUIS MÍGUEZ MACHO

## **BIBLIOGRAFÍA**

COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, 21ª edición, Madrid, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., e FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14ª edición, e II, 11ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo*, I, 18ª edición, e II, 21ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, I e II, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

**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 REGULADAS E POTESTADES DISCRECIONAIS. O CONTROL DA DISCRECIONALIDADE: EN ESPECIAL O CONTROL DO FIN E A DESVIACIÓN DE PODER. O PRINCIPIO DE AUTOTUTELA.**

### **O PRINCIPIO DE LEGALIDADE DA ADMINISTRACIÓN: A SÚA CONSTRUCCIÓN TÉCNICA**

A función constitucional da Administración pública consiste en servir con obxectividade os intereses xerais, actuando para ese fin con sometemento pleno á lei e ao dereito (art. 103.1 da Constitución). Este sometemento é unha das manifestacións máis relevantes do Estado de dereito (art. 1.1 CE) e, máis concretamente, dun dos seus principios fundamentais, a saber: o principio de legalidade (art. 9.1 CE).

A actividade administrativa atópase, xa que logo, plenamente xuridificada, ou, o que é o mesmo, non se desenvolve nunca nun ámbito libre de normas e principios xurídicos. Por iso a actuación administrativa é sempre tamén aplicación da lei e o dereito.

A correlación necesaria do anterior é o sometemento da enteira actividade administrativa ao control xurisdiccional. 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 (art. 106.1 CE). Non existen, por conseguinte, ámbitos da actividade administrativa subtraídos de entrada ao control xudicial.



Alí onde haxa vinculación da actuación administrativa á lei e ao dereito (e sempre a haberá, como se dixo, inda que sexa en maior ou menor medida), caberá o control xurisdiccional da súa legalidade ou conformidade a dereito. Obviamente, sempre que se interpoña contra aquela un recurso admisible que permita ou habilite un pronunciamento xurisdiccional sobre o seu fondo, xa que sen recorrente non é posible o control xudicial (BACIGALUPO SAGESSE).

## **AS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO**

A articulación técnica do principio de legalidade, tal e 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 se exerceren en interese “de outro”, 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 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.

Finalmente, a potestade, a diferenza dos dereitos subxectivos, non é transmisible, nin renunciabile, nin prescritable (GARCÍA DE ENTERRÍA, COSCULLUELA MONTANER).

## **A ATRIBUCIÓN DE POTESTADES**

Se a Administración pretende iniciar unha actuación concreta e non conta con potestades previamente atribuídas para iso pola legalidade existente, deberá comezar por promover unha modificación desa legalidade, de xeito que dela resulte a habilitación que ata ese momento faltaba. Ese mecanismo da previa innovación normativa 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 a 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 creba do principio de legalidade; máis ben 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 as cales, 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, se poden inferir por interpretación das normas máis que sobre o seu texto directo. A inherencia ou a implicación téñense que deducir 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 ten que 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, se edifica 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.

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, no entanto, 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 dun acoutamento 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 lle trasladan a esta unha ilimitación de contido ou de posibilidades de actuación. Ese contido está sempre taxado e non o pode deixar de estar, 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 (GARCÍA DE ENTERRÍA).

## **POTESTADES REGULADAS E POTESTADES DISCRECIONAIS**

O grado máximo de vinculación da Administración ao ordenamento alcánzase cando este programa a súa actuación a través de normas de estrutura condicional con alta densidade reguladora. Son normas de

programación condicional aquelas que unen 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 á Administración, no caso de que concorra este, a adoptar unha consecuencia xurídica determinada.

A aplicación de tales normas lévase a cabo mediante un elemental siloxismo e consiste, no esencial, na subsunción da realidade á que se pretende aplicar a norma no suposto de feito descrito nela. Se esta 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) conforme ao esixido pola norma habilitante.

Cando o ordenamento lle atribúe á Administración unha potestade mediante normas de semellante estrutura, podemos afirmar que esta potestade é unha potestade regulada.

O control xurisdicional do exercicio de potestades reguladas é un control de máxima intensidade. En consecuencia, dado que cando a potestade actuada pola Administración é regulada a súa actuación se atopa 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 (art.

103.1 CE). Esta función non a pode cumprir, porén, unha Administración cuxa actuación se programa exclusivamente a través de normas de programación condicional con alta densidade reguladora.

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 (arts. 1.1 e 9.2 CE) e a lexitimación democrática (directa ou indirecta) da propia Administración inciden en certo modo na dirección oposta, esixíndolle ao lexislador que dote a Administración de potestades flexibles que lle permitan intervir eficazmente sobre unha realidade social cada vez máis complexa e mudable en defensa dos intereses xerais.

As potestades reguladas non ofrecen sempre, malia todo, esa necesaria flexibilidade. Por iso resulta plenamente acorde co Estado social e democrático de Dereito que o lexislador atenúe de xeito crecente —inda 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 reguladas, 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 distinta da marxe de decisión da que indiscutiblemente se dota a Administración cando se lle atribúen xenuíñas potestades discrecionais.

- Normas de programación condicional que, comprobada a concorrencia do suposto de feito, non obrigan porén á Administración a 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, a saber: 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, mais permítelle á Administración elixir entre varias consecuencias xurídicas posibles).

Tamén é posible que unha mesma norma lle atribúa á Administración ambas as clases de discrecionalidade ao mesmo tempo (a norma prevé unha variedade de consecuencias xurídicas posibles, pero non obriga á adopción de ningunha delas).

- Finalmente, naqueles casos en 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 definen 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 planeamento urbanístico).

Como é lóxico, a atenuación da vinculación da Administración ao ordenamento ten sempre un efecto inevitable: a intensidade do control xurisdicional diminúe; canto máis ampla sexa a marxe de apreciación ou de decisión atribuída á Administración, menos intenso poderá ser o seu control xudicial (BACIGALUPO SAGESSE).

## **O CONTROL DA DISCRECIONALIDADE: EN ESPECIAL O CONTROL DO FIN E A DESVIACIÓN DE PODER**

Como xa se dixo, a intensidade do control xurisdicional varía segundo o grao de vinculación da Administración ao ordenamento. Este control é de máxima intensidade cando o ordenamento predetermina de xeito exhaustivo e esgotador o sentido ou contido da actuación administrativa, é dicir, cando a Administración exerce potestades completamente reguladas.

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 esa actuación se corresponde precisamente coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico.



Nestes casos, o xuíz contencioso-administrativo reconstrúe, xa que logo, en certo modo, 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, no seu caso, a substitución daquela pola que proceda en dereito.

O control xurisdiccional do exercicio de potestades que lle confiren á Administración unha marxe de apreciación ou de decisión é, por regra xeral, un control puramente negativo.

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 as dúas á vez); ou, en fin, (iii) cando realiza unha actuación cuxa programación normativa é puramente finalista.

En calquera destes casos o control xurisdiccional, malia 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 reguladas, 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 simple 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.

Porque, inda que a lei lle outorga unha marxe de apreciación ou de decisión á Administración, a elección que adopte esta no exercicio desta marxe non debe respectar tan só os límites —formais ou materiais— que a este lle impoña a propia lei que o outorga (os aspectos regulados 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. Recórdese unha vez máis que a Administración non só está sometida á lei, senón tamén ao dereito (art. 103.1 CE).

Vexamos daquela de xeito algo máis detido 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 adoecerá dun vicio xurídico que determinará a súa anulación.

- O control dos feitos. O primeiro límite vén dado polos feitos determinantes da actuación administrativa. A súa determinación 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 a Administración a actuar discrecionalmente é, en principio, plenamente revisable xudicialmente.

Esta afirmación debe ser matizada, porén, nos casos en que a norma describe o suposto de feito mediante conceptos xurídicos indeterminados, xa 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 regulado. En segundo lugar, o control xurisdiccional é igualmente pleno ou de máxima intensidade en relación cos aspectos formais de carácter regulado 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 [art. 54.1.f) da Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común]. Esta última esixencia non posúe só unha relevancia puramente formal senón tamén material para o control — que mencionaremos en seguida— 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. Recórdese 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 63.1 da Lei 30/1992 dispón que “son anulables os actos da Administración que incorran en calquera infracción do ordenamento xurídico, *mesmo 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, *mesmo 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”.

Inda 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 regulada e a actuación administrativa se corresponde 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 adopta en aparencia dentro dos límites da marxe de decisión que lle confire esa 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 na consideración do significado esencial da potestade. Esta atribúese 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 en función da cal se dita o acto e, en consecuencia, está viciado.

Xa que logo, incorre en desviación de poder todo acto que persegue fins privados, sexan lícitos ou ilícitos; os que perseguen fins públicos prohibidos pola norma, e os que perseguen 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 esa legalidade extrínseca cabe entrar no axuizamento dos fins que o acto pretende para comprobar se se afasta ou non dos fins que para o mesmo 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 anular. A doutrina así entendida non afirma 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 actuaren 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 grande amplitude con que se utilizou polo Consello de Estado francés esta técnica de control da acción administrativa, o Tribunal Supremo, malia o expreso recoñecemento desta polo ordenamento español, utilizouna mesquiñamente, escudándose en esixencias procesuais de proba da existencia da desviación de poder, que van máis aló do esixible nesta institución na que as presuncións razoables e os indicios suficientes deben bastar cando son claros e manifestos.

Trala 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, xa que como regra 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. Finalmente, o límite xurídico máis importante que o ordenamento xurídico lle impón ao exercicio de potestades discrecionais é o deber de observancia dos principios constitucionais e principios xerais do dereito aos que se atopan sometidos na súa actuación todos os poderes públicos.

Eses principios son, fundamentalmente, o principio de interdicción da arbitrariedade (art. 9.3 CE), o principio de igualdade (art. 14 CE), o principio de seguridade xurídica (art. 9.3 CE) —e, como manifestación deste último, o principio de protección da confianza lexítima—, así como o principio de proporcionalidade.

Con todo, o control en dereito que permiten tales principios non é un control positivo senón puramente 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 inobxectables desde un punto de vista xurídico, calquera pretensión revisora desbordaría os límites propios dun control en dereito, penetrando 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 á Administración negativamente. É dicir, só prohiben aquelas actuacións que conculcan de forma notoria ou manifesta os valores xurídicos neles consagrados, pero non predeterminan positivamente cal é a que procede 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 traspasa (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 —inda que 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 pódese dar algún caso en que, malia gozar a Administración inicial ou formalmente dunha marxe de apreciación ou de decisión, proceda entender que 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 *reducción 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 regulada (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 esa actuación se corresponde ou non coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico (BACIGALUPO SAGESSE, COSCULLUELA MONTANER).

## **O PRINCIPIO DE AUTOTUTELA**

No caso de que un particular lle quixese facer cumprir a outro unha obriga que efectivamente contraeu, sen que acepte o cumprimento voluntario desta, o particular acredor debe 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, se producirá o efecto do cumprimento coactivo da obriga polo particular obrigado.



A diferenza desta situación entre particulares, o principio ou privilexio de autotutela da Administración 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, desprega de inmediato os seus efectos (cumpridos 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 previa validez polos tribunais, mesmo no caso de que o administrado non recoñeza esa validez.

Así, o art. 56 da Lei 30/1992 establece que os actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito administrativo serán executivos con arranxo ao disposto nesta Lei, e o art. 57.1 engade que os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo se presumirán válidos e producirán efectos desde a data en que se diten, salvo que neles se dispoña outra cousa. No mesmo sentido, o artigo 94 sinala que os actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito administrativo serán inmediatamente executivos, salvo o previsto nos art. 111 e 138 para a suspensión da súa eficacia e para as resolucións sancionadoras que non poñen fin á vía administrativa, e salvo naqueles casos en que unha disposición estableza o contrario ou necesiten aprobación ou autorización superior.

Iso implica, consecuentemente, que a carga de impugnar o acto recae sobre o administrado, que debe recorrela, xa 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, mais non lle afecta á carga da proba, que se ten que axustar 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 respecto diso o art. 95 da Lei 30/1992 que a Administración pública, a través dos seus órganos competentes en cada caso, poderá proceder, previo 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.

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.

No entanto, estes 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. No 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 mesmo en contra da vontade dos particulares que poidan resultar 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 se debe advertir que no seo das relacións que xorden con motivo da aceptación dunha actividade de prestación voluntaria pódese dar 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 do privilexio de autotela executiva ou executoriedade daqueles.

- 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 lle poña fin á vía administrativa (recurso de alzada).

- A imposibilidade de interpoñer interditos contra a actuación formalmente correcta da Administración (art. 101 da Lei 30/1992). A

prohibición de interditos 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).

LUIS MÍGUEZ MACHO

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J.: *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

BACIGALUPO SAGESSE, M.: *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control 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, páxs. 13 a 41.

BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

CHINCHILLA MARÍN, C.: *La desviación de poder*, Thomson-Civitas, 2<sup>a</sup> edición, Madrid, 2004.

COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, 21<sup>a</sup> edición, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 3<sup>a</sup> edición, Madrid, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., e FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14<sup>a</sup> edición, e II, 11<sup>a</sup> edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

# **6. OS DEREITOS DOS CIDADÁNS NA LEI DE RÉXIME XURÍDICO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS E DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.**

## **TEMA 6.**

### **OS DEREITOS DOS CIDADÁNS NA LEI DE RÉXIME XURÍDICO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS E DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN**

#### **Dereitos dos cidadáns**

O art. 35 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, rotulado “Dereitos dos cidadáns”, contén unha enunciación dos dereitos dos cidadáns nas súas relacións coas administracións públicas, o que non exclúe, por suposto, que aqueles gocen tamén doutros dereitos recoñecidos pola Constitución e as leis. Esta regulación é de gran transcendencia, pola aplicabilidade xeral das normas da Lei 30/1992 sobre bases do réxime xurídico das administracións públicas e procedemento administrativo común.

*- Dereito a coñecer en calquera momento o estado da tramitación dos procedementos nos que se teña a condición de interesado e a obter copias dos documentos contidos neles*

En realidade, non se trata dun dereito dos cidadáns en xeral, senón só dos interesados nos procedementos administrativos, e que ademais se pode ver sometido a limitacións pola normativa de protección dos datos de carácter persoal (fundamentalmente, a Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal, e o seu Regulamento de desenvolvemento, aprobado polo Real Decreto 1720/2007, do 21 de decembro). A obtención de copias de documentos supédítase ao pagamento das taxas legalmente previstas.

Consonte o art. 31.1 da Lei 30/1992, considéranse interesados no procedemento administrativo a:

- Quen o promova como titular de dereitos ou intereses lexítimos individuais ou colectivos.
- Os que, sen ter iniciado o procedemento, teñan dereitos que poidan resultar afectados pola decisión que se adopte nel.
- Aqueles cuxos intereses lexítimos, individuais ou colectivos, poidan resultar afectados pola resolución e se presenten no procedemento en tanto non recaia resolución definitiva.
- *Dereito a identificar as autoridades e o persoal ao servizo das administracións públicas baixo cuxa responsabilidade tramitar os procedementos*

Este dereito é esencial para poder exercer a facultade legal de recusación recoñecida aos interesados nos procedementos administrativos polo art. 29 da Lei 30/1992, segundo o cal nos casos previstos no art. 28.2 poderase promover recusación polos interesados en calquera momento da tramitación do procedemento.

Os motivos de abstención previstos no art. 28.2 que permiten promover a recusación das autoridades e o persoal ao servizo das administracións públicas son:

- 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 parentesco de consanguinidade dentro do cuarto grado 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 inimizade manifesta con algunha das persoas anteriores.
- Ter intervindo como perito ou como testemuña no procedemento do que se trate.
- Ter relación de servizo con persoa natural ou xurídica interesada directamente no asunto, ou terlle prestado nos dous últimos anos servizos profesionais de calquera tipo e en calquera circunstancia ou lugar.

Así mesmo, o dereito a identificar as autoridades e o persoal ao servizo das administracións públicas baixo cuxa responsabilidade tramitar os procedementos é esencial para poder solicitar que se lles esixa responsabilidade disciplinaria a esas persoas de acordo co previsto polo art. 41.2 da Lei, 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 obter copia selada dos documentos que se presenten, achegándoa xunto cos orixinais, así como á devolución destes, agás cando os orixinais deban obrar no procedemento*



Hai que ter en conta que o art. 38.5 da Lei 30/1992, reformado pola Lei 4/1999, lles recoñece tamén aos administrados o dereito a que sexa a copia a que se lle remita ao órgano destinatario, devolvéndose o orixinal ao administrado (agás cando o propio orixinal deba obrar necesariamente no procedemento), previo cotexo con este último polos rexistros aos que se refiren as letras a) e b) do art. 38.4 (os rexistros de calquera órgano administrativo que pertenza á Administración xeral do Estado, á de calquera administración das comunidades autónomas, á de calquera administración das deputacións provinciais, cabildos e consellos insulares, aos concellos dos municipios de gran poboación, ou á do resto das entidades que integran a Administración local se, neste último caso, se subscribiu o oportuno convenio).

*- Dereito a utilizar as linguas oficiais no territorio da súa Comunidade Autónoma*

O artigo 54 da Lei 7/2007, do 12 de abril, do estatuto básico do empregado público, imponse a todos os empregados públicos como principio de conduta que garantan a atención ao cidadán na lingua que o solicite sempre que sexa oficial no territorio.

*- Dereito 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*

Igual que o dereito a coñecer o estado de tramitación dos procedementos, este dereito non lles pertence a todos os cidadáns, senón só aos que contan coa condición de interesados nun concreto procedemento.

Neste sentido, establece o art. 79.1 da Lei 30/1992 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.

*- Dereito a non presentar documentos non esixidos polas normas aplicables ao procedemento do que se trate ou que xa se atopen en poder da Administración*

O dereito a non presentar documentos que xa se atopen en poder da Administración foi unha novidade da Lei 30/1992 de enorme transcendencia, xa que obriga á Administración a solicitar dos seus distintos órganos toda a documentación que obre no seu poder e que sexa necesaria para a tramitación dun determinado procedemento. Con todo, a disposición final da Lei 30/1992 supeditou a súa efectividade material e temporal a que o Consello de Ministros ditase as disposicións de desenvolvemento precisas; a eliminación desa previsión pola Lei 4/1999, de reforma da Lei 30/1992, fai que o dereito deba considerarse inmediatamente esixible.

*- Dereito a obter información e orientación verbo dos requisitos xurídicos ou técnicos que as disposicións vixentes lles imponían aos proxectos, actuacións ou solicitudes que o administrado se propoña realizar*

Novamente, trátase dun dereito cuxa efectividade queda condicionada á emanación dunha normativa de desenvolvemento que garanta a formación axeitada dos funcionarios e a existencia de servizos de información en todas as oficinas públicas. No ámbito da Administración xeral de Estado ditouse a este fin o Real Decreto 208/1996, do 9 de febreiro, sobre os servizos de información administrativa e atención ao cidadán.

*- Dereito de acceso aos rexistros e arquivos das administracións públicas*

Desenvólvese no art. 36 da Lei 30/1992, e expoñerase detalladamente ao final do tema.

*- Dereito a ser tratado con respecto e deferencia polas autoridades e funcionarios, que deberán facilitar o exercicio dos dereitos e o cumprimento das obrigas*

Este dereito é un desenvolvemento no plano administrativo do art. 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 xeito irrespectuoso ou vexatorio cos administrados.

En tal sentido, o artigo 54 do Estatuto básico do empregado público imponse como principios de conduta a todos os empregados públicos que traten con atención e respecto os cidadáns, os seus superiores e os 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.

*- Dereito a esixir as responsabilidades das administracións públicas e do persoal ao seu servizo, cando así corresponda legalmente*

Trátase do dereito a obter unha indemnización por toda lesión que sexa consecuencia do funcionamento dos servizos públicos, agás nos casos

de forza maior, recoñecido polo art. 106.2 da Constitución e desenvolvido polo título X da Lei 30/1992.

Hai que ter en conta, con todo, que os administrados non poden esixirles de xeito directo responsabilidade administrativa ás autoridades e ao persoal ao servizo da Administración, senón que se teñen que dirixir sempre contra esta última, que será despois a que reclame fronte ao responsable (art. 145 da Lei 30/1992). En cambio, si se pode esixir directamente a responsabilidade penal e a civil derivada de delito (art. 146 ).

### **A lingua nos procedementos administrativos**

Hai que distinguir os seguintes supostos, conforme ao art. 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 daquela usarase esa lingua no procedemento. Se os interesados son varios e discrepan sobre a lingua que se deba utilizar, prevalece o castelán, agás nos documentos e testemuños que requiran aqueles, que se lle expedirán a cada persoa na lingua oficial que elixa.

#### **- 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 a 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.

Todos os documentos non redactados en castelán que vaian ter efectos fóra do territorio da comunidade autónoma de que se trate deberán ser traducidos pola propia Administración actuante ao castelán, agás que se dirixan ao territorio dunha comunidade autónoma con lingua cooficial coincidente.

### **O dereito de acceso a arquivos e rexistros**

De acordo co art. 105.b) da Constitución, a lei regulará o acceso dos cidadáns aos arquivos e rexistros administrativos, agás no que afecte á seguridade e defensa do Estado, a pescuda dos delitos e a intimidade das persoas.

Esa regulación está contida no art. 37 da Lei 30/1992, que lles recoñece aos administrados o dereito a accederen aos rexistros e aos documentos que, formando parte dun expediente, obren nos arquivos administrativos, sempre que tales expedientes correspondan a procedementos terminados na data da solicitude.

O acceso aos documentos obrantes en procedementos que se estean a tramitar réxese polas regras do procedemento administrativo e, en principio, só está aberto ás persoas que teñan a condición de interesados.

#### **- Réxime xeral**

O dereito de acceso terase que exercer de forma que non se vexa afectada a eficacia do funcionamento dos servizos administrativos. A tal fin, hai que formular petición individualizada dos documentos que se desexe

consultar; a Administración non ten obriga de atender as solicitudes xenéricas sobre unha materia ou conxunto de materias (art. 37.7 da lei 30/1992).

O acceso realízase en principio mediante a obtención de copia ou certificado dos documentos, previo pagamento, se procede, das taxas establecidas (art. 37.8). Non obstante, pódese autorizar o acceso directo aos documentos cando os solicitantes sexan investigadores que acrediten un interese histórico, científico ou cultural relevante, sempre que quede garantida debidamente a intimidade das persoas (art. 37.7).

A Administración publicará periodicamente a relación dos documentos obrantes no seu poder que se sometan a un réxime de publicidade especial por afectar á sociedade no seu conxunto e cantos outros poidan ser obxecto de consulta polos particulares (art. 37.9 da Lei 30/1992).

Tamén serán obxecto de publicación regular as instrucións e respostas a consultas formuladas polos particulares ou outros órganos administrativos que comporten unha interpretación do dereito positivo ou dos procedementos vixentes, para que poidan ser alegadas polos particulares fronte á Administración (art. 37.10).

#### *- Excepcións*

- O exercicio do dereito de acceso pode ser denegado cando prevalezan razóns de interese público, por interese de terceiros máis dignos de protección ou cando así o dispoña unha norma con rango de lei. A denegación tense que facer por resolución motivada (art. 37.4 da Lei 30/1992).



- Así mesmo, o dereito de acceso non se pode exercer respecto dos seguintes expedientes (art. 37.5):

- Os que conteñan información sobre as actuacións do Goberno do Estado ou das comunidades autónomas no exercicio das súas competencias constitucionais non suxeitas ao dereito administrativo.

- Os que conteñan información sobre a defensa nacional ou a seguridade do Estado.

- Os tramitados para a investigación dos delitos cando puideren poñerse en perigo a protección dos dereitos e liberdades de terceiros ou as investigacións que se estivesen a realizar.

- Os relativos ás materias protexidas polo segredo comercial ou industrial.

- Os relativos a actuacións administrativas derivadas da política monetaria.

- Réxense pola súa regulación específica e non polo artigo 37 da Lei 30/1992:

- O acceso aos arquivos sometidos á normativa sobre materias clasificadas.

- O acceso aos documentos e expedientes que conteñan datos sanitarios persoais dos pacientes.

- Os arquivos regulados pola lexislación do réxime electoral

- Os arquivos que sirvan a fins exclusivamente estatísticos dentro do ámbito da función estatística pública.
  - O Rexistro Civil, o Rexistro Central de Penados e Rebeldes e os rexistros de carácter público cuxo uso estea regulado por unha norma con rango de lei.
  - O acceso aos documentos obrantes nos arquivos das administracións públicas por parte das persoas que teñan a condición de deputado, senador ou parlamentario autonómico.
  - A consulta de fondos documentais existentes nos arquivos históricos.
- Acceso a documentos que conteñan datos referentes á intimidade das persoas (art. 37.2 da Lei 30/1992):

Resérvase a estas, que, no caso de observar que tales datos figuran incompletos ou inexactos, poden esixir que sexan rectificadas ou completados. Exceptúanse os casos nos que se trate de expedientes caducados polo transcurso do tempo dos que non se poida derivar efecto ningún.

- Acceso a documentos de carácter nominativo que non conteñan datos referentes á intimidade das persoas (art. 37.3 da Lei 30/1992):

Pode ser exercido non só polos seus titulares, senón tamén por terceiros que acrediten un interese lexítimo e directo, sempre que tales documentos figuren en procedementos de aplicación do dereito, agás os de carácter sancionador ou disciplinario, e sexa posible facelos valer para o exercicio dos dereitos dos cidadáns.



## **Dereitos dos cidadáns a relacionarse coas administracións públicas por medios electrónicos**

Na actualidade, aos dereitos recoñecidos aos cidadáns na Lei 30/1992 hai que sumarlles os dereitos dos cidadáns a relacionarse coas administracións públicas por medios electrónicos enunciados no art. 6 da Lei 11/2007, do 22 xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos.

Este artigo recoñécelles aos cidadáns o dereito a relacionarse coas administracións públicas utilizando medios electrónicos para o exercicio dos dereitos previstos no art. 35 da Lei 30/1992, así como para obter informacións, realizar consultas e alegacións, formular solicitudes, manifestar consentimento, iniciar pretensións, efectuar pagamentos, realizar transaccións e opoñerse ás resolucións e actos administrativos.

Ademais, os cidadáns teñen, en relación coa utilización dos medios electrónicos na actividade administrativa, nos termos previstos na Lei 11/2007, os seguintes dereitos:

- A elixir, entre aquelas que en cada momento se atopen dispoñibles, a canle a través da cal se relacionar por medios electrónicos coas administracións públicas.
- A non achegar os datos e documentos que obren en poder das administracións públicas, as cales utilizarán medios electrónicos para solicitar a devandita información sempre que, no caso de datos de carácter persoal, se conte co consentimento dos interesados nos termos establecidos pola Lei orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter persoal, ou unha norma con rango de lei así o determine, agás que existan restricións conforme á normativa de



aplicación aos datos e documentos solicitados. O citado consentimento poderá emitirse e solicitarse por medios electrónicos.

- Á igualdade no acceso electrónico aos servizos das administracións públicas.

- A coñecer por medios electrónicos o estado de tramitación dos procedementos nos que sexan interesados, agás nos supostos nos que a normativa de aplicación estableza restricións ao acceso á información sobre aqueles.

- A obter copias electrónicas dos documentos electrónicos que formen parte de procedementos nos que teñan a condición de interesado.

- Á conservación en formato electrónico polas administracións públicas dos documentos electrónicos que formen parte dun expediente.

- A obter os medios de identificación electrónica necesarios, podendo as persoas físicas utilizar en todo caso os sistemas de sinatura electrónica do Documento Nacional de Identidade para calquera trámite electrónico con calquera administración pública.

- Á utilización doutros sistemas de sinatura electrónica admitidos no ámbito das administracións públicas.

- Á garantía da seguridade e confidencialidade dos datos que figuren nos ficheiros, sistemas e aplicacións das administracións públicas.

- Á calidade dos servizos públicos prestados por medios electrónicos.

- A elixir as aplicacións ou sistemas para relacionarse coas administracións públicas a condición de que utilicen estándares abertos ou, se procede, aqueloutros que sexan de uso xeneralizado polos cidadáns.

A Lei 25/2009, do 22 de decembro, engadiu un apartado 3 a este art. 6 da Lei 11/2007 segundo o cal, en particular, nos procedementos relativos ao acceso a unha actividade de servizos e o seu exercicio, os cidadáns teñen dereito á realización da tramitación a través dun portelo único, por vía electrónica e a distancia, e á obtención da seguinte información a través de medios electrónicos, que deberá ser clara e inequívoca:

- Os requisitos aplicables aos prestadores establecidos en territorio español, en especial os relativos aos procedementos e trámites necesarios para acceder ás actividades de servizo e para o seu exercicio.
- Os datos das autoridades competentes nas materias relacionadas coas actividades de servizos, así como os datos das asociacións e organizacións distintas das autoridades competentes ás que os prestadores ou destinatarios se poidan dirixir para obter asistencia ou axuda.
- Os medios e condicións de acceso aos rexistros e bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servizos.
- As vías de reclamación e recurso en caso de litixio entre as autoridades competentes e o prestador ou o destinatario, ou entre un prestador e un destinatario, ou entre prestadores.

En relación coa efectividade dos dereitos enunciados no art. 6 da Lei 11/2007, é preciso ter en conta que a súa disposición derradeira terceira

establece que desde a data da súa entrada en vigor os devanditos dereitos poderán ser exercidos en relación cos procedementos e actuacións adaptados ao disposto na Lei e, a tales efectos, cada administración pública fará pública e manterá actualizada a relación dos devanditos procedementos e actuacións.

Ora ben, mentres que no ámbito da Administración xeral do Estado e os organismos públicos vinculados ou dependentes desta os dereitos recoñecidos no artigo 6 poderán ser exercidos en relación coa totalidade dos procedementos e actuacións da súa competencia a partir do 31 de decembro do 2009, no ámbito das comunidades autónomas e das entidades que integran a Administración local, tales dereitos só poderán ser exercidos en relación coa totalidade dos procedementos e actuacións da súa competencia a partir da data mencionada sempre que o permitan as súas dispoñibilidades orzamentarias.

A Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable, engadiu un novo apartado 5 á disposición final terceira da Lei 11/2007, segundo o cal aquelas comunidades autónomas e entidades integradas na Administración local nas que non poidan ser exercidos a partir do 31 de decembro do 2009 os dereitos recoñecidos no artigo 6 en relación coa totalidade dos procedementos e actuacións da súa competencia, deberán aprobar e facer públicos os programas e calendarios de traballo precisos para iso, atendendo ás respectivas previsións orzamentarias, con mención particularizada das fases nas que os diversos dereitos serán esixibles polos cidadáns. Os devanditos programas poderanse referir a unha pluralidade de municipios cando se deban executar en aplicación dos supostos de colaboración previstos na propia disposición.

LUÍS MIGUEZ MACHO

## **BIBLIOGRAFÍA**

BLASCO DÍAZ, J. L.: “Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 136, 2007, páxs. 791-821.

COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, 21.ª edición, Madrid, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., e FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14.ª edición, e II, 11.ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, 6.ª edición, Madrid, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, I e II, Iustel, 2.ª edición, Madrid, 2009.

**7. O ACCESO ELECTRÓNICO  
DOS CIDADÁNS AOS SERVIZOS  
PÚBLICOS. NORMATIVA DE  
APLICACIÓN NA COMUNIDADE  
AUTÓNOMA DE GALICIA. SEDE  
ELECTRÓNICA. IDENTIFICACIÓN  
E AUTENTIFICACIÓN.  
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**

### **I. NORMATIVA DE APLICACIÓN NA COMUNIDADE AUTONOMA DE GALICIA.**

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 pulo do emprego e da 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 de *acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos* (en diante, LAESP), que, na súa maior parte, ten carácter de norma básica (cf. a súa disposición final 1ª).

Máis recentemente, esta base normativa estatal sobre a Administración electrónica foi complementada regulamentariamente por tres RRDD: o RD 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 RD 3/2010 polo que se regula o “esquema nacional de seguridade”; e o RD 4/2010 polo que se regula o “esquema nacional de interoperabilidade”.

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 vez primeira a utilización da rede internet pola Comunidade Autónoma; logo, o Decreto 164/2005 abordou a regulación do rexistro telemático da Xunta de Galicia e as súas relacións con outros rexistros. Máis recentemente, 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” (art. 2.i) e dedicou o seu artigo 8 a establecer algúns elementos normativos sobre a utilización dos devanditos medios electrónicos, informáticos e telemáticos”.

Na actualidade, a base normativa máis completa de cantas regulan a Administración electrónica galega contense no recentísimo Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da Administración electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dependentes dela (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 á que antes fixemos referencia, desenvólvense 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 electrónica 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 (na actualidade a Dirección Xeral de....) ten recoñecidas no art. 40 do DAEXG unha serie de funcións para o ordenamento, planificación e xestión dos servizos e instrumentos correspondentes, así como a elaboración de protocolos, estándares, guías de estilo, normas e especificacións técnicas aplicables aos anteditos servizos.

Coa regulación da “Administración electrónica”, o ordenamento xurídico propónse recoñecer o “dereito dos cidadáns a se relacionar coas administracións públicas por medios electrónicos” 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...” (art. 1.1 da LAESP) e, todo isto, “asegurando a dispoñibilidade, o acceso, a integridade, a autenticidade, a confidencialidade e a conservación dos datos, informacións e servizos que xestione no exercicio das súas competencias” (art. 1.2 da LAESP).

Entre os fins que persegue a regulación da Administración electrónica (cf. o art. 3 da LAESP e art. 2 do DAEXG) —tanto de carácter xeral, en relación cos cidadáns e en relación coa Xunta e os seus organismos públicos— están os seguintes:

1. *Facilitar o exercicio de dereitos e o cumprimento de deberes por medios electrónicos.*
2. *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.*
3. *Crear as condicións de confianza no uso dos medios electrónicos, establecendo as medidas necesarias para a preservación da integridade dos dereitos fundamentais, e en especial os relacionados*

coa intimidade e a protección de datos de carácter persoal, por medio da garantía da seguridade dos sistemas, os datos, as comunicacións, e os servizos electrónicos.

4. *Promover a proximidade co cidadán e a transparencia administrativa*, así como a mellora continuada na consecución do interese xeral.

5. *Contribuír á mellora do funcionamento interno das administracións públicas*, incrementando a súa *eficacia e a eficiencia* mediante o uso das tecnoloxías da información, coas debidas garantías legais na realización das súas funcións.

6. *Simplificar os procedementos administrativos* e proporcionar oportunidades de participación e maior *transparencia*, coas debidas garantías legais.

7. *Contribuír ao desenvolvemento da sociedade da información* no ámbito xeral.

O art. 4 da LAESP establece unha serie de principios xurídicos que deben orientar a aplicación da Administración electrónica e que, de forma resumida, son os seguintes:

1º.- “O respecto ao *dereito á protección de datos de carácter persoal* nos termos establecidos pola Lei orgánica 15/1999, de protección dos datos de carácter persoal, nas demais leis específicas que regulan o tratamento da información e nas súas normas de desenvolvemento, así como aos dereitos ao honor e á intimidade persoal e familiar.” (art. 4.a).

2º.- O “*principio de igualdade* con obxecto de que en ningún caso o uso de medios electrónicos poida implicar a existencia de restricións ou discriminacións para os cidadáns que se relacionen coas administracións públicas por medios non electrónicos...” (art. 4.b).

3º) O “*principio de accesibilidade á información e aos servizos por medios electrónicos...*” [...] “a través de sistemas que permitan obtelos

de maneira segura e comprensible, garantindo especialmente a accesibilidade universal e o deseño para todos dos soportes, canles e contornos con obxecto de que todas as persoas poidan exercer os seus dereitos en igualdade de condicións, incorporando as características necesarias para garantir a accesibilidade daqueles colectivos que o requiran.” [art. 4.c) e art. 6.a) do DAEXG].

4º.- O “*principio de legalidade* en canto ao mantemento da integridade das garantías xurídicas dos cidadáns ante as administracións públicas establecidas na Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.” (art. 4.d).

5º.- O “*principio de cooperación* na utilización de medios electrónicos polas administracións públicas co obxecto de garantir tanto a *interoperabilidade* dos sistemas e solucións adoptados por cada unha delas como, se é o caso, a prestación conxunta de servizos aos cidadáns.” (art. 4.e).

6º.- O “*principio de seguranza* na implantación e utilización dos medios electrónicos polas administracións públicas, en cuxa virtude se esixirá cando menos o mesmo nivel de garantías e seguranza que se require para a utilización de medios non electrónicos na actividade administrativa.” (art. 4.f).

7º.- O “*principio de proporcionalidade* en cuxa virtude só se esixirán as garantías e medidas de seguranza adecuadas á natureza e circunstancias dos distintos trámites e actuacións.” (art. 4.g).

8º.- O “*principio de responsabilidade e calidade na veracidade e autenticidade das informacións e servizos* ofrecidos polas administracións públicas a través de medios electrónicos.” (art. 4.h).

9º.- O “*principio de neutralidade tecnolóxica e de adaptabilidade ao progreso das técnicas e sistemas de comunicacións electrónicas* garantindo a independencia na elección das alternativas tecnolóxicas polos cidadáns e polas administracións públicas, así como a liberdade de desenvolver e implantar os avances tecnolóxicos nun ámbito de libre mercado.” (art. 4.i).

10º.- O “*principio de simplificación administrativa*, polo cal se reduzan de maneira substancial os tempos e prazos dos procedementos administrativos, logrando unha maior *eficacia e eficiencia* na actividade administrativa.” [art. 4.j) e art. 6.b) da DAEXG sobre austeridade e disciplina do gasto].

11º.- O “*principio de transparencia e publicidade do procedemento*, polo cal o uso de medios electrónicos debe facilitar a máxima difusión, publicidade e transparencia das actuacións administrativas.” (art. 4.k).

Ademais destes principios xerais, o DAEXG engádelle ao réxime da Administración electrónica os criterios xerais do “uso da lingua galega” (art. 6.c), a “promoción e difusión do uso da Administración electrónica” (art. 6.d), o “exercicio da competencia (administrativa) mediante a actuación administrativa automatizada” (art. 6.e) e a “converxencia cara á igualdade efectiva” (art. 7).

A LAESP recoñécelles aos cidadáns, no seu art. 6.2 unha serie de dereitos que teñen que ver coa utilización dos medios electrónicos nas súas relacións coas administracións públicas para o exercicio dos seus dereitos previstos no art. 35 da Lei 30/1992. En concreto, tales dereitos son os seguintes:

- a) A *elixir*, entre aquelas que en cada momento se encontren dispoñibles, a *canle a través da cal se relacionar por medios electrónicos coas administracións públicas*.
- b) A *non achegar os datos e documentos que consten en poder das administracións públicas*, as cales utilizarán medios electrónicos para reunir a dita información sempre que, no caso de datos de carácter persoal, se conte co consentimento dos interesados nos termos establecidos pola Lei orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter persoal, ou que unha norma con rango de lei así o determine, salvo que existan restricións conforme a normativa de aplicación aos

datos e documentos reunidos. O citado consentimento poderase emitir e solicitar por medios electrónicos.

c) *Á igualdade no acceso electrónico aos servizos das administracións públicas.*

d) *A coñecer por medios electrónicos o estado de tramitación dos procedementos en que sexan interesados, salvo nos supostos en que a normativa de aplicación estableza restricións ao acceso á información sobre aqueles.*

e) *A obter copias electrónicas dos documentos electrónicos que formen parte de procedementos en que teñan a condición de interesado.*

f) *Á conservación en formato electrónico polas administracións públicas dos documentos electrónicos que formen parte dun expediente.*

g) *A obter os medios de identificación electrónica necesarios, podendo as persoas físicas utilizar, en todo caso, os sistemas de sinatura electrónica do documento nacional de identidade para calquera trámite electrónico con calquera Administración pública.*

h) *Á utilización doutros sistemas de sinatura electrónica admitidos no ámbito das administracións públicas.*

i) *Á garantía da seguranza e confidencialidade dos datos que figuren nos ficheiros, sistemas e aplicacións das administracións públicas.*

j) *Á calidade dos servizos públicos prestados por medios electrónicos.*

k) *A elixir as aplicacións ou sistemas para se relacionar coas administracións Públicas sempre e cando utilicen estándares abertos ou, se é o caso, aqueloutros que sexan de uso xeneralizado polos cidadáns.*

Así mesmo, en virtude da reforma operada na LAESP pola normativa de libre acceso ás actividades de servizo e o seu exercicio (pola transposición da chamada Directiva de Servizos), recoñéceselles aos cidadáns o dereito a tramitar os procedementos relativos aos anteditos servizos mediante vía

electrónica e a través dun “portelo único” (cf. art. 6.3). Doutra banda, como establece a disposición derradeira terceira da LAESP, os dereitos recoñecidos no citado art. 6, “poderán ser exercidos —no ámbito das comunidades autónomas— en relación coa totalidade dos procedementos e actuacións da súa competencia a partir do 31 de decembro de 2009, sempre que o permitan as súas dispoñibilidades orzamentarias”.

## **A “SEDE ELECTRÓNICA”.**

Enténdese por “sede electrónica”, “o enderezo electrónico, a través do cal os cidadáns acceden á información, servizos e trámites electrónicos, que representa unha fonte de información auténtica na que o organismo titular identificado coa sede garante responsablemente a integridade, veracidade e actualización da información e os servizos a que se poida acceder a través desta.” (art. 8.1 DAEXG e cf. tamén o art. 10 da LAESP). Pola súa vez, este enderezo electrónico na Comunidade Autónoma de Galicia será accesible a través do portal [www.xunta.es](http://www.xunta.es).

A través da sede electrónica da Xunta de Galicia accederase a todos os contidos que, por disposición legal ou regulamentaria, deban estar incluídos —tal e como prevé o art. 9 do DAEXG— nesta sede, como, por exemplo, a posibilidade de acceso en galego e en castelán aos seus contidos e servizos, información relativa á estrutura orgánica da Xunta de Galicia, a guía de procedementos e servizos, ao “Diario Oficial de Galicia” (cf. o art. 13 do DAEXG sobre a súa edición electrónica que substitúe á impresa), á “plataforma de contratos públicos de Galicia”, etc.

A “sede electrónica” distínguese, pola súa vez, do “registro electrónico” e do “taboleiro de anuncios electrónico”, os dous da Xunta de Galicia. Así, o primeiro —nos termos establecidos nos art. 24 e 25 da LAESP—, o “registro electrónico da Xunta de Galicia” será “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.” (art. 11.1 do DAEXG). E en canto ao “taboleiro de anuncios electrónico da Xunta de Galicia”, será tamén accesible en sede electrónica e conterá “a notificación de actos administrativos cando as persoas interesadas sexan descoñecidas, o lugar da notificación non estea correctamente determinado ou, intentada a notificación, esta non se puidese efectuar.” (art. 12.1 do DAEXG).

## **IDENTIFICACIÓN E AUTENTICACIÓN.**

Unha cuestión principal nas comunicacións electrónicas entre os cidadáns e as administracións públicas son as formas de identificación e autenticación para o que se admiten os sistemas de sinatura electrónica que sexan conformes á Lei estatal 59/2003 de sinatura electrónica xa que resultan adecuados “para garantir a identificación dos participantes e, se é o caso, a autenticidade e integridade dos documentos electrónicos.” (art. 13.1 da LAESP e 14.1 do DAEXG).

Na normativa galega distínguense —e admítense— catro sistemas de sinatura electrónica:

- 1º.- Os sistemas de sinatura electrónica incorporados ao “documento nacional de identidade” para as persoas físicas ou tamén chamado “DNI electrónico” [cf. art. 14.2.a) do DAEXG e art. 14 da LAESP].
- 2º.- Os sistemas de “sinatura electrónica avanzada” [definida na letra m) do Anexo de definicións da LAESP], baseados en certificados electrónicos recoñecidos, admitidos polas administracións públicas que teñan validez en Galicia e que se especifiquen na sede electrónica [cf. art. 14.2.b) e 16 do DAEXG, e art. 15 da LAESP].
- 3º.- 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 [cf. art.

14.2.c) do DAEXG e art. 16 da LAESP].

4º.- Outros sistemas de identificación que resulten proporcionais e seguros para a identificación das persoas interesadas [art. 14.2.d) do DAEXG].

En todo caso, a Administración correspondente debe determinar en cada caso as formas de identificación que son precisas en cada caso (cf. art. 14.3 a 7 do DAEXG). E, con carácter xeral, a presentación dun documento electrónico por medio do rexistro electrónico requirirá a sinatura electrónica do solicitante (cf. art. 15.1 do DAEXG).

Pola súa banda, as sedes electrónicas da Xunta de Galicia e das entidades dependentes dela identificaranse electronicamente —como establece o art. 17.1 do DAEXG— “coa aplicación conxunta dos sistemas de sinatura electrónica baseados en certificados de dispositivo seguro ou medio equivalente”, por exemplo, o “certificado de sede” (cf. art. 17.3 do 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 (cf. art. 18.1 e 2 do DAEXG). Neste último caso, as entidades públicas terán un rexistro actualizado dos funcionarios habilitados para a identificación ou autenticación dos cidadáns (cf. art. 19 do DAEXG).

## **REXISTROS, COMUNICACIÓNS E NOTIFICACIÓNS ELECTRÓNICAS.**

Enténdese por “documento electrónico” a “información de calquera natureza en forma electrónica, arquivada nun soporte electrónico segundo un formato determinado e susceptible de identificación e tratamento diferenciado” [letra j) do Anexo de definicións da LAESP]. Estes documentos deben dispoñer dos datos de identificación que permitan a súa individualización, sen prexuízo da súa posible incorporación a un



“expediente electrónico” ou conxunto de documentos electrónicos que integran un procedemento administrativo (cf. art. 27.1 do DAEXG).

En canto aos “documentos electrónicos”, cabe distinguir dúas clases principais:

1º.- Os “documentos administrativos electrónicos” (ou ditados por unha Administración pública) que, como establece o art. 27.2 do DAEXG, deberán “ser expedidos e asinados electronicamente mediante os sistemas de sinatura previstos nos art. 18 a 20 da LAESP” (selos electrónicos, códigos seguros de verificación, sinatura electrónica do persoal ao servizo das administracións públicas, etc.) e axustarse aos requisitos de validez previstos pola Lei 30/1992 (cf. art. 27.2 do DAEXG). Nestes casos, a Xunta de Galicia e as entidades dependentes teñen que garantir a autenticidade, integridade, conservación e, de ser o caso, recepción por parte da persoa interesada dos devanditos documentos (cf. art. 27.3 do DAEXG).

2º.- En canto aos documentos electrónicos ou imaxes electrónicas dos documentos en soporte papel que poden achegar ao expediente as persoas interesadas nun procedemento, deben cumprir as condicións establecidas no art. 35 da LAESP (utilización da sinatura electrónica avanzada) e deberanse axustar aos formatos e estándares aprobados para tales procesos no protocolo de arquivo e documentos electrónicos (cf. art. 27.4 do DAEXG).

Sobre as “copias electrónicas de documentos electrónicos”, tanto dos emitidos polas persoas interesadas nun procedemento como polas entidades públicas, “terán —como dispón o art. 29 do DAEXG— inmediateamente a consideración de copias auténticas coa eficacia prevista no art. 46 da LAESP” sempre que se cumpran certos requisitos como que o documento electrónico orixinal se atope en poder da Xunta de Galicia ou da

entidade dependente que obtén a copia, ou que a copia sexa obtida por quen sexa competente conforme a dereito, ou que a información de sinatura electrónica permita comprobar a súa coincidencia co orixinal (cf. art. 29.1 do DAEXG).

Diferente é o suposto das copias electrónicas de documentos cuxo soporte orixinal sexa papel; nese caso, denomínase “compulsa electrónica” que require unha “dixitalización” (enténdese por tal, como sinala o art. 32.1 do DAEXG, “o proceso tecnolóxico que permite, mediante a aplicación de técnicas fotoelectrónicas ou de escáner, converter a imaxe contida nun documento en papel nunha imaxe dixital fiel e íntegra”) previa coa posterior comprobación pola autoridade ou persoal funcionario habilitado para o efecto que asegure a exactitude do documento dixitalizado e que garanta a autenticidade e integridade dos documentos (cf. art. 29.5 e 31 do DAEXG).

En todo caso, como establece o art. 29.6 do DAEXG, “as copias auténticas electrónicas de documentos, con independencia do seu formato orixinal:

- a) Gozarán da mesma validez e efectos que os orixinais.
- b) Indicarán a circunstancia de ser copias auténticas de documentos orixinais e, se é o caso, a súa data de caducidade.
- c) Poderán ser arquivadas electronicamente, incluíndo, en todo caso, a sinatura electrónica correspondente. ”

Por outra banda, o Decreto 198/2010 regula os “certificados administrativos por medios electrónicos”, dispoñendo que “substituirán progresivamente os certificados en soporte papel [...] sen prexuízo das medidas que se adopten para garantir a igualdade no acceso electrónico aos servizos das administracións públicas” (art. 30.1). O certificado conterá os datos obxecto de certificación e a sinatura electrónica da autoridade competente para expedilo (cf. art. 30.2).

Finalmente, tanto a normativa estatal (art. 31 da LAESP) como a galega (art. 28 do DAEXG) regulan o “arquivo electrónico de documentos”. As entidades públicas que se someten ao réxime da Administración electrónica teñen que garantir, tanto a “xestión da documentación electrónica orixinal, recibida, producida e xestionada no desenvolvemento dos seus procesos administrativos, e a súa conservación ao longo do seu ciclo de vida”, como os “dereitos de acceso, rectificación, cancelación e oposición, de acordo coa normativa de protección de datos” (cf. art. 28.1 do DAEXG). Os documentos públicos electrónicos archivados electronicamente “presumiranse auténticos, fiables, íntegros e dispoñibles, en iguais condicións que os documentos noutros soportes” (art. 28.2 do DAEXG), inda que é posible levar a cabo un cambio do formato —sen alterar o contido— que, por razóns técnicas, se estime conveniente para protexer os documentos fronte á súa obsolescencia (cf. art. 28.3 do DAEXG ).

As entidades responsables da Administración electrónica deben velar pola adecuada conservación dos arquivos e documentos electrónicos que se atopen no seu poder, evitando a súa destrución ou a imposibilidade de acceso a eles por razóns de obsolescencia (cf. art. 28.4 do DAEXG). E, en canto ao acceso aos documentos archivados por medios ou soportes electrónicos, debe efectuarse conforme ao previsto no artigo 37 da Lei 30/1992 e á normativa de protección dos datos de carácter persoal (cf. art. 28.6 do DAEXG).

## **A XESTIÓN ELECTRÓNICA DOS PROCEDEMENTOS.**

A xestión electrónica dos procedementos administrativos está regulada no Título III da LAESP, onde se conteñen diferentes criterios sobre a xestión electrónica da actividade administrativa: respecto da titularidade e o exercicio da competencia pola Administración pública (cf. art. 33), a necesidade de realizar unha “análise de redeseño funcional e

simplificación” dos procedementos, procesos ou servizos (cf. art. 34), así como as especificacións precisas para as fases de iniciación, instrución e terminación dos procedementos administrativos por medios electrónicos (cf. art. 35 a 39). 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 a disposición dos cidadáns e empregados públicos (cf. art. 20 do DAEXG).

A “habilitación de procedementos administrativos” por medios electrónicos debe cumprir certos requisitos, como son: o respecto ao exercicio e titularidade do órgano ou entidade que teña atribuídas as súas competencias, así como o cumprimento dos correspondentes requirimentos formais e materiais (cf. art. 21.1 do DAEXG); a realización dunha análise previa de redeseño funcional e simplificación dos procedementos (cf. art. 21.3 do DAEXG); a súa publicación na sede electrónica da Xunta de Galicia (cf. art. 21.5 do 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 resollen o procedemento, as notificacións das resolucións, etc. (cf. art. 22 do DAEXG).

Intimamente relacionado co “procedemento administrativo electrónico” está o “expediente electrónico” regulado no art. 33 do DAEXG (cf. tamén o art. 32 da LAESP), que, como define o art. 32.1 da LAESP, “é o conxunto de documentos electrónicos correspondentes a un procedemento administrativo, calquera que sexa o tipo de información que conteñan”. Este expediente debe incluír un índice que conteña a relación de todos os documentos que o compoñen (cf. art. 33.1 do DAEXG), así como as

referencias de pescuda co fin de acceder ao seu contido (cf. art. 33.2 do DAEXG). Ademais, cada expediente debe estar identificado cun “código de clasificación normalizado” (cf. art. 33.4 do DAEXG).

A formación dos expedientes electrónicos é responsabilidade do órgano que dispoña a normativa de organización específica (cf. art. 33.6 do DAEXG), debéndose someter —os que deban ser obxecto de remisión ou posta a disposición— a varias regras que contén o art. 33.7 do DAEXG:

- a) Os expedientes electrónicos disporán 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 mediante os sistemas previstos nos artigos 18 e 19 da LAESP, e nos termos do artigo 32.2 da citada lei.
- c) Co fin de garantir a interoperabilidade dos expedientes, tanto a súa estrutura e formato como as especificacións dos servizos de remisión e posta a disposición suxeitaranse ao que estableza ao respecto o protocolo de arquivo e documento electrónicos.
- d) Os expedientes electrónicos estarán integrados por documentos electrónicos, e poderán incluír así mesmo 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 os estándares e procedementos establecidos, deberán incorporarse ao índice do expediente sen prexuízo da súa achega 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 de balde ao alcance de todas as posibles persoas usuarias, nos termos que determine o

protocolo de arquivo e documento electrónicos.

## **INTEROPERABILIDADE E SEGURIDADE.**

Como o sistema da Administración electrónica se basea na interrelación e comunicación dos medios electrónicos, informáticos e telemáticos dos entes públicos, unha das súas notas fundamentais é a chamada “interoperabilidade”, que é definida pola letra o) do Anexo da LAESP como a “capacidade dos sistemas de información, e por tanto dos procedementos aos que estes dan soporte, de compartir datos e posibilitar o intercambio de información e coñecemento entre eles”.

A LAESP regula con carácter xeral —nos seus art. 41 a 44— a cooperación en materia de interoperabilidade dos sistemas de información de maneira que as administracións públicas, nas súas relacións cos cidadáns e as demais administracións, apliquen “medidas informáticas, tecnolóxicas, organizativas e de seguranza, que garantan un adecuado nivel de interoperabilidade técnica, semántica e organizativa e eviten discriminación aos cidadáns por razón da súa elección tecnolóxica” (art. 41 da LAESP).

Como xa sinalamos ao principio, de acordo co establecido no art. 42 da LAESP, o RD 4/2010 regulou —tendo en conta as recomendacións da Unión Europea e a situación tecnolóxica das diferentes administracións— o chamado “esquema nacional de interoperabilidade”, que comprende o conxunto de criterios e recomendacións en materia de seguranza, conservación e normalización da información, dos formatos e das aplicacións que deben ser tidos en conta polas administracións públicas para a toma de decisións tecnolóxicas que garantan a interoperabilidade.

Pola súa banda, a regulación propia de Galicia prevé nesta materia a aprobación dun “protocolo de interoperabilidade” que —respectando o

establecido no citado “esquema nacional de interoperabilidade”— garanta a súa aplicación sobre todas as administracións públicas galegas (cf. art. 34 do DAEXG). Nesta dirección, seguindo o recomendado polo art. 42.4 da LAESP, dispónse a utilización polas entidades públicas de Galicia de “estándares e especificacións abertas así como, se é o caso, e de forma complementaria, estándares que sexan de uso xeneralizado polos cidadáns, co obxecto de garantir a neutralidade tecnolóxica, a adaptabilidade ao progreso da tecnoloxía e a independencia na elección de alternativas tecnolóxicas polos cidadáns e as administracións públicas” (cf. art. 36.1 do DAEXG).

Outra medida que contempla o Decreto 198/2010 —sobre o desenvolvemento da Administración electrónica na Xunta de Galicia— é a creación dun “mapa da interoperabilidade das administracións galegas” con todos os datos precisos sobre condicións de acceso e utilización dos servizos, datos e documentos en formato electrónico (cf. art. 37 do DAEXG), así como o fomento do establecemento de infraestruturas e redes comúns interadministrativas de telecomunicacións coas entidades públicas galegas que faciliten a interoperabilidade entre elas (cf. art. 38 do DAEXG).

Intimamente relacionada coa nota da interoperabilidade está a “seguranza”, que tamén foi desenvolvida polo RD 3/2010, que contén o chamado “esquema nacional de seguranza” e que ten como obxecto, como di o art. 42.2 da LAESP, “establecer a política de seguranza na utilización dos medios electrónicos”, que persegue a adecuada protección da información. Nesta dirección, o art. 39.1 do DAEXG precisa que a utilización de técnicas electrónicas, informáticas e telemáticas por parte das entidades públicas que integran a Administración electrónica de Galicia “deberá incorporar medidas de seguridade, calidade e de control necesarias que garantan a autenticidade, confidencialidade, integridade, dispoñibilidade e conservación da información”.

Para rematar, cando os documentos electrónicos —que se xeren ou comuniquen a través do sistema de administracións electrónicas— conteñan datos de carácter persoal, débense aplicar as garantías previstas na Lei orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter persoal, que constitúe, pola súa vez, o desenvolvemento do dereito fundamental contido no art. 18.4 da Constitución Española.

As administracións públicas solicitan gran cantidade de datos persoais dos cidadáns e dos seus empregados públicos, que conteñen unha información que pode incidir en materias ou datos sensibles cuxo tratamento informatizado require a aplicación de diferentes niveis de protección ou medidas de seguridade (especificados no RD 1720/2007 polo que se desenvolve a citada Lei orgánica).

Os contidos fundamentais do dereito á intimidade informática pódense concretar nos seguintes dereitos:

- a) a necesidade do consentimento persoal para o tratamento dos datos persoais,
- b) o dereito a coñecer a existencia de ficheiros onde se recollan os datos que afectan aos cidadáns,
- c) o dereito de acceso ao contido destes ficheiros,
- d) os dereitos de rectificación e cancelación dos datos incorrectos ou innecesarios,
- e) a necesaria autorización persoal para a cesión a terceiros dos datos persoais que lles concirnen (salvo os que manexan as administracións no exercicio das súas competencias e cando se atopen en fontes accesibles ao público).

FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA,  
Catedrático de Dereito Administrativo  
Universidade da Coruña





## **BIBLIOGRAFÍA SUMARIA**

CERRILLO MARTÍNEZ, A.: *e-Administración*, Universitat Oberta de Catalunya, 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*, 3ª 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.: *Anotacións e comentarios ao Decreto de administración electrónica: Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula ou desenvolvemento da administración electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dela dependentes*, Colexio Profesional de Enxeñaría en Informática de Galicia, 2011.

VALERO TORRIJOS, J.: *Régimen jurídico de la e-Administración*, 2ª edición, Comares, Granada, 2007.

Xullo do 2011



## **8. O SERVIZO DE ATENCIÓN AO CIDADÁN DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. O SISTEMA DE QUEIXAS E SUXESTIÓNS. AS CARTAS DE SERVIZOS.**

## **TEMA 8.- O SERVIZO DE ATENCIÓN AO CIDADÁ DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. O SISTEMA DE QUEIXAS E SUXESTIÓNS. AS CARTAS DE SERVIZOS.**

### **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 poñer 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, é necesario que os poderes públicos realicen actuacións tendentes a:

*“Realizar unha verdadeira política de comunicación que permita aos cidadáns coñecer e entender mellor as cuestións que lles afectan, facilitar o acceso ás informacións administrativas empregando unha linguaxe comprensible e dispoñer os medios (oficinas de información administrativa, teléfonos, páxinas web, etc), destinadas a facilitar o contacto entre a Administración e os cidadáns.”*

Acentuando a información, a transparencia e a participación social se logran políticas máis eficientes a medio e longo prazo. Como di Michel Crozier, *han de esquecerse as solucións e pensar máis nos problemas*, sabendo escoitar os cidadáns.

É por iso, que 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 decida utilizar: presencial, telefónico ou telemático.

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 aos cidadáns sobre as actividades da Administración e, en definitiva, facilitarles o acceso aos servizos que presta a Administración.

Tan importante como saber ofrecer a máxima información posible aos cidadáns é poder captar, escoitar, entender e contestar as súas demandas.

Un sistema de queixas e suxestións ten de 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 os cidadáns/ás, que alcanza non só á súa formulación, senón tamén á recepción dunha resposta clara ás cuestións formuladas.

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 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 han de situarse as disposicións da Xunta de Galicia que regulan a atención ao cidadán e o sistema de queixas e suxestións, que constitúen o obxecto do presente 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 dende 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 reconece os 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 encóntrase 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 atribúe ao Estado a competencia para regular *“as bases do réxime xurídico das Administracións Públicas”*, por un lado, e directamente, por 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 xeito unha igualdade nas condicións xurídicas básicas de todos os cidadáns nas súas relacións coas diferentes Administracións Públicas.

Neste senso, o título IV, da precitada Lei 30/1992, baixo o epígrafe «Da actividade das Administracións Públicas», contén no seu artigo 35 unha transcendente formulación dos dereitos dos cidadáns nos procedementos administrativos, ademais dos os cales os recoñecen a Constitución e as Leis.

*"Os cidadáns, nas súas relacións coas Administracións Públicas, teñen os seguintes dereitos:*

- 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 ao persoal ao servizo das Administracións Públicas baixo cuxa responsabilidade se tramiten os procedementos.*
- c) A obter copia selada dos documentos que presenten, achegándoa xunto cos orixinais, así como á devolución destes, salvo cando os orixinais deban obrar 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 esixidos polas normas aplicables ao procedemento de que se trate, ou que xa se encontren en poder da Administración actuante.*
- g) A obter información e orientación acerca dos requisitos xurídicos ou técnicos que as disposicións vixentes impoñan aos proxectos, actuacións ou solicitudes que se propoñan realizar.*
- h) Ao acceso aos rexistros e arquivos das Administracións Públicas nos termos previstos na Constitución e nesta ou outras Leis.*
- i) A ser tratados con respecto e deferencia polas autoridades e funcionarios, que haberán de facilitarlles o exercicio dos seus dereitos e o cumprimento das súas obrigas.*
- j) A esixir as responsabilidades das Administracións Públicas e do persoal ao seu servizo, cando así corresponda legalmente.*
- k) Calquera outros que os recoñezan a Constitución e as Leis.”*

Desta enumeración cabe destacar, como innovacións significativas: A posibilidade de identificar ás autoridades e funcionarios baixo cuxa responsabilidade 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 ao 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 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 a mellora 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, cingúese ao ámbito a Administración Xeneral 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 (D.O.G. nº 121 de 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 (D.O.G. nº 43 de 3 de marzo).*

### **3. O SERVIZO DE ATENCIÓN AO CIDADÁ NA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

#### **3.1.- Contido e finalidade do servizo de atención ao cidadá 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, régúlase 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 das súas obrigas e o acceso aos servizos públicos, establecéndose a regulación das 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 axeitado 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 consellería competente en materia de administracións públicas, e está integrado por:

As oficinas de rexistro e información ao Cidadán dependentes das distintas Consellerías 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](mailto:012@xunta.es)

### **3.3 Información e tipos.**

Os artigos 18, 19, 20 e 21 concretan a tipoloxía da información que se presta aos cidadáns.

#### **a) 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 deles.
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.

#### **b) Información particular:**

A información particular consistirá en facilitarlles aos interesados ou aos seus representantes legais, o estado da tramitación en que se encontra 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 conséntase a actualización e o acceso á información da seguinte forma:

- a) A Inspección Xeral de Servizos, en coordinación coas distintas secretarías xerais das consellerías 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, a ten asumida a actual Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa dependente da Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, en virtude da dirección e coordinación funciona que do sistema de información administrativa e atención ao/ó cidadán/á lle atribúe o artigo 36.2.D.a) do Decreto 7/2011, do 20 de xaneiro, polo que se establece a estrutura orgánica da Consellería 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 axeitadas 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, polo tanto, 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. O SISTEMA DE QUEIXAS E SUXESTIÓNS**

### **4.1 Réxime xurídico das suxestións e queixas.**

O artigo 25 delimita o réxime xurídico das suxestións e queixas:

1. Os cidadáns e institucións públicas ou privadas poderán formular as suxestións ou queixas que coiden convenientes sobre o funcionamento dos servizos públicos da Administración autonómica co fin de mellorar a calidade deles.
2. As suxestións e queixas formuladas segundo o disposto no punto anterior, non terán en ningún caso a cualificación de recurso administrativo nin a súa presentación suspenderá os prazos establecidos na normativa vixente.
3. A presentación de suxestións e queixas non condiciona en ningún modo o exercicio das restantes accións ou dereitos que, de conformidade coa normativa reguladora de cada procedemento, poidan exercer os que figuren nel como interesados.

### **4.2.- Forma de presentación das suxestións e queixas.**

1. A forma de presentación das suxestións e queixas poderá ser:
  - a) Por escrito dirixido á Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, que conterá os datos da oficina tramitadora, nome do funcionario e os feitos que motivaron a suxestión ou queixa, os datos que permitan a identificación do cidadán para os efectos da súa notificación, así como o obxecto da súa suxestión ou reclamación.

Para estes efectos, publícase como anexo VI do Decreto, un modelo impreso do cal se facilitarán exemplares en todas as oficinas de rexistro.

- b) Por correo electrónico ou a través da internet accedendo á páxina web da Consellería da Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza. Igualmente neste caso, as suxestións ou queixas iran dirixidas á Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, debendo figurar o nome, apelidos e domicilio para os efectos de notificación.
2. No caso de queixas ou suxestións que afecten a organismos ou institucións alleas á Administración autonómica, daráselle traslado delas a quen corresponda notificándollo ao interesado.
3. As suxestións e queixas poderán presentarse en calquera dos lugares previstos no artigo 7º do Decreto:

*“a) En calquera das oficinas de rexistro, propias ou concertadas, da Administración da comunidade autónoma que se determinan nos anexos I e II deste decreto e, se é o caso, a través do Rexistro Telemático.*

*b) En calquera oficina de rexistro de calquera órgano administrativo que pertenza á Administración xeral do Estado e á de calquera Administración das comunidades autónomas.*

*c) Nas oficinas de correos na forma establecida regulamentariamente.*

*d) Nas representacións diplomáticas ou oficinas consulares de España no estranxeiro.*

*e) En calquera outro que establezan as disposicións vixentes.”*

#### **4.3.- Procedemento de tramitación de queixas.**

O artigo 27 establece o procedemento de tramitación das queixas, indicando as fases seguintes:

1. Recibida a queixa nas oficinas ou rexistros da Administración Autonómica, daráselle traslado inmediato dela á Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.

2. Unha vez recibida na Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, ésta, pola súa banda, daralle traslado da queixa á Secretaría Xeral Técnica da consellería afectada por ela, quen no prazo de 15 días deberá remitir informe ao respecto, no que se engada unha proposta de actuación en relación coa queixa.
3. Unha vez emitido o informe e recibido na Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, ésta dará traslado deste ao interesado, dándolle un prazo de 10 días para que formule as alegacións que coide oportunas.
4. Á vista do informe solicitado, e das alegacións formuladas polo interesado, a Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, poderá adoptar algunha das medidas seguintes:
  - a) Recomendar a adopción das medidas tendentes á emenda da/das anomalía/as detectadas.
  - b) Formular unha proposta de mediación co interesado, cando a entidade do asunto o permita e sexa aceptada polo interesado.
  - c) Propoñer a incoación dun expediente disciplinario cando se constate a existencia dalgunha das causas previstas legalmente para a súa incoación.
  - d) Calquera outra medida, tendente a solucionar a queixa formulada.

En todo caso, e no prazo de 20 días contados desde a recepción da queixa na Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, esta deberá notificar ao interesado as actuacións levadas a cabo ao respecto.

5. No suposto de que expire o prazo de 15 días para que a correspondente Secretaría Xeral Técnica emita o informe solicitado, a Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, remitiralle



novo escrito advertindo da obriga de emitir o informe solicitado coa maior brevidade posible, poñéndoo en coñecemento da Secretaría Xeral Técnica da Consellería da Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza para a súa elevación á Comisión de Secretarios Xerais Técnicos.

#### **4.4.- Procedemento de tramitación de suxestións.**

Unha vez descrito o procedemento de tramitación das queixas, o artigo 28 establece o procedemento de tramitación das suxestións, que é máis sinxelo e consta das seguintes fases:

1. Recibida a suxestión nas oficinas ou rexistros referidos, darase traslado dela á Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.
2. Unha vez recibida na Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, esta, pola súa vez, dará traslado da suxestión á Secretaría Xeral Técnica da consellería afectada por ela, quen no prazo de 20 días deberá remitir informe ao respecto.
3. Unha vez emitido o informe e recibido na Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, darase traslado deste ao interesado, poñendo fin coa referida notificación á súa tramitación.

#### **4.5.-Seguimento e control das queixas e suxestións.**

Finalmente o artigo 29 do Decreto 164/2005, do 16 de xuño, identifica o centro directivo ao que se lle atribúe a competencia do seguimento e control das queixas e suxestións ao sinalar:

A Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa levará o control e seguimento das queixas e suxestións formuladas nas distintas unidades administrativas da Administración autonómica.

O ámbito da actuación da Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, entenderase sen prexuízo das inspeccións sanitaria, financeira, tributaria, educativa, laboral ou calquera outra que establezan as disposicións normativas vixentes polas que se rexen.

## **5. AS CARTAS DE SERVIZOS**

### **5.1. Antecedentes da calidade e das cartas de servizos.**

Dende mediados do anos 80 as Administracións Públicas do mundo occidental víronse envolvidas nun novo contexto, perseguindo non só unha Administración máis eficaz e eficiente, senón tamén unha Administración que asuma os principios de xestión da calidade e de orientación ao cidadán, dando resposta ás súas expectativas en relación coa xestión dos recursos e coa prestación de servizos públicos.

As Cartas de servizos son un instrumento de xestión da calidade que xorden case exclusivamente nas Administracións Públicas dende os anos 90. E a súa orixe sitúase en Gran Bretaña, en xullo do ano 1991, cando se elabora e se presenta ao Parlamento Británico a primeira carta do cidadán (*Citizen's charter*), sendo primeiro ministro británico John Major.

En España, as Cartas de Servizos xorden a finais dos anos 90 e se converten nunha ferramenta amplamente empregada non só pola Administración Xeral do Estado dende o ano 1999, senón tamén por outras Administracións Públicas.

### **5.2. O Programa de Cartas de servizos da Xunta de Galicia.**

#### **5.2.1. Regulación normativa.**

Na Xunta de Galicia, o programa de Cartas de Servizos implantouse no ano 2004 coa aprobación do Decreto 148/2004, do 1 de xullo (DOG nº 133, do 12 de xullo). Actualmente ven regulado polas seguintes disposicións:

- a) Artigo 6º da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración pública galega (DOG nº 136, do 14 de xullo).

- b) Capítulos I e II do Decreto 117/2008, do 22 de maio polo que se regulan as Cartas de servizos e o Observatorio da Calidade e da Avaliación Electrónica de Galicia (DOG nº113, do 12 de xuño), parcialmente modificado polo Decreto 21/2010, de 4 de febreiro, polo que se crea e se regula o Observatorio da Sociedade da Información e a Modernización de Galicia (DOG nº39, do 26 de febreiro).
- c) Orde do 11 de xullo de 2008 pola que se aproba unha guía descritiva de elaboración de Cartas de servizos na Xunta de Galicia e o Manual de identidade gráfica do Programa de Cartas de servizos da Xunta de Galicia (DOG nº 140, do 21 de xullo).

### **5.2.2. Definición, órgano competente para a súa elaboración e tipoloxía de CS na Xunta de Galicia.**

As Cartas de Servizos (en diante CS) non se conciben como simples folletos divulgativos dos servizos públicos que presta unha organización, pois para este fin se conta con outros instrumentos máis sinxelos como son os catálogos ou carteiras de servizos, folletos descritivos de funcións e servizos...

Pola contra, conforme ó disposto no artigo 3º do Decreto, concíbense como un instrumento de xestión da calidade que promove un proceso de análise e mellora dos servizos dunha organización e cuxos resultados se plasman en documentos divulgativos de acceso público, impresos ou electrónicos, nos cales, como mínimo, se identifican servizos públicos que presta a organización, os órganos responsables desa prestación, os dereitos dos usuarios deses servizos, así como niveis estándar e compromisos de calidade a que se axustará a prestación dos ditos servizos.

En definitiva as CS deben permitir ás Administracións Públicas mellorar a calidade dos servizos públicos mediante a análise e identificación dos servizos prestados, así como a definición e difusión de compromisos de calidade que asumen as organizacións na prestación destes servizos, e

estar en disposición de dar resposta ás necesidades e expectativas do cidadán ou usuario dos servizos, así como realizar un seguimento do grao de cumprimento deses compromisos e comunicar os resultados da súa implantación.

É fundamental, polo tanto, manter un mínimo rigor metodolóxico en todo o proceso de elaboración das CS se estamos a falar de calidade e mellora continua, e aínda máis se as Cartas deben ser valoradas polos cidadáns e ser útiles para a mellora da Administración, de forma que non se convertan en simples e inconcretas declaracións de boas intencións.

Conforme ó previsto no artigo 5º do Decreto, poderán elaborar proxectos de CS os órganos, centros ou unidades, calquera que sexa o seu nivel orgánico, con competencia material ou funcional nos servizos sobre os que se pretenden desenvolver as respectivas Cartas. E as CS que se elaboren poden ter por obxecto o conxunto dos servizos ou servizos específicos que presta un órgano ou nivel organizativo da Administración da Xunta de Galicia.

Dependendo dos criterios de clasificación que se usen, se poden determinar tipoloxías diferentes de CS. Así, dependendo dos destinatarios aos que unha organización presta os servizos obxecto dunha Carta, se fala de CS ó cidadán (cando os destinatarios dos servizos é o cidadán), ou de CS a clientes internos (cando os destinatarios dos servizos son o propio persoal da Administración autonómica ou outros órganos, centros, departamentos ou entidades dependentes da Xunta de Galicia).

E, por outra banda, dependendo de que o ámbito competencial sobre uns servizos corresponda a varias organizacións responsables da prestación deses servizos, na Xunta de Galicia se fala dos seguintes tipos de CS:

- a) *Cartas de Servizos Interdepartamentais*: aquelas que teñan por obxecto un ou varios servizos nos que na súa prestación participan

distintos órganos ou organismos dependentes de máis dunha consellería da Xunta de Galicia.

- b) *Cartas de Servizos Interadministrativas*: aquelas que teñan por obxecto un ou varios servizos nos que na súa prestación participan órganos ou organismos dependentes da Xunta de Galicia e órganos ou organismos doutras Administracións públicas.

### **5.2.3. Niveis de calidade das Cartas de Servizos.**

De acordo co previsto no artigo 7º, as CS da Xunta de Galicia sométense a un sistema de cualificación de tres niveis de calidade para reflectir os diferentes niveis de rigor e calidade acadado no desenvolvemento e implantación de cada carta de servizos.

En función dese sistema se contemplan tres categorías distintivas de CS que, clasificadas de menor a maior grao de calidade, son as seguintes:

- a) Carta de Servizos Base (nivel de calidade I)
- b) Carta de Servizos Auditada (nivel de calidade II)
- c) Carta de Servizos Consolidada (nivel de calidade III).

Conforme ó previsto no citado artigo, a calificación do nivel de calidade que corresponda a cada Carta de Servizos a determinará a Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, polo procedemento sinalado no artigo 10º do Decreto.

### **5.2.4. Requisitos xerais e específicos de cada nivel de calidade de cartas de servizos.**

En canto aos requisitos esixidos para acadar os diferentes niveis de calidade das cartas de servizos, débese ter en conta que, atendendo á normativa vixente, se poden distinguir entre uns requisitos xerais e comúns para todos os niveis de calidade de CS e outros requisitos específicos e diferenciadores de cada un deses niveis.

No tocante aos requisitos xerais e comúns, dicir que todas as CS que se elaboren e implanten, independentemente do nivel de calidade a que opten ou acaden, deben cumprir os requisitos xerais seguintes:

1. Tanto no desenvolvemento do proxecto dunha nova CS como de modificación dunha xa vixente, deberá formalizarse unha comunicación escrita á Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa dando conta do desenvolvemento do proxecto de modificación ou da nova CS concreta e a asunción dos seus compromisos.
2. Nos supostos de CS que inclúan compromisos, medidas de compensación ou emenda que teñan unha posible repercusión económica, ter xustificada a viabilidade orzamentaria e económica dos ditos compromisos ou medidas de compensación ou emenda.
3. Antes da aprobación definitiva do proxecto de carta de servizos pola persoa titular da consellería de que dependan as organizacións responsables da carta de servizos, a CS debe contar co informe favorable da Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa previsto no artigo 10º do Decreto.
4. Publicar no DOG a orde emitida pola persoa ou persoas titulares da ou das consellerías respectivas e pola que se dá aprobación definitiva da carta de servizos e publicar tamén a versión da carta en formato DOG (só texto).
5. Para lograr unha maior difusión dos seus contidos, ademais da comentada versión formato DOG, toda CS deberá contar tamén cos seguintes soportes divulgativos:
  - a) Formatos de folletos impresos tipo dípticos, trípticos, polípticos, etc.
  - b) Formato electrónico para a súa publicación en páxina web.

E en todos estes formatos se garante o cumprimento dos requisitos de deseño e imaxe corporativa específica previstos para o Programa de CS da Xunta de Galicia.

Por outra banda, os requisitos específicos e diferenciadores de cada un dos niveis de calidade das cartas de servizos, son os seguintes:

*Requisitos do nivel I: Carta de Servizos Base*

Os requisitos diferenciadores deste nivel de calidade avalían basicamente o produto final da CS e son os seguintes:

1. O proxecto de CS conta desde o seu inicio cun coordinador e no seu desenvolvemento participou, polo menos, un responsable directo da organización prestadora dos ditos servizos obxecto da Carta ou persoal coñecedor dos procedementos internos destes servizos.
2. Os soportes divulgativos da Carta teñen os seguintes contidos mínimos:
  - a) Denominación/título.
  - b) Ano de edición e número de exemplares da edición respectiva.
  - c) Propósito xeral (subscrito polas persoas titulares dos centros directivos, con nivel mínimo de dirección xeral, que a promoverán ).
  - d) Servizos da organización.
  - e) Compromisos cualitativos ou cuantitativos de prestación de servizos.
  - f) Datos identificativos da organización, concretando como mínimo:

Denominación da organización ou organizacións prestadoras dos servizos e, de ser o caso, da organización responsable da Carta.



Enderezos postais, telefónicos e electrónicos das dependencias da organización prestadora dos servizos (teléfono, fax, correo electrónico, páxina web).

Horario de atención ao público.

- g) Normativa reguladora e/ou dereitos legais dos usuarios.
- h) O sistema e as condicións que teñen os usuarios para a tramitación de suxestións e queixas, segundo se establece no punto 3 do artigo 11 do vixente Decreto.

### Requisitos do nivel II: Carta de Servizos Auditada

Os requisitos diferenciadores deste nivel de calidade establécense non só requisitos de produto final senón tamén de proceso, e son os seguintes:

1. O proxecto da CS debe ser desenvolvido por un equipo de traballo multidisciplinar configurado por persoal da organización e que cumpre cos perfís de integrantes do equipo de traballo que establece a metodoloxía de elaboración de CS auditadas.
2. O proxecto de CS desenvolvido debe cumprir cos requisitos mínimos de proceso metodolóxico que se relacionan no anexo II do vixente Decreto.
3. Os soportes divulgativos, ademais dos previstos para a categoría CS base, presentan os seguintes contidos mínimos:
  - a) Indicadores de avaliación de compromisos.
  - b) Cando sexa posible, medidas de compensación/reparación por incumprimento dos compromisos da Carta, ou xustificación da imposibilidade da súa inclusión.

- c) Obrigas legais coas que debe cumprir o usuario dos servizos ou a identificación de formas de colaboración do usuario que contribúan ao aseguramento dunha boa prestación dos servizos.
- d) Formas e medios previstos de participación cidadá para definir e mellorar os servizos obxecto da Carta.
- e) Formas e medios de comunicación periódica de resultados do grao de cumprimento dos compromisos da Carta.

### Requisitos do nivel III: Carta de Servizos Consolidada

Para acadar este nivel de calidade de CS, esíxense requisitos orientados á constatación da existencia de resultados positivos da implantación das CS, que son os seguintes:

1. O proxecto da CS cumpre cun dos dous seguintes requisitos:

- a) Conta con certificado que acredita que a CS superou un proceso de certificación por unha entidade externa debidamente acreditada para certificar CS, e cuxo procedemento e capacidade de certificación de CS foron validados pola Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.
- b) Cumpre os requisitos de contidos e de proceso metodolóxico definidos para a categoría CS auditadas e, ademais, acredita que a Carta comporta as seguintes melloras:

No 100% dos servizos obxecto da carta de servizos dispónse, como mínimo, dun compromiso por servizo identificado.

O grao de cumprimento de todos os compromisos da carta é polo menos do 90% nos dous anos previos ao ano de solicitude do informe de cualificación como CS consolidada.

A organización responsable da CS fai públicos os resultados cunha periodicidade al menos anual.

Nos dous anos previos, a organización debe ter contrastada a validez e vixencia das expectativas detectadas ao inicio do proxecto da carta ou tras un proceso de actualización dela.

#### **5.2.5. Responsabilidades de elaboración e xestión das Cartas de Servizos.**

Conforme ó previsto no artigo 9º do Decreto, os que promoverán e facilitarán o desenvolvemento de CS no ámbito competencial dos seus respectivos departamentos serán as secretarías e direccións xerais das consellerías da Xunta de Galicia ou o máximo nivel directivo dos organismos autónomos, empresas e demais niveis organizativos identificados no artigo 2º do Decreto.

E a execución concreta do proceso de elaboración de cada CS será levado a cabo por un equipo de traballo constituído ao efecto e que terá uns requisitos mínimos diferentes que se determinan no Anexo I do Decreto, dependendo do nivel de Carta de Servizos que se pretenda desenvolver.

O número de integrantes do equipo, para que sexa eficiente, deberá oscilar, entre cinco e nove persoas, e en todo proxecto deberá contar como mínimo cos seguintes perfís: Responsables directos das organizacións que prestan os servizos (1-2 persoas) e 1 coordinador do proxecto.

E tal e como se determina no Decreto, para CS auditadas e consolidadas se require, a maiores, contar no equipo de traballo con persoas que respondan ós seguintes perfís:

O titular ou o máximo responsable do centro directivo do cal depende a organización prestadora dos servizos obxecto do proxecto (1 persoa).

Persoal técnico da organización coñecedor do conxunto dos servizos e dos procesos asociados a estes (1-2 persoas).

Persoal da organización en contacto directo co cidadán (1-2 persoas).

Persoal coñecedor dos procedementos internos de traballo e da lexislación aplicable (1-2 persoas).

Os membros do equipo deben ser ou estar mínimamente formados para o desenvolvemento do proxecto de carta. E a este respecto considérase necesario que ditos membros do equipo, como mínimo, conten cunha mínima formación en:

Conceptos xerais de calidade e CS.

Metodoloxía de elaboración e implantación de CS da Xunta de Galicia.

Metodoloxías para a detección de expectativas dos cidadáns.

Xestión de equipos de traballo e reunións eficaces.

#### **5.2.6. Procedemento de aprobación das Cartas de Servizos.**

Os proxectos de novas CS/modificacións/actualizacións das xa vixentes, elaborados por un ou varios niveis organizativos dependentes dunha mesma consellería da Xunta de Galicia, terán unha aprobación final mediante unha orde do titular da consellería que será publicada no DOG xunto cunha versión que conteña o texto íntegro da totalidade dos contidos da CS finalmente elaborada.

No suposto de proxectos de CS Interdepartamentais a aprobación final do proxecto, deberase formalizar mediante unha orde conxunta dos titulares das consellerías participantes no proxecto en cuestión e no caso de CS Interadministrativas, a través dun convenio de colaboración ou documento equivalente entre as partes participantes no proxecto.

Antes da formalización da aprobación final referida, o proxecto de CS debe contar, co informe preceptivo e favorable emitido pola Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa a través do cal se intenta garantir que o proxecto desenvolvido responde ás mínimas directrices de proceso

metodolóxico, fases de elaboración, contidos, identidade corporativa e outros aspectos descritos na normativa reguladora de CS.

Para obter o informe referido, unha vez rematado o desenvolvemento de cada proxecto de CS, a persoa titular do centro directivo da Xunta de Galicia responsable da elaboración ou da coordinación do proxecto deberá solicitalo á Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, mediante unha solicitude normalizada, xunto coa que se remitirán tamén:

- a) Datos identificativos do coordinador do proxecto desenvolto;
- b) Unha comunicación de asunción dos compromisos que se identifiquen no proxecto de Carta; e
- c) Un dossier xustificativo do proxecto desenvolto (dossier que conterá como mínimo catro elementos: redacción do texto final dos contidos da CS que se pretende publicar; proposta final de estrutura gráfica e de contidos dos soportes divulgativos; un plan de edición e distribución de ditos soportes; e memoria descritiva do proceso metodolóxico realizado co proxecto).

O informe preceptivo será elaborado no prazo de 30 días hábiles polo persoal auditor da Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa que levará a cabo as labores de auditoría do proxecto de CS co fin de contrastar o cumprimento dos requisitos mínimos establecidos no Anexo I do Decreto.

O informe preceptivo da Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, será emitido no prazo de 5 días hábiles a contar dende a data do informe de auditoría, e expresará como mínimo o senso favorable ou desfavorable á aprobación do proxecto de CS, o nivel de calidade concreto que teña acadado o proxecto informado, e a marca distintiva dese nivel acadado, a cal poderá ser voluntariamente empregada nos distintos soportes divulgativos da CS logo da súa aprobación final.

No suposto de proxectos de Cartas non susceptibles de obter con carácter favorable o informe da Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, o dito informe determinará as medidas correctoras que debe executar a organización elaboradora do proxecto de Carta de Servizos para adecualo, así como o prazo máximo para executar esas medidas correctoras e xustificalas ante dita Dirección Xeral.

Só unha vez obtido o informe favorable da Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa sobre un proxecto de CS rematado, a persoa titular da Secretaría Xeral Técnica da Consellería da que dependa o centro directivo ou centros directivos responsables da elaboración ou da coordinación do proxecto de CS, remitirá ao DOG o texto íntegro da “versión DOG” do proxecto de CS xunto co texto da orde de aprobación ou, no seu caso, do documento equivalente de aprobación final da Carta.

#### **5.2.7. Difusión, contido e imaxe corporativa das Cartas de Servizos.**

Independentemente do nivel de calidade que teña recoñecido, toda CS da Xunta de Galicia debe ser obxecto da máis ampla difusión entre os potenciais usuarios ou interesados nos servizos. Para isto, a partir da data de publicación no DOG da orde de aprobación final da CS, os centros directivos responsables da elaboración de cada Carta deberán garantir como mínimo:

- a) Facer públicos os contidos da Carta a través de tres versións: versión impresa de só texto para o DOG, versión en formatos divulgativos impresos e versión web.
- b) Dispoñibilidade de ditas versións nas súas dependencias de atención aos usuarios dos servizos e ao público en xeral.
- c) Distribución e dispoñibilidade dos soportes da versión folleto impreso da Carta nas unidades ou servizos administrativos de información e atención cidadán da Xunta de Galicia.

A excepción da versión impresa do DOG, as restantes versións e formatos de soportes divulgativos de todas as CS seguirán uns criterios mínimos de identidade, deseño e estrutura gráfica corporativa normalizada que se determinan nun manual de identidade gráfica do Programa de CS da Xunta de Galicia, aprobado por unha Orde da Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, do 11 de xullo de 2008, pola que se aproba unha guía descritiva de elaboración de CS na Xunta de Galicia e o Manual de identidade gráfica do Programa de CS da Xunta de Galicia (DOG nº 140, do 21 de xullo).

#### **5.2.8. Xestión e actualización das CS .**

Logo de ser elaborada e aprobada, a xestión e actualización da CS será responsabilidade dos titulares dos niveis organizativos que directamente prestan os servizos obxecto da CS, así como os titulares dos centros directivos dos que estes últimos dependan.

Conforme se prevé no artigo 12º do Decreto, as CS deberán ser actualizadas cada vez que existan circunstancias que fagan necesario modificar as condicións ou contidos das mesmas, ben por cambios significativos na organización ou na definición dos procesos internos que sustentan os servizos obxecto das Cartas, ben por variación nas expectativas dos usuarios, ben por superación dos compromisos establecidos ou por outras circunstancias que aconsellen a súa revisión e modificación.

Para o caso concreto de CS Auditadas e Consolidadas, o artigo 12º.2 do Decreto dispón a obriga de realizar unha revisión da Carta polo menos cada tres anos a partir da súa aprobación inicial.

En tódolos casos nos que sexa necesario actualizar ou modificar as condicións ou contidos dunha CS vixente, o procedemento de aprobación de dita actualización ou modificación da Carta deberá realizarse seguindo o mesmo procedemento definido no artigo 10º do Decreto.

Nos supostos en que por razóns substanciais sobrevidas non sexa posible a actualización ou modificacións das CS para posibilitar a continuidade da vixencia dos seus contidos, procederá formalizar a derogación de ditas Cartas, conforme ó procedemento previsto no artigo 13º do Decreto.

#### **5.2.9. Seguimento interno das Cartas de Servizos.**

Todo órgano, centro ou unidade dependente da Xunta de Galicia que elabore un proxecto de *Carta de Servizos Auditada* ou de *Carta de Servizos Consolidada* deberá dispoñer dun mínimo sistema de información para o seguimento e control interno de resultados cuantificables e contrastables da implantación da Carta de Servizos tra-la súa aprobación e entrada en vigor, e a través do cal poida obter, alomenos, resultados do grao de cumprimento dos compromisos asumidos nas Cartas ou da evolución da calidade da prestación dos servizos ou, de se-lo caso, da execución dos plans de mellora asociados as Cartas de Servizos.

Tendo en conta eses resultados, os órganos responsables da elaboración dunha *Carta de Servizos Auditada* ou dunha *Carta de Servizos Consolidada* deberán elaborar informes de seguimento que, como mínimo, terán un carácter anual tra-la aprobación final da Carta, e dos que se remitirán unha copia á Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.

#### **5.2.10. Posible certificación das Cartas de Servizos.**

Os diferentes centros directivos ou órganos da Administración Autonómica Galega que contén con CS aprobadas e vixentes, poderán someter a estas últimas a un proceso voluntario de certificación por unha entidade certificadora externa e independente da Xunta de Galicia.

Conforme ó regulado no artigo 17º.2 do Decreto, as entidades públicas ou privadas a través das cales se pretenda acometer o dito proceso de certificación externa, deberán ser entidades independentes da Xunta de Galicia, de recoñecido prestixio nacional ou internacional, que cumpran cos requisitos da norma EN 45011 “Requisitos xerais para entidades que



realizan a certificación de produtos” ou da norma UNE que en cada momento este en vigor a ese respecto, e cuxo procedemento e capacidade de certificación sexan validados pola Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa.

Jaime Bouzada Romero

Director xeral de Avaliación e Reforma Administrativa

# **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**

É a partir dos anos oitenta, a raíz de coñecidos casos como o da rede ECHELON, cando se xera a escala europea unha preocupación e sensación de urxencia en relación ao 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 adóptanse, por parte das autoridades europeas, 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, de 24 de outubro, do Consello de Europa. No seu Considerando 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 efectúa 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.

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, de 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. Malia todo, 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, de 21 de decembro (RPDCP), que desenvolve os aspectos máis complexos da Lei como o procedemento sancionador.

A LOPD ten por obxecto garantir e protexer, no tocante ao tratamento dos datos de carácter persoal, as liberdades públicas e os dereitos fundamentais das persoas físicas e, en especial, ao seu honor e intimidade persoal e familiar (cfr. art. 1 LOPD).

O Dereito fundamental á protección dos datos persoais derívase directamente da Constitución Española, máis concretamente do art. 18 desta norma fundamental. A intimidade pode definirse como “toda manifestación da personalidade individual ou familiar cuxo coñecemento ou desenvolvemento quedan reservados á vontade do seu titular”. A través deste dereito á intimidade atribúeselles aos cidadáns un poder de disposición sobre os seus datos, de modo que, tomando como referente o seu consentimento, poidan dispoñer dos mesmos e limitar o seu uso.

Nesta orde de ideas, é preciso subliñar que o réxime de protección de datos de carácter persoal da LOPD só incumbe ás 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 -v. gr. 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-. Malia todo, nestes supostos o responsable do ficheiro comunicará previamente a existencia do mesmo, 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 da mesma 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).

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, salvo que tales medios se utilicen unicamente con fins de tránsito.

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 tocante a persoas físicas identificadas ou identificables. Na devandita definición teñen cabida, entre outros datos, o nome, os apelidos, a dirección postal, o número de conta bancaria, o DNI e pasaporte, a dirección de correo electrónico, os datos biométricos, a impresión dactilar...

b) Ficheiro: todo conxunto organizado de datos de carácter persoal, calquera que for 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, v. gr., 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 ficheiro 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 transvase 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 esixencia que, no seu caso, o abono 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, dirección 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 determinados dereitos relacionados cos datos obxecto de dito tratamento. 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 aos titulares dos datos de carácter persoal son, en esencia, os seguintes: a) acceso; b) rectificación; c) cancelación; d) oposición; e e) exclusión.

A continuación expoñeranse, en primeiro termo, os principios informadores da 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.

Así, en primeiro lugar, a calidade dos datos alude á obriga de que os datos só poden ser recollidos para o cumprimento dunha finalidade determinada, explícita e lexítima.



En segundo termo, supón que só poden ser obxecto de tratamento os datos que resulten «ade cuados, pertinentes e non excesivos» en relación coa finalidade coa que se realiza o 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 supoñería un novo uso que require o consentimento do interesado.

En cuarto lugar, a calidade dos datos obriga ao 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 esixe, 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 apuntarse 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, é preciso informarlle con carácter previo de que os mesmos 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 esixe 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.

Con todo, a propia LOPD contempla 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 ao interesado cando o afectado xa fose informado con anterioridade, cando a lei o prevea, cando o tratamento teña fins históricos, estatísticos ou científicos ou, en fin, cando a información ao interesado resulte imposible ou esixa 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 do deber de informar ao interesado acerca do tratamento dos seus datos de carácter persoal cando resulte imposible ou esixa esforzos desproporcionados. O procedemento deberá iniciarse sempre a 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 do 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; expoñer detalladamente as medidas compensatorias que propón realizar en caso de exoneración do cumprimento do 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 do 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, a contar desde a data de entrada na AEPD da solicitude, resolución, concedendo ou denegando a exención do deber de informar. De transcorrer o prazo sen que recaia e/ou sexa notificada a resolución expresa, poderase considerar estimada a solicitude por silencio administrativo positivo (arts. 155 e 156 RPDCP).

### *C) O principio de consentimento*

Con carácter xeral o tratamento dos datos de carácter persoal require o consentimento do seu titular, en virtude do disposto no art. 6 LOPD. Con todo, a LOPD contempla determinados casos nos que excepcionalmente é posible o tratamento dos datos sen solicitar o consentimento do interesado e outros nos que, pola contra, unicamente cabe 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.

O consentimento do interesado pode ser simplemente tácito polo que, a teor do disposto no art. 14 RPDGP, o responsable do tratamento poderá limitarse a informar ao interesado do tratamento, concedéndolle un prazo de trinta días para manifestar a súa negativa ao mesmo, advertíndolle de que, de non pronunciarse neste sentido, entenderase que consente o mesmo.

Ao mesmo tempo, o precepto citado impón 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 debe tamén manifestar o seu 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 RPDGP).

### C.2) Excepcións ao principio da obtención do consentimento

Como se terá ocasión de sinalar, a LOPD regula ao longo do seu articulado diversos supostos nos que o tratamento de datos non esixe solicitar o consentimento do interesado. Tales supostos poderían concretarse nos seguintes:

- a) Cando unha lei autoriza o tratamento dos datos (cfr. arts. 6.1 e 11.2 LOPD e art. 10.2.a RPDCP).

A norma que exime da obriga de obter o consentimento para proceder ao tratamento dos datos de carácter persoal, incluídas as cesións, deberá ter rango de lei.

- b) Cando os datos figuren en fontes accesibles ao público (cfr. arts. 6.2 e 11.2.b LOPD e art. 10.2.b RPDCP).

O art. 10 RPDCP precisa que o tratamento sen consentimento do titular debe ser lexítimo, aínda que dita matización non é, en rigor, necesaria, tendo en conta que a mesma xa se deriva do principio de calidade.

A exención non exime da obriga de informar ao interesado, aínda que coa particularidade de que poderá informárselle 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, bastará con informar ao 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 lle asisten.

- c) Cando os datos se refiran a unha relación contractual, 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 RPDCP).

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 dos mesmos a entidades non relacionadas coa relación contractual), o responsable do tratamento debe permitirlle 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 acepte unha relación xurídica cuxo desenvolvemento, cumprimento e control comporte a comunicación dos seus datos.

- d) Cando o tratamento dos datos teñan por finalidade protexer o interese vital do interesado (cfr. art. 6.2 LOPD e art. 10.3.c RPDCP ).

Así mesmo, poden cederse os datos dunha persoa sen o seu consentimento, sempre que se realice entre profesionais ou institucións dedicadas á atención sanitaria, 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 RPDCP).

Con respecto a iso, debe sinalarse que, conforme ao art. 12 LOPD, non constitúe unha cesión de datos o acceso por un terceiro aos mesmos 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 devandito servizo por parte de quen ten acceso ao ficheiro esixe, en principio, autorización do responsable (cfr. art. 21 RPDCP). Unha vez terminada a prestación do servizo, o prestador debe destruír os datos persoais ou devolverllos ao responsable do ficheiro,

salvo que a lei lle impoña a obriga de conservar os datos (cfr. art. 22 RPDCP).

- 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 RPDCP) 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 RPDCP).
- g) Cando os datos de carácter persoal sexan obtidos ou elaborados por unha Administración pública que tivesen a outra como destino (art. 21.2 LOPD e art. 10.4 RPDCP).
- h) E, finalmente, cando a comunicación de datos teña por destinatario ao 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 RPDCP).

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 esixindo 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 ao lexislador a considerar máis dignos de protección algúns tipos de datos, por exemplo a ideoloxía, respecto doutros, como os relativos á saúde. En todo caso, debe apuntarse que o reforzamento do consentimento -na práctica- é irrelevante tendo en conta que a carga de probar que se solicitou o consentimento expreso recae sobre o responsable do tratamento; por iso é polo 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 sensíbles, supón un agravamento da sanción que correspondería respecto a datos ordinarios.

#### *D) O principio de seguridade*

O art. 9 LOPD impón 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 niveles: básico, medio e alto (cfr. art. 80 RPDCP).

#### *E) O deber de segredo*

O art. 10 LOPD dispón que «o responsable do ficheiro e aqueles que interveñan en calquera fase do tratamento dos datos de carácter persoal están obrigados ao segredo profesional respecto aos mesmos e ao deber de gardalos».



O deber de confidencialidade obriga non só ao responsable do ficheiro senón a toda persoa que interveña en calquera fase do tratamento. Dito deber supón que o responsable ou aqueles que interveñan en calquera fase do tratamento dos datos almacenados non poidan revelar nin dar a coñecer o seu contido, tendo a obriga de gardalos, obrigas que subsistirán aínda logo de finalizar as súas relacións co responsable do ficheiro.

## **2.2. Os dereitos dos interesados**

### *A) Caracterización xeral*

Como se terá ocasión de sinalar, a LOPD outórgalles aos titulares de datos persoais que foron obxecto de tratamento unha serie de dereitos, 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 fidedignamente 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.

Con todo, o art. 23.2 RPDCP admite expresamente o exercicio dos dereitos contemplados na LOPD a través dun representante voluntario, designado expresamente para tal efecto. Nese caso 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, malia que o falecemento determinaría a

exclusión do ámbito subxectivo de aplicación da lexislación de protección de datos.

En canto ao modo en que deben exercitarse os dereitos, o responsable do tratamento debe posibilitar o devandito exercicio facilitándolles aos titulares un medio sinxelo e gratuíto. Por regra xeral, para exercitar os seus dereitos, o interesado debe dirixir 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, no seu 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 utilizado un procedemento distinto do establecido especificamente ao efecto por aquel, debendo contestar expresamente ás solicitudes, sen que poida admitirse 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 adecuada, pode solicitar a tutela da AEPD, que instruirá o correspondente procedemento de tutela de dereitos.

Para rematar, en relación cos dereitos dos interesados hai que ter en conta que no marco dos ficheiros de titularidade pública se contemplan 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 permite a unha persoa obter información de se os seus propios datos están sendo obxecto de tratamento, a finalidade do

tratamento que, no seu caso, se estea realizando, así como a información sobre a orixe dos devanditos datos e as comunicacións realizadas ou previstas dos mesmos.

O responsable do tratamento debe facilitar o acceso aos datos mediante a súa visualización en pantalla, por medio de copia ou mediante correo electrónico.

O dereito de acceso só pode exercitarse a intervalos non inferiores a doce meses, salvo interese lexítimo e o responsable do tratamento unicamente pode denegar o acceso aos datos cando así o dispoña unha lei.

#### *C) Dereito de rectificación (cfr. art. 16 LOPD e arts. 31 a 33 RPDGP)*

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, en cuxa virtude só poden ser obxecto de tratamento os datos que reflictan con exactitude a realidade.

Na solicitude de rectificación, o interesado debe indicar o dato que se estima erróneo ou incompleto e a corrección que debe realizarse, achegando ao 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 notificar 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 derívase

igualmente do principio de calidade, en cuxa virtude só poden ser obxecto de tratamento os datos adecuados 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 dos mesmos para facer fronte a posibles responsabilidades nadas do tratamento, de forma que os datos bloqueados non poidan ser consultados por ningunha persoa, excepto polas Administracións públicas, Xuíces e Tribunais, con competencia na materia. Unha vez prescriban ditas 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 opoñerse 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 unha banda, nos supostos nos que é preciso o consentimento do interesado, o dereito de oposición exercítase con carácter previo ao tratamento, manifestando a súa oposición ao mesmo.

Pero, doutra banda, tamén cabe a posibilidade de que o dereito de oposición teña que exercitarse *a posteriori*, como sucede nos supostos nos 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 opoñerse 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.

Para rematar, os interesados tamén poden opoñerse 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).

#### *F) Dereito de exclusión (cfr. art. 28 LOPD e art. 51 RPDGP)*

O interesado pode *a posteriori* opoñerse 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 xusta causa.

#### *G) 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 unha banda, e da Facenda Pública, por outro, a LOPD contempla 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 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 (art. 23.1 LOPD). De igual modo, os responsables dos ficheiros da Facenda Pública poderán denegar o exercicio dos dereitos mencionados cando o mesmo obstaculice as actuacións administrativas tendentes a asegurar o cumprimento das obrigas tributarias e, en todo caso, cando o afectado estea sendo 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 poderá poñelo en coñecemento do Director da AEPD ou, no seu caso, do organismo competente de cada Comunidade Autónoma -no caso de ficheiros mantidos por Corpos de Policía propios destas ou polas Administracións tributarias autonómicas-, quen deberán asegurarse da procedencia ou improcedencia da denegación.

Ademais, tratándose dos ficheiros das Forzas e Corpos de Seguridade contéplase expresamente a obriga de proceder á cancelación dos datos persoais rexistrados “cando non sexan necesarios para as averiguacións que motivaron o seu almacenamento. A 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 prescripción 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, os Estados membros deberían dispoñer 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.

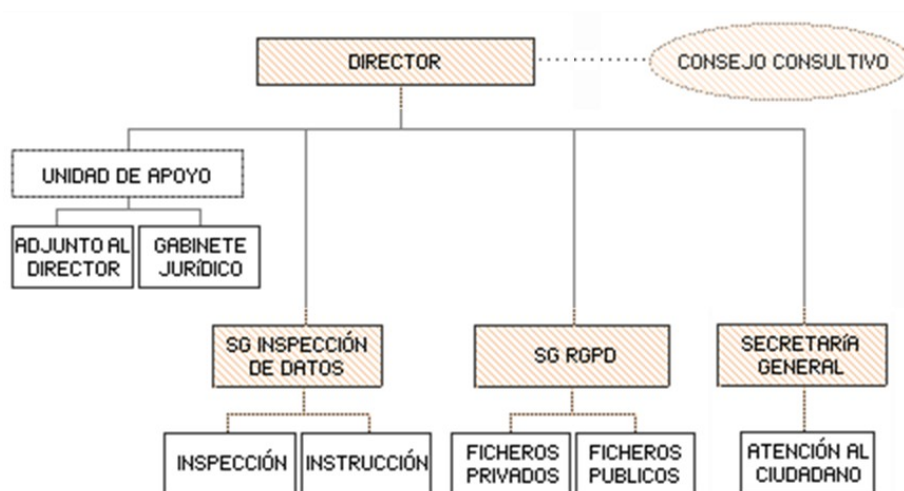
Polo que respecta a España, a función de supervisión do cumprimento dos mandatos establecidos na LOPD correspóndelle á AEPD. Con todo, debe advertirse que xunto á AEPD, con competencias a escala nacional, creáronse tamén as Axencias de Madrid e Cataluña, con competencias a nivel autonómico.

As normas que regulan a composición da AEPD, o seu funcionamento e competencias son a LOPD, o Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, polo que se aproba o Estatuto da AEPD, o Real Decreto 1720/2007, de 21 de decembro, polo que se aproba o regulamento de desenvolvemento da LOPD e, supletoriamente, a Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Común Administrativo.

Segundo a mencionada normativa, a AEPD caracterízase por ser un ente de Dereito Público con personalidade xurídica propia. Por todo iso, a AEPD actúa con independencia das demais Administracións Públicas no exercicio das súas funcións.

### **3.2. Estrutura da AEPD**

Gráfico extraído da páxina web da AEPD ([www.agpd.es](http://www.agpd.es))



Leyenda:

Consello consultivo /Unidade de apoio /Adxunto ao director /Gabinete xurídico / Secretaría Xeral / Instrucción / Ficheiros privados / Ficheiros Públicos / Secretaría Xeral / Atención ao cidadán

Polo que se refire á estrutura orgánica da AEPD, cabería destacar os tres seguintes órganos: o Director da AEPD, o Consello Consultivo e o Rexistro Xeral de Protección de Datos.

O Director da AEPD, cuxo nomeamento se realiza por parte do Goberno a proposta do Ministro de Xustiza de entre os membros do Consello Consultivo, é o encargado da dirección da Axencia e ostenta 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 algunha.

Pola súa banda, o Consello Consultivo, nomeado tamén polo Goberno, é un órgano colexiado de asesoramento do Director e ten por cometido 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 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.

### **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 a este último aspecto, á AEPD correspóndelle atender as peticións e reclamacións dos afectados, así como informarles dos seus dereitos cando llo requiran.

Así mesmo, en orde á consecución da súa función principal ou xenérica, a AEPD debe promover campañas de difusión nos medios, destinadas a informar aos cidadáns dos seus dereitos en materia de protección de datos. Ditas 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; por iso é polo 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 poñer fin á situación de ilegalidade.

Entre as súas múltiples funcións, á AEPD correspóndelle intervir na elaboración das normas relativas 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, a súa capacidade de control e observancia do disposto na Lei reguladora da Función Estatística Pública ou o seu cometido de elaboración da Memoria Anual que ha de presentarse nas Cortes, mediante conduto, polo Ministro de Xustiza.

Con todo, e sen restar importancia ás funcións xa mencionadas, debe destacarse de entre as tarefas encomendadas á AEPD os labores de control, supervisión e sanción.

En canto á potestade de control e inspección, esta contéplase de xeito singularizada no art. 40 da LOPD, de acordo co 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 cometidos. 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 se atopen instalados.

Así mesmo, do texto do art. 40 LOPD colíxese que os funcionarios que exerzan a inspección terán a consideración de autoridade pública. Os labores de inspección deben estar expresamente autorizadas polo Director da AEPD e poden ser de dous tipos: as sectoriais e as 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 modo de presunción *iuris tantum*; suficiente, xa que logo, 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 impoñer sancións cando tralas 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.

En canto ás sancións, do mesmo xeito 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 montante da multa entre o máximo e o mínimo fixado pola norma, atendendo ás circunstancias que rodean ao feito -dereito afectado, dano e prexuízo 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 coma privada.

Ademais da imposición da multa, e cando se trate de ficheiros de titularidade pública, o Director da AEPD poderá propoñer a iniciación de actuacións disciplinarias, se procede. 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 se lle indemnice polos prexuízos que se puideron 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 a determinarán os órganos da xurisdición ordinaria cando se trate de ficheiros de titularidade privada.

A imposición dunha sanción require que se leve a cabo un procedemento sancionador, o cal aparece integramente regulado no Real Decreto 1720/2007, de 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 é recorrible ante a Audiencia Nacional.

**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., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, 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; 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

# **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.**

## **TEMA 10**

### **A ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**

<b>1.- NORMATIVA APLICABLE.....</b>	<b>1</b>
<b>2.- A ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NA LEXISLACIÓN BÁSICA ESTATAL. .....</b>	<b>2</b>
<b>3.- A ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NA LEXISLACIÓN DE DESENVOLVEMENTO: A COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA.....</b>	<b>14</b>

#### **1.- NORMATIVA APLICABLE.**

De conformidade co establecido no artigo 149.1.18º 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, de 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 banda, dado que, como se vén 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.

En cumprimento do devandito mandato constitucional, o Estado regulou, con carácter básico, o réxime xurídico dos órganos da Administracións Públicas no Título II da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común (en diante, LAP).

Por outra banda, a Comunidade Autónoma de Galicia aprobou a Lei 16/2010, de 17 de decembro, de Organización e Funcionamento da Administración Xeral e do Sector Público Autonómico de Galicia (en diante, LOFAXGA), en cuxo Título I, Capítulo I (artigos 4 a 22), desenvolve a

regulación básica estatal relativa ao réxime xurídico dos órganos da Administracións Públicas.

## **2.- A ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NA LEXISLACIÓN BÁSICA ESTATAL.**

### **2.1.- Os órganos administrativos, en especial, a competencia.**

#### **2.1.1.- Creación de órganos administrativos.**

A cada Administración Pública, segundo o disposto no artigo 11 da LAP, 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 restrinxse debidamente a competencia destes.

A creación de calquera órgano administrativo esixirá o cumprimento dos seguintes requisitos:

- a) A determinación da súa forma de integración na Administración Pública de que se trate e a súa dependencia xerárquica.
- b) A delimitación das súas funcións e competencias.
- c) A dotación dos créditos necesarios para a súa posta en marcha e funcionamento.

#### **2.1.2.- Cuestións sobre o funcionamento dos órganos administrativos.**

##### **2.1.2.1.- A suplencia dos titulares dos órganos administrativos.**

Os titulares dos órganos administrativos, de acordo co establecido no artigo 17 da LAP, poderán ser suplidos temporalmente nos supostos de vacante, ausencia ou enfermidade por quen designe o órgano competente para o nomeamento daqueles. Este último inciso “por quen designe o órgano competente para o nomeamento” non ten carácter básico, de



conformidade co disposto na Sentenza do Tribunal Constitucional 50/1996, de 6 de abril.

Se non se designa suplente, a competencia do órgano administrativo exercerase por quen designe o órgano administrativo inmediato de quen dependa.

A suplencia non implicará alteración da competencia.

#### **2.1.2.2.- A abstención e recusación.**

As autoridades e o persoal ao servizo das Administracións en quen se dean algunhas das circunstancias sinaladas no artigo 28.2 da LAP absteranse de intervir no procedemento e comunicaranllo ao seu superior inmediato, quen resolverá o que proceda.

Son motivos de abstención os seguintes:

- a) Ter interese persoal no asunto de que se trate ou noutro en cuxa resolución puidese influír a do primeiro; ser administrador de sociedade ou entidade interesada, ou ter cuestión litixiosa pendente con algún interesado.
- b) Ter parentesco de consanguinidade dentro do cuarto grado 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.
- c) Ter amizade íntima ou inimizade manifesta con algunha das persoas mencionadas no apartado anterior.
- d) Ter intervido como perito ou como testemuña no procedemento de que se trate.
- e) Ter relación de servizo cunha persoa natural ou xurídica interesada directamente no asunto, ou terlle prestado nos dous últimos anos servizos profesionais de calquera tipo e en calquera circunstancia ou lugar.

A actuación de autoridades e persoal ao servizo das Administracións Públicas nos que concorran motivos de abstención non implicará, necesariamente, a invalidez dos actos nos que interveñan.

Os órganos superiores poderán ordenarlles ás persoas nas que quen se dea algunha das circunstancias sinaladas que se absteñan de toda intervención no expediente.

A non abstención nos casos en que proceda dará lugar a responsabilidade.

Nos casos anteriormente sinalados poderá promoverse, de acordo co disposto no artigo 29 da LAP, recusación polos interesados en calquera momento da tramitación do procedemento.

A recusación suscitárase por escrito no que se expresará a causa ou causas en que se funda.

No día seguinte o recusado manifestaralle ao seu inmediato superior se a causa alegada se dá ou non nel. No primeiro caso, o superior poderá acordar a súa substitución acto seguido.

Se o recusado nega a causa de recusación, o superior resolverá no prazo de tres días, previos os 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 termine o procedemento.

### **2.1.3.- As relacións interorgánicas.**

#### **2.1.3.1.- Os principios que rexen as relacións interorgánicas.**

As relacións interorgánicas, como reiteradamente sinalou o doutrinal, réxense polos principios de competencia e xerarquía.

Por unha banda, en relación coa competencia, o artigo 12.1 da LAP establece que esta é irrenunciable e que se exercerá precisamente polos órganos administrativos que a teñan atribuída como propia, agás os casos de delegación ou avocación, cando se efectúen nos termos previstos nunha norma con rango de lei.

A encomenda 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 se prevén en cada caso.

Así mesmo, nos parágrafos 2 e 3 do artigo 12 da LAP, establécese que 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 unha 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, e, de existir varios destes, ao superior xerárquico común.

Por outra banda, en relación coa xerarquía, de acordo co establecido no artigo 21 da LAP, os órganos administrativos poderán dirixir as actividades dos seus órganos xerarquicamente dependentes mediante instrucións e ordes de servizo, que, cando unha disposición específica así o estableza ou se estime conveniente por razón dos destinatarios ou dos efectos que poidan producirse, serán publicadas no xornal oficial que corresponda.

O incumprimento das instrucións ou ordes de servizo non afecta por si só á validez dos actos ditados polos órganos administrativos, sen prexuízo da responsabilidade disciplinaria en que se poida incurrir.

### ***2.1.3.2.- A delegación interorgánica de competencias.***

Segundo o disposto no artigo 13.1 da LAP, 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.

No tocante ao obxecto da delegación, hai que sinalar que en ningún caso poderán ser obxecto de delegación, segundo o establecido no artigo 13.2 da LAP:

- a) As competencias relativas aos asuntos que se refiran a relacións coa Xefatura do Estado, Presidencia do Goberno da Nación, Cortes Xerais, Presidencias dos Consellos de Goberno das Comunidades Autónomas e Asembleas Lexislativas das Comunidades Autónomas.
- b) As competencias relativas á adopción de disposicións de carácter xeral.
- c) As competencias relativas á resolución de recursos nos órganos administrativos que ditasen os actos obxecto de recurso.
- d) As competencias relativas ás materias en que así se determine por norma con rango de Lei.
- e) As competencias que se exerzan por delegación, agás autorización expresa dunha Lei.
- f) Non constitúe impedimento para que poida delegarse a competencia para resolver un procedemento a circunstancia de que a norma reguladora do mesmo prevexa, como trámite preceptivo, a emisión dun ditame ou informe; porén, non poderá delegarse a competencia para resolver un asunto concreto unha vez que no correspondente procedemento se teña emitido un ditame ou informe preceptivo acerca do mesmo.

No que se refire ao alcance da delegación, o artigo 13.6 da LAP establece que a delegación será revogable en calquera momento polo órgano que a conferiu.

En canto aos requisitos da delegación, nos parágrafos terceiro, cuarto e sétimo, respectivamente, do artigo 13 da LAP dispónse que:

- a) 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.
- b) Nas resolucións administrativas que se adopten por delegación tense de indicar expresamente esta circunstancia e estas consideraranse ditadas polo órgano delegante.
- c) A delegación de competencias atribuídas a órganos colexiados, para cuxo exercicio ordinario se requira un quórum especial, deberá adaptarse observando, en todo caso, o devandito quórum.

#### ***2.1.3.3.- A avocación interorgánica de competencias.***

Os órganos superiores, segundo o establecido no artigo 14.1 da LAP, poderán avocar para si o coñecemento dun asunto cuxa resolución corresponda ordinariamente ou por delegación aos seus órganos administrativos dependentes.

De acordo co establecido no citado precepto, a avocación só procede cando circunstancias de índole técnica, económica, social, xurídica ou territorial o fagan conveniente. Ademais, nos supostos de delegación de competencias en órganos non xerarquicamente dependentes, o coñecemento dun asunto unicamente poderá ser avocado polo órgano delegante.

En canto á forma que debe revestir a avocación, o artigo 14.2 da LAP establece que esta se realizará mediante acordo motivado que deberá serlles notificado aos interesados no procedemento, se os houber, con anterioridade á resolución final que se dite.

O acordo de avocación, segundo o disposto no artigo 14.2 da LAP, non pode ser obxecto de recurso; non entanto, poderá impugnarse no recurso que se interpoña, no seu caso, contra a resolución do procedemento.

#### ***2.1.3.4.- A encomenda de xestión interorgánica.***

A realización de actividades de carácter material, técnico ou de servizos da competencia dos órganos administrativos, segundo o establecido no artigo 15.1 da LAP, poderá serlles encomendada a outros órganos da mesma ou de distinta Administración, por razóns de eficacia ou cando non se posúan os medios técnicos axeitados para o seu desempeño.

A encomenda de xestión non supón cesión de titularidade da competencia nin dos elementos substantivos do seu exercicio, sendo responsabilidade do órgano encomendante ditar cantos actos ou resolucións de carácter xurídico dean soporte ou nos que se integre a concreta actividade material obxecto de encomenda.

O réxime xurídico da encomenda de xestión que se regula no citado artigo 15 da LAP non será de aplicación cando a realización das actividades enumeradas no apartado primeiro teña de recaer sobre persoas físicas ou xurídicas suxeitas a Dereito privado, axustándose daquela, no que proceda, á lexislación correspondente de contratos do Estado, sen que se lles poidan encomendar a persoas ou Entidades desta natureza actividades que, segundo a lexislación vixente, teñan de realizarse con suxeición ao dereito administrativo.

En canto aos requisitos formais da encomenda de xestión hai que distinguir dous supostos.

Por unha banda, no caso de que a encomenda de xestión se realice entre órganos administrativos pertencentes á mesma Administración, o artigo 15.3 da LAP establece que esta deberá formalizarse nos termos que estableza a súa normativa propia e, se non a houber, por acordo expreso dos órganos intervenientes. Cada Administración poderá regular os requisitos necesarios para a validez de tales acordos que incluírán, polo menos, expresa mención da actividade ou actividades ás que afecten, o prazo de vixencia e a natureza e alcance da xestión encomendada.

En todo caso o instrumento de formalización da encomenda de xestión e a súa resolución deberá ser publicado, para a súa eficacia, no Diario Oficial correspondente.

Por outra banda, cando a encomenda de xestión teña lugar entre órganos de distintas Administracións, o artigo 15.4 da LAP dispón que se formalizará mediante sinatura do correspondente convenio entre elas, agás no suposto da xestión ordinaria dos servizos das Comunidades Autónomas polas Deputacións Provinciais ou, no seu caso, Cabildos ou Consellos insulares, que se rexerá pola lexislación de Réxime Local.

#### ***2.1.3.5.- A delegación de sinatura.***

Os titulares dos órganos administrativos, en materias da súa propia competencia, poderán, de acordo co establecido no artigo 16 da LAP, 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 13 da LAP e tendo en conta que, en ningún caso, caberá a delegación de sinatura nas resolucións de carácter sancionador.

A delegación de sinatura non alterará a competencia do órgano delegante e para a súa validez non será necesaria a súa publicación.

Nas resolucións e actos que se asinen por delegación farase constar a autoridade de procedencia.

#### ***2.1.3.6.- As comunicacións entre órganos.***

A comunicación entre os órganos administrativos pertencentes a unha mesma Administración Pública, segundo o disposto no artigo 19 da LAP, efectuarase sempre directamente, sen traslados nin reproducións a través de órganos intermedios e poderán efectuarse por calquera medio que asegure a constancia da súa recepción.

#### ***2.1.3.7.- A coordinación interorgánica de competencias.***

O artigo 18 da LAP establece que os órganos administrativos no exercicio das súas competencias propias axustarán a súa actividade nas súas relacións con outros órganos da mesma ou doutras Administracións aos principios establecidos no artigo 4.1 da Lei, e a coordinarán coa que puidese corresponder lexitimamente a estes, podendo solicitar para iso a información que precisen.

As normas e actos ditados polos órganos das Administracións Públicas no exercicio da súa propia competencia deberán ser observados polo resto dos órganos administrativos, aínda que non dependan xerarquicamente entre si ou pertenczan a outra Administración.

#### ***2.1.3.8.- Os conflitos competenciais interorgánicos.***

O artigo 20 da LAP, establece que os conflitos de atribucións só poderán suscitarse entre órganos dunha mesma Administración non relacionados xerarquicamente, e respecto de asuntos sobre os que non finalice o procedemento administrativo.

De acordo con devandito precepto, o órgano administrativo que se estime incompetente para a resolución dun asunto remitirá directamente as actuacións ao órgano que considere competente, se este pertence á mesma Administración Pública.

Así mesmo, o artigo 20.2 da LAP establece a posibilidade de que os interesados que sexan parte no procedemento se dirixan ao órgano que se atope coñecendo dun asunto para que decline a súa competencia e lle remita as actuacións ao órgano competente. Ademais, poderán dirixirse ao órgano que estimen competente para que requira de inhibición ao que estea coñecendo do asunto.

## **2.2.- Os órganos administrativos colexiados na lexislación básica estatal.**

### **2.2.1.- O réxime xurídico dos órganos colexiados.**

O réxime xurídico dos órganos colexiados, de conformidade co establecido no artigo 22, axustarase ás normas contidas no Capítulo II do Título II da LAP, sen prexuízo das peculiaridades organizativas das Administracións Públicas en que se integran.

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.

Os órganos colexiados aos que se refire este apartado quedarán integrados na Administración Pública que corresponda, aínda que sen participar na súa estrutura xerárquica, agás que así o establezan as súas normas de creación, se desprenda das súas funcións ou da propia natureza do órgano colexiado.

Para rematar, é importante salientar que a Disposición Adicional Primeira da LAP establece que as disposicións do Capítulo II do Título II da LAP non serán de aplicación ao Pleno e, se procede, á Comisión de Goberno das Entidades Locais, aos Órganos Colexiados do Goberno da Nación e aos Órganos de Goberno das Comunidades Autónomas.

### **2.2.2.- Os membros dos órganos colexiados.**

### **2.2.2.1.- O Presidente.**

De acordo co artigo 23 da LAP, en cada órgano colexiado correspóndelle ao Presidente:

- a) Ostentar a representación do órgano.
- b) Acordar a convocatoria das sesións ordinarias e extraordinarias e a fixación da orde do día, tendo en conta, se procede, as peticións dos demais membros formuladas coa suficiente antelación.
- c) Presidir as sesións, moderar o desenvolvemento dos debates e suspendelos por causas xustificadas.
- d) Dirimir co seu voto os empates, a efectos de adoptar acordos, agás que se trate dos órganos colexiados aos que se refire o número 2 do artigo 22, en que o voto será dirimente se así o establecen as súas propias normas.
- e) Asegurar o cumprimento das leis.
- f) Visar as actas e certificacións dos acordos do órgano.
- g) Exercer cantas outras funcións sexan inherentes á súa condición de Presidente do órgano.

En casos de vacante, ausencia, enfermidade, ou outra causa legal, o Presidente será substituído polo Vicepresidente que corresponda, en ausencia deste, polo membro do órgano colexiado de maior xerarquía, antigüidade e idade, por esta orde, de entre os seus compoñentes.

Esta norma non será de aplicación aos órganos colexiados previstos no número 2 do artigo 22 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.

Para rematar, é importante salientar que o Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 50/1999, de 6 de abril, dispón que este precepto non ten carácter básico, ao regular aspectos da organización e funcionamento interno dos órganos colexiados dun xeito tan detallado e exhaustivo que non deixa espazo significativo dabondo para que as Comunidades Autónomas despreguen as potestades de desenvolvemento lexislativo.

### **2.2.2.2.- O Secretario.**

O artigo 25 da LAP dispón que os órganos colexiados terán un Secretario que poderá ser un membro do propio órgano ou unha persoa ao servizo da Administración Pública correspondente.



A designación e o cese, así como a substitución temporal do Secretario en supostos de vacante, ausencia ou enfermidade realizaranse segundo o disposto nas normas específicas de cada órgano e, se non as houber, por acordo do mesmo.

Correspóndelle ao Secretario do órgano colexiado:

- a) Asistir ás reunións con voz pero sen voto se é un funcionario, e con voz e voto se a Secretaría do órgano a ostenta un dos seus membros.
- b) Efectuar a convocatoria das sesións do órgano por orde do seu Presidente, así como as citacións aos seus membros.
- c) Recibir os actos de comunicación dos membros co órgano e, xa que logo, as notificacións, peticións de datos, rectificacións ou calquera outra clase de escritos dos que deba ter coñecemento.
- d) Preparar o despacho dos asuntos, redactar e autorizar as actas das sesións.
- e) Expedir certificacións das consultas, ditames e acordos aprobados.
- f) Cantas outras funcións sexan inherentes á súa condición de Secretario.

Para rematar, é importante salientar que o Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 50/1999, de 6 de abril, dispón que os apartados 2 e 3 deste precepto, relativos á designación, ao cese e ás competencias, non teñen carácter básico, ao conteren unha regulación tan detallada e exhaustiva que non deixa espazo significativo dabondo para que as Comunidades Autónomas despreguen as potestades de desenvolvemento lexislativo.

#### **2.2.2.3.- Os membros.**

En cada órgano colexiado correspóndelles aos seus membros, segundo o establecido no artigo 24 da LAP:

- a) 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 en igual prazo.
- b) Participar nos debates das sesións.
- c) 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 poderá absterse nas votacións quen pola súa calidade de autoridade ou persoal ao servizo das Administracións Públicas, teña a condición de membro de órganos colexiados.

- d) Formular rogos e preguntas.
- e) Obter a información precisa para cumprir as funcións asignadas.
- f) Cantas outras funcións sexan inherentes á súa condición.

Os membros dun órgano colexiado non poderán atribuírse as funcións de representación recoñecidas a este, agás que expresamente se lles outorguen 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 conorra algunha causa xustificada, os membros titulares do órgano colexiado serán substituídos polos seus suplentes, se os houber.

Cando se trate de órganos colexiados aos que se refire o número 2 do artigo 22, as organizacións representativas de intereses sociais poderán substituír aos seus membros titulares por outros, acreditándoo ante a Secretaría do órgano colexiado, con respecto ás reservas e limitacións que establezan as súas normas de organización.

En relación coa composición dos órganos colexiados, é importante destacar, que, de acordo co artigo 54 da Lei Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdade efectiva de mulleres e homes, a Administración Xeral do Estado e os organismos públicos vinculados ou dependentes dela designarán aos seus representantes en órganos colexiados, comités de persoas expertas ou comités consultivos, nacionais ou internacionais, de acordo co principio de presenza equilibrada de mulleres e homes, agás por razóns fundadas e obxectivas debidamente motivadas.

Para rematar, hai que sinalar que o Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 50/1999, de 6 de abril, dispón este precepto non ten carácter básico, ao conter unha regulación tan detallada e exhaustiva que non deixa espazo significativo dabondo para que as Comunidades Autónomas despreguen as potestades de desenvolvemento lexislativo.

### **2.2.3.- O funcionamento.**

#### **2.2.3.1.- A convocatoria e as sesións.**

De acordo co establecido no artigo 26 da LAP, para a válida constitución do órgano, a efectos da celebración de sesións, deliberacións e toma de acordos, requirirase a presenza do Presidente e Secretario ou, se procede, de quen os substitúa e a da metade, polo menos, dos seus membros, agás o disposto no punto 2 deste artigo.

Cando se trate dos órganos colexiados aos que se refire o número 2 do artigo 22 , o Presidente poderá considerar validamente constituído o órgano, a efectos de celebración de sesión, se están presentes os representantes das Administracións Públicas e das organizacións representativas de intereses sociais membros do órgano aos que se lles atribúise a condición de portavoces.

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 constituíren validamente o órgano.

Non poderá ser obxecto de deliberación ou acordo ningún asunto que non figure incluído na orde do día, agás que estean presentes 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.

Quen acredite a titularidade dun interese lexítimo poderá dirixirse ao Secretario dun órgano colexiado para que lle sexa expedida certificación dos seus acordos.

Para rematar, cómpre facer referencia á posibilidade de que os órganos colexiados se reúnan por medios electrónicos, conferida pola Disposición Adicional Primeira da Lei 11/2007, de 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos Servizos Públicos. Nesta disposición establécese, con carácter básico, que os órganos colexiados pódense constituír e adoptar acordos utilizando medios electrónicos, con respecto aos trámites esenciais establecidos nos artigos 26 e 27.1 da LAP.

### **2.2.3.2.- As actas.**

O artigo 27 da LAP establece que de cada sesión que celebre o órgano colexiado levántase acta polo Secretario, 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 figurarán a 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 transcrición íntegra da súa intervención ou proposta, sempre que achegue no acto, ou no prazo que sinale o Presidente, o texto que se corresponda fielmente coa súa intervención, facéndose así constar na acta ou uníndose copia a ela.

Os membros que discrepen do acordo maioritario poderán formular voto particular por escrito no prazo de corenta e oito horas, que se incorporará ao texto aprobado.

Cando os membros do órgano voten en contra ou se absteñan, quedarán exentos da responsabilidade que, se procede, poida derivarse dos acordos.

As actas aprobaranse na mesma ou na seguinte sesión, podendo non entanto emitir o Secretario certificación sobre os acordos específicos que se adoptaron, sen prexuízo da ulterior aprobación da acta.

Nas certificacións de acordos adoptados emitidas con anterioridade á aprobación da acta farase constar expresamente tal circunstancia.

Para rematar, hai que sinalar que o Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 50/1999, de 6 de abril, dispón que este precepto non ten carácter básico, ao conter unha regulación tan detallada e exhaustiva que non deixa espazo significativo dabondo para que as Comunidades Autónomas despreguen as potestades de desenvolvemento lexislativo.

### **3.- A ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NA LEXISLACIÓN DE DESENVOLVEMENTO: A COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA.**

#### **3.1.- Os órganos administrativos, nomeadamente, a competencia.**

##### **3.1.1.- Os principios estruturais da organización administrativa.**

A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, de acordo co establecido no artigo 4 da LOFAXGA, baixo a dirección da Xunta, e as entidades integrantes do sector público autonómico serven con obxectividade aos 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 LOFAXGA, responden ao principio de división funcional e na súa organización observaranse os seguintes principios:

a) Xerarquía.

- b) Descentralización.
- c) Desconcentración.
- d) Coordinación.
- e) Eficacia e eficiencia.
- f) Simplificación, claridade, boa fe, imparcialidade, confianza lexítima e proximidade aos cidadáns.

### **3.1.2.- Cuestións sobre o funcionamento dos órganos administrativos: a suplencia.**

Os titulares dos órganos administrativos, de conformidade co establecido no artigo 12 da LOFAXGA, poderán ser suplidos temporalmente nos supostos de vacante, ausencia ou enfermidade por quen designe o órgano competente para o nomeamento daqueles.

Se non se designa suplente, a competencia do órgano administrativo será exercida por quen designe o órgano administrativo inmediato superior do que dependa.

A suplencia non implicará alteración da competencia.

### **3.1.3.- As relacións interorgánicas.**

#### ***3.1.3.1.- Os principios que rexen as relacións interorgánicas.***

As relacións interorgánicas, como reiterou a doutrina e tal e como se sinalou no apartado segundo do presente tema, réxense polos principios de competencia e xerarquía.

En concreto, en relación coa competencia, nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 5 establécese que a mesma é irrenunciable, e que será exercida, precisamente, polos órganos que a teñan atribuída como propia, agás nos casos de delegación ou avocación, nos termos previstos na lei, engadindo que a encomenda 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 prevexan.

Nos parágrafos terceiro e cuarto do artigo 5, establécese que a titularidade e o exercicio das competencias atribuídas aos órganos administrativos

poderán ser desconcentrados noutros xerarquicamente dependentes daqueles nos termos e cos requisitos que prevexan as propias normas de atribución de competencias.

No caso de que as funcións correspondentes ás competencias dunha consellería non sexan asignadas por lei a un concreto órgano administrativo, estas entenderanse atribuídas aos órganos inferiores competentes por razón da materia e do territorio, e, de existiren varios destes, ao superior xerárquico común, sen prexuízo de que mediante decreto se poida designar como titular da competencia outro órgano da mesma consellería.

Ademais, hai que sinalar que os órganos da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia estenden a súa competencia a todo o territorio da Comunidade Autónoma, agás indicación en sentido contrario das normas aplicables.

### ***3.1.3.2.- A delegación interorgánica de competencias.***

De acordo co disposto no artigo 6 da LOFAXGA, o exercicio das competencias cuxa titularidade corresponda a órganos da Administración autonómica poderá ser delegado noutros órganos da propia Administración autonómica.

Cando entre os órganos delegante e delegado non exista relación xerárquica e pertencen á mesma consellería, 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.

No 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 ser previamente aprobada polos órganos, se os houber, dos que dependan o órgano delegante e o órgano delegado, agás que o delegante sexa o titular da consellería de adscrición da entidade instrumental, caso no que abundará coa decisión deste.

En canto ao obxecto da delegación, cómpre que sinalar que en ningún caso poderán ser obxecto de delegación, de acordo co disposto no artigo 6.4 da LOFAXGA:

- a) As competencias relativas aos 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.
- b) As competencias relativas á aprobación de regulamentos.

- c) As competencias relativas aos asuntos que se refiran ás relacións institucionais coa Xefatura do Estado, coa Presidencia do Goberno do Estado, coas Cortes Xerais, coas presidencias dos consellos de goberno das Comunidades Autónomas, co Parlamento de Galicia e coas demais Asembleas lexislativas das Comunidades Autónomas e coa Unión Europea.
- d) As competencias relativas á resolución dos recursos nos órganos administrativos que diten os actos obxecto do recurso.
- e) As competencias relativas ás materias nas que así se determine por unha norma con rango de lei.
- f) Non constitúe impedimento para que se poida delegar a competencia para resolver un procedemento a circunstancia de que a súa norma reguladora prevexa, como trámite preceptivo, a emisión dun ditame ou informe; con todo, non se poderá delegar a competencia para resolver un asunto concreto unha vez que no correspondente procedemento se tivese emitido un ditame ou informe preceptivo acerca do mesmo.
- g) As competencias que se exerzan por delegación, agás autorización expresa dunha lei.

No que se refire ao alcance da delegación, o artigo 6.9 da LOFAXGA establece que a delegación será revogable en calquera momento polo órgano que a conferiu.

En canto aos requisitos da delegación, nos parágrafos sexto, sétimo e décimo da LOFAXGA, establécese que:

- a) As delegacións de competencias e a súa revogación deberán publicarse no Diario Oficial de Galicia e figurar de forma permanente e accesible na páxina web institucional da consellería ou do órgano delegante.
- b) Os actos e resolucións administrativas ditados por delegación farán constar esta circunstancia, con referencia ao número e data da súa publicación no Diario Oficial de Galicia, e consideraranse ditados polo órgano delegante.
- c) A delegación de competencias atribuídas a órganos colexiados, para cuxo exercicio ordinario se requira un quórum especial, deberá adoptarse observando, en todo caso, o devandito quórum.

### ***3.1.3.3.- A avocación interorgánica de competencias.***

Os órganos da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, de conformidade co disposto no artigo 7 da LOFAXGA, poderán avocar para si o coñecemento dun asunto cuxa resolución corresponda ordinariamente ou por delegación a un órgano administrativo dependente, cando haxa



circunstancias de índole técnica, económica, social, xurídica ou territorial que o fagan conveniente.

De acordo co establecido no devandito precepto, cando se tivese producido delegación do exercicio de competencias entre órganos non dependentes xerarquicamente, a avocación só poderá ser acordada polo órgano delegante.

En canto á forma que deberá revestir a avocación, o artigo 7.3 da LOFAXGA dispón que se realizará mediante acordo motivado que deberá serlles notificado aos interesados no procedemento, se os houber, con anterioridade á resolución final que se dite. A avocación, agás que sexa acordada por un membro da Xunta de Galicia, deberá ser posta tamén en coñecemento do superior xerárquico do órgano avocante.

O acordo de avocación, segundo o disposto no artigo 7.4 da LOFAXGA, non poderá ser obxecto de recurso, aínda que a posible ilegalidade da avocación poderá facerse valer, se procede, no recurso que se interpoña contra a resolución do procedemento.

#### ***3.1.3.4.- A encomenda de xestión interorgánica.***

A realización de actividades de carácter material, técnico ou de servizos da competencia dos órganos da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia ou das entidades de dereito público dependentes dela, segundo o disposto no artigo 8.1 da LOFAXGA, poderá ser encomendada intrasubxectivamente a outros órganos da mesma Administración ou entidade que o encomendante, por razóns de eficacia ou cando non se posúan os medios axeitados para o seu desempeño.

A encomenda de xestión non supón cesión de titularidade da competencia nin dos elementos substantivos do seu exercicio, e será responsabilidade do órgano encomendante ditar cantos actos ou resolucións de carácter xurídico dean soporte á concreta actividade material obxecto de encomenda ou aqueles nos que esta se integre.

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.

En canto aos requisitos formais de a encomenda de xestión, no artigo 8 da LOFAXGA esíxese:



a) a súa formalización por medio da resolución de autorización e dos acordos que se asinen entre os órganos correspondentes logo de autorizada a encomenda de xestión.

b) a súa publicación no Diario Oficial de Galicia, así como das sucesivas prórrogas que en diante se asinen, co contido mínimo seguinte:

- Actividade ou actividades ás que se refira.
- Natureza e alcance da xestión encomendada.
- Prazo de vixencia e supostos nos que proceda a finalización anticipada da encomenda ou a súa prórroga.

c) a súa publicación na páxina web institucional dos órganos intervinientes, a efectos informativos.

#### ***3.1.3.5.- A delegación de sinatura.***

Os titulares dos órganos da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, segundo o establecido no artigo 11 da LOFAXGA, poderán, en materia da súa propia competencia, delegar a sinatura das súas resolucións e actos administrativos nos titulares dos órganos que dependan deles, dentro dos límites sinalados para a delegación de competencias.

A delegación da sinatura non alterará a competencia do órgano delegante e para a súa validez non será necesaria a súa publicación.

Nas resolucións e actos que se asinen por delegación farase constar a autoridade de procedencia. A estes efectos, a sinatura deberá ir precedida da expresión «por delegación de sinatura», con indicación do cargo que autoriza e do órgano autorizado.

Non caberá delegación de sinatura nas resolucións de carácter sancionador.

#### ***3.1.3.6.- Os conflitos competenciais interorgánicos.***

Na Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, de acordo co disposto no artigo 13 da LOFAXGA, os conflitos de atribucións só se poderán suscitar entre órganos non relacionados xerarquicamente, e respecto de asuntos sobre os cales non finalizase o procedemento administrativo.

Os conflitos de atribucións positivos ou negativos entre órganos dunha mesma consellería serán resolto polo superior xerárquico común no prazo de dez días hábiles sen que caiba recurso algún.

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 formulou. En caso de se considerar competente, remitiralle acto seguido 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 se considerar incompetente, remitiralle acto seguido o expediente co seu informe ao superior xerárquico común.

Os conflitos de atribucións entre diferentes consellerías serán resolto 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 recurso ningún.

### **3.2.- Os órganos colexiados na lexislación de desenvolvemento.**

#### **3.2.1.- Os órganos colexiados en xeral.**

##### **3.2.1.1.- O réxime xurídico dos órganos colexiados.**

De acordo co disposto no artigo 14 da LOFAXGA, os órganos colexiados réxense pola lexislación básica sobre réxime xurídico das Administracións públicas, a lexislación específica aplicable, as normas contidas nesta sección e os seus regulamentos de réxime interior.

Os órganos colexiados das distintas Administracións públicas nas 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.

Os órganos colexiados aos que se refire este apartado quedarán integrados na Administración pública que corresponda, aínda que sen participaren na estrutura xerárquica desta, agás que así o establezan as súas normas de

creación ou se desprenda das súas funcións ou da propia natureza do órgano colexiado.

As normas contidas nesta sección non serán de aplicación ao Consello da Xunta nin ás súas comisións delegadas.

### **3.2.1.2.- A creación.**

A constitución dun órgano colexiado, de conformidade co disposto no artigo 15 da LOFAXGA, terá como orzamento indispensable a determinación dos seguintes extremos na súa norma de creación:

- a) Os seus fins e obxectivos.
- b) A súa integración administrativa ou dependencia xerárquica.
- c) A composición e os criterios para a designación da persoa titular da súa presidencia e dos restantes membros.
- d) As funcións de decisión, proposta, asesoramento, seguimento e control, así como calquera outra que se lle atribúa.
- e) A dotación dos créditos necesarios, se procede, para o seu funcionamento.

### **3.2.1.3.- Os membros dos órganos colexiados.**

#### **3.2.1.3.1.- O Presidente.**

En cada órgano colexiado, segundo o establecido no artigo 16 da LOFAXGA, correspóndelle á presidenta ou ao presidente:

- a) Desempeñar a representación do órgano.
- b) Acordar a convocatoria das sesións ordinarias e extraordinarias e a fixación da orde do día, tendo en conta, se procede, as peticións dos demais membros formuladas coa suficiente antelación.
- c) Presidir as sesións, moderar o desenvolvemento dos debates e suspendelos por causas xustificadas.
- d) Dirimir co seu voto os empates, a efectos de adoptar acordos, agás que se trate dos órganos colexiados nos 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.

e) Asegurar o cumprimento das leis.

f) Visar as actas e certificacións dos acordos do órgano.

g) 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 houber, e, na súa ausencia, polo membro do órgano colexiado de maior xerarquía, antigüidade e idade, por esta orde, de entre os seus compoñentes.

Esta norma non será de aplicación aos órganos colexiados nos 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, nas que o réxime de substitución do presidente debe estar especificamente regulado en cada caso, ou establecido expresamente por acordo do pleno do órgano colexiado.

### **3.2.1.3.2.- O Secretario.**

Os órganos colexiados, segundo o disposto no artigo 18 da LOFAXGA, terán unha secretaria ou 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 cese, 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 á secretaria ou ao secretario do órgano colexiado:

a) Asistir ás reunións, con voz pero sen voto se non é membro do órgano e con voz e voto se é membro deste.

b) Efectuar a convocatoria das sesións do órgano por orde da súa presidencia, así como as citacións aos seus membros.

- c) Recibir os actos de comunicación dos membros co órgano e, xa que logo, as notificacións, peticións de datos, rectificacións ou calquera outra clase de escritos dos que deba ter coñecemento.
- d) Preparar o despacho dos asuntos e redactar e autorizar as actas das sesións.
- e) Expedir certificacións das consultas, ditames e acordos aprobados.
- f) Cantas outras funcións sexan inherentes á súa condición de secretaria ou secretario.

### **3.2.1.3.3.- Membros.**

En cada órgano colexiado correspóndelles aos seus membros, segundo o artigo 17 da LOFAXGA:

- a) 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.
- b) Participar nos debates das sesións.
- c) 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.
- d) 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.
- e) Formular rogos e preguntas.
- f) Obter a información precisa para cumprir as funcións asignadas.
- g) Cantas outras funcións sexan inherentes á súa condición.

Os membros dun órgano colexiado non poderán atribuírse as funcións de representación recoñecidas a este, agás que expresamente lles foran 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 conorra algunha causa xustificada, os membros titulares do órgano colexiado serán substituídos polos seus suplentes, se os houber.

Cando se trate de órganos colexiados nos 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 aos seus membros titulares por outros, acreditándoo ante a secretaría do órgano colexiado, respectando as reservas e limitacións que establezan as súas normas de organización.

#### **3.2.1.4.- O funcionamento.**

##### **3.2.1.4.1.- A convocatoria e as sesións.**

De conformidade co establecido no artigo 19 da LOFAXGA, para a válida constitución do órgano, a efectos da celebración de sesións, deliberacións e toma de acordos, requirirase a presenza do presidente e do secretario ou, no seu caso, daqueles que os substitúan, e da metade, polo menos, dos seus membros, agás o disposto no artigo 19.2.

Cando se trate dos órganos colexiados nos que participen entidades 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, o presidente poderá considerar validamente constituído o órgano, a efectos de celebración de sesións, se estivesen presentes os representantes das administracións públicas e das organizacións representativas de intereses sociais membros do órgano aos cales atribuírlles a condición de portavoces.

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.

Non poderá ser obxecto de deliberación ou acordo ningún asunto que non figure incluído na orde do día, agás que estean presentes todos os membros do órgano colexiado e sexa declarada a urxencia do asunto polo voto favorable da maioría.

Os acordos serán adoptados por maioría simple de votos, agás que as súas normas específicas prevexan outras maiorías.

Quen acredite a titularidade dun interese lexítimo poderá dirixirse ao secretario dun órgano colexiado para que lles sexa expedida certificación dos seus acordos.

Para rematar, cómpre sinalar que, de acordo co artigo 21 da LOFAXGA, 1. Os órganos colexiados poderán constituírse e adoptar acordos utilizando

medios electrónicos, respectando os trámites esenciais establecidos nos artigos 26º e 27º.1 da Lei 30/1992, de réxime xurídico das Administracións públicas e do procedemento administrativo común, na Lei 4/2006, de transparencia e boas prácticas na Administración pública galega, e na LOFAXGA.

A convocatoria poderá efectuarse por medio do correo electrónico sempre que se cumpran os seguintes requisitos:

a) O sistema de notificación electrónica permitirá acreditar a data e hora en que se produza a posta a disposición do interesado da convocatoria notificada, así como a de acceso ao seu contido, momento a partir do cal a notificación entenderase practicada para todos os efectos legais; en todo caso, presumirase que a notificación produciuse polo transcurso de 24 horas, excluindo sábados, domingos e festivos, desde a posta a disposición do interesado da convocatoria notificada, agás que, de oficio ou a instancia do destinatario, se comprobe a imposibilidade técnica ou material do acceso.

b) 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 na súa enderezo electrónica institucional correspondente. O resto dos membros dos órganos colexiados serán notificados electronicamente no enderezo de correo electrónico que sinalen a ese efecto.

Os membros dun órgano colexiado poderán ser validamente 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 atope fisicamente o secretario, a un dos membros asistentes para que o auxilie nas súas funcións.

Adicionalmente ao disposto no artigo 20.5 da LOFAXGA, as actas das sesións dos órganos colexiados poderán ser aprobadas por vía telemática, logo de que lles sexan remitidas aos seus membros ao seu enderezo electrónico.

#### **3.2.1.4.2.- As actas.**

De acordo co establecido no artigo 20 da LOFAXGA, de cada sesión que celebre o órgano colexiado o secretario levantará a 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, a 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 transcrición 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 copia a esta.

Os membros que discrepen do acordo maioritario poderán formular voto particular por escrito no prazo de corenta e oito horas contado desde 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, no seu caso, poida derivarse dos acordos.

As actas aprobaranse na mesma ou na seguinte sesión; porén, o secretario poderá emitir certificación sobre os acordos específicos que se adoptaron, sen prexuízo da ulterior aprobación da acta.

Nas certificacións de acordos adoptados emitidas con anterioridade á aprobación da acta farase constar expresamente tal circunstancia.

### **3.2.2.- Os órganos colexiados consultivos.**

Segundo o disposto no artigo 22 da LOFAXGA, 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, denominaranse consellos.

Así mesmo, no parágrafo segundo de devandito precepto, establécese que, 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, agás disposición legal en sentido contrario.

## **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. 40-41, 1984.

Diana Santiago Igrexas  
Profesora Axudante Doutor de Dereito Administrativo  
Universidade de Santiago de Compostela



# **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**

##### **A) Concepto.**

Seguindo a García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, podemos 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 podemos sinalar os seguintes caracteres do acto administrativo:

1º Acto xurídico, que consiste nunha declaración intelectual que exclúe as actividades puramente materiais da administración.

2º Dunha Administración Pública, o que permite excluír do concepto:

- a) Os actos xurídicos do administrado.
- b) Os ditados por órganos do Estado que non constitúen administración pública (ex.: órganos xudiciais).

3º Unilateralmente, o que permite excluír do concepto os contratos e convenios administrativos.

4º En exercicio dunha potestade administrativa, o que permite excluír os actos políticos ou de Goberno, realizados por este como tal, e non como órgano administrativo.

5º A potestade deberá ser 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.

## **B) Clases.**

A teoría dos actos da Administración é unha aplicación ao campo do Dereito Administrativo da teoría xeral dos actos xurídicos, que adquire, con todo, matices particulares nesta materia polas seguintes razóns:

- Por ser un dos suxeitos necesariamente a Administración Pública.
- Pola tradicional falta de unidade no réxime xurídico dos actos realizados pola Administración.
- Polas diversas vías de axuizamento ás que se someten os diversos tipos de actos da Administración (xurisdición civil ou contencioso-administrativa).

Excluindo os denominados actos materiais ou de mera execución, podemos distinguir tres tipos de actos da Administración:

a) Actos privados. Son aqueles actos xurídicos que a Administración realiza como un particular máis, sen estar investida das prerrogativas que lle son propias. A fiscalización destes actos lévase a cabo pola xurisdición civil.

b) Actos públicos con efectos xurídico-privados. Dentro deles, distingue Garrido Falla os seguintes:

1. Os que producen efectos sobre o estado civil das persoas ou sobre dereitos civís en xeral (administración pública de Dereito privado) e que se fiscalizan, con carácter xeral, pola xurisdición civil.

2. Os que son consecuencia da actividade limitativa dos dereitos dos particulares, e que constitúen ou condicionan relacións xurídicas entre particulares. Dentro deles, hai que diferenciar a relación entre a Administración e o particular (sometida á xurisdición contenciosa) e a relación entre o particular e un terceiro como consecuencia da limitación (sometida á xurisdición civil). (Ex.: fixación da renda máxima no aluguer de vivendas de protección oficial.)

c) Actos públicos. Reciben o nome de actos administrativos e dentro desta categoría hai unha múltiples clasificacións, pasando a expoñer as máis significativas.

1ª.- Distingue entre acto administrativo expreso, tácito e presunto.

1. **Acto expreso**: Neste acto a declaración de vontade, xuízo, desexo, etc., ten lugar por medio da palabra oral ou escrita. Existe, pois, unha clara e inequívoca exteriorización da vontade administrativa.

2. **Acto tácito**: Neste caso a declaración de vontade, xuízo, coñecemento ou desexo non se produce a través dun acto expreso, senón a través dunha conduta administrativa positiva, da que se deduce a vontade do órgano que a realiza.

3. **Acto presunto**: Neste caso, non existe unha declaración nin unha conduta que permita interpretar a vontade administrativa, pero a lei, por certas circunstancias externas facilmente comprobables, presume, en tal caso, a existencia de determinada vontade administrativa.

Os actos tácitos e os actos presuntos aseméllanse na ausencia dun pronunciamento expreso, claro, inequívoco e directo da vontade administrativa. A diferenza entre eles radica en que, mentres os actos tácitos se presumen racionalmente da propia conduta da Administración (non hai acto expreso de vontade, pero si unha “conduta expresiva” da mesma; pola contra, no acto presunto, o acto administrativo presúmese, pero non deducíndoo racionalmente da conduta (falta de actuación) da admón., senón por sinalalo así a lei, como correlato do deber da admón. de resolver expresamente, e para defensa dos intereses dos particulares.

2ª.- Distingue entre **actos regulados e actos discrecionales**, clasificación practicada en función do tipo de potestade que use a Administración para ditar o acto en cuestión.

3ª.- Distingue entre **actos favorables e de gravame**, segundo se amplían ou restrinxen a esfera xurídica dos administrados. Un exemplo típico dos primeiros é a autorización, mentres que un acto típico de gravame é a sanción administrativa. Esta diferenciación non só é conceptual, pois existen importantes diferenzas no réxime xurídico de cada un destes actos. Así, entre outras diferenzas, podemos destacar que os actos de gravame deben ser motivados conforme ao artigo 54 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común (en diante LRXPAC) e son libremente revocables segundo o establecido no artigo 105.1 LRXPAC.

4ª.- Distingue entre **actos singulares e actos xerais**, segundo que o destinatario sexa unha persoa determinada ou sexa unha pluralidade indeterminada de suxeitos. A distinción é importante sobre todo aos efectos de notificación ou publicación segundo os artigos 59 e seguintes da LRXPAC.

5ª.- Distingue entre **actos colexiados ou monocráticos**, segundo sexan ditados por órganos administrativos dun ou outro signo. A importancia desta clasificación radica na aplicación do réxime xurídico establecido nos artigos 22 e seguintes da LRXPAC para a produción dos actos administrativos dos órganos colexiados.

## **II.- ELEMENTOS DO ACTO ADMINISTRATIVO: SUXEITO, OBXECTO, CAUSA, FIN E FORMA.**

### **1) Suxeito:**

O suxeito do que emana a declaración en que consiste o acto administrativo, é sempre unha Administración pública. De acordo co **artigo 2 LRXPAC**:

“1. Enténdese aos efectos desta Lei por Administracións Públicas:

- a) A Administración Xeral do Estado.
- b) As Administracións das Comunidades Autónomas.
- c) As Entidades que integran a Administración Local.

2. As Entidades de Dereito Público con personalidade xurídica propia vinculadas ou dependentes de calquera das Administracións Públicas terán así mesmo a consideración de Administración Pública. Estas Entidades suxeitarán a súa actividade á presente Lei cando exerzan potestades administrativas, someténdose no resto da súa actividade ao que dispoñan as súas normas de creación.”

Aspecto fundamental do elemento subxectivo dos actos é a competencia, que se define como a medida da potestade atribuída a cada órgano. De acordo co artigo 53 LRXPAC os actos administrativos produciranse polo órgano competente. A competencia vén asignada polo

ordenamento xurídico a cada órgano, e como sinala o artigo 12 LRXPAC, é irrenunciable e exercerase precisamente polos órganos administrativos que a teñan atribuída como propia, salvo os casos de delegación ou avocación, cando se efectúen nos termos previstos nesta ou outras leis.

Distínguense tres tipos de competencia:

1. A competencia territorial, ou por razón do territorio.
2. A competencia material, ou por razón da materia.
3. A competencia xerárquica, ou por razón do grao.

Tradicionalmente, considerouse que a falta de competencia territorial ou material é un suposto de incompetencia absoluta que determina a nulidade de pleno dereito do acto administrativo. Así o artigo 62 LRXPAC establece que os actos das Administracións Públicas son nulos de pleno dereito nos casos seguintes (...):

“b) Os ditados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio.”

Con todo, a falta de competencia xerárquica é un suposto de incompetencia relativa que determina tan só a anulabilidade dos actos administrativos ditados polo órgano incompetente. Neste caso, a validación poderá realizarse polo órgano competente cando sexa superior xerárquico do que ditou o acto viciado de conformidade co establecido no artigo 67.3 LRXPAC.

2) Obxecto:



O obxecto do acto administrativo é o contido do mesmo. Partindo da anterior definición de acto administrativo, o obxecto deste é a declaración de coñecemento, vontade, xuízo ou desexo en que o acto consiste.

O contido dos actos, di o artigo 53.2 LRXPAC (...), será determinado e axeitado aos fins daqueles. Pero ademais, o contido debe cumprir outros dous requisitos:

a) Ser **lícito**, pois o artigo 62 LRXPAC declara que son nulos de pleno dereito os actos administrativos cuxo contido fose constitutivo de delito. En orde a esta afirmación, a Xurisprudencia, como non podía ser doutro xeito, engloba non só os delitos senón tamén as faltas penais.

b) Ser **posible**, pois o acto de contido imposible é nulo de pleno dereito en virtude do artigo 62 LRXPAC.

### 3) Causa:

A causa constitúe o porqué do acto, a razón que xustifica que un acto administrativo se dite. Desta sorte, o orzamento de feito do acto incorpórase como elemento do mesmo.

Con todo, García de Enterría mantén outra posición, pois para este autor a causa do acto é a adecuación do mesmo aos fins propios da potestade que se exercita, fins específicos asignados pola norma á potestade que se crea. Así se entende que o artigo 53.2 LRXPAC diga que o contido dos actos (...) será determinado e axeitado aos fins daqueles.

### 4) Fin:

A Administración ten de someterse á necesidade de perseguir o interese público en cada unha das súas actuacións. De aí o grande acerto da Constitución ao determinar que os Tribunais controlan o sometemento da actuación administrativa aos fins que a xustifican (artigo 106.1 CE). Neste sentido, o artigo 63 LRXPAC declara que son anulables os actos da Administración que incorran en calquera infracción do ordenamento xurídico, incluso a desviación de poder. Constitúe desviación de poder o exercicio de potestades administrativas para fins distintos dos fixados polo ordenamento xurídico (artigo. 70.2 LRJCA).

Segundo Garrido Falla, así como o elemento causal se determina coa contestación á pregunta “por que?”, o elemento finalístico do acto é a resposta á pregunta “para que?”.

## **5) A forma.**

Dentro da teoría dos actos administrativos, o termo “forma” cobra dous acepcións:

- a) A forma como modo de produción dos actos administrativos, isto é, como procedemento administrativo. Esta acepción ten unha especial relevancia desde o momento en que o procedemento administrativo pasou a ser unha esixencia constitucional consagrada no artigo 105.c) CE e porque a súa observancia se eleva a requisito de validez dos actos administrativos no artigo 62.e) LRXPAC, pois se sanciona con nulidade a aqueles actos que se ditanan prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido.
- b) A forma como modo de exteriorización da vontade administrativa, sendo a súa regra xeral o principio de liberdade de forma e iso sen prexuízo do réxime establecido ao efecto no **artigo 55 LRXPAC**:

“1. Os actos administrativos produciranse por escrito a menos que a súa natureza esixa ou permita outra forma máis axeitada de expresión e constancia.

2. Nos casos en que os órganos administrativos exerzan a súa competencia de forma verbal, a constancia escrita do acto, cando sexa necesaria, efectuarase e será asinada polo titular do órgano inferior ou funcionario que a reciba oralmente, expresando na comunicación do mesmo a autoridade da que procede. De tratarse de resolucións, o titular da competencia deberá autorizar unha relación das que ditase de forma verbal, con expresión do seu contido.

3. Cando deba ditarse unha serie de actos administrativos da mesma natureza, tales como nomeamentos, concesións ou licenzas, poderán refundirse nun único acto, acordado polo órgano competente, que especificará as persoas ou outras circunstancias que individualicen os efectos do acto para cada interesado.”

Respecto do defecto de forma, o art. **63.2 LRXPAC** establece que só determinará a anulabilidade cando o acto careza dos requisitos formais indispensables para acadar o seu fin ou dea lugar á indefensión dos interesados. As irregularidades formais que non cumpran estas características nin sequera van comportar a posibilidade de anulación do acto. Tratarase entón das chamadas “irregularidades non invalidantes”.

Doutra banda, e en relación coa forma dos actos administrativos, require unha mención especial a **motivación** que consiste en expresar no acto administrativo as razóns (de feito e de dereito) que moveron á Administración para ditalo. O réxime xurídico deste elemento formal do acto administrativo contense no **artigo 54 LRXPAC** que establece:

“1. Serán motivados, con sucinta referencia de feitos e fundamentos de dereito:

- a) Os actos que limiten dereitos subxectivos ou intereses lexítimos.
- b) Os que resolvan procedementos de revisión de oficio de actos administrativos, recursos administrativos, reclamacións previas á vía xudicial e procedementos de arbitraje.
- c) Os que se separen do criterio seguido en actuacións precedentes ou do ditame de órganos consultivos.
- d) Os acordos de suspensión de actos, calquera que sexa o motivo desta, así como a adopción de medidas provisionais previstas nos artigos 72 e 136 desta Lei.
- e) Os acordos de aplicación da tramitación de urxencia ou de ampliación de prazos.
- f) Os que se dicten no exercicio de potestades discrecionais, así como os que deban selo en virtude de disposición legal ou regulamentaria expresa.

2. A motivación dos actos que poñan fin aos procedementos selectivos e de concorrencia competitiva realizarase de conformidade co que dispoñan as normas que regulen as súas convocatorias, debendo en todo caso quedar acreditados no procedemento os funcionamentos da resolución que se adopte.”

A relevancia constitucional deste requisito formal dos actos administrativos e, xa que logo, a posibilidade de acceder ao recurso de amparo por vulneración do art. 24 CE, foi analizada polo noso **Tribunal Constitucional na súa Sentenza núm. 17/2009, de 26 de xaneiro**, que establece: *“En consecuencia, a pretendida vulneración do dereito fundamental a tutela xudicial efectiva que se lles imputa ás resolucións administrativas impugnadas en amparo ten de ser rexeitada, sen que 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 acada unha dimensión constitucional que o fai fiscalizable a través do recurso de amparo constitucional. Así ocorre cando se trate de actos que limiten ou restrinxan o exercicio de dereitos fundamentais (SSTC 36/1982 [ RTC 1982, 36] , 66/1995 [ RTC 1995, 66] ou 128/1997 [ RTC 1997, 128] , entre outras). Tamén en relación con actos administrativos que impoñan sancións» (STC 7/1998, de 13 de febreiro [ RTC 1998, 7] , F. 6, cuxa doutrina recorda á STC 236/2007, de 7 de novembro [ RTC 2007, 236] , F. 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 art. 54.1 f) da Lei 30/1992, de 26 de novembro (RCL 1992, 2512, 2775 e RCL 1993, 246), 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 será un debate, a priori, de legalidade ordinaria e, xa que logo, vedado á xurisdición constitucional, sen prexuízo da existencia de casos excepcionais representados polas sancións administrativas ou os actos limitativos de dereitos fundamentais.*

Finalmente, tocante á eficacia anulatoria que poida ter o defecto de motivación nos actos administrativos cómpre 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 súa exteriorización que estas sexan coñecidas polos interesados e, en caso de non estaren conforme con elas, defendérense das mesmas. Respecto diso, a

Xurisprudencia é unánime á hora de entender que unha motivación é válida cando abonda para cumprir a función antes sinalada, non esixíndose xa que logo que deba ser extensa, xa que unha motivación sucinta pero suficiente será considerada como válida.

En todo caso, a motivación é un elemento formal dos actos administrativos, e os defectos de forma, conforme ao art. 63.2 LRXPAC, só teñen eficacia anulatoria cando produzan indefensión ou se impida acadar a fin do acto. Ademais e como ben di a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de 28 de xaneiro de 2000, só cabe a anulación pola **absoluta falta de motivación** da resolución, neste caso, sancionadora.

### **III. NOTIFICACIÓN E PUBLICACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

A comunicación é o medio de levar a coñecemento dos administrados o contido dos actos administrativos. A LRXPAC distingue dúas formas de comunicar os actos:

- a) A notificación: utilízase cando o acto se dirixe a unha persoa ou a un conxunto de persoas determinadas.
- b) A publicación: cando o acto teña por destinatario unha pluralidade indeterminada de persoas.

A) Empezando coa **notificación** dos actos administrativos, convén ter en conta o réxime xurídico establecido na LRXPAC.

#### **Artigo 58. Notificación**

“1. Notificaránselles aos interesados as resolucións e actos administrativos que afecten aos seus dereitos e intereses, nos termos previstos no artigo seguinte.

2. Toda notificación deberá ser cursada dentro do prazo de dez días a partir da data en que o acto sexa ditado, e deberá conter o texto íntegro da resolución, con indicación de se é ou non definitivo na vía administrativa, a expresión dos recursos que procedan, órgano ante o que tivesen de presentarse e prazo para interpoñelos, sen prexuízo de que os interesados poidan exercer, se procede, calquera outro que estimen procedente.

3. As notificacións que contendo o texto íntegro do acto omitisen algún dos demais requisitos previstos no apartado anterior terán efecto a partir da data na que o interesado realice actuacións que supoñan o coñecemento do contido e alcance da resolución ou acto obxecto da notificación ou resolución, ou interpoña calquera recurso que proceda.

4. Sen prexuízo do establecido no apartado anterior, e aos únicos efectos de entender cumprida a obrigaición de notificar dentro do prazo máximo de duración dos procedementos, abondará a notificación que conteña polo menos o texto íntegro da resolución, así como o intento de notificación debidamente acreditado.”

En relación a este último apartado, debe terse en conta a **doutrina legal** fixada pola Sentenza do Tribunal Supremo de 17 de novembro de 2003, en cuxo fallo establece: *«Que o inciso intento de notificación debidamente acreditado que emprega o artigo 58.4 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común, refírese ao intento de notificación persoal por calquera procedemento que cumpra coas esixencias legais contempladas no artigo 59.1 da Lei 30/1992, pero que resulte infrutuoso por calquera circunstancia e que quede debidamente acreditado. Deste xeito, bastará 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 do mesmo no expediente.*

*En relación coa práctica da notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, o intento de notificación queda culminado, aos efectos do artigo 58.4 da Lei 30/1992, no momento en que a Administración reciba a devolución do envío, por non terse logrado practicar a notificación, sempre que quede constancia diso no expediente».*

### **Artigo 59. Práctica da notificación**

“1. As notificacións practícaranse 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.

A acreditación da notificación efectuada incorporárase ao expediente.

2. Nos procedementos iniciados por solicitude do interesado, a notificación practícarase no lugar que este sinala para ese efecto na solicitude. Cando iso non fose posible, en calquera lugar axeitado a tal fin e por calquera medio conforme ao disposto no apartado 1 deste artigo. Cando a notificación se practique no domicilio do interesado, de non acharse presente este no momento de entregarse a notificación poderá facerse cargo dela calquera persoa que se atope no domicilio e faga constar a súa identidade. Se ninguén puidese facerse cargo da notificación, farase constar esta circunstancia no expediente, xunto co día e a hora nos que se intentou a notificación, intento que se repetirá por unha soa vez e nunha hora distinta dentro dos tres días seguintes.

3. Este apartado foi derogado pola Lei 11/2007, de 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos Servizos Públicos.

4. Cando o interesado ou o seu representante rexeite a notificación dunha actuación administrativa, farase constar no expediente, especificándose as



circunstancias do intento de notificación e terase por efectuado o trámite seguíndose o procedemento.

5. Cando os interesados nun procedemento sexan descoñecidos, se ignore o lugar da notificación ou o medio ao que se refire o punto 1 deste artigo, ou ben, intentada a notificación, non se puidese practicar, a notificación farase por medio de anuncios no taboleiro de edictos do Concello no seu último domicilio, no «Boletín Oficial do Estado», da Comunidade Autónoma ou da Provincia, segundo cál sexa a Administración da que proceda o acto a notificar, e o ámbito territorial do órgano que o ditou.

No caso de que o último domicilio coñecido radícase nun país estranxeiro, a notificación efectuarase mediante a súa publicación no taboleiro de anuncios 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 notificar conforme aos dous parágrafos anteriores.”

Este réxime debe completarse coa **doutrina legal** fixada pola Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 28 outubro 2004, despois de que a expresión «*nunha hora distinta*», determina a validez de calquera notificación que garde unha diferenza de polo menos sesenta minutos coa hora na que se practicou o primeiro intento de notificación.

B) Doutra banda, o réxime xurídico da **publicación** contense nos artigos. 59.6 e 60 da LRXPAC.

**Art. 59.6.**

“A publicación, nos termos do artigo seguinte, substituirá á notificación fornecendo os seus mesmos efectos nos seguintes casos:

a) Cando o acto teña por destinatario unha pluralidade indeterminada de persoas ou cando a Administración estime que a notificación efectuada a un só interesado non abonda para garantir a notificación a todos, sendo, neste último caso, adicional á notificación efectuada.

b) Cando se trata de actos integrantes dun procedemento selectivo ou de concorrência competitiva de calquera tipo. Neste caso, a convocatoria do procedemento deberá indicar o taboleiro de anuncios ou medios de comunicación onde se efectuarán as sucesivas publicacións, carecendo de validez as que se leven a cabo en lugares distintos.”

### **Artigo 60. Publicación**

“1. Os actos administrativos serán obxecto de publicación cando así o establezan as normas reguladoras de cada procedemento ou cando o aconsellen razóns de interese público apreciadas polo órgano competente.

2. A publicación dun acto deberá conter os mesmos elementos que o punto 2 do artigo 58 esixe respecto das notificacións. Será tamén aplicable á publicación o establecido no punto 3 do mesmo artigo.

Nos supostos de publicacións de actos que conteñan elementos comúns, poderán publicarse de forma conxunta os aspectos coincidentes, especificándose soamente os aspectos individuais de cada acto.”

C) Finalmente este réxime xurídico complétase co establecido no artigo 61 LRXPAC sobre indicación de notificacións e publicacións.

### **Artigo 61. Indicación de notificacións e publicacións**

“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 sucinta

indicación do contido do acto e do lugar onde os interesados poderán comparecer, no prazo que se estableza, para coñecemento do contido íntegro do mencionado acto e constancia de tal coñecemento.”

D) Especial referencia ás **notificacións administrativas por correo.**

Este apartado obedece ao dato certo de que a notificación por correo certificado é o medio máis habitual usado polas administracións públicas para comunicarlles os seus actos aos administrados. E iso impón que, xunto coas regras xerais contidas na LRXPAC xa citadas, deban coñecerse as regras particulares contidas no Real Decreto 1829/1999, de 3 de decembro, polo que se aproba o Regulamento polo que se regula a prestación dos servizos postais, en concreto, as normas contidas nos artigos 39 e seguintes, referidos expresamente á admisión e entrega de notificacións de Órganos Administrativos.

O réxime xurídico establecido nos artigos citados é o seguinte:

**Artigo 39. Carácter fidedigno da notificación**

A entrega de notificacións de órganos administrativos e xudiciais realizada polo operador ao que se lle encomendou a prestación do servizo postal universal terá como efecto a constancia fidedigna da súa recepción, sen prexuízo de que os demais operadores realicen este tipo de notificacións no ámbito non reservado, cuxos efectos se rexerán polas normas de dereito privado.

**Artigo 40. Admisión de notificacións de órganos administrativos e xudiciais**

A admisión de notificacións polo operador ao que se lle 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 ao que se refira (citación, requirimento, resolución) e a indicación «Expediente núm...» ou calquera outra expresión que identifique o acto a notificar. Estes envíos acompañaranse do documento xustificativo da súa admisión.

### **Artigo 41. Disposicións xerais sobre a entrega de notificacións**

1. Os requisitos da entrega de notificacións, en canto a prazo e forma, deberán adaptarse ás esixencias da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común, na redacción dada pola Lei 4/1999, de 13 de xaneiro, de modificación da primeira sen prexuízo do establecido nos artigos seguintes.

2. Cando se practique a notificación no domicilio do interesado e non se atope presente este no momento de entregárselle a devandita notificación, poderá facerse cargo dela calquera persoa que se atope no domicilio e faga constar a súa identidade.

3. Deberá constar a data, identidade, número do documento nacional de identidade ou do documento que o substitúa e sinatura do interesado ou persoa que poida facerse cargo da notificación nos termos previstos no parágrafo anterior, na documentación do empregado do operador postal e, se procede, aviso de recibo que acompañe dita notificación, aviso no que o empregado do operador postal deberá facer constar a súa sinatura e número de identificación.

### **Artigo 42. Supostos de notificacións con dous intentos de entrega**

1. Se intentada a notificación no domicilio do interesado, ningún puidese facerse cargo dela, farase constar este extremo na documentación do empregado do operador postal e, se procede, no aviso de recibo que acompañe á notificación, xunto co día e a hora nos que se intentou a

mesma, intento que se repetirá por unha soa vez e nunha hora distinta dentro dos tres días seguintes.

2. Se practicado o segundo intento, este resultase infrutuoso pola mesma causa consignada no parágrafo anterior ou ben polo coñecemento sobrevido dalgunha das previstas no artigo seguinte, consignarase o devandito extremo na oportuna documentación do empregado do operador postal e, se procede, no aviso de recibo que acompañe á notificación, xunto co día e a hora nos que se realizou o segundo intento.

3. Logo de realizados os dous intentos sen éxito, o operador ao que se lle encomendou a prestación do servizo postal universal deberá depositar en lista as notificacións, durante o prazo máximo dun mes, a cuxa fin procederase a deixarlle ao destinatario aviso de chegada no correspondente compartimento domiciliario, debendo constar no mesmo, ademais da dependencia e prazo de permanencia en lista da notificación, as circunstancias expresadas relativas ao segundo intento de entrega. O devandito aviso terá carácter ordinario.

4. Se estando no domicilio a persoa que poida recibir a notificación, se nega a aceptala e a manifestar por escrito tal circunstancia coa súa sinatura, identificación e data na documentación do empregado do operador postal, entenderase que non quere facerse cargo dela, facéndose constar este extremo na expresada documentación do empregado do operador postal e, se procede, no aviso de recibo que acompañe á notificación, xunto co día e a hora nos que se intentou a mesma, intento que se repetirá por unha soa vez e nunha hora distinta dentro dos tres días seguintes.

5. Se practicado o segundo intento, este resultase infrutuoso pola mesma causa consignada no parágrafo anterior ou ben polo coñecemento sobrevido dalgunha das previstas no artigo seguinte, consignarase o

devandito extremo na oportuna documentación do empregado do operador postal e, se procede, no aviso de recibo que acompañe á notificación, xunto co día e a hora nos que se realizou o segundo intento. A partir deste momento, esta notificación terá o mesmo tratamento que as que foran refusadas ou rexeitadas.

6. En todos os supostos previstos nos parágrafos anteriores, o empregado do operador postal deberá facer constar a súa sinatura e número de identificación no aviso de recibo que acompañe á notificación e no aviso de chegada se este procede.

### **Artigo 43. Supostos de notificacións cun intento de entrega**

Non procederá un segundo intento de entrega nos supostos seguintes:

- a) Que a notificación sexa refusada ou rexeitada 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.
- b) Que a notificación teña un enderezo incorrecto.
- c) Que o destinatario da notificación sexa descoñecido.
- d) Que o destinatario da notificación falecese.
- e) Calquera causa de análoga natureza ás expresadas, que faga obxectivamente improcedente o segundo intento de entrega.

Nos supostos previstos anteriormente, o empregado do operador postal fará constar na documentación correspondente a causa da non entrega, data e hora da mesma, circunstancias que se terán de indicar no aviso de recibo que acompañe, se procede, á notificación, aviso no que o devandito empregado do operador postal fará constar a súa sinatura e número de identificación.

### **Artigo 44. Entrega de notificacións a persoas xurídicas e organismos públicos**

1. No suposto de entrega de notificacións a persoas xurídicas e organismos públicos, observaranse as normas establecidas para a admisión e entrega de notificacións nos artigos precedentes, coas peculiaridades establecidas no presente artigo.

2. A entrega de notificacións ás persoas xurídicas realizaráselle ao representante destas, ou ben a un empregado da mesma, facendo constar na documentación do empregado do operador postal e, se procede, no aviso de recibo que acompañe á notificación, a súa identidade, sinatura e data da notificación, estampando, así mesmo, o selo da empresa.

3. A entrega de notificacións a organismos públicos realizaráselle a un empregado dos mesmos, facendo constar na documentación do empregado do operador postal e, se procede, no aviso de recibo que acompañe á notificación, a súa identidade, sinatura e data da notificación, estampando, así mesmo, o selo do organismo público.

Tamén poderán entregarse no Rexistro xeneral do organismo público de que se trate, abondando, neste caso, a estampaxe do correspondente selo de entrada nos documentos citados no parágrafo anterior.

Sobre este réxime xurídico cómpre precisar que está anulado todo aquilo que se refira á admisión e entrega de notificacións de órganos xudiciais por fallo da Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 8 xuño 2004, pero queda intacto en canto a todo o referido aos órganos administrativos.

Finalmente cómpre facer unha pequena precisión en canto ao polémico tema de quen pode ou non pode recibir a notificación a través deste sistema. En concreto referímonos aos supostos en que o receptor sexa diferente ao destinatario. Sobre este aspecto, a Xurisprudencia estableceu unha serie de criterios que posteriormente se plasmaron no RD 1829/1999 xa citado. Dentro deses criterios admitiuse con carácter xeral a

notificación feita en persoa maior de 14 anos e nos porteiros e negouse para aquelas recollidas por albaneis, electricistas...

Na actualidade, cómpre dicir que a resposta se contén no artigo 41.2 xa citado, o cal cita a calquera persoa que se atope no domicilio do receptor, pero iso debe completarse co establecido no artigo 32.1.2 do mesmo texto normativo e que se concreta nas persoas maiores de idade presentes no domicilio que sexan familiares seus ou manteñan co destinatario unha relación de dependencia ou convivencia, o que nos permite concluír que non se admiten aquelas recollidas polos menores de 18 anos e si as recollidas polo porteiro sempre que se cumpra co establecido polo artigo 38, parágrafo sétimo e oitavo, é dicir, que medie autorización expresa do interesado.

#### **E) As comunicacións e notificacións electrónicas.**

Esta materia regúlase na Lei 11/2007, de 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos Servizos Públicos. En concreto os artigos 27 e 28 da devandita Lei establecen o réxime xurídico das comunicacións e das notificacións electrónicas, pois evidentemente as Administracións Públicas nas súas relacións cos cidadáns non poden quedar á marxe das novas tecnoloxías. É precisamente esta finalidade de adaptación dos medios das Administracións Públicas á sociedade a que motivou a promulgación da Lei 11/2007.

E así, para as **comunicacións electrónicas** rexe o principio de liberdade **de elección**, xa que conforme ao **artigo 27 da Lei 11/2007**, os cidadáns poderán elixir o xeito de comunicarse coas Administracións Públicas, sexa ou non por medios electrónicos, agás que unha norma con rango de Lei estableza ou infira a utilización dun medio non electrónico. Esta opción de comunicarse por uns ou outros medios non vincula ao



ciudadán, que poderá, en calquera momento, optar por un medio distinto do inicialmente elixido e, xa que logo, optar por un medio non electrónico.

E viceversa: para que as Administracións Públicas poidan utilizar medios electrónicos nas súas comunicacións cos cidadáns, estes deben telo solicitado ou consentido expresamente.

Finalmente, como **requisitos** para que as comunicacións electrónicas sexan válidas, requírese que exista constancia da transmisión e recepción, das súas datas, do contido íntegro das comunicacións e se identifique fidedignamente ao remitente e ao destinatario das mesmas (artigo 27.3 Lei 11/2007).

En canto ao réxime xurídico das **notificacións electrónicas** que se contén no **artigo 28 da Lei 11/2007**, cómpre dicir que tamén parte do xa citado principio de liberdade de elección, pois para levar a cabo unha notificación electrónica é preciso que o interesado sinale o devandito medio como preferente ou consinta a súa utilización.

E tocante aos **requisitos**, o citado artigo 28 establece:

“2. O sistema de notificación permitirá acreditar a data e hora nas que se produza a posta a disposición do interesado do acto obxecto de notificación, así como a de acceso ao seu contido, momento a partir do cal a notificación se entenderá practicada para todos os efectos legais.

3. Cando, existindo constancia da posta a disposición, transcorresen dez días naturais sen que se acceda ao seu contido, entenderase que a notificación foi rexeitada cos efectos previstos no artigo 59.4 da Lei 30/1992, de Réxime Xurídico e do Procedemento Administrativo Común e

normas concordantes, agás que de oficio ou a instancia do destinatario se comprobe a imposibilidade técnica ou material do acceso.”

De conformidade coa Disposición Final 1ª da citada Lei 11/2007, os preceptos transcritos teñen carácter básico e desenvólvense no Título V do Real Decreto 1671/2009, de 6 de novembro. En concreto, as comunicacións electrónicas do citado artigo 27 desenvólvense nos artigos 32 a 34 do Real Decreto 1671/2009, mentres que as notificacións electrónicas do artigo 28 da Lei 11/2007 se desenvolven polos artigos 35 a 40 Real Decreto 1671/2009. Destes preceptos destaca no artigo 39 a notificación en enderezos de correo electrónico sempre que se xere automaticamente un acuse de recibo a efectos de acreditar a súa recepción e que se orixine no instante no que o interesado acceda ao contido do acto notificado.

NATALIA SOLAR JIMENO

## **BIBLIOGRAFÍA**

- García de Enterría, E. e Fernández, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Aranzadi, 13ª Edición, 2006, Navarra.
- Andrés Pérez, Mª. R.: *La notificación y publicación de los actos administrativos*, Editorial Bosch, 2006, Barcelona.

## **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.**

Por eficacia dos actos administrativos enténdese, en sentido amplo, a produción dos efectos propios de cada un, definindo dereitos e creando obrigas de forma unilateral. En sentido máis limitado, a eficacia adóitase referir ao tempo ou momento a partir do cal o acto administrativo produce eses efectos. O sistema administrativo español, do mesmo xeito que ocorre cos sistemas da nosa contorna máis próxima (así, Francia, Alemaña e Italia), caracterízase por que a Administración goza da potestade de executividade inmediata dos seus actos e estes producen efectos xurídicos desde o primeiro momento. No entanto, convén tamén dicir que non todos os actos administrativos producen a mesma eficacia xurídica. Sen dúbida, existen, en relación coa súa eficacia, diferenzas entre os actos favorables e os desfavorables ou de gravame, e tamén cómpre considerar a existencia de actos que producen efectos fronte a terceiros alleos a este, por non seren 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 art. 57 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (en diante, L.30/1992), e vén caracterizada polos seguintes principios xerais:

#### **1. Presunción de legalidade.** De acordo co art. 57.1 da L.30/1992:



*Os actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito Administrativo presumiranse válidos e producirán efectos desde a data en que se diten, salvo que neles se dispoña outra cousa.*

Este artigo establece unha presunción de validez *iuris tantum* que lle 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 gratuíto e carente de fundamento, senón algo que se apoia nunha base real que lle presta, en principio, unha certa xustificación. O acto administrativo presúmese lexítimo na medida en que emana dunha autoridade que o tamén o é. Xa que logo, cando o propio aspecto externo do acto desminta a súa procedencia dunha autoridade lexítima desaparece o soporte mesmo da presunción legal. Así ocorre cando tal autoridade é manifestamente incompetente ou cando demostra selo, ao ordenar condutas imposibles ou delituosas, ou ao adoptar as súas decisións con total e absoluto esquecemento dos procedementos legais. Sucede así que o acto é absoluta e radicalmente nulo (nulidade de pleno dereito) e por iso non é susceptible de producir efecto ningún. Esta formulación foi ratificada pola vixente L.30/1992, cuxo artigo 111 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 eficacia xurídica ningunha.

Na práctica, hai que ter en conta que a eficacia dun acto é, en definitiva, unha cuestión de feito, e que a propia Administración pode impoñer materialmente os seus actos, sempre que o acto mesmo sexa

susceptible por si mesmo de producir algunha clase de efectos. Dito doutro xeito, salvo no suposto de actos inexistentes (por exemplo, a multa de tráfico imposta por un simple particular), todos os demais actos administrativos, mesmo os afectados dun vicio de nulidade de pleno dereito, poden ser materialmente eficaces, e esta eficacia material só poderá ser destruída polo particular que a soporta utilizando as vías de recurso procedentes.

**2. Principio de eficacia inmediata:** Malia que o art. 57.1 da L.30/1992 establece como regra xeral a eficacia inmediata do acto, iso non está exento de excepcións. O propio artigo 57.1 se refire 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 art. 57.2 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.*

Respecto da demora na eficacia “*cando así o esixa o contido do acto*”, parte da premisa da imposibilidade fáctica da produción de efectos do acto porque este require un orzamento 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 tocante a algo exterior ao acto mesmo, e, por suposto, alleo á vontade da Administración ou dos particulares. Poderíase dicir mesmo que o acto, en si mesmo, é “eficaz” pero non se pode materializar, 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 Enterría, sería o 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).

En canto ao suposto en que a eficacia do acto estea *supeditada á súa notificación*, ocorre naqueles casos en que é preciso algo máis que o ditado do acto para que despregue 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 58.1 da L.30/1992 dispón con carácter xeral que se lles notificarán aos interesados as resolucións e actos administrativos que afecten aos seus dereitos ou intereses. A obriga vén enmarcada, xa que logo, obxectiva e subxectivamente. Desde o primeiro punto de vista, a obriga de notificar refírese ante todo ás resolucións, isto é, aos actos que poñen fin a un procedemento, que son os que, por esta razón, afectando de forma directa e frontal aos dereitos e intereses do seu destinatario. A Lei, con todo, suxeita tamén a esta obriga aos 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.

Desde 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, ao que se refire o artigo 31 da Lei.

O carácter estritamente formal da notificación comporta unha consecuencia capital: unha notificación que non sexa feita na debida forma non produce efectos, do cal se segue que a propia resolución notificada tampouco os poderá producir 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 58.3 da L.30/1992, segundo o cal as notificacións que conteñan o texto íntegro do acto, mais omitan algún dos demais requisitos esixidos no apartado anterior, terán 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 Enterria e T. R. Fernández, “é un puro sucedáneo da notificación”, con igual transcendencia ca esta respecto do “acto administrativo que teña por destinatario unha pluralidade indeterminada de persoas” (art. 59.6 da L.30/1992). 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 de quen “ao comparecer no procedemento saíron do anonimato para se mostrar, en definitiva, parte interesada no expediente”. Débese advertir, finalmente, que o rigoroso sistema descrito está configurado pola Lei exclusivamente como unha garantía do administrado e debe ser, en consecuencia, interpretado e aplicado desde 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 producirlle un prexuízo ao seu destinatario, mais 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 se pode dicir que a notificación opere como unha condición *sine quae non* da eficacia do acto; haberá que atender ao tipo de acto de que se trate e ao significado institucional que ten o réxime de notificación, para o que haberá que ter en conta a abundante



xurisprudencia que analiza as relacións entre notificación e eficacia do acto cando esta é defectuosa.

Outro dos supostos en que a Lei admite a demora da eficacia é o da existencia de “*aprobación superior*”. Ocorre naqueles supostos en que, malia 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. Poderíase dicir que, neste caso, si, a eficacia do acto queda suxeita a unha condición suspensiva de aprobación, sendo esta unha manifestación típica da tutela que uns entes administrativos exercen sobre outros, cuxa existencia non afecta en absoluto á perfección nin á validez do acto inferior.

Tamén son excepcións á eficacia inmediata do acto administrativo, a suspensión —que se tratará máis adiante— e a retroactividade.

**Retroactividade.** De acordo co art. 57.3 da L.30/1992: *Excepcionalmente, poderáselles outorgar eficacia retroactiva aos actos cando se diten en substitución de actos anulados, e, así mesmo, cando produzan efectos favorables ao interesado, sempre que os supostos de feito necesarios existisen xa na data a que se retrotraia a eficacia do acto e esta non lesione dereitos ou intereses lexítimos doutras persoas.*

A xurisprudencia do Tribunal Supremo precisou que a regra xeral é que os actos administrativos sexan irretroactivos. Certo é que existen excepcións, pero iso é só 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 TS na súa sentenza do 21 de xullo de 1989, “aínda que a Lei pode establecer a retroactividade (artigo 2.3 do Código Civil) é máis que dubidoso que o poida facer o Regulamento en función 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 se pode soste 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, atribuíndolle á posibilidade de retroactividade verdadeiro “*carácter extraordinario, impregnado de peculiaridade, fronte ao obrar ou proceder normal*”, como ha ter ocasión de sinalar o TS.

A doutrina considerou 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 se terá que promover cando concorran as circunstancias que a habiliten.

## **II. EXECUTIVIDADE E SUSPENSIÓN.**

### **A) Executividade do acto administrativo.**

Dentro do estudo da teoría dos actos administrativos hai que poñer de manifesto dous importantes privilexios da Administración que fan diferenciar a súa posición xurídica da do resto dos suxeitos de Dereito e que determinan a súa configuración como unha persoa xurídica superior. Ás veces englóbanse estes dous privilexios no concepto amplo de “executividade”.

Con todo, a maioría dos autores distinguen entre “executividade” e “executoriedade” do acto, e mesmo un moi bo número deles distinguen outro privilexio máis: o da execución forzosa.

1. 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, podéndoos declarar por si mesma (autotutela declarativa). A executividade consiste na característica 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 art. 56 da L.30/1992, segundo o cal “os *actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito Administrativo serán executivos de acordo co disposto nesta Lei*”.

2. O privilexio de executoriedade ou executividade inmediata dos actos administrativos responde, pola súa banda, a unha idea distinta, malia a súa proximidade semántica coa executividade.

A executividade implica, como trazo ínsito o feito de que, en último termo, o acto poderá ser executado coactivamente (se é susceptible diso pola súa propia natureza), mais sen prexulgar a qué autoridade lle competa facelo. Así, sería perfectamente concibible que ese poder de execución verdadeiramente exorbitante residise exclusivamente nos órganos xudiciais, quen 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 cumpre 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 art. 94 da L.30/1992: *“Os actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito Administrativo serán inmediatamente executivos, salvo o previsto nos artigos 111 e 138, e naqueles casos en que unha disposición estableza o contrario ou necesiten aprobación ou autorización superior”.*

3. 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. Sobre este privilexio, que recolle o art. 95 da L.30/1992, volveremos máis adiante.

## **B) Fundamento.**

A explicación do fundamento dese poder é, como se pode supoñer, un dos aspectos máis analizados pola doutrina de todos os tempos. Convencionalmente, podemos clasificar as innumerables explicacións dos autores en tres grandes grupos:

A) 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* (Yellinek, Hauriou), ou a presunción de que os actos da Administración son lexítimos (Treves, Borsi, Alcindor).

B) As xustificacións baseadas no enlace da prerrogativa coa consecución de fins de interese público; aquí as incontables posturas en torno á idea do servizo público (Escola de Bordeos e as súas irradiacións), as necesidades públicas, os intereses xerais, o ben común, etc.

C) Os argumentos de orde puramente práctica: a conveniencia de que non se paralice a acción administrativa, a celeridade, a eficacia. Precisamente no principio de eficacia (art. 103 CE) engarza o Tribunal Constitucional “a potestade de autotutela ou de autoexecución practicable xenericamente por calquera Administración pública...” (STC 22/1984 do 17 de febreiro).

## **C) Natureza xurídica da executividade e da executoriedade.**

A natureza xurídica do privilexio de executividade pódese determinar a través das seguintes características:

1. Ten carácter apriorístico. Este privilexio significa exclusivamente que a actividade administrativa non se atopa *a priori* mediatizada polos tribunais. Agora ben, outra cousa moi diferente é eximila de control *a posteriori* polos tribunais, exención inadmisíble no noso dereito por dúas razóns:

a) A formulación constitucional do principio de legalidade administrativa, principalmente nos art. 9.1, 103 e 106 CE. Particularmente, o art. 106 dispón que os tribunais controlan a legalidade da actuación administrativa.

b) A existencia dunha xurisdición contencioso-administrativa, que é unha xurisdición ordinaria, inda que especializada, plenamente encadrada no poder xudicial.

2. Ten unha natureza eminentemente procesual; consecuencia diso, os seus efectos fundamentais son:

a) Determina unha presunción de validez *iuris tantum* nos termos que sinala o art. 57.1 da L.30/1992, xa examinado. Esta presunción de validez produce unha inversión da carga da proba. É ao particular a quen lle incumbe a demostración da invalidez do acto.

b) Establece, como regra xeral, a inadmisibilidade da suspensión do acto administrativo, o que nos leva a conectar o privilexio da executividade co da executoriedade ou executividade inmediata do acto, establecido no art. 94 da L.30/1992, xa examinado, salvo as excepcións previstas no propio artigo, que en seguida se expoñerán.

3. Determina un réxime interdital específico respecto da Administración, nos termos do art. 101 da L.30/1992, segundo o cal non se admitirán a trámite interditos contra as actuacións dos órganos

administrativos realizadas en materia da súa competencia e de acordo co procedemento legalmente establecido.

4. Finalmente, a Administración, en virtude deste privilexio, non necesita un proceso declarativo para obter un título executivo.

## **B) Suspensión.**

O privilexio da executividade do acto administrativo supón, como regra xeral, a **inadmisibilidade da suspensión** do acto administrativo. Como xa se sinalou, o art. 94 da L.30/1992 establece que os actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito Administrativo serán inmediatamente executivos. Este artigo establece como excepcións a esta executividade inmediata:

- 1.** Que unha disposición estableza o contrario.
- 2.** Que necesiten autorización ou aprobación superior.
- 3.** O disposto no art. 138, segundo o cal no procedemento sancionador só serán executivas as resolucións que poñan fin á vía administrativa.
- 4.** Que se acorde a suspensión da execución do acto de acordo co previsto no art. 111, segundo o cal:

*1. A interposición de calquera recurso, excepto nos casos en que unha disposición estableza o contrario, non suspenderá a execución do acto impugnado.*

*2. Non obstante o disposto no apartado anterior, o órgano ao que lle competa resolver o recurso, previa ponderación, suficientemente razoada, entre o prexuízo que lles causaría ao interese público ou a terceiros a*

*suspensión e o prexuízo que se lle causa ao recorrente como consecuencia da eficacia inmediata do acto recorrido, poderá suspender, de oficio ou a solicitud do recorrente, a execución do acto recorrido, cando concorra algunha das seguintes circunstancias:*

- a) Que a execución puidese causar prexuízos de imposible ou difícil reparación.*
- b) Que a impugnación se fundamente nalgunha das causas de nulidade de pleno dereito previstas no artigo 62.1 desta Lei.*

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. 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. No entanto, a aplicación ríxida deste principio podería facer ilusorio o propio dereito de recurso que lle 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 un certo equilibrio entre ambos os principios —garantía do interese público e dereito a unha defensa efectiva—, a Lei establece unha excepción á regra xeral, facultando a Administración e os tribunais, segundo os casos, para suspenderen a execución dos actos “no caso de que esta execución puidese causar danos de imposible ou difícil reparación”, malia que o certo é que tanto a Administración como os tribunais viñeron interpretando esta excepción de xeito moi restritivo.



En calquera caso, para resolver sobre a suspensión da eficacia, a Administración debe decidir ponderando os intereses en xogo —o *prexuízo que lles causaría ao interese público ou a terceiros a suspensión e o prexuízo que se lle causa ao recorrente como consecuencia da eficacia inmediata do acto recorrido*— a cuxo fin o interesado corre coa carga de alegar e probar os feitos en que fundamente a solicitude de suspensión do acto.

A posibilidade de esixir a prestación de caución para responder dos prexuízos que para o interese público ou de terceiros poidan eventualmente resultar da suspensión mesma está hoxe prevista no artigo 111.4, segundo o cal “*Ao ditar o acordo de suspensión poderanse adoptar as medidas cautelares que sexan necesarias para asegurar a protección do interese público ou de terceiros e a eficacia da resolución ou o acto impugnado.*”

*Cando da suspensión poidan derivar prexuízos de calquera natureza, aquela só producirá efectos previa prestación de caución ou garantía suficiente para responder deles, nos termos establecidos regulamentariamente.*

Contempla a Lei que a suspensión se poida producir automaticamente polo transcurso de 30 días desde a solicitude de suspensión sen que recaese resolución expresa para ese fin (art. 111.3), e contempla tamén a prolongación da suspensión, logo de esgotada a vía administrativa, cando exista medida cautelar e os efectos desta se estendan á vía contencioso-administrativa. Ademais, determina que 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 (art. 111.4 *in fine*).

Para rematar, cando o recurso teña por obxecto a impugnación dun acto administrativo que afecte a unha pluralidade indeterminada de persoas, esixe a Lei que a suspensión da súa eficacia se publique no xornal oficial en que aquel se inseriu (art. 111.5).

### **III. PROCEDEMENTOS DE EXECUCIÓN.**

Co nome de execución forzosa ou acción de oficio coñécese no noso Dereito o 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 art. 95 da L.30/1992, en virtude do cal *“as administracións públicas, a través dos seus órganos competentes en cada caso, poderán proceder, previo apercibimento, á execución forzosa dos actos administrativos, salvo:*

- 1) nos supostos en que se suspenda a execución de acordo coa lei, ou*
- 2) cando a Constitución ou a lei esixan a intervención dos tribunais”.*

Existen, pois, supostos excluídos da execución forzosa, que se poden enumerar de acordo co seguinte criterio clasificatorio:

- a) supostos expresamente contemplados no artigo 95 da L.30/1992;
- b) outros supostos non mencionados no devandito artigo mais que se poden incluír nel;
- c) situacións especiais polas que atravesan certos actos que son impeditivos da súa execución forzosa.

A primeira excepción contemplada no artigo 95 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 contemplar, o que engloba, loxicamente, tanto a suspensión acordada en vía administrativa (art. 111 da L.30/1992) como xurisdicional (art. 129 e ss. da LXCA).

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 dos tribunais”. 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 esta utilización é susceptible de chocar con dereitos fundamentais. Así, por exemplo, a entrada no domicilio, que terá que ser autorizada por órgano xurisdicional.

O previsto no artigo 95 tense que completar coas seguintes exclusións:

- Os actos administrativos que pola súa propia natureza non son susceptibles de execución forzosa; así, os actos que declaran un dereito en favor do destinatario, esgotando a súa eficacia práctica coa devandita declaración.
- Que unha lei exclúa expresamente a posibilidade da execución forzosa. Isto ocorre, por exemplo, no suposto do artigo 100 da L.30/1992, segundo o cal non cabe a compulsión persoal respecto das obrigas persoalísimas 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, quedando 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 se poden compeler entre elas de xeito coactivo, salvo que unha superior estea ligada á inferior por relación de dependencia (caso das entidades instrumentais).

Ás anteriores excepcións hailles que sumar as contidas no artigo 94: *“Os actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito Administrativo serán inmediatamente executivos, salvo o previsto nos artigos 111 e 138, e naqueles casos en que unha disposición estableza o contrario ou necesiten aprobación ou autorización superior”*.

- As resolucións sancionadoras, que só son executivas cando poñan fin á vía administrativa (artigo 138.3: *A resolución será executiva cando poña fin á vía administrativa. Na resolución adoptaranse, no seu caso, as disposicións cautelares precisas para garantir a súa eficacia en tanto non sexa executiva*), solución esta inspirada na doutrina da STC 66/1984 do 6 de xuño; véxase tamén o auto do TS do 12 de abril de 1996; que vén conciliar o principio de autotutela da Administración co de presunción de inocencia e de non indefensión (art. 24 CE) ao permitir que a sanción imposta poida ser inmediatamente revisada e, de ser o caso, suspendida polos tribunais do contencioso-administrativo, iso sen prexuízo de que durante a vía administrativa a Administración poida adoptar medidas cautelares para asegurar a eficacia da decisión.

- Relacións con eficacia demorada por requirir aprobación ou autorización superior (art. 57: *A eficacia quedará demorada cando así o esixa o contido do acto ou estea supeditada á súa notificación, publicación ou aprobación superior.*). Trátase de actos que, malia que perfectos en si mesmos,

precisan para seren eficaces dun acto complementario de 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.

Polo que se refire propiamente aos **“Procedementos”** de execución forzosa, cómpre dicir que a lei non regula un verdadeiro procedemento de execución, senón que establece algúns requisitos que se deberán cumprir para a execución dos actos administrativos, establecendo, como non podía ser doutro xeito, limitacións a tal privilexio da Administración:

1. O primeiro deles refírese ao acto previo de cobertura que lexitima a execución e sen o cal esta é radicalmente nula (*nulla executio sine titulo*). Tense que tratar dunha resolución —non dun acto de trámite— que poña fin a un procedemento, debidamente notificada ao obrigado (art. 93.2: *O órgano que ordene un acto de execución material de resolucións estará obrigado a lle notificar ao particular interesado a resolución que autorice a actuación administrativa*), que expoña con absoluta precisión o alcance exacto da obriga, requisito sen o cal non se lle podería imputar incumprimento ningún ao interesado, pois este non sabería a que aterse. Esta “decisión executoria” non pode estar incurso en ningunha causa de ineficacia, xa sexa definitiva (caducidade) ou temporal (suspensión). Loxicamente, non debe 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 habilitador sexa firme, e nin sequera que esgote a vía administrativa, salvo algunha excepción como a contida no xa referido artigo 138.3 da L.30/1992.

2. En segundo lugar, é necesario que o interesado goce dun prazo suficiente para a execución voluntaria do acto en cuestión; e que esta obriga estea incumprida. O artigo 95 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 ese fin poñerase en marcha 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. No entanto, a cuestión é confusa e existe xurisprudencia que deduce a obriga de lle dar ao administrado unha segunda oportunidade, requiríndoo separadamente para a execución do acto previamente notificado.

Cubertos estes requisitos, o procedemento de execución poderase iniciar ben de oficio ou a instancia dun terceiro interesado na execución do acto.

Hai que sinalar que o procedemento de execución pode quedar viciado por:

- A) Irregularidades que afecten ao título executivo: ausencia de decisión previa, cesación da súa validez ou eficacia, falta de notificación ou do apercibimento previo; ou
- B) por 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 ao interesado para reaccionar contra eses ataques directos e ilexítimos sobre os seus bens por esta vía.

Polo que se refire aos **Medios de execución forzosa**, segundo o art. 96 da L.30/1992, *a execución forzosa polas administracións públicas efectuarase respectando sempre o principio de proporcionalidade, polos seguintes medios:*

- a) Prema sobre o patrimonio.*
- b) Execución subsidiaria.*
- c) Multa coercitiva.*
- d) Compulsión sobre as persoas.*

*Se fosen varios os medios de execución admisibles, elixirase o menos restritivo da liberdade individual.*

*Se fose necesario entrar no domicilio do afectado, as administracións públicas deberán obter o consentimento deste ou, na súa falta, a oportuna autorización xudicial.*

A continuación, a Lei regula, en sucesivos artigos, cada un destes medios:

#### **1. Artigo 97. Prema sobre o patrimonio:**

*Se, en virtude de acto administrativo, houberse que satisfacer cantidade líquida seguirase o procedemento previsto nas normas reguladoras do procedemento recadador en vía executiva.*

*En calquera caso, non se lles poderá impoñer aos administrados unha obriga pecuniaria que non estivese establecida conforme a unha norma de rango legal.*

O procedemento recadador tributario en vía executiva regúlase nos art. 70 e ss. do Real decreto 939/2005, do 29 xullo, polo que se aproba o Regulamento xeral de recadación.

#### **2. Artigo 98: Execución subsidiaria:**

*“Haberá lugar á execución subsidiaria cando se trate de actos que, por non seren persoalísimos, poidan ser realizados por suxeito distinto do obrigado.*

*Neste caso, as administracións públicas realizarán o acto, por si mesmas ou a través das persoas que determinen, á custa do obrigado.*

*O importe dos gastos, danos e prexuízos esixírase conforme ao disposto no artigo anterior.*

*Este importe poderase liquidar de forma provisional e realizar antes da execución, a reserva da liquidación definitiva.”*

Como o seu propio nome indica, a execución subsidiaria consiste na realización do ordenado no acto administrativo previo por persoa distinta do seu destinatario e por conta del. A execución subsidiaria non lle impón, xa que logo, ningunha carga nova ao destinatario do acto, polo cal a utilización deste medio de execución forzosa non require ningunha cobertura legal específica. Basta simplemente a previsión contida con carácter xeral no artigo 98. Pola súa propia natureza, a execución subsidiaria só procede nos casos en que “se trate de actos que, por non seren persoalísimos, poden ser realizados por suxeito distinto do obrigado”, é dicir, en relación con obrigas ou prestacións funxibles, tales como a realización de obras, derrubamento de construcións, etc.

Nestes 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 prexuízos que se poidan producir, corren á conta do obrigado polo acto que se trata de executar, a quen mesmo se lle pode esixir, con carácter cautelar, o previo pagamento das cantidades previstas, a reserva da correspondente liquidación definitiva (número 4 do citado artigo 98).



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 prema (número 3 do art. 98) se o obrigado se segue resistindo a esta nova forma de cumprimento. Calquera outra resistencia do obrigado, sobre quen pesa o 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 L.30/1992, a compulsión sobre as persoas.

### 3. Artigo 99. Multa coercitiva:

*“Cando así o autoricen as leis, e na forma e contía que estas determinen, as administracións públicas poden, para a execución de determinados actos, impoñer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tempo que sexan suficientes para cumprir o ordenado, nos seguintes supostos:*

*a) Actos persoalísimos en que non proceda a compulsión directa sobre a persoa do obrigado.*

*b) Actos en que, procedendo a compulsión, a Administración non a estimase conveniente.*

*c) Actos cuxa execución poida o obrigado encargarlle a outra persoa.*

*A multa coercitiva é independente das sancións que se poidan impoñer con tal carácter e compatible con elas.”*

A lei prevé, neste artigo, a posibilidade de vencer a resistencia dos particulares afectados por un acto administrativo mediante a imposición de multas sucesivas. Estas multas non teñen carácter retributivo ningún, senón que pretenden única e exclusivamente forzar o cumprimento do ordenado. As multas coercitivas non teñen, xa que logo, nada que ver coas multas-sanción. Non son sancións propiamente ditas e, polo tanto, son compatibles con elas, de xeito que non se pode facer entrar en xogo o principio *non bis in idem*. Este medio de execución forzosa impón sobre o

destinatario do acto que se trata de executar unha obriga nova e distinta da establecida nese acto. Isto explica que a utilización do sistema das multas coercitivas esixa unha cobertura legal específica, que o acto previo ao servizo do cal se establece non proporciona. Segundo observa G.Enterría, o precepto legal emprega o termo "leis" con minúscula, o cal suscita a dúbida de se se está a referir ás leis formais ou, en xeral, a calquera norma xurídica. Dado o carácter excepcional deste medio de execución forzosa, e o feito de que a súa utilización se traduza na imposición de novas cargas para o particular afectado, haberase que inclinar pola primeira solución e afirmar que só por lei formal se poderá autorizar o emprego deste procedemento. En calquera caso, é esencia do 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 eliminar esa resistencia, forzando a vontade contraria a este. É, pois, imprescindible ofrecerlle ao obrigado tempo dabondo para cumprir o ordenado antes de impoñer unha nova multa e é tamén necesario formular cada vez os apercibimentos e intimacións precisos.

O artigo 99 da L.30/1992 sinala os supostos en que, en principio, é posible a súa imposición e faino nuns termos moi amplos, de xeito que quedan comprendidos na enumeración todos os actos posibles, xa que alude tanto aos actos persoalísimos en que non proceda ou non se estime conveniente a compulsión directa, como a aqueles outros "cuxa execución lle poida o obrigado encargar a outra persoa" —o cal non semella ter demasiado sentido, xa que se a execución do acto a pode levar a cabo calquera persoa, o lóxico é acudir ao sistema de execución subsidiaria, que mesmo garante unha execución máis rápida, e responde mellor ao principio de proporcionalidade que debe presidir a elección e utilización de todos os medios de execución forzosa, na medida en que non lle impón ao obrigado novas cargas, perfectamente innecesarias para conseguir o fin perseguido—. Como é natural, a imposición de multas coercitivas recondúcese tamén

á prema sobre o patrimonio, xa que se estas multas non se pagan voluntariamente por parte do suxeito pasivo delas, a Administración poderá proceder á súa exacción pola vía de prema.

#### 4. Artigo 100. Compulsión sobre as persoas:

*“Os actos administrativos que impoñan unha obriga persoalísima de non facer ou soportar poderán ser executados por compulsión directa sobre as persoas nos casos en que a Lei expresamente o autorice, e dentro sempre do respecto debido á súa dignidade e aos dereitos recoñecidos na Constitución.*

*Se, tratándose de obrigas persoalísimas de facer, non se realizase a prestación, o obrigado deberá resarcir os danos e prexuízos, a cuxa liquidación e cobramento se procederá pola vía administrativa.”*

É este o último e máis radical dos medios de execución forzosa previstos na Lei, no sentido de que se traduce pura e simplemente no emprego da forza sobre as persoas, eliminando a súa liberdade. Dadas as súas características, o emprego da compulsión sobre as persoas como medio de execución forzosa dun acto administrativo non procede senón cando non basten os demais medios de execución para asegurar o cumprimento do acto. Por iso o artigo se refire exclusivamente ás obrigas negativas, consistentes en non facer ou soportar algo e ás obrigas que consisten nun facer persoalísimo, xa que en todos os demais casos (obrigas de dar ou de facer non persoalísimas) o cumprimento pódese garantir por outros medios.

En calquera caso esíxese un fundamento legal específico ("nos casos en que a Lei expresamente o autorice") e marca uns límites estritos dentro dos cales se ten que manter necesariamente a actividade de execución (“dentro sempre do respecto debido á dignidade da persoa humana e aos

dereitos fundamentais recoñecidos pola Constitución”). A compulsión directa sobre as persoas ten o seu campo de seu, e practicamente único, no ámbito da orde pública e nas zonas próximas a este. No que se refire ás obrigas persoalísimas de facer, o emprego da compulsión directa é, en efecto, posible, mais a súa eficacia é, obviamente, moi limitada. A propia Lei é consciente dela ao dispoñer no número 2 do artigo 100 que se a obriga persoalísima consistise en facer e “non se realizase a prestación, o obrigado deberá resarcir os danos e prexuízos, a cuxa liquidación e cobramento se procederá pola 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 da prema.

CRISTINA DÍAZ CARBAJO

#### BIBLIOGRAFÍA:

- GARCIA DE ENTERRIA, E. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “*Curso de Derecho Administrativo*”. Editorial Civitas; vol. I, 12ª edición, Madrid, 2004; vol. II, 9ª edición, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Régimen de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Civitas Ediciones (4ª ed.), Madrid, 2007.
- BARCELONA LLOP, J.: “*Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*”. Ediciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1995.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: “*Principios de Derecho Administrativo General*”. Iustel, Madrid, 2004.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R.: “*Derecho Administrativo*”, vol. I e II. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

# **13. NULIDADE DE PLENO DEREITO E ANULABILIDADE DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. OS ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES. A VALIDACIÓN, CONSERVACIÓN E CONVERSIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. OS ERROS MATERIAIS OU DE FEITO.**

## **TEMA 13-**

### **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 E DE FEITO.**

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, inda que tamén hai espazo para a figura da anulabilidade. En realidade, neste campo do Dereito, o efecto é igual en esencia, a expulsión do acto do mundo xurídico. A diferenza é quen pode instar a declaración de invalidez. Así, a anulabilidade aparece cando o correcto improceder 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 pódeala instar calquera interesado.

No Dereito Administrativo, pola súa banda, e dada a operatividade de principios coma o do antiformalismo, conservación ou economía procedemental 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 recordar algúns presupostos inherentes á concepción esencial dos actos administrativos.

O artigo 57.1 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común recolle un apriorismo que é necesario destacar: *Os actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito Administrativo presumíranse válidos.*

Esta presunción legal de validez supón que, mentres non se declare, ben pola propia Administración ou pola xurisdición contencioso-administrativa, 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 a realización destes efectos o interesado ten diferentes medios, como son, por suposto, os recursos administrativos e o ulterior contencioso-administrativo, mais 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, que é a de acto inexistente, inda 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 refírense a ela para casos en que o acto, máis que inválido, é que 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.

Comezando, entón, pola categoría da irregularidade non invalidante, esta aparece cando un acto, malia infrinxir o ordenamento xurídico, non ten entidade abonda para producir a súa anulabilidade. Logo trataremos máis polo miúdo esta institución.

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: imprescritibilidade do acto nulo de pleno dereito, retroacción dos efectos, e imposibilidade de validación 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 do 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 ten que apreciar pola súa propia iniciativa e en calquera

momento, porque a acción de nulidade absoluta non se extingue nin por caducidade nin por prescripción.

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, ben sexa na Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, ben 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 102, e ante a súa desestimación expresa ou presunta, acudir á xurisdición contenciosa.

Pola contra, 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 a poida exercitar teñen por efecto sanear o acto viciado. O vicio é, así mesmo, susceptible de validación 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 validación do acto anulable. Nos actos nulos, pola contra, a carga da impugnación refírese só ao problema da eficacia, en canto ao comportamento que ten que 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, que seguirá sendo inválido por el mesmo, dada a imposibilidade de validación 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, mais 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 102.1 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común), como xa expresamos.

En definitiva, entre a nulidade absoluta e a relativa ou anulabilidade podemos trazar polo menos as seguintes diferenzas:

1.- A nulidade absoluta pódese facer valer en calquera tempo e momento, e a relativa só nos tempos preclusivos establecidos pola Lei para a súa impugnación ou revisión.



2.- Os efectos da nulidade de pleno dereito son *ex tunc*, retrotráense ao momento en que se ditou o acto, e os da anulabilidade son *ex tunc*, desde que se declara pola autoridade administrativa ou xudicial.

3.- Os actos nulos non son validables, nin se emendan polo transcurso do tempo, posibilidades abertas para os actos anulables.

#### Supostos de nulidade de pleno dereito.

O artigo 62 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común establece: Os actos das administracións públicas son nulos de pleno dereito nos casos seguintes:

*a) Os que lesionen os dereitos e liberdades susceptibles de amparo constitucional.*

*b) Os ditados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio.*

*c) Os que teñan un contido imposible.*

*d) Os que sexan constitutivos de infracción penal ou se diten como consecuencia desta.*

*e) Os ditados prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido ou das normas que conteñen as regras esenciais para a formación da vontade dos órganos colexiados.*

*f) Os actos expresos ou presuntos contrarios ao ordenamento xurídico polos que se adquiren facultades ou dereitos cando se careza dos requisitos esenciais para a súa adquisición.*

*g) Calquera outro que se estableza expresamente nunha disposición de rango legal.*

É procedente que acheguemos unhas notas sobre o alcance de cada unha destas determinacións:

1) Actos que lesionen os dereitos e liberdades susceptibles de amparo constitucional.

A nulidade radical resérvase só para os actos que lesionen os dereitos e liberdades contidos nos art. 14 a 29 da CE, e a obxección de conciencia do artigo 30.

A Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, suprimiu neste apartado a) do parágrafo primeiro a expresión “contido esencial” que figuraba con relación aos dereitos e liberdades susceptibles de amparo constitucional.

2) Os ditados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio.

O carácter manifesto esixe que sexa notorio, evidente, e apareza de xeito claro, sen que esixa esforzo dialéctico ningún a súa comprobación por saltar á vista.

A regulación que se efectúa respecto dos actos ditados por órgano manifestamente incompetente exclúe o suposto da incompetencia por razón da xerarquía, xa que neste caso sempre cabería a posibilidade de validación do acto administrativo. En efecto, a incompetencia xerárquica non produce a nulidade radical do acto ditado, e iso porque nestes casos é posible a validación do acto polo superior xerárquico do órgano que o ditou (artigo 67.3).

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 que afecta á orde pública que, por esa razón, se presenta con carácter de evidencia.

3) Os actos de 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 ten que ser orixinaria, xa que, se logo de ditado o acto, este torna imposible, falamos dun problema de eficacia, non de validez.

4) Os que sexan constitutivos de infracción penal ou se diten como consecuencia desta.

Refírese ás infraccións que poida cometer a autoridade ou o funcionario con motivo da emanación dun acto administrativo. A dicción 'infracción penal' comprende tanto as condutas que sexan constitutivas de delito como de falta.

Un dos principais problemas que se suscitaron respecto deste tipo de actos é determinar se a declaración de nulidade se pode facer directamente polo Tribunal do Contencioso ou é necesario que, como cuestión prexudicial, se pronuncie sentenza condenatoria previa polos órganos da xurisdición penal. A solución polo xeral admitida, sobre a base do artigo 10 da LOPX, é que ten que haber unha sentenza penal condenatoria por delito ou falta,

malia que admitindo algúns supostos de excepción, como cando o autor do delito morra antes de que se dite a sentenza.

Doutra banda, é oportuno diferenciar todos os supostos de nulidade de pleno dereito que recolle o artigo 62, dos que serían a comisión de delitos, por se ter ditado unha resolución inxusta. A declaración de nulidade dun acto, segundo o artigo 62, non implica, con carácter xeral, que se producise un feito delituoso. Así, a xurisprudencia entende que a prevaricación vai máis aló da simple aparición dun suposto de nulidade de pleno dereito.

5) Os ditados prescindindo total e absolutamente de procedemento legalmente establecido.

Neste suposto téñense que 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, mais 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 STS, Sala do Contencioso-Administrativo, do 17 de outubro do 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, teñen que concorrer os requisitos, como sostén a sentenza do 15 de outubro de 1997 desta sala e 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”.

6) 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 que se conteñen nos catro primeiros parágrafos do artigo 26 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, isto é, composición do órgano, convocatoria e determinación da orde do día, quórum de asistencia e votación.

7) 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 so eliminen 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 o que se debe entender por “requisitos esenciais para a súa adquisición”, mencionado neste apartado. Por exemplo, a sentenza do TSX do País Vasco, do 6 de maio do 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, segundo o 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 en que, de modo manifesto e flagrante, o administrado carece de todo presuposto 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 procedementais ou de fondo (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 penitenciaria 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) se consideran nulos. Nos demais casos, a cualificación que lle corresponde ao acto administrativo contrario a lei é a de actos anulables, como sinala o artigo 63.1 da mesma Lei 30/1992”.

Dado que a día de hoxe 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.

8) Calquera outro que se estableza expresamente nunha disposición de rango legal.

Chamamos a atención sobre o feito de que esa referencia deba estar contida nunha norma con rango de lei, non regulamentaria ou inferior. Podemos mencionar, a modo de exemplo, o artigo 46 da Lei 47/2003, xeral orzamentaria, en virtude da cal non se poderán adquirir compromisos de gasto por contía superior ao importe dos créditos autorizados no estado de gastos, sendo nulos de pleno dereito os actos administrativos que infrinxan a expresada norma.

9) 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, inda 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. Ademais, 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.

Engádese, no artigo 73, a mención de que as sentenzas firmes que anulen un precepto dunha disposición xeral non afectarán por si mesmas á eficacia das sentenzas ou actos administrativos firmes que o aplicaron 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.

#### Supostos de anulabilidade.

A Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común establece a anulabilidade como a regra xeral, establecendo, no seu artigo 63.1, ao dicir que son anulables os actos da Administración que incorran en calquera infracción do ordenamento xurídico, mesmo a desviación de poder.

Concretamente, a literalidade do artigo 63 é:

*1. Son anulables os actos da Administración que incorran en calquera infracción do ordenamento xurídico, mesmo a desviación de poder.*

*2. No entanto, o defecto de forma só determinará a anulabilidade cando o acto careza dos requisitos formais indispensables para alcanzar o seu fin ou dea lugar á indefensión dos interesados.*

*3. 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.*

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. Logo recolle 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 vaia unida a esta invalidez. Se non se dan esas condicións mencionadas, a extemporaneidade e o defecto de forma incluíríanse 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 débese aplicar con parsimonia, sendo necesario ponderar sempre o efecto que produciu a causa determinante da invalidez e as consecuencias distintas que derivasen 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 que dita sentenza razooou, non de que se prescindiu totalmente do procedemento establecido para ese fin, senón só do trámite de audiencia do interesado, exclusivamente se incidiría na de simple anulabilidade do artigo 48.2, e iso só no caso de que da omisión se orixinase 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 CE (RCL 1978, 2836), prohibitivo de que no proceso xudicial se produzan dilacións indebidas, adverando se, retrotraendo o procedemento ao momento en que o defecto se produciu co 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 incorrera".

Da xurisprudencia pódense extraer as seguintes consideracións:

- 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 71 da Lei reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, cando expresa: *Enténdese 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 do 2003, conforme unha xurisprudencia moi constante, recollida polo Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León na súa sentenza do 11 de xullo do 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, mais, en todo caso, "diferentes dos considerados expresa ou tacitamente pola norma habilitadora da potestade para outorgala, de xeito que se produza unha diverxencia entre estes e os realmente perseguidos". A esencia da desviación de poder está xusto 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 foise sentando respecto diso, 1) que a proba da desviación de poder non pode ser plena, é dicir, que a diverxencia dos fins nunca será evidenciada polo acto, 2) basta a existencia dunha proba suficiente; xa que se, como dixemos, a desviación nunca será evidenciada polo acto, de xeito 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, e 3) 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 do 2002, apúntase ademais que "sendo xenericamente grave a dificultade dunha proba directa, resulta viable acudir ás presuncións que esixen uns datos completamente acreditados ao abeiro do artigo 1.249 do Código Civil (LEX 1889, 27), cun enlace preciso e directo, segundo as regras do criterio humano e segundo o 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".

- Respecto dos defectos formais, cómpre lembrar a postura da xurisprudencia 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 demostrar.

Así se manifesta 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 feitos formais para obstaculizar o procedemento e a súa resolución; sendo doutrina da xurisprudencia 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 deba ser idéntico en sentido material ao anterior [...] pois na esfera administrativa ten que 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, debería ser real e efectiva e non puramente aparente” (STS do 14 de xuño de 1993), ou en termos da STS do 1 de febreiro de 1992, “en materia de nulidades en Dereito Administrativo, a eficacia anulatoria dos vicios de forma débese ver restrinxida e subordinada sempre á posibilidade de axuizamento de fondo do asunto que é, substancial e institucionalmente, a función propia do proceso e a mesma primaria da xurisdición” como ten declarado esta Sala [...] non todos os vicios ou infraccións cometidos na tramitación dun procedemento administrativo teñen entidade xurídica abonda para amparar unha pretensión anulatoria por causa formal, dado que só os defectos moi graves que impidan que o acto final alcance o seu fin ou que produzan indefensión dos interesados poderán determinar a anulabilidade; constituíndo esta unha doutrina da xurisprudencia que debe ir reducindo progresivamente os vicios de forma determinante de invalidez para limitalos a aqueles que supoñen unha diminución efectiva, real e transcendente de garantías” (STS do 15 de abril de 1996).

A sentenza do 6 de xuño do 2001 do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia alude a isto explicando:

“SEGUNDO.- Aduce o recorrente a existencia no procedemento disciplinario do que denomina irregularidades desde o punto de vista formal, manifestando que deben conducir á anulación deste por crebar dereitos e garantías que vulneran o dereito de defensa (artigo 24 da Constitución).”

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, inda 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 sexa causa de indefensión do sancionado (STS 11-7-1998). E é que, como tamén declara a sentenza do mesmo Alto Tribunal do 27-12-1990, “o Dereito Administrativo, en principio, decidiuse por un antiformalismo ponderado que, sen menoscabo nin creba 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 este vicio, carente de forza en si mesmo e de natureza estritamente instrumental, só adquire relevo de seu 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, débese evitar a declaración de nulidade cando con iso non se conseguise un efecto práctico por ser racionalmente de prever que, retraídas as actuacións ao momento en que se cometeu a infracción formal, o proceso ía concluír cunha resolución idéntica á ditada" (STS do 12 de novembro de 1990).

- Consideráronse defectos formais con transcendencia anulatoria, sempre que vaian acompañados desa indefensión efectiva a falta de motivación do acto e a falta de audiencia do interesado. Respecto da falta de motivación, lembrar que o art. 54.1 da Lei 30/92 só esixe unha motivación sucinta. Como di a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 28-1-2000, só cabe a anulación pola absoluta falta de motivación: “Tendo en conta que a falta de motivación suficiente que constitúe vulneración do art. 24.1 da CE por infracción do dereito fundamental de tutela xudicial efectiva, é preciso que sexa total, de xeito que o interesado descoñeza a causa ou motivo da mesma, o que non procede entenderse de ningún xeito como producido no caso de autos, en que a motivación é clara e suficiente”. En canto á falta de audiencia, excluír a indefensión nos casos en que o interesado debe ter a posibilidade de interpoñer os recursos pertinentes co que a falta de audiencia alegada se estima corrixida.

- Tamén se lle 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 prescripción de infraccións e sancións administrativas ou de caducidade, etc.).

Os actos anulables, a diferenza dos actos nulos, poden ser sandados:

- a) Pola prescripción sandadora, é dicir, polo transcurso do tempo sen impugnar o acto administrativo viciado. Cómpre distinguir: 1, No caso do particular, será o transcurso do prazo establecido para interpoñer o recurso

administrativo ordinario e no caso da Administración, o transcurso do prazo para declarar de oficio a nulidade, que en virtude do artigo 103 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, é de catro anos.

b) Por validación, en sentido propio, é dicir, emendando os defectos de que adoeza o acto, ao que logo nos imos referir.

## **ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES**

En realidade, a Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común non menciona como tal á 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.

Como di o Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, en sentenza do 18 de maio do 2010:

“Na doutrina legal e científica referida a estas causas de nulidade —plenamente vixente pola razón sinalada— séntase, referíndose ao suposto da precisión total do procedemento legalmente establecido, que é indeclinable que esta precisión sexa total, isto é, que non se trate dun simple vicio procedemental, cuxo ámbito propio de invalidez é o da irregularidade non invalidante ou da anulabilidade (o artigo 63.2 da Lei 30/1992 —anterior artigo 48.2 da lei do procedemento administrativo— dispón: «o defecto de forma só determinará a anulabilidade cando o acto careza dos requisitos formais indispensables para alcanzar o seu fin ou dea lugar á indefensión dos interesados»). A intención do lexislador foi evidente para a mencionada doutrina e, así, é notorio que a relevancia dos vicios de procedemento se considera en Dereito Administrativo (adiantándose neste punto, como en moitos outros, ao que posteriormente sería a interpretación constitucional dos requisitos procesuais civís) como unha irregularidade non invalidante como criterio de partida, aumentando a súa eficacia invalidadora segundo se constitúe en requisito non puramente procedemental, senón constitutivo dun mecanismo de garantía para o administrado; isto é, a consideración do procedemento como garantía do administrado é a clave determinante da invalidez que dimana das infraccións deste.

Neste punto, situada a tese xeral, hai que precisar, no entanto, que a configuración xurisprudencial do que por precisión total do procedemento legalmente establecido foi finalista e, en consecuencia, progresiva. Por prescindir totalmente do procedemento legalmente establecido non se entende que se prescindiu de calquera procedemento —o que reduciría a nulidade radical aos actos adoptados “de plano”—, senón do procedemento

legalmente establecido para ese xénero de actuación administrativa. Como queira que a construción dos chamados procedementos especiais se fai no noso ordenamento xurídico sobre a base dun procedemento común —ou unhas regras comúns de procedemento— engadíndolle a este algún trámite específico, a omisión dese trámite específico vaise igualar coa omisión total do procedemento, sempre que se poida considerar esencial —isto é, cun valor singularizado tocante á instrución do expediente ou á defensa dos interesados— e non un simple ritualismo configurado nese procedemento especial pola razón concreta de que se trate (cláusula de estilo na materia específica ou residuo histórico dun uso administrativo nese sector); noutros termos, vaise entender que se prescindiu totalmente do procedemento establecido para ese acto concreto, sempre que se poida afirmar que a ausencia dalgún ou dalgúns trámites determina a inidentificación do procedemento específico establecido para ese acto co artigo 63 da Lei 30/1992, di que: «Son anulables os actos da Administración que incorran en calquera infracción do ordenamento xurídico, mesmo a desviación de poder. No entanto, o defecto de forma só determinará a anulabilidade cando o acto careza dos requisitos formais indispensables para alcanzar o seu fin ou dea lugar á indefensión dos interesados. A realización de actuacións administrativas fóra do prazo establecido para elas só implicará a anulabilidade do acto cando así o imponha a natureza do termo ou prazo». Segundo a doutrina xurisprudencial reiterada, a invalidez do acto administrativo depende da relación existente entre o vicio de forma e a decisión de fondo adoptada polo acto recorrido e ponderar "sobre todo, o que puidese variar o acto administrativo impugnado no caso de se observar o trámite omitido" (sentenza do 6 de novembro de 1963)".

En efecto, dentro das irregularidades non invalidantes, e en función do recollido no artigo 63 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, hai que entender como comprendidos os defectos de forma, excepto naqueles casos en que, segundo o artigo 63, determinan a anulabilidade do acto, que son 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 imponha 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 41 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común establece que os titulares das unidades administrativas e o persoal ao servizo das administracións públicas que tivesen ao seu cargo a resolución ou o despacho de asuntos, serán responsables directos da súa tramitación. Para rematar, 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.

## **A CONVALIDACIÓN, CONSERVACIÓN E CONVERSIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

O artigo 64 dispón o seguinte:

*1. A nulidade ou anulabilidade dun acto non implicará a dos sucesivos no procedemento que sexan independentes do primeiro.*

*2. A nulidade ou anulabilidade en parte do acto administrativo non implicará a das súas partes independentes daquela salvo que a parte viciada sexa de tal importancia que sen ela o acto administrativo non fose 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 ditaran 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 de seu, e que ademais se proceda a unha análise das partes non anuladas para determinar que estas se ditarían inda que non existise o acto anulado.

A conversión dos actos administrativos inválidos coincide coa validación en constituíren ambas as técnicas manifestacións do principio de conservación do negocio xurídico. Pero discrepa desta en que, mentres que a validación se aplica só aos actos anulables, a conversión entra en xogo tamén respecto dos actos nulos de pleno dereito.

*Artigo 65. Conversión de actos viciados. 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 de terceiros que non foron causantes dos motivos de nulidade.

Por outra banda, de acordo co artigo 66, o órgano que declare a nulidade ou anule as actuacións dispoñerá sempre a conservación daqueles actos e trámites cuxo contido se mantivese igual de non se cometer 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 64, 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.

Como antes expresamos, os actos anulables, a diferenza dos actos nulos, poden ser sandados por validación, en sentido propio, é dicir, emendando os defectos de que adoeza o acto. Segundo o artigo 67 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común:

1. A Administración poderá validar os actos anulables, emendando os vicios de que adoezan.
2. O acto de validación producirá efecto desde a súa data, salvo o disposto anteriormente para a retroactividade dos actos administrativos.
3. Se o vicio consistise en incompetencia non determinante de nulidade, a validación poderase realizar polo órgano competente cando sexa superior xerárquico do que ditou o acto viciado.
4. Se o vicio consistise na falta dalgunha autorización, poderá ser validado o acto mediante o outorgamento desta polo órgano competente.

A validación implica a existencia dun acto administrativo válido, xa que no momento en que se produce esta non se declarou a nulidade do acto que vai ser validado. Só procede nos supostos de anulabilidade, xa que os actos nulos de pleno dereito non son en ningún caso validables.

A doutrina discute se é posible que se efectúe a validación por un acto, ademais do expreso, tácito ou presunto. É practicamente unánime a postura de entender que non cabe a validación 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 do 2005:

“Trala 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 se trata de mera anulabilidade (artigo 63), en congruencia co cal o artigo 67.3 da Lei 30/1992 permite a validación. Xa que logo, cando o vicio apreciado 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 validación poderase realizar polo órgano competente cando sexa superior xerárquico do que ditou o acto viciado.

Deste último precepto despréndese que, para que a validación do vicio de incompetencia xerárquica poida operar, é imprescindible que sexa levada a cabo polo superior xerárquico do que ditou o acto viciado, de xeito que, sendo a facultade de validación específica do devandito superior xerárquico, non a pode delegar a favor do mesmo órgano que ditou o acto viciado para que sexa este quen valide o seu propio acto. Se do que se trata é de que o acto viciado sexa examinado polo superior xerárquico co fin de comprobar se o realizado é conforme ao ordenamento xurídico, contrariaríase a finalidade do que se persegue coa validación do vicio de incompetencia xerárquica se se permitise que a levase a cabo o mesmo órgano que ditou o acto mediante o expediente de que o superior delegase nel expresamente a competencia para realizala.”

## **OS ERROS MATERIAIS E DE FEITO**

No mesmo capítulo dedicado á revisión de oficio dos actos administrativos, a Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común inclúe no precepto referido á rectificación. Trátase do artigo 105.2, segundo o cal:

*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 logo 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 límite temporal ningún. A rectificación de erros materiais pódese facer en calquera momento, tanto de oficio como a instancia do administrado, como veu aclarar unha importante sentenza do 17 de xullo de 1987. Neste último caso, "a doutrina do acto consentido non ten virtualidade para impedir o xogo do artigo 111 (hoxe 105.2), 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 en 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 pódense extraer as seguintes conclusións:

- A facultade de rectificación débese facer con profundo carácter restritivo.
- O erro debe ser ostensible, manifesto, indiscutible e evidente, exteriorizándose *prima facie* (STS 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.
- Que a corrección non produza unha alteración fundamental ou substancial no contido ou sentido do acto (Ditame 1284/1992 do Consello de Estado e STS do 8 e 19 de abril de 1967).

Como expresa a sentenza do 18 de xuño do 2001 do Tribunal Supremo:

"[...] o erro material ou de feito caracterízase por ser "ostensible, manifesto, indiscutible e evidente por si mesmo, 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 en 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 ten que mostrar idéntico contido dispositivo, substantivo e resolutorio que o acto rectificado, sen que poida a Administración, baixo pretexto da súa potestade rectificadora de oficio, encubrir unha auténtica revisión", que require un procedemento específico previsto nos art. 102 e ss. da Lei 30/1992;

g) finalmente, véñse esixindo "que se aplique cun profundo criterio restritivo [...]".

Pola súa banda, a sentenza do TS, Sala 8 de xullo de 1982 di que: "É certo que o artigo 111 da lei do procedemento administrativo —actual artigo 105 da Lei 30/1992— 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 revocatoria, 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 mero 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".

A xurisprudencia posterior reiterou estes elementais principios, e así o expresa a sentenza do TS, Secc. 3ª, do 6 de outubro de 1986 (entre outras moitas posteriores como a do 17 de febreiro de 1987, e de conformidade coa doutrina xurisprudencial contida nas sentenzas do 16 de marzo de 1966, 12 de marzo de 1968, ou 16 de maio de 1973) na que se pon de manifesto que: "A Administración non pode alterar a situación xurídica creada por un acto anterior, firme e declarativo de dereitos, ao vir obrigada a aceptar a situación xurídica consolidada e mentres non sexa revogado a través dos procedementos legais de revisión de oficio".



Malia que a xurisprudencia se manifestou a favor dunha interpretación restritiva, no entanto admíttese tal corrección nos casos en que se reúnan unha serie de requisitos: que se trate de simples equivocacións elementais de nomes, datas, operacións aritméticas ou transcripcións de documentos; que o erro sexa patente e claro sen necesidade de acudir a documentos; que o erro se aprecie tendo en conta exclusivamente os datos do expediente administrativo en que se advirte; que non se proceda de oficio á revisión de actos administrativos firmes e consentidos; que non se produza unha alteración fundamental no sentido do acto; que non padeza a subsistencia do acto administrativo, é dicir, que non se xere a anulación ou revogación deste producíndose un novo sobre bases diferentes e sen as debidas garantías para o afectado, pois o acto administrativo rectificador ten que mostrar idéntico contido dispositivo substantivo e resolutorio que o acto rectificado (STS 1-2-1991 ).

Santiago Valencia Vila

## BIBLIOGRAFÍA

Varios, Letrados da Xunta de Galicia, *Lei 30/1992 comentada por Letrados da Xunta de Galicia*, Asociación profesional de letrados da Xunta de Galicia, 1ª edición, Santiago de Compostela, 2005.

Parada. R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Segunda edición, Madrid, 1999.

González Pérez J., González Navarro F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Segunda edición, Madrid, 1999.

Varios, *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Centro de Publicacións, Ministerio de Xustiza e Boletín Oficial do Estado, Ministerio da Presidencia, Madrid, 1993.



**14. REVISIÓN DE OFICIO DOS  
ACTOS ADMINISTRATIVOS  
NULOS E ANULABLES: CASOS  
EN QUE PROCEDE.  
PROCEDIMENTO. A  
IMPUGNACIÓN XURISDICCIONAL  
DE ACTOS POLA PROPIA  
ADMINISTRACIÓN: A  
DECLARACIÓN DE LESIVIDADE.  
A REVOGACIÓN DOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS.**

## **Tema 14**

### **A revisión de oficio dos actos administrativos nulos e anulables: casos en que procede. Procedemento. A impugnación xurisdiccional dos actos pola propia Administración: a declaración de lesividade. A revogación dos actos administrativos**

#### **A REVISIÓN DE OFICIO DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS E ANULABLES: CASOS EN QUE PROCEDE.**

##### **INTRODUCCIÓN.**

É principio xeral de dereito administrativo a presunción de lexitimidade e de validez dos actos administrativos, de onde deriva a súa executividade e, de ser o caso, a súa execución forzosa; así, o artigo 57.1 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (en diante, LRXAP) sinala 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”.

Trátase esta dunha presunción *iuris tantum*, xa 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 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, esta pode declarar de forma unilateral e executoria a ineficacia dos actos administrativos nos casos e cos requisitos que

establece a lei, ben sexa de oficio, ben por instancia dos particulares. Os medios previstos para o efecto son a revisión de oficio, que é obxecto de estudo neste epígrafe, así como a declaración de lesividade, que analizaremos ao final do tema, e os recursos en vía administrativa administrativos.

### ACTOS NULOS E ACTOS ANULABLES.

A LRXAP regula a materia nos seus artigos 62 e 63, cuxo contido pasamos a reproducir:

“Artigo 62. Nulidade de pleno dereito

1. Os actos das administracións públicas son nulos de pleno dereito nos casos seguintes:

a) Os que lesionen os dereitos e liberdades susceptibles de amparo constitucional.

b) Os ditados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio.

c) Os que teñan un contido imposible.

d) Os que sexan constitutivos de infracción penal ou se ditén como consecuencia desta.

e) Os ditados prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido ou das normas que conteñen as regras esenciais para a formación da vontade dos órganos colexiados.

f) Os actos expresos ou presuntos contrarios ao ordenamento xurídico polos que se adquiren facultades ou dereitos cando se careza dos requisitos esenciais para a súa adquisición.

g) Calquera outro que se estableza expresamente nunha disposición de rango legal.

2. Tamén serán nulas de pleno dereito as disposicións administrativas que vulneren a Constitución, as leis ou outras disposicións administrativas de rango superior, as que regulen materias reservadas á lei, e as que establezan a retroactividade de disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais.”

#### “Artigo 63. Anulabilidade

1. Son anulables os actos da Administración que incorran en calquera infracción do ordenamento xurídico, incluso a desviación de poder.

2. Non obstante, o defecto de forma só determinará a anulabilidade cando o acto careza dos requisitos formais indispensables para alcanzar o seu fin ou dea lugar á indefensión dos interesados.

3. A realización de actuacións administrativas fóra do tempo establecido para elas só implicará a anulabilidade do acto cando así o imponha a natureza do termo ou prazo.

O disposto nos artigos anteriores debe ser completado coa regulación que ofrece a LRXAP dos supostos de conservación, conversión e validación nos preceptos seguintes, a saber:

#### “Artigo 64.

##### Transmisibilidade

1. A nulidade ou anulabilidade dun acto non implicará a dos sucesivos no procedemento que sexan independentes do primeiro.

2. A nulidade ou anulabilidade en parte do acto administrativo non implicará a das partes do mesmo independentes daquela, non sendo que a parte viciada sexa de tal importancia que sen ela o acto administrativo non tería sido ditado.

#### “Artigo 65.

## Conversión de actos viciados

Os actos nulos ou anulables que, con todo, conteñan os elementos constitutivos doutro distinto producirán os efectos deste.”

“Artigo 66.

## Conservación de actos e trámites

O órgano que declare a nulidade ou anule as actuacións dispoñerá sempre a conservación daqueles actos e trámites que terían mantido igual o seu contido de non se ter cometido a infracción.”

“Artigo 67.

## Validación

1. A Administración poderá validar os actos anulables, emendando os vicios en que incorran.
2. O acto de validación producirá efecto desde a súa data, salvo o disposto anteriormente para a retroactividade dos actos administrativos.
3. Se o vicio consistise en incompetencia non determinante de nulidade, a validación poderá realizala o órgano competente cando sexa superior xerárquico do que ditou o acto viciado.
4. Se o vicio consistise na falta dalgunha autorización, o acto poderá ser validado mediante o outorgamento desta polo órgano competente.”

## CASOS EN QUE PROCEDE A REVISIÓN DE OFICIO.

A revisión de oficio aparece regulada no artigo 102 da LRXAP, que dispón:

“1. As administracións públicas, en calquera momento, por iniciativa propia ou por solicitude de interesado, e contando co 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 obxecto de recurso en prazo, nos supostos previstos no artigo 62.1.

2. Así mesmo, en calquera momento, as administracións públicas de oficio, e co 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 62.2.

[...]”

Resulta pois preciso analizar as seguintes cuestións en relación cos casos en que procede a revisión de oficio:

#### a) Actos e disposicións

O artigo 102.1 da LRXAP, na súa versión orixinal, referíase unicamente a actos. Remitíase ao número 1 do artigo 62 —que regula a nulidade dos actos— e non ao número 2 do mesmo artigo —que regula a nulidade das disposicións—. Non obstante, non existía razón válida para excluír estas do procedemento de revisión, inda que se podía aducir en contra da aplicación deste procedemento ás disposicións a súa innecesariedade. Se as disposicións —a diferenza dos actos administrativos declarativos de dereitos subxectivos— se poden derogar e modificar en calquera momento, con suxeición ao procedemento correspondente, que sentido ten a declaración de nulidade? En principio, o momento a 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 en aplicación desta. A Lei 4/1999 despexou as dúbidas suscitadas. O número 2 do artigo comentado, unha vez redactado logo da revisión, reconece expresamente a posibilidade de declarar «a nulidade das disposicións administrativas nos supostos previstos no artigo 62.2». Inda que, como se dixo, malia que a Administración pode de oficio revisar as

disposicións nulas (verdadeiro procedemento de revisión de oficio), non se lles recoñece lexitimación aos demais.

b) Actos que puxesen fin á vía administrativa

O artigo 102.1 da LRXAP establece un requisito que non aparecía no texto do artigo 109 da LPA. Segundo a nova regulación, para que sexa admisible este procedemento especial de revisión é necesario que os actos puxesen fin á vía administrativa —segundo o art. 109 da LRXAP— ou que non fosen recorridos dentro de prazo. Aínda que o artigo 102.1 da LRXAP (texto primitivo) referíase xenericamente a actos «contra os que non se interpuxo recurso administrativo», a expresión teríase que referir a recursos administrativos ordinarios —ou especiais, como o económico-administrativo—, excluíndose o recurso extraordinario de revisión e, por suposto, o contencioso-administrativo.

É evidente que, no caso de que o acto sexa firme por non ser susceptible de recurso administrativo —nin, xa que logo, de recurso contencioso-administrativo—, ao non ser posible a revisión do acto nulo polos procedementos ordinarios, non cabe outra posibilidade de declarar a nulidade que a vía do procedemento extraordinario que regula o artigo 102 da LRXAP. Pero no suposto de acto que puxese fin á vía administrativa, cabía distinguir os seguintes supostos:

- Que non se interpuxese dentro de prazo o «contencioso-administrativo», tendo adquirido firmeza o acto. Neste suposto, do mesmo xeito que no anterior, non existe outra opción para revisar o acto que a do procedemento do artigo 102 da LRXAP.
- Que se interpuxese recurso contencioso-administrativo dentro de prazo, que estivese 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 para o exercicio das potestades administrativas de revisión. Se o exercicio destas desembocase



na declaración de nulidade ou anulación do acto, o proceso administrativo quedaría sen obxecto e produciríase a extinción (art. 76 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, en diante LX).

- Que aínda non transcorrese o prazo para interpoñer o recurso contencioso-administrativo. Non existe tampouco obstáculo ningún para que se inicie o procedemento de revisión do artigo 102 da LRXAP. 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 doutro procedemento.

Esta interpretación poderíase considerar inadmisíble logo da Lei 4/1999, ao esixir que os actos «non sexan recorridos en prazo», en vez de se referir, como facía a norma na súa redacción primitiva, a estes «contra os que non se interpuxo recurso administrativo en prazo». Pero se esta foi a intención do lexislador, a desafortunada redacción da norma permite manter a correcta interpretación que permitía o texto inicial. Porque:

1) O artigo distingue dous supostos distintos, tanto antes como agora: un, que o acto poña fin á vía administrativa; outro, que non se interpuxese recurso.

2) Se se interpreta este segundo suposto, no sentido de que non se interpuxese, non só recurso administrativo, senón tampouco o contencioso-administrativo, non tería sentido a referencia ao outro suposto. A norma esixiría que o acto fose firme, que non coubese recurso ningún.

3) Logo se especifica como suposto distinto á non interposición do recurso que o acto poña fin á vía administrativa e a lei non distingue, débese entender 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 102 da LRXAP para declarar a súa validez.

Obviamente, se, incoado o proceso administrativo, se ditase sentenza antes de rematar o procedemento de revisión, e a sentenza declarase que o acto é válido —por estimarse que non se daba o mesmo motivo de nulidade que se trata de facer valer no presente artigo— quedaría sen obxecto este, e se, por non coñecer a sentenza ditase resolución declarando a nulidade, esta resolución sería nula e non podería prevalecer sobre a anterior.

Finalmente, en canto aos actos que poñen fin á vía administrativa, cómpre lembrar o contido do artigo 109 da LRXAP:

“Poñen fin á vía administrativa:

- a) As resolucións dos recursos de alzada.
- b) As resolucións dos procedementos de impugnación a que se refire o artigo 107.2.
- c) As resolucións dos órganos administrativos que carezan de superior xerárquico, salvo que unha lei estableza o contrario.
- d) As demais resolucións de órganos administrativos cando unha disposición legal ou regulamentaria así o estableza.
- e) Os acordos, pactos, convenios ou contratos que teñan a consideración de finalizadores do procedemento.

Na nosa comunidade autónoma, a materia aparece regulada na 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 das administracións públicas e do procedemento administrativo común:

“Artigo 4. Fin da vía administrativa

Poñen fin á vía administrativa, salvo que por lei especial se estableza o contrario, as resolucións dos órganos seguintes:

- a) As do Consello da Xunta, as do seu presidente e as das súas comisións delegadas.
- b) As dos conselleiros.
- c) As dos secretarios xerais e directores xerais en materia de persoal.
- d) As dos órganos superiores de goberno de organismos autónomos e dos entes públicos cando exercitan competencias administrativas.
- e) As das demais autoridades cando así o estableza unha disposición legal ou regulamentaria.”

E, finalmente, no ámbito local débese tomar en consideración o artigo 52.2 da Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases do réxime local:

“Poñen fin á vía administrativa as resolucións dos seguintes órganos e autoridades:

- a) As do Pleno, os alcaldes ou presidentes e as comisións 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.
- b) 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.
- c) As de calquera outra autoridade ou órgano cando así o estableza unha disposición legal.”

#### c) Motivos de nulidade

O artigo 102.1 da LRXAP reconece a posibilidade, a través do procedemento que nel se regula, de «declarar a nulidade dos actos

enumerados no artigo 62.1». «O art. 102.1 da LRXAP —di a sentenza do 5 maio do 2005— configura a revisión de oficio cun carácter excepcional, que unicamente debe ser utilizada cando realmente se detecten vicios que fagan precisa a retirada do acto do mundo xurídico». Como a enumeración dos supostos de nulidade que se contén neste último artigo pecha coa fórmula xeral de «calquera outro que garde analoxía cos anteriores e que unha disposición de rango legal cualifique de nulo de pleno dereito», é evidente que se poderá facer valer neste procedemento calquera motivo de nulidade.

É necesario que se estea ante un dos supostos de nulidade radical (sentenza do 25 de febreiro de 1997), conforme a normativa vixente ao producírense os feitos (sentenza do 25 de outubro de 1997).

## **PROCEDEMENTO.**

En primeiro lugar, no que se refire ao prazo, cómpre sinalar que non existe límite temporal para a incoación do procedemento. O artigo 102.1 da LRXAP di que a nulidade se poderá declarar «en calquera momento». A acción de nulidade (din as sentenzas do 30 de marzo de 1992 e 6 do maio de 1992) non está suxeita a prazo ningún. «Un dos trazos da acción de nulidade (di a sentenza de 29 de decembro de 1986 é a súa imprescritibilidade, como destaca o mencionado artigo 109 da LPA, ao significar que se pode exercitar en calquera momento». «O artigo 109 da LPA recoñecía non só unha revisión de oficio pola Administración, senón unha acción de nulidade exercitable en calquera momento por instancia do interesado» (sentenza do 30 de maio de 1997). A acción é imprescritible (sentenza do 23 de febreiro do 2000).

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 deberase interpoñer dentro dos prazos legalmente establecidos (un mes, segundo os artigos 115.1 e 117 da LRXAP).

A sentenza do 5 de outubro do 2002 di:

«A máis recente e firme doutrina desta Sala (baste citar as sentenzas do 19 decembro de 1997, 2 de decembro de 1999 e 15 de novembro do 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 102 da LRXAP) cando se exercita ante a propia Administración, xa que o pode ser "en calquera momento"; polo tanto, a firmeza do acto consentido, nos demais casos, péchalle o paso á súa impugnación, se non se produciu no prazo establecido».

No mesmo sentido, as sentenzas do 13 de xuño do 2003, do 21 de abril, do 21 de xuño e do 13 de outubro do 2004.

Así o impón o principio de seguridade xurídica, e, por suposto, sempre operarán os límites do artigo 106 da LRXAP.

Respecto do procedemento propiamente dito, ante o silencio da lei, débese entender aplicable o procedemento xeral previsto no título VI da LRXAP, inda que coas particularidades que se derivan do previsto no propio artigo 102 da LRXAP e nos seguintes preceptos desta. En particular, débense ter en conta as normas que se mencionan a seguir.

“Artigo 102. [...]”

3. O órgano competente para a revisión de oficio poderá acordar motivadamente a inadmisión a trámite das solicitudes formuladas polos interesados, sen necesidade de contar con ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo da comunidade autónoma, cando aquelas non se baseen nalgunha das causas de nulidade do artigo 62 ou carezan manifestamente de fundamento, así como no caso de que se tivesen desestimado en canto ao fondo outras solicitudes substancialmente iguais.

4. As Administracións públicas, ao declararen a nulidade dunha disposición ou acto, poderán establecer, na mesma resolución, as indemnizacións que proceda recoñecer aos interesados, se se dan as circunstancias previstas nos artigos 139.2 e 141.1 desta lei, sen prexuízo de que, tratándose dunha disposición, subsistan os actos firmes ditados en aplicación dela.

5. Cando o procedemento se iniciase de oficio, o transcurso do prazo de tres meses desde o seu inicio sen se ditar resolución producirá a caducidade daquel. Se o procedemento se iniciase por solicitude de interesado, poderase entender esta desestimada por silencio administrativo.”

#### “Artigo 104. Suspensión

Iniciado o procedemento de revisión de oficio, o órgano competente para resolver poderá suspender a execución do acto, cando esta puidese causar prexuízos de imposible ou difícil reparación.”

#### “Artigo 106. Límites da revisión

As facultades de revisión non poderán ser exercitadas 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.”

Do sinalado ata aquí despréndese que o procedemento de revisión de oficio estará integrado polas seguintes fases:

##### *1. Iniciación*

###### *a. De oficio*

O procedemento poderase incoar por acordo do órgano competente para acordar a declaración de nulidade, ben por iniciativa propia ou como consecuencia de (art. 69 da LRXAP):

– Orde superior.

- Petición razoada doutros órganos.
- Denuncia.

Se se trata da declaración de nulidade dunha disposición xeral, unicamente se poderá incoar de oficio, segundo o núm. 2 deste artigo 102.

#### *b. Por instancia de interesado*

A xurisprudencia precisou que «a acción de nulidade é unha petición dirixida á Administración solicitándolle que proceda á revisión dun acto ou disposición administrativa tachados 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—». Así, as sentenzas do 30 de marzo de 1992, do 6 de maio de 1992 e do 11 de outubro de 1994.

Como se sinalou, logo da reforma introducida pola Lei 4/1999, non cabe iniciación por instancia de interesado para intentar a nulidade dunha disposición xeral (sentenza do 28 de novembro do 2001).

#### *2. Trámite de admisión*

O número 3 do artigo comentado, logo da Lei 4/1999, recoñece o órgano competente para resolver, acordar motivadamente a inadmisión a trámite das solicitudes de declaración de nulidade, sen máis trámites, nos seguintes supostos:

- Que non se baseen nalgunha das causas de nulidade do artigo 62.
- Que carezan manifestamente de fundamento.
- Que se tivesen desestimado en canto ao fondo outras solicitudes substancialmente iguais.

O acordo de inadmisión, ao impedir a continuación do procedemento, será recorrible en vía administrativa (art. 107.1 da LRXAP) e, se é o caso, contencioso-administrativa (art. 25.1 da LX).

A sentenza do 12 de decembro do 2001 establecera:

«A sentenza do 12 de novembro do 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 en que, tralos trámites pertinentes, a Administración determina *prima facie* se o acto ou actos dos que se pide revisión adoecen ou non dos vicios que determinarían a súa revisión. En 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 veñen 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 tramitación previa 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. Eludido o devandito trámite, ben por total inactividade que desemboca en desestimación presunta por silencio, ben por resolución expresa que denega a revisión quedándose na primeira fase, o procedente non é que a xurisdición entre a coñecer do acto ou da norma, senón que, se é o caso, lle ordene á Administración que inicie o trámite da segunda fase e a conclúa ditando a pertinente resolución expresa en canto a se existe a nulidade ou anulabilidade pretendida (sentenzas do 24 de outubro do 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)».



Logo da Lei 4/1999, é indubidable que, nos casos sinalados, se poida acordar a inadmisión a trámite das solicitudes de declaración de nulidade (sentenzas do 13 de xullo, 13 de outubro e 2 de novembro do 2004, e do 5 de maio do 2005).

### *3. Instrución*

#### *a. Audiencia dos interesados*

O trámite de audiencia e vista débeseles conceder a todos os que ostenten a condición de interesados. En caso contrario, incorreríase nunha das infraccións do procedemento determinantes da anulabilidade (art. 63.2 da LRXAP). Así, a sentenza do 20 de febreiro de 1984.

A sentenza 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, sinálala para o caso de se ter ditado o acto prescindindo total e absolutamente do procedemento establecido para iso, pero a súa correcta aplicación require determinadas condicións e formalidades; e así, cando ese 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, deberanse cumprir as expresadas no artigo 109 da propia lei de procedemento e as implícitas con elas, cal é a de audiencia previa do interesado, conforme os 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 en sentenzas do 11 de abril de 1983 e do 2 de febreiro de 1987.

Inda que a Lei 4/1999 eliminou a remisión que facía o núm. 2 do texto orixinario a que o procedemento «se instruirá e resolverá de acordo coas

disposicións do título VI desta lei», iso non se pode interpretar de xeito ningún como unha supresión do trámite de audiencia, que si se esixe no artigo 103 no procedemento para a declaración de lesividade.

#### *b. Ditame do Consello de Estado*

O artigo 102.1 da LRXPA esixe, para que a Administración poida declarar a nulidade polo procedemento de revisión regulado neste artigo, «ditame favorable do Consello de Estado ou órgano consultivo da comunidade autónoma, se o houbese».

Mantense, xa que logo, a esixencia da normativa anterior —art. 109 da LPA— de que o ditame sexa favorable.

En canto ao órgano que debe emitir o ditame, a LRXAP trata de superar as dúbidas suscitadas pola doutrina e establece que lle corresponde ao Consello de Estado (art. 22.10 da LOCE), «ou órgano consultivo da comunidade autónoma, se o houbese». 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.

### *4. Resolución*

#### *a. Resolución expresa*

A resolución só poderá declarar a nulidade cando o ditame do Consello de Estado fose favorable. Como di a sentenza 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 se deba declarar a nulidade. A Administración poderá resolver «oído o Consello de Estado» cando se trate de disposicións. Non así cando se trate de actos administrativos. Así se desprende da diferente redacción do núm. 1 e do núm. 2 do artigo despois da lei 4/1999; mentres que o núm. 1 (referido a actos) di que as Administracións declararán a nulidade, o núm. 2 (referido a disposicións) di que «poderán declarar a nulidade».

#### *b. Silencio administrativo*

A LRXAP, logo da revisión, no número 5 establece que, en caso de que transcorresen tres meses desde a iniciación sen ditar resolución:

- Se se incoou de oficio, producírase a caducidade do procedemento.
- Si se incoase por solicitude de interesado, poderá entender desestimada a súa petición por silencio administrativo.

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, en que o administrado lle pide ao tribunal que se recoñeza o seu dereito, poderase atopar cunha sentenza que non entra a examinar a cuestión suscitada 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 nalgunhas sentenzas das Salas do Contencioso-Administrativo.

Polo que aquel administrado que acudiu ao proceso administrativo fronte á denegación presunta en demanda de xustiza, logo dos anos que tarda un proceso, atoparase de novo no procedemento administrativo sen obter resolución expresa, agardando a que a Administración cumpra uns trámites e a que despois dite acordo expreso.

Esta corrente, con todo, non semella 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 29 de xaneiro de 1994 sinala:

«Como esta Sala declarou nas sentenzas que acabamos de citar e nas do 10 de maio, 14 de maio e 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) inda que o procedemento previo en vía administrativa se vise 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 3 de outubro de 1994, no fundamento de dereito terceiro, di:

«Alega o avogado do Estado, con invocación da sentenza que cita (que sinala pronunciada no recurso número 306666/1982 con data do 2 de outubro de 1992), que cando se lle solicita á 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 contencioso-administrativa non poden entrar a examinar e declarar, de ser o caso, a nulidade radical do acto impugnado, senón que se deben limitar a ordenarlle á Administración que inicie a tramitación correspondente e a conclúa, logo do ditame do Consello de Estado, ditando a resolución procedente en canto a se se produciu ou non a nulidade radical pretendida. Deixando separadamente que existen sentenzas deste Tribunal Supremo que non avalan a opinión exposta polo señor avogado do Estado (cf. 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 "Junta 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 llela remitir 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 do axuizamento das súas pretensións (art. 24 da Constitución), razoamentos que comportan a desestimación da alegación formulada respecto diso polo avogado do Estado».

Xa que logo, 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 débense pronunciar sobre a cuestión de fondo que suscite, sen que sexa admisible

evitar tal pronunciamento polo feito de que no procedemento se incorrese 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 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 14 de setembro de 1983.

Doutra banda, outras sentenzas, como a sentenza do 12 de decembro do 2001, establecen que, para que a xurisdición se poida pronunciar sobre a cuestión de fondo, é necesario que o procedemento administrativo de revisión de oficio chegase á segunda fase e o Consello de Estado xa ditaminase.

#### IV. Efectos

##### *1. 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 o acto fose denegatorio da nulidade, non se poderá invocar fronte ao recurso contencioso-administrativo a excepción de acto confirmatorio que prevé o artigo 28 da LX, por non se dar entre o acto ou disposición cuxa nulidade se pretende e o que resolveu o procedemento de nulidade as identidades que constitúen o presuposto daquela excepción.

##### *2. Efectos xurídico-materiais*

Os efectos serán os propios da nulidade de pleno dereito. Con todo, segundo o artigo 65 da LRXAP, «os actos nulos... que... conteñan os elementos constitutivos doutros distintos producirán os efectos deste».

No caso de que o órgano competente exercese a facultade que recoñece o artigo 102.4 da LRXAP, a resolución determinará a obriga de indemnización pola contía que estableza (sentenza do 17 febreiro do 2004).

O número 4 do artigo comentado, segundo a nova redacción dada pola Lei 4/1999, ao referirse á declaración de nulidade dunha disposición, establece a excepción de que «subsistan os actos firmes ditados en aplicación dela».

### **A IMPUGNACIÓN XURISDICCIONAL DE ACTOS POLA PROPIA ADMINISTRACIÓN: A DECLARACIÓN DE LESIVIDADE.**

Chámaselle proceso de lesividade ao proceso xudicial ou recurso que exercita a propia Administración autora dalgún acto cando non o pode anular ou revogar por si mesma. Antes de interpoñer o devandito recurso é preciso obter a declaración administrativa de que o acto é lesivo para o interese público.

Denomínase pois procedemento de lesividade o procedemento administrativo que ten que ser tramitado para os efectos de obter a declaración de lesividade que permita posteriormente o inicio do proceso xudicial co mesmo nome que determinará, de ser o caso, a ineficacia do acto administrativo correspondente.

En canto á natureza xurídica do procedemento de lesividade, de acordo co que vimos de expoñer, ademais de implicar un procedemento administrativo que implica unha declaración de vontade administrativa, eríxese nun presuposto procesual para o chamado proceso de lesividade. Así se desprende do artigo 43 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (en diante, LXCA): “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, xa que logo, un acto administrativo de natureza especial, no sentido de que só produce efectos no ámbito

procesual (sentenza 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 23 abril do 2004 di:

«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 han 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».

No mesmo sentido, a sentenza do 23 de abril do 2002 (art. 4610).

### *PROCEDEMENTO DE LESIVIDADE*

A súa regulación atópase no artigo 103:

“Declaración de lesividade de actos anulables

1. As administracións públicas poderán declarar lesivos para o interese público os actos favorables para os interesados que sexan anulables conforme o disposto no artigo 63 desta lei, co fin de proceder á súa ulterior impugnación perante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa.
2. A declaración de lesividade non poderá adoptarse unha vez transcorridos catro anos desde que se ditou o acto administrativo e esixirá a audiencia previa de cantos aparezan como interesados nel, nos termos establecidos polo artigo 84 desta lei.
3. Transcorrido o prazo de seis meses desde a iniciación do procedemento sen se declarar a lesividade producirase a súa caducidade.



4. Se o acto proviñese da Administración xeral do Estado ou das comunidades autónomas, a declaración de lesividade será adoptada polo órgano de cada Administración competente na materia.
5. Se o acto proviñese das entidades que integran a Administración local, a declaración de lesividade será adoptada polo Pleno da corporación ou, en defecto deste, polo órgano colexiado superior da entidade.”

Con relación aos actos que se poden declarar lesivos, resulta preciso efectuar as consideracións que se farán a continuación.

En primeiro lugar, serán susceptibles de seren declarados lesivos os actos impugnables de acordo co artigo 103 da LRXAP, pero en ningún caso o serán os regulamentos.

Así, cando a LX 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 só admite a impugnación de actos dentro do proceso de lesividade.

En segundo lugar, en canto a se a declaración de lesividade resulta admisible fronte aos contratos, non existe razón ningunha para lles aplicar aos contratos regra distinta que aos demais actos da Administración.

A sentenza do 23 de abril do 2002 senta esta correcta doutrina (fundamentos de dereito cuarto e quinto):

«Cuarto.–O segundo motivo articúlase pola canle procesual do número 4 do artigo 95.1 da lei xurisdiccional, na redacción pola Lei 10/1992, por infracción, en concepto de errónea interpretación do número 2 do artigo 103 da LRXAP.

Para a parte recorrente, unha segunda razón que xustifica a decisión desestimatoria que contén a sentenza é que a posibilidade de declarar lesivos actos contractuais declarativos de dereitos implicaría deixar en mans da Administración a posibilidade ou facultade para resolver os contratos de forma unilateral, interpretación que supón tanto como descoñecer que a declaración de lesividade de nada serve, nin ten efecto ningún se non é seguida nos termos establecidos na lei procedemental da pertinente impugnación perante a xurisdición contencioso-administrativa, que se converte, así, no árbitro que resolve sobre a procedencia ou improcedencia da declaración de lesividade do acto de que se trate, sendo a xurisdición contencioso-administrativa a que virá proclamar a xuridicidade ou desconformidade co ordenamento xurídico do acto declaratorio de lesividade, axuizando a cuestión á marxe do criterio da Administración, que poderá ser ou non aceptado.

Quinto.-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 presuposto do proceso que incoou a Administración local que neste suposto personifica a Corporación municipal de Burgos (con suxeición ao artigo 103.2 da Lei 30/1992) e a sentenza non está excluindo a posibilidade da súa admisión, recordando criterios da xurisprudencia precedentes contidos nas sentenzas do 27 de xuño de 1977 e do 5 de xullo de 1983 (art. 3976), especialmente na primeira, ao recoñecer que a lesividade afecta as fases preparatoria e de adxudicación do contrato.

Neste punto, a evolución da xurisprudencia, 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 se ten que rexer, repercutindo desfavorablemente nos intereses económicos ou doutra orde da Administración.»

E, en terceiro lugar, cómpre lembrar que o requisito esixido nos supostos xerais de que o acto esgote a vía administrativa non se lle aplica ao proceso de lesividade.

Non faltou quen creu que, mentres caiba recurso xerárquico, non pode utilizar a Administración o proceso de lesividade; pero a doutrina dominante estima o contrario, posición corroborada por unha reiterada doutrina xurisprudencial, como a sentenza do 21 de novembro de 1947, en que se afirma que «a acción de lesividade, de ordenación privilexiada a favor da Administración, non se goberna por principios idénticos á outorgada normalmente a favor dos administrados, e así, aínda que estes teñen pechado o presente camiño xurisdiccional, se no seu tempo descoidaron utilizar recursos gubernativos dealzada, non sucede o propio para a Administración».

#### *PROCESO DE LESIVIDADE.*

Declarada a lesividade pola Administración competente, pódese interpoñer recurso contencioso-administrativo contra o acto declarado lesivo. As especialidades fundamentais que presente o recurso contencioso-administrativo son as seguintes:

- a) Lexitimación activa. Correspóndelle á Administración autora do acto, aínda que como partes codemandantes pode intervir quen tivese interese directo na anulación.
- b) Lexitimación pasiva. Correspóndelle a quen teña interese en manter o acto declarado lesivo por derivar ao seu favor dereitos ou intereses lexítimos.

c) Prazo de interposición. Artigo 46.5 da LXCA: “O prazo para interpoñer recurso de lesividade será de dous meses contados desde o día seguinte á data da declaración de lesividade.”

d) Desde o punto de vista procedemental, destacan dúas especialidades:

Artigo 45.4 da LXCA: “O recurso de lesividade iniciarase por demanda formulada conforme o artigo 56.1, que fixará con precisión a persoa ou persoas demandadas e a súa sede ou domicilio se constase. Esta demanda acompañarase en todo caso da declaración de lesividade, do expediente administrativo e, se procede, dos documentos das letras a) e d) do apartado 2 deste artigo”.

Artigo 49.6 da LXCA: “O emprazamento dos demandados no recurso de lesividade efectuarase persoalmente por un prazo de nove días.”

## **A REVOCACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

A revogación consiste na eliminación dun acto administrativo pola propia Administración autora do acto por motivos de oportunidade.

A LRXAP foi a que, por vez primeira no noso ordenamento xurídico, lle dedicou un apartado especial á revogación de actos administrativos, en concreto no seu artigo 105, que dispón: “1. As administracións públicas poderán revogar en calquera momento os seus actos de gravame ou desfavorables, sempre que tal revogación non constitúa dispensa ou exención non permitida polas leis, ou sexa contraria ao principio de igualdade, ao interese público ou ao ordenamento xurídico.”

Ademais do réxime xeral contido na Lei 30/1992, García de Enterría sinala os seguintes supostos especiais de revogación:

a) A inexistencia dunha regulación xeral que posibilite a revogación de actos por razóns de oportunidade deu lugar a que, na práctica, proliferen as “reservas de revogación” ou cláusulas accesorias que, en determinados

actos negociais, garántenlle 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 regulada. 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.

b) 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 das corporacións locais, aprobado por Decreto do 17 de xuño de 1955: “As licenzas quedarán sen efecto se se incumprisen as condicións a que estivesen subordinadas [...]”.

c) Para rematar, 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.

Para finalizar este punto, débese facer unha última consideración en relación coa regulación contida no parágrafo segundo do artigo 105, e que se refire a un suposto diferente ao da revogación de actos que acabamos de analizar: a rectificación de erros. De acordo co enunciado literal do precepto: “As administracións públicas poderán, así mesmo, rectificar en calquera momento, de oficio ou por instancia dos interesados, os erros materiais, de feito ou aritméticos existentes nos seus actos.”

Pois ben, a pura rectificación material de erros de feito ou aritméticos non implica a revogación do acto en termos xurídicos. O acto materialmente

rectificado segue a ter o mesmo contido logo da rectificación, cuxa única finalidade é eliminar calquera posible equívoco.

A liberdade de rectificación material suscita, con todo, certas dificultades na medida en que a Administración a pode intentar invocar para, a través dela, chegar a realizar verdadeiras rectificacións de concepto sen se ater aos trámites rigorosos que establecen os artigos 102 e 103 da LRXAP. O problema, en definitiva, radica en determinar as fronteiras entre o erro de feito e o erro de dereito.

Neste punto, tanto o Tribunal Supremo como o Consello de Estado se mostran especialmente rigorosos para evitar a posible fraude de lei. Así, véñse negando o carácter de erro de feito cando a súa apreciación implica un xuízo valorativo, así como cando esixe unha cualificación xurídica, e, en xeral, a aquelas inexactitudes que non sexan meros erros mecanográficos ou aritméticos.

## BIBLIOGRAFÍA.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ E FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Civitas, 2003.

M.<sup>a</sup> Jesús Lorenzana Somoza

# **15. O PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO E NATUREZA. A LEI DE RÉXIME XURÍDICO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS E DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN: ÁMBITO DE APLICACIÓN. PRINCIPIOS INFORMADORES.**



## **TEMA 15.**

### **O PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO E NATUREZA. A LEI DE RÉXIME XURÍDICO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS E DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN: ÁMBITO DE APLICACIÓN. PRINCIPIOS INFORMADORES.**

Nun Estado de Dereito, seguindo a García de Enterría, debe existir un círculo de garantías do cidadán fronte á Administración, entre as que 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 *iter* preconfigurado.

#### **1.-Concepto e natureza:**

A doutrina kelseniana configurou unha noción de procedemento como *iter* xuridicamente regulado a través do cal unha manifestación xurídica dun plano superior (en xeral, unha norma) produce efectos xurídicos nun plano inferior (en xeral, a través dun acto aplicativo singular).

Conectando tal noción co feito de que a Administración pública serve con obxectividade o interese xeral e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e con sometemento pleno á lei e ao dereito; entendendo este sometemento á lei de acordo coa moderna formulación do principio de legalidade da Administración como circunscrición das súas potestades 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 obrante nunha lei actuando en cada caso concreto para producir actos ou regulamentos.

A exposición de motivos da derogada Lei de procedemento administrativo de 1958, que se refería a aquel 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 coma dos administrados, e que finalmente conflúen para dar lugar a un acto definitivo ou resolución, que poñerá fin ao propio procedemento determinando o sentido da vontade administrativa no caso concreto.

Os autores, no entanto, 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 fin, xerándose arredor 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 *iter* xuridicamente regulado, á adopción dunha decisión. Deste xeito, cada un dos actos concretos que integran o procedemento posúe unha substantividade e autonomía de seu, sen prexuízo do seu carácter instrumental respecto da resolución final.

Unha segunda tese, porén, veu concibindo o procedemento administrativo non como un complexo de actos, senón como un acto complexo, de xeito 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 no que respecta ao máis relevante dos problemas que esta cuestión suscita, que 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 acabou prevalecendo no noso Dereito, plasmada tanto na LRXPAC coma 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 continualo ou producen indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos, supostos nos que se permite, pois, a impugnación de tales actos con carácter previo e independente á da resolución final que eventualmente puidese recaer.

A instauración dun procedemento administrativo, é dicir, a regulamentación dos trámites que a Administración ten que observar para

formar a súa vontade e decidir en cada caso concreto tende a dúas finalidades básicas.

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.

O primeiro dos fins do procedemento administrativo é así o de garantir a legalidade, acerto e oportunidade da decisión da Administración.

Para eses efectos, o procedemento incorpora o conxunto de trámites e garantías que se estiman necesarios para asegurar que a decisión que se adopte no seu seo se mostre ao mesmo tempo como plenamente conforme á lei aplicable e como idónea para servir os fins de interese xeral que a Administración debe tutelar.

A función de garantía do procedemento administrativo esixe que os actos administrativos se produzan sempre de acordo con este, tal e como se sinala no artigo 53.1 da LRXPAC, sendo o incumprimento do procedemento unha causa de nulidade do acto administrativo, segundo o artigo 62.1 da Lei.

O segundo dos seus fins é o de procurar a participación dos cidadáns e, en termos máis xerais, a democratización das decisións públicas, imperativo que o funcionamento das cámaras lexislativas, polo seu carácter intermitente e a súa circunscrición aos grandes asuntos, dista de poder satisfacer.

Esta democratización das canles de decisión administrativa apúntase xa no texto constitucional, cando no artigo 105 garante a audiencia aos cidadáns no proceso administrativo, incluíndo a elaboración das disposicións xerais; así mesmo, o artigo 23 recoñece o dereito a participar nos asuntos públicos, non só a través dos representantes libremente elixidos, senón tamén de forma directa, o que alude necesariamente ao procedemento polo que estes asuntos se xestionan.

## **A LEI DE RÉXIME XURÍDICO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS E DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

A regulación dun procedemento administrativo unitario, de aplicación a todas as administracións públicas, é 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 se circunscribe 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 atopa 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 esta atribución ten que desprezar necesariamente una 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 do procedemento administrativo común, engade *“sen prexuízo das especialidades derivadas da organización propia das comunidades autónomas”*.

O TC, pola súa banda, sinalou igualmente que as normas procedementais non poden deixar de reflectir extremos ligados ao réxime substantivo aplicable ao ámbito de que se trate, cuxa definición lle pode corresponder á respectiva comunidade autónoma, polo que se debe deixar 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 cómpre acreditar para a obtención dunha autorización e da forma de proceder a esta 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 se lle garante a existencia de trámites comúns á totalidade das organizacións administrativas que aseguran a igualdade de tratamento

dos administrados ante elas e facilitan e axilizan, asemade, a súa comunicación recíproca, en interese da eficacia administrativa.

A materialización legal desta competencia estatal produciuse na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (LRXPAC).

**O contido** da Lei pódese sintetizar atendendo á súa propia estrutura en títulos:

**Título Preliminar.** Xunto ao obxecto e ámbito de aplicación regúlanse os “principios xerais” aplicables a todas as administracións públicas: partindo do artigo 103 da CE, concreta outros aplicables ás relacións entre administracións e cos cidadáns. Establécese a personalidade xurídica única de cada Administración no cumprimento dos seus fins e a dirección polo Goberno respectivo como institución política diferenciada.

**Título I.** Dedícase ás relacións interadministrativas, sobre todo entre a Administración estatal e a autonómica, xa que o réxime xurídico das entidades locais conta cunha regulación de seu na Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, tendo a LRXPAC carácter supletorio para estes efectos.

**Título II.** Regula os órganos das administracións públicas, a súa organización e competencia (competencia, delegación, avocación, comunicacións, órganos colexiados e o seu réxime, etc.).

**Título III.** Regula a figura do interesado no procedemento administrativo, titular de dereitos e intereses, non só directos senón

“lexítimos” (artigo 31). Regúlase a capacidade de obrar, a representación, identificación e a existencia dunha pluralidade de interesados.

**Título IV.** Baixo a rúbrica “Da actividade das administracións públicas” regúlanse, por unha banda, os dereitos dos cidadáns nas súas relacións coas administracións.

**Título V.** Establece os principios e o réxime substantivo “das disposicións e dos actos administrativos”: xerarquía, competencia, requisitos e motivación, validez e eficacia, nulidade e anulabilidade, etc.

**Título VI.** Dedícase especificamente, en primeiro lugar, á forma dos actos administrativos e, en segundo lugar, á chamada potestade de autotutela da Administración: as relativas á executividade e execución forzosa dos actos administrativos.

**Título VII.** Regula a revisión dos actos en vía administrativa, tanto de oficio como a través dos recursos administrativos.

**Título VIII.** Contén o réxime das reclamacións ante a Administración como requisito previo ao exercicio das accións civís e laborais ante os tribunais.

**Título IX.** Regula a potestade sancionadora. Contén os principios aplicables, inspirados en boa medida polo dereito fundamental á tutela xudicial efectiva, consagrado no artigo 24 da CE, que o Tribunal Constitucional declarou extensible ao Dereito Administrativo sancionador. A LRXPAC regula os principios de legalidade, irretroactividade, tipicidade, proporcionalidade, responsabilidade, prescrición e *non bis in idem*. Regúlase, así mesmo, o



procedemento sancionador, ou máis ben os seus principios, á falta da súa concreción para cada Administración e materia.

**Título X.** Regula a responsabilidade das administracións públicas e das súas autoridades e demais persoal ao seu servizo. De acordo coa Constitución (art. 106.2) configura un sistema de responsabilidade obxectiva (exenta da idea de culpa), pois para que xurda o dereito dos particulares a seren indemnizados abonda con que a lesión sexa “consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos” (art. 139), excepto en caso de forza maior. É indemnizable o dano que o particular “non teña o deber xurídico de soportar” (art. 141) e que sexa “efectivo, avaliable economicamente e individualizado con relación a unha persoa ou grupo de persoas” (139.2).

A responsabilidade é, ademais, directa, no sentido de que “os particulares lle esixirán directamente á Administración pública correspondente as indemnizacións polos danos e prexuízos causados polas autoridades e persoal ao seu servizo” e esta “cando indemnice os lesionados, esixirá de oficio das súas autoridades e demais persoal ao seu servizo a responsabilidade en que incorresen por dolo, culpa ou neglixencia graves” (145.1 e 2 da LRXPAC).

### ***Ámbito de aplicación:***

Desde a perspectiva do seu ámbito obxectivo, o artigo 1 da Lei sinala que *“A presente Lei establece e regula as bases do réxime xurídico, o procedemento administrativo común e o sistema de responsabilidade das administracións públicas, sendo aplicable a todas elas”*.

Así pois, a Lei asume un triplo cometido: definir o réxime xurídico das administracións públicas, regulamentar o procedemento administrativo

común e disciplinar o réxime de responsabilidade de todas as administracións públicas.

O réxime xurídico das administracións públicas comprende a definición dos principios que determinan a súa función e a súa posición no ordenamento xurídico e que presiden as súas relacións recíprocas. Como deriva do propio texto constitucional, porén, esta disciplina formúlase pola LRXPAC a nivel de bases, e por iso non impide a existencia de réximes xurídicos de contido máis específico aplicables a cada unha das distintas administracións, estatais, locais ou autonómicas.

A regulación do procedemento administrativo común, pola súa banda, non se reduce —sinalou o propio TC— á do procedemento que se ten que seguir para a realización da actividade xurídica da Administración (iniciación, ordenación, instrución, finalización, execución, termos e prazos, recepción e rexistro de documentos), pois nesta competencia se deben incluír 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, incluíndo sobre todo as garantías xerais dos particulares no seo do procedemento (STC 227/1988), sen que, con todo, diso se poida deducir 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 e todo, cómpre considerar que os procedementos tributarios e a aplicación dos tributos se rexerán pola lei xeral tributaria, polas leis propias de cada tributo e as demais normas ditadas no seu desenvolvemento e aplicación e só na súa falta rexerán de forma supletoria as disposicións da

LRXPAC, o que se aplica igualmente á revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria (disposición adicional quinta). Do mesmo xeito, a impugnación dos actos en materia de Seguridade Social e desemprego, nos termos previstos pola lei de procedemento laboral, así como a súa revisión de oficio, rexeranse polo disposto nesa lei e os actos de xestión recadadora da Seguridade Social rexeranse polo disposto na súa normativa específica (disposición adicional sexta).

Os procedementos administrativos para a imposición de sancións por infraccións na orde social e para a extensión de actas de liquidación de cotas da Seguridade Social rexeranse pola súa normativa específica e, subsidiariamente, polas disposicións da LRXJPAC (disposición adicional sétima ). 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 rexeranse pola súa normativa específica, non lles sendo de aplicación a LRXPAC (disposición adicional oitava ).

Para rematar, os procedementos instados perante as misións diplomáticas e oficinas consulares por cidadáns estranxeiros non comunitarios rexeranse pola súa normativa específica, que se adecuará aos compromisos internacionais asumidos por España e, en materia de visados, aos Convenios de Schengen e disposicións que os desenvolvan, aplicándose de forma supletoria a LRXPAC (disposición adicional undécima).

Finalmente, a LRXPAC ocúpase de establecer o réxime de responsabilidade aplicable ás administracións públicas, expresión esta, con todo, claramente equívoca, pois a responsabilidade á que a lei alude é exclusivamente a responsabilidade extracontractual por danos, e non, pois, outro tipo de responsabilidades, como a responsabilidade contractual ou a

responsabilidade civil derivada da comisión de ilícitos penais polos axentes administrativos, cuxa regulación se atopa noutras normas.

Desde a perspectiva do seu ámbito subxectivo, o artigo 2 da LRXPAC sinala que:

*“1. Enténdese para os efectos desta Lei por administracións públicas:*

*A) A Administración xeral do Estado.*

*B) As administracións das comunidades autónomas.*

*C) As entidades que integran a Administración local.*

*2. As entidades de Dereito público con personalidade xurídica propia vinculadas ou dependentes de calquera das administracións públicas terán así mesmo a consideración de Administración pública. Estas entidades suxeitarán a súa actividade á presente Lei cando exerzan potestades administrativas, someténdose no resto da súa actividade ao que dispoñan as súas normas de creación”.*

En consecuencia, a Lei, como non podía ser doutro xeito, define o seu ámbito de aplicación, en primeiro lugar, con relación ás administracións territoriais, estatal, autonómica e local.

En segundo lugar, no entanto, a Lei faise igualmente extensiva á denominada Administración institucional, noción dogmática que o lexislador interpreta a través da concorrencia de tres requisitos que fan as respectivas entidades merecedoras do concepto de administracións públicas. Estes son:

**- *Tratarse de entidades de Dereito público.***

A noción de entidade de Dereito público alude á forma de personificación do ente respectivo, é dicir, ao feito de revestir este unha das formas de personificación propias do Dereito público. Como consecuencia, exclúense do concepto de administracións públicas as entidades de Dereito privado, é dicir, aquelas que revisten formas de personificación propias do Dereito privado, tales como as sociedades ou as fundacións.

- ***Ostentar unha personalidade xurídica propia***, é dicir, ser capaces de constituír o centro de imputación de relacións xurídicas con terceiros.

- ***Estar vinculadas ou ser dependentes dunha Administración territorial.***

Esta vinculación ou dependencia é consecuencia necesaria da nota de instrumentalidade propia dos entes institucionais, que se crean e actúan como instrumentos dunha Administración territorial para alcanzaren maior eficacia na consecución dos seus fins aplicando o principio da descentralización funcional. Tras toda Administración institucional, pois, ten que haber unha administración territorial, instituíndose entre unha e a outra un vínculo tutelar que garante a suxeición da actuación do ente institucional ás directrices e aos fins propios da Administración territorial respectiva, o que se manifesta en potestades ou prerrogativas tales como o nomeamento dos seus órganos directivos, a potestade de resolución dos recursos contra os seus actos e outros de natureza análoga.

O lexislador foi consciente, así e todo, de que os entes institucionais actúan ordinariamente cunha dobre capacidade xurídica, tanto de Dereito público, cando exercitan auténticos poderes públicos ou potestades administrativas, como de Dereito privado, cando actúan como meros suxeitos

privados ou particulares, sen ostentación, pois, de prerrogativa ningunha. De aí o inciso final do precepto, que circunscribe a aplicación da lexislación administrativa aos casos en que actúen auténticas potestades administrativas, remitíndose para os restantes á súa normativa específica.

O artigo 2 da LRXPAC non alude á Administración corporativa, á que si se refire, porén, a súa disposición transitoria primeira, que sinala que *"As corporacións de Dereito público representativas de intereses económicos e profesionais axustarán a súa actuación á súa lexislación específica. En tanto non se complete esta lexislación seranlles de aplicación as prescricións desta Lei no que proceda"*.

É esta última expresión, *"no que proceda"*, a que lles dá a medida real da aplicación da LRXPAC a estes entes, pois a nota que institucionalmente os define é a conxunción dunha natureza tanto pública como privada, pois sendo na súa base ou orixe simples asociacións de particulares, aquelas resultan depositarias, asemade, de certas potestades públicas conferidas polo Estado, de xeito que só nos supostos en que actúen exercitando esas potestades e se manifesten, pois, como xenuínos poderes públicos, a lexislación administrativa lles resultará de aplicación.

## **OS PRINCIPIOS INFORMADORES**

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 o lexislador ao definir a regulación concreta da devandita institución, evidenciando, por iso, aqueles de modo especialmente gráfico a completa instrumentalidade das concretas solucións adoptadas por 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 se deben estimar como tales varía duns autores a outros, inda que existe un consenso xeral arredor da necesaria concepción como tales dos que se enumeran a seguir:

### ***1.-Principio de legalidade.***

Ao longo da historia o principio de legalidade entendeuse de forma distinta; así, na súa formulación inicial, propia 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 marxe ningunha de vontade ou autonomía administrativa.

Posteriormente, a execución material da Lei vinculouse á consecución de fins públicos recoñecendo un marco de autonomía subxectiva da Administración pero dentro do límite marcado pola lei, de xeito 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, xa que doutra maneira falaríamos de arbitrariedade e non de discrecionalidade administrativa.

A Lei 30/1992, no seu artigo 3.1, dispón, de conformidade co art. 103 da CE 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 Constitución, á lei e ao dereito".

O principio de legalidade é, obviamente, o primeiro dos principios do procedemento administrativo, como é do total actuar da Administración. O procedemento administrativo é, en consecuencia, e asemade, garantía da legalidade administrativa e medio concreto para a súa aplicación na actuación da Administración.

## ***2.-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 finalización 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 xeito que é a propia Administración que tramita o procedemento a que debe coidar de oficio que este avance a través das súas distintas fases ou etapas unha vez que concorran os requisitos legais necesarios para iso, sen que esa carga lles corresponda aos administrados.

Este principio está referendado explicitamente a nivel positivo polo artigo 74.1 da LRXPAC, que sinala que o procedemento se impulsará de oficio en todos os seus trámites, de xeito que rematada 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.

### **3.-Principio de oficialidade**

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 maneira 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 posibles interesados.

Así, o artigo 78.1 da LXPAC dispón que *"Os actos de instrución necesarios para a determinación, coñecemento e comprobación dos datos en virtude dos cales se deba pronunciar a resolución, realizaranse de oficio polo órgano que tramite o procedemento, sen prexuízo do dereito dos interesados a propoñeren aquelas actuacións que requiran a súa intervención ou constitúan trámites legal ou regulamentariamente establecidos"*, engadindo o artigo 80.2 que *"Cando a Administración non teña por certos os feitos alegados polos interesados ou a natureza do procedemento o esixa, o seu instrutor acordará a apertura dun período de proba por un prazo non superior a trinta días nin inferior a dez, co fin de que se poidan practicar cantas xulgue pertinentes"*.

### **4.-Principio de contradición**

Todo procedemento administrativo se debe tramitar contraditoriamente, é dicir, ponderando a totalidade dos intereses implicados e dándolles audiencia, para eses efectos, aos seus posibles titulares.

Como medios para garantir a vixencia deste principio pódese enumerar a posibilidade que o artigo 79.1 da LRXPAC lles confire aos interesados de, previamente ao trámite de audiencia, realizaren cantas alegacións e achegar cantos documentos consideren procedentes, 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 acorde, nos termos do artigo 81.

No entanto, o medio esencial a través do cal se fai efectivo o principio de contradición no procedemento administrativo é, sen dúbida, o trámite de audiencia ao que alude o artigo 84 da LRXPAC, pois a través del 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.

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 ese principio é simple derivación, polo que a mera omisión de trámites formais, como o propio trámite de audiencia, carecerá desa eficacia invalidatoria a condición de que non cause unha indefensión real e auténtica. Esa é a razón pola cal o apartado 4 do artigo 84 da LRXPAC 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 máis que as aducidas polo interesado”*.

### ***5.-Principio de celeridade.***

Por consistir o procedemento administrativo nunha sucesión ordenada de actos no tempo, é evidente que na súa tramitación se ten que investir necesariamente un certo lapso de tempo. No entanto, e co fin de evitar dilacións innecesarias que puidesen adiar 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 ese lapso sexa exclusivamente o necesario para atender a realización dos distintos trámites, sen dilacións indebidas ou innecesarias. Deste xeito, o artigo 74.1 da LRXPAC sinala que o procedemento se someteu ao principio de celeridade, e, con ese fin, o artigo 75 establece como medios os do acordo nun só acto de todos aqueles trámites que admitan unha impulsión simultánea e non sexan de forzosa realización sucesiva e a indicación nas comunicacións entre órganos administrativos do prazo legalmente fixado ao órgano requirido para levar a cabo o trámite solicitado polo requirente.

### ***6.-Principio de gratuidade.***

Por regra xeral, o procedemento administrativo é gratuíto, é dicir, non comporta a necesidade de pagamento ningún de cantidades á Administración polo seu inicio ou a súa tramitación por parte dos interesados. Por iso non se esixen no procedemento administrativo requisitos de postulación, podendo os interesados comparecer por si mesmos e sen necesidade de asistencia letrada.

Iso, no entanto, débese entender sen prexuízo dos dereitos económicos xerados a favor da Administración por actuacións concretas realizadas a

instancia e interese do administrado, como a expedición de copias ou certificacións de documentos, como explicitamente indica o artigo 37 da LRXPAC, ou a práctica de probas instadas polo interesado (art. 80).

### **7.-Principio de imparcialidade.**

O artigo 103.1 da Constitución española sinala que a Administración serve con obxectividade os intereses xerais.

Esa directiva de obxectividade, con todo, pódese ver gravemente comprometida de tolerar a intervención no procedemento de funcionarios ou doutros axentes ao servizo da Administración cando nestes concorran circunstancias que humanamente poden torcer a súa necesaria rectitude de xuízo. Con este fin se instauran e disciplinan as causas de abstención e recusación, cuxa finalidade ou designio derradeiro é garantir a imparcialidade do axente administrativo e, xa que logo e en último termo, a propia independencia da Administración.

As causas de abstención e recusación están reguladas nos artigos 28 e 29 da LRXPAC.

Conforme ao art. 28.1 da LRXPAC, *“As autoridades e o persoal ao servizo das Administracións en quen se dean algunhas das circunstancias sinaladas no número seguinte deste artigo absteranse de intervir no procedemento e comunicaranllo ao seu superior inmediato, quen resolverá o procedente”*.

Son **motivos de abstención** os seguintes (art. 28.2):

A) 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.

B) Ter 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.

C) Ter amizade íntima ou inimizade manifesta con algunha das persoas mencionadas no apartado anterior.

D) Ter intervención como perito ou como testemuña no procedemento de que se trate.

E) Ter relación de servizo con persoa natural ou xurídica interesada directamente no asunto, ou terlle prestado nos dous últimos anos servizos profesionais de calquera tipo e en calquera circunstancia ou lugar.

A actuación de autoridades e persoal ao servizo das administracións públicas en que concorran motivos de abstención non implicará, necesariamente, a invalidez dos actos en que interveñan (art. 28.3), pero a non abstención nos casos en que proceda dará lugar a responsabilidade (art. 28.5).

Os órganos superiores poderán ordenarlles ás persoas en quen se dea algunha das circunstancias sinaladas que se absteñan de toda intervención no expediente (art. 28.4).

Nos mesmos casos sinalados poderase promover recusación polos interesados en calquera momento da tramitación do procedemento (art. 29.1 ).

A recusación presentárase por escrito onde se expresará a causa ou causas en que se funda. No día seguinte o recusado manifestaralle ao seu superior inmediato se se dá ou non na causa alegada. No primeiro caso, o superior poderá acordar a súa substitución decontado. Se o recusado nega a causa de recusación, o superior resolverá no prazo de tres días, logo dos informes e comprobacións que considere oportunos (art. 29.2, 3 e 4).

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 finalice o procedemento (art. 29.5).

**8.-Principio de antiformalismo.** Os interesados deben cumprir unha serie de esixencias no seu obrar fronte á Administración, inda que se admite a reparación de erros e omisións (art. 70 e 71 da Lei 30/1992). E en canto ás comunicacións entre órganos, a LRX-PAC establece, por unha banda, no art. 19.1 que "a comunicación entre os órganos administrativos pertencentes a unha mesma Administración pública efectuarase sempre directamente, sen traslados nin reproducións a través de órganos intermedios", e por outra, no art. 19.2 que "as comunicacións entre os órganos administrativos poderanse efectuar por calquera medio que asegure a constancia da súa recepción".

**9.-Principio de audiencia.** A lexislación avoga pola concesión dun trámite de audiencia, salvo en supostos concretos (art. 84 LRX-PAC), consagrado tamén polo art. 105.c) da CE; tamén o dereito comunitario esixe a observación deste principio (STXCE do 13 de febreiro de 1979). Tamén hai que destacar o recoñecemento do dereito de participación a través do trámite

de información pública (art. 86 da Lei 30/1992), así como o dereito a presentar alegacións [art. 35.e) e 79].

**10.-Principio de publicidade.** Dentro deste principio podemos encadrar diversos dereitos subxectivos dos administrados, entre eles o dereito de acceso aos arquivos e rexistros administrativos (art. 37) e os dereitos a coñecer o estado da tramitación do procedemento (art. 35.a), a identificar a autoridade ou persoal que o tramita (art. 35.b) e a ser informado dos requisitos esixidos para presentar as solicitudes (art. 35.g).

**11.- Principio de recoñecemento de medios de revisión ou impugnación dos actos administrativos.** Que se concreta na regulación dos recursos administrativos.

**12.-Principios de menor onerosidade e de proporcionalidade.** Na súa función de execución da actuación administrativa, a Administración está sometida ao previo apercibimento antes da imposición da medida de execución forzosa que, en calquera caso, ten que ser proporcional aos obxectivos do acto administrativo, sen que se lle provoquen ao administrado danos superfluos e innecesarios para a execución do dano (art. 96 e ss. Da Lei 30/1992).

**13.-Principio de cooficialidade lingüística.** Nel prevese a posibilidade de utilizar na súa relación coa Administración pública calquera dos idiomas oficiais existentes no ámbito administrativo concreto. Atópase nos art. 35.d) e 36 da Lei 30/1992.

**14.-Principios de congruencia e de prohibición da "reformatio in peius".** Aparecen recollidos nos art. 89.2 e 113.3 da Lei 30/1992, no sentido de que a resolución será congruente coas peticións formuladas polos

interesados (principio de congruencia), sen que en ningún caso poida a Administración agravar a súa situación inicial (principio de prohibición da "reformatio in peius"), ben sexa na resolución do procedemento ou na resolución do recurso.

**15.- Principio de responsabilidade das administracións públicas e do persoal ao seu servizo.** É un dereito dos cidadáns [art. 35.j) da Lei 30/1992] e cuxo procedemento de esixencia de responsabilidade se regula no Título X da LRX-PAC. Por outra banda, atópanse manifestacións nesta Lei practicamente en cada un dos trámites procedementais onde aparece unha chamada á responsabilidade en que incorre o funcionario a quen lle sexa imputable o seu incumprimento (art. 41, 42.7, 74.2, 79.2 e 83.3, entre outros).

MARÍA ISABEL NOVO CASTRO

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA.

#### BIBLIOGRAFÍA:

ALENZA GARCÍA J.F. E RAZQUÍN LIZARRAGA, *Organización y procedimiento administrativo*, Editorial Aranzadi, 2007.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.





XUNTA  
DE GALICIA



ESCOLA GALEGA  
DE ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA

SANTAMARÍA PASTOR, J.F., *Principios de Derecho Administrativo II*,  
Iustel, Madrid, 2009.



# **16. FASES DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO: INICIACIÓN, ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN E TERMINACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AO SILENCIO ADMINISTRATIVO.**

## **TEMA 16**

### **FASES DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO: INICIACIÓN, ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN E FINALIZACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AO SILENCIO ADMINISTRATIVO.**

### **FASES DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO: INICIACIÓN, ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN E FINALIZACIÓN.**

A Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (en diante LRXPAC), regula no seu título VI, rubricado “Das disposicións xerais sobre os procedementos administrativos”, as súas fases en cinco capítulos distintos: iniciación, ordenación, instrución, finalización do procedemento e execución.

Seguindo a HUESCA BOADILLA<sup>1</sup>, cabe indicar que a normativa contida nese título responde, do mesmo xeito que a anterior incluída no título IV da LPA, ao chamado procedemento non formalizado. Coa expresión ‘procedemento formalizado’, como contraposta a ‘non formalizado’, estase facendo referencia a aqueles procedementos cuxa tramitación vén perfectamente establecida no Dereito positivo, non podendo a Administración afastarse en absoluto dela, ou o que é o mesmo, a Administración ten que cumprir con todos e cada un dos trámites establecidos na norma<sup>2</sup>. Un exemplo típico de procedemento formalizado é o procedemento sancionador. Pola contra, nos non formalizados, o instrutor do expediente ten liberdade para fixar a tramitación do procedemento á vista das circunstancias concorrentes en cada caso. Como razoou GONZÁLEZ PÉREZ<sup>3</sup>, “non é que aquí o instrutor poida actuar de xeito arbitrario, prescindindo, en absoluto, da forma, senón que non está suxeito a uns trámites preclusivos que haxa que cumprir rixidamente”.

<sup>1</sup> HUESCA BOADILLA, R., Obra colectiva, Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Tomo I, Centro de Publicacións, Ministerio de Xustiza e Boletín Oficial do Estado, Ministerio da Presidencia, Madrid, 1993.

<sup>2</sup> Clasificación de GONZÁLEZ NAVARRO, citada por HUESCA BOADILLA.

<sup>3</sup> Citado por HUESCA BOADILLA. N.T.: A tradución é nosa.

A exposición de motivos da antiga lei de procedemento administrativo ratifica plenamente esa tese ao sinalar que: “O procedemento administrativo é a canle formal da serie de actos en que se concreta a actuación administrativa para a realización dun fin. Con todo, non toda a actividade que se desenvolve no procedemento se atopa nun mesmo plano. A actuación administrativa descomponse en actos de natureza distinta segundo a función que estes veñan cumprir no procedemento. A Lei fuxiu por iso da ordenación ríxida e formalista dun procedemento unitario onde se dean todas aquelas actuacións integradas como fases deste, e, en consecuencia, non regula a iniciación, ordenación, instrución e finalización como fases ou momentos preceptivos dun procedemento, senón como tipos de actuacións que se poderán dar ou non en cada caso, segundo a natureza e esixencias propias do procedemento de que se trate. Deste xeito a preclusión, pedra angular dos formalistas procedementos xudiciais, queda reducida ao mínimo, dotando o procedemento da axilidade e eficacia que demanda a Administración moderna”.

As disposicións contidas no título VI da LRXPAC non regulan estritamente un procedemento, senón que implican unha serie de normas ou ferramentas a disposición do seu instrutor, que poderá empregar ou non, tendo, neste sentido, o carácter dun procedemento non formalizado<sup>4</sup>.

## **INICIACIÓN**

### **I. Introducción**

O artigo 68 da LRXPAC, “Clases de iniciación”, establece que “os procedementos poderanse iniciar de oficio ou por solicitude da persoa interesada”.

Como din GARCÍA DE ENTERRÍA E TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>5</sup>, a Lei non di, naturalmente, nin pode dicir, xa que opera desde unha perspectiva xeral, en que caso se pode iniciar de oficio un procedemento administrativo e cando se pode iniciar a instancia da parte interesada, cuestión esta que

---

<sup>4</sup> HUESCA BOADILLA, con cita da sentenza do Tribunal Supremo do 12 de febreiro de 1986, relator GONZÁLEZ NAVARRO.

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: Curso de derecho administrativo II, Editorial Aranzadi, décima edición, Cizur Menor, 2006.

depende, loxicamente, da clase de procedemento de que se trate e da concreta situación xurídica en que se atope o administrado respecto do seu eventual obxecto. Engaden que hai que advertir que non todos os procedementos se poden iniciar de oficio, xa que hai sectores de actividade que están articulados tecnicamente arredor do principio de rogación, de xeito que a solicitude do particular é presuposto necesario da incoación mesma do procedemento e do seu desenvolvemento posterior. A existencia dunha solicitude do administrado non abonda tampouco en todos os casos para que o procedemento se inicie.

## II. Iniciación de oficio

O artigo 69 da LRXPAC regula a “Iniciación de oficio”, dispoñendo que:

“1. Os procedementos iniciaranse de oficio por acordo do órgano competente, ben por iniciativa de seu ou como consecuencia de orde superior, por petición razoada doutros órganos ou por denuncia.”

O acto que inicia o procedemento de oficio é un acto de trámite. Os actos de trámite non son, con carácter xeral, susceptibles de impugnación. Así o dispón o artigo 107.1 da LRXPAC, que sinala: “Contra as resolucións e os actos de trámite, se estes últimos deciden directa ou indirectamente o fondo do asunto, determinan a imposibilidade de continuar o procedemento, producen indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos, poderanse interpoñer polos interesados os recursos de alzada e potestativo de reposición, que caberá fundar en calquera dos motivos de nulidade ou anulabilidade previstos nos artigos 62 e 63 desta Lei. A oposición aos restantes actos de trámite poderase alegar polos interesados para a súa consideración na resolución que poña fin ao procedemento”.

Podemos destacar que a denuncia se conceptúa por GONZÁLEZ PÉREZ<sup>6</sup> como “un acto do particular polo que se poñen en coñecemento do órgano administrativo feitos que determinarán a incoación dun procedemento administrativo”.

---

<sup>6</sup> Citado por HUESCA BOADILLA. N.T.: A tradución da cita é nosa.

As notas que definen a natureza xurídica da denuncia son as seguintes<sup>7</sup>:

- Ser un acto do particular. Adóitase catalogar pola doutrina entre os supostos de colaboración dos administrados á función administrativa.
- Limítase a poñer en coñecemento do órgano administrativo feitos que obrigan a Administración a actuar. Por iso a denuncia cumpre unha función de constatación de feitos, de vehículo para que cheguen ao coñecemento da Administración certos feitos.

O apartado 2 do artigo 69 dispón: “Con anterioridade ao acordo de iniciación, poderá o órgano competente abrir un período de información previa co fin de coñecer as circunstancias do caso concreto e a conveniencia ou non de iniciar o procedemento”.

Esta previsión vai entrar en xogo fundamentalmente cando se formule unha denuncia. Neste caso, o órgano competente para acordar a iniciación de oficio do procedemento, a través desa información previa, deberá determinar se existe unha base racional para admitila<sup>8</sup>.

### III. Solicitudes de iniciación

Como di GONZÁLEZ PÉREZ<sup>9</sup>, a solicitude ten plena virtualidade para poñer en marcha o procedemento, a diferenza da denuncia, que se limita a poñer en coñecemento do órgano competente un feito que pode determinar a iniciación do procedemento.

Para LÓPEZ NIETO<sup>10</sup> o escrito de iniciación do procedemento é aquel en que un particular lle solicita ao órgano competente que, logo da apertura e tramitación do expediente oportuno, dite resolución decidindo sobre a pretensión que se deduza.

O artigo 70, “Solicitudes de iniciación”, dispón no seu número 1:

“1. As solicitudes que se formulen deberán conter:

- a) Nome e apelidos do interesado e, se é o caso, da persoa que o represente, así como a identificación do medio preferente ou do lugar que se sinala para os efectos de notificacións.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ PEREZ, citado por HUESCA BOADILLA.

<sup>8</sup> HUESCA BOADILLA.

<sup>9</sup> Citado por HUESCA BOADILLA.

<sup>10</sup> Citado por HUESCA BOADILLA.

b) Feitos, razóns e petición en que se concrete, con toda claridade, a solicitude.

c) Lugar e data.

d) Sinatura do solicitante ou acreditación da autenticidade da súa vontade expresada por calquera medio.

e) Órgano, centro ou unidade administrativa á que se dirixe.”

De acordo co artigo 70.2: “Cando as pretensións correspondentes a unha pluralidade de persoas teñan un contido e fundamento idéntico ou substancialmente similar, poderán ser formuladas nunha única solicitude, salvo que as normas reguladoras dos procedementos específicos dispoñan outra cousa”.

Podemos citar tamén que, de acordo co artigo 33 da Lei, “cando nunha solicitude, escrito ou comunicación figuren varios interesados, as actuacións a que dean lugar efectuaranse co representante ou o interesado que expresamente sinalasen e, de non o haber, co que figure en primeiro termo”.

O artigo 70.3 establece: “Das solicitudes, comunicacións e escritos que presenten os interesados nas oficinas da Administración, estes poderán esixir o correspondente recibo que acredite a data de presentación; admitirase como tal unha copia na que figure a data de presentación anotada na oficina”.

O apartado 4 do precepto fai referencia a que: “As administracións públicas deberán establecer modelos e sistemas normalizados de solicitudes cando se trate de procedementos que impliquen a resolución numerosa dunha serie de procedementos. Os ditos modelos estarán a disposición dos cidadáns nas dependencias administrativas”.

“Os solicitantes poderán achegar os elementos que estimen convenientes para precisar ou completar os datos do modelo, os cales deberá admitir e ter en conta o órgano ao que se dirixan.”

#### IV. Emenda e mellora da solicitude

A emenda e mellora da solicitude é unha manifestación do principio antiformalista na LRXPAC.

O artigo 71, “Emenda e mellora da solicitude”, dispón:

“1. Se a solicitude de iniciación non reúne os requisitos que sinala o artigo anterior e os esixidos, se é o caso, pola lexislación específica aplicable, requirirase o interesado para que, nun prazo de dez días, emende a falta ou achegue os documentos preceptivos, con indicación de que, se así non o fixer, se terá por desistido da súa petición, logo de resolución que deberá ser ditada nos termos previstos no artigo 42.”

“2. Sempre que non se trate de procedementos selectivos ou de concorrencia competitiva, este prazo poderá ser ampliado prudencialmente, ata cinco días, por petición do interesado ou por iniciativa do órgano, cando a achega dos documentos requiridos presente dificultades especiais.”

O artigo 71.3 indica que: “Nos procedementos iniciados por solicitude dos interesados, o órgano competente poderalle ofrecer a posibilidade ao solicitante de modificación ou mellora voluntarias dos termos daquela. Do anterior levantarase acta sucinta, que se incorporará ao procedemento”.

Con iso admítase a posibilidade de que o órgano examine os aspectos de fondo e non só de forma da solicitude e poida, se o considera oportuno, pedirlle ao interesado que a complete ou a mellore, todo iso para unha mellor satisfacción dos seus dereitos<sup>11</sup>.

#### V. Declaración responsable e comunicación previa

O artigo 71 bis, engadido polo art. 2.3 da Lei 25/2009, do 22 decembro, de modificación de diversas leis para a súa adaptación á Lei sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, refírese á “Declaración responsable e comunicación previa”, establecendo:

“1. Para os efectos desta lei, entenderase por declaración responsable o documento subscrito por un interesado no cal manifesta, baixo a súa responsabilidade, que cumpre cos requisitos establecidos na normativa vixente para acceder ao recoñecemento dun dereito ou facultade ou para o seu exercicio, que dispón da documentación que así o acredita e que se

---

<sup>11</sup> HUESCA BOADILLA.



compromete a manter o seu cumprimento durante o período de tempo inherente ao dito recoñecemento ou exercicio.

Os requisitos a que se refire o parágrafo anterior deberán estar recollidos de maneira expresa, clara e precisa na correspondente declaración responsable.

2. Para os efectos desta lei, entenderase por comunicación previa aquel documento mediante o cal os interesados poñen en coñecemento da Administración pública competente os seus datos identificativos e demais requisitos exixibles para o exercicio dun dereito ou o inicio dunha actividade, de acordo co establecido no artigo 70.1.

3. As declaracións responsables e as comunicacións previas producirán os efectos que determine en cada caso a lexislación correspondente e permitirán, con carácter xeral, o recoñecemento ou exercicio dun dereito ou ben o inicio dunha actividade, desde o día da súa presentación, sen prexuízo das facultades de comprobación, control e inspección que teñan atribuídas as administracións públicas.

Non obstante o disposto no parágrafo anterior, a comunicación poderá presentarse dentro dun prazo posterior ao inicio da actividade cando a lexislación correspondente o prevexa expresamente.

4. A inexactitude, falsidade ou omisión, de carácter esencial, en calquera dato, manifestación ou documento que se achegue ou incorpore a unha declaración responsable ou a unha comunicación previa, ou a non presentación ante a Administración competente da declaración responsable ou comunicación previa, determinará a imposibilidade de continuar co exercicio do dereito ou actividade afectada desde o momento en que se teña constancia de tales feitos, sen prexuízo das responsabilidades penais, civís ou administrativas que procederen.

Así mesmo, a resolución da Administración pública que declare tales circunstancias poderá determinar a obriga do interesado de restituír a situación xurídica ao momento previo ao recoñecemento ou ao exercicio do dereito ou ao inicio da actividade correspondente, así como a imposibilidade de instar un novo procedemento co mesmo obxecto durante

un período de tempo determinado, todo iso conforme os termos establecidos nas normas sectoriais de aplicación.

5. As administracións públicas terán permanentemente publicados e actualizados modelos de declaración responsable e de comunicación previa, os cales se facilitarán de forma clara e inequívoca e que, en todo caso, se poderán presentar á distancia e por vía electrónica.”

#### VI. Medidas provisionais

A LRXPAC faculta o órgano competente para a adopción das medidas provisionais que estime oportunas co fin de asegurar a eficacia da resolución que puidese recaer.

O Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo estudaron o problema da súa constitucionalidade e entenden que a adopción de medidas cautelares nun procedemento sancionador non vulnera dereitos constitucionais sempre que exista unha norma xurídica que permita a súa adopción, que se estableza por resolución en dereito e se baseen nun xuízo de razoabilidade acerca da finalidade perseguida e circunstancias concorrentes, pois unha medida cautelar desproporcionada e irrazoable non sería propiamente cautelar e tería carácter punitivo en canto ao exceso<sup>12</sup>.

O artigo 72 da LRXPAC, “Medidas provisionais”, modificado pola Lei 4/1999, do 13 xaneiro, establece:

“1. Iniciado o procedemento, o órgano administrativo competente para resolvelo poderá adoptar, de oficio ou por instancia de parte, as medidas provisionais que estime oportunas para asegurar a eficacia da resolución que puidese recaer, de existiren elementos de xuízo suficiente para iso.

2. Antes da iniciación do procedemento administrativo, o órgano competente, de oficio ou por instancia de parte, nos casos de urxencia e para a protección provisional dos intereses implicados, poderá adoptar as medidas correspondentes nos supostos previstos expresamente por unha norma de rango de lei. As medidas provisionais deberán ser confirmadas, modificadas ou levantadas no acordo de iniciación do procedemento, que

---

<sup>12</sup> HUESCA BOADILLA.

deberá efectuarse dentro dos quince días seguintes á súa adopción, o cal poderá ser obxecto do recurso que proceda.

En todo caso, as devanditas medidas quedarán sen efecto se non se inicia o procedemento no citado prazo ou cando o acordo de iniciación non conteña un pronunciamento expreso respecto delas.

3. Non se poderán adoptar medidas provisionais que lles poidan causar aos interesados un prexuízo de difícil ou imposible reparación ou que impliquen violación de dereitos amparados polas leis.

4. As medidas provisionais poderán ser alzadas ou modificadas durante a tramitación do procedemento, de oficio ou por instancia de parte, en virtude de circunstancias sobrevidas ou que non puideron ser tidas en conta no momento da súa adopción.

En todo caso, extinguiranse coa eficacia da resolución administrativa que poña fin ao procedemento correspondente.”

## VII. Acumulación

De acordo co artigo 73 da LRPAC, “Acumulación”: “O órgano administrativo que inicie ou tramite un procedemento, calquera que fose a forma da súa iniciación, poderá dispoñer a súa acumulación a outros cos que garde identidade substancial ou íntima conexión. Contra o acordo de acumulación non procederá recurso ningún”.

O efecto esencial da acumulación é que as distintas cuestións acumuladas se resollen nun só procedemento e se deciden nun só acto<sup>13</sup>.

## **ORDENACIÓN**

### I. Os actos de ordenación do procedemento

Os actos de ordenación do procedemento son todos aqueles que teñen por obxecto garantir a súa ordinaria e regular substanciación. Son o instrumento xurídico atribuído aos órganos administrativos para asegurar que a tramitación teña lugar de conformidade co previsto na lei<sup>14</sup>. A

<sup>13</sup> HUESCA BOADILLA.

<sup>14</sup> OLIVERA MASSÓ, P., Obra colectiva, Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Tomo I, Centro de Publicacións, Ministerio de Xustiza e Boletín Oficial do Estado, Ministerio da Presidencia, Madrid, 1993. N.T.: A tradución da cita é nosa.

ordenación non é unha fase, ou un estado, do procedemento, senón unha actividade ou previsión legal de actuacións, cuxa finalidade é cumprir os requirimentos formais propios de cada unha das fases procesuais<sup>15</sup>.

## II. O impulso de oficio

O impulso procesual consiste naquela actividade que ten por obxecto facer pasar un proceso, sucesivamente, dunha fase a outra a medida que os seus trámites van sendo completados<sup>16</sup>.

Seguindo a OLIVERA MASSÓ, “o procedemento administrativo, en canto que é a canle formal para o cumprimento dos fins da Administración pública, está suxeito ao principio de oficialidade. Tal principio esixe da Administración o desenvolvemento, por propia iniciativa e impulso, das actividades necesarias para a consecución dos fins públicos, con independencia da colaboración ou dilixencia dos particulares afectados. A improrrogabilidade de tales fins, a eficacia que o artigo 103 da Constitución esixe na súa satisfacción e o criterio de celeridade recoñecido no artigo 74.1 da LRXPAC, impiden que o procedemento administrativo poida quedar a expensas do impulso dos particulares [...]”.

O artigo 74.1 da LRXPAC establece: “O procedemento, sometido ao criterio de celeridade, impulsarse de oficio en todos os seus trámites”.

Como indica OLIVERA MASSÓ, este principio de impulso de oficio preside a regulación do procedemento administrativo a través de toda a LRXPAC. Así, o artigo 3 recoñece o principio de eficacia na actuación administrativa, a adopción polos xefes das unidades administrativas das medidas necesarias para evitar o atraso na tramitación administrativa. O artigo 42 fixa a obriga de resolver nun prazo máximo, baixo pena, novamente, de responsabilidade. O artigo 47 indica que os prazos vinculan o persoal ao servizo de Administración. Son, finalmente, moi numerosos os supostos en que a norma legal lle encomenda ao órgano xestor a adopción de oficio de trámites importantes, como, por exemplo, a incoación (art. 69),

---

<sup>15</sup> OLIVERA MASSÓ.

<sup>16</sup> OLIVERA MASSÓ.

acumulación (art. 73), actos de instrución (art. 78), apertura de proba (art. 80), etc.

Presenta relación con esta cuestión o artigo 41.1 da LRXPAC, “os titulares das unidades administrativas e o persoal ao servizo das administracións públicas que tivesen ao seu cargo a resolución ou o despacho dos asuntos serán responsables directos da súa tramitación”, quedando suxeitos, en caso de incumprimento, a responsabilidade disciplinaria.

### III. O despacho de procedementos segundo a súa orde de incoación

De acordo co artigo 74.2 da LRXPAC: “No despacho dos expedientes gardarase a orde rigorosa de incoación en asunto de natureza homoxénea, salvo que o titular da unidade administrativa dea orde motivada do contrario, da que quede constancia.

O incumprimento do disposto no parágrafo anterior dará lugar á esixencia de responsabilidade disciplinaria do infractor ou, se é o caso, será causa de remoción do posto de traballo”.

A doutrina destaca que a fundamentación desta regra se atopa no principio de interdicción da arbitrariedade, artigo 9 da Constitución, así como no pleno sometemento da Administración á lei e ao dereito, requiridos polo artigo 103.1 da norma fundamental<sup>17</sup>. Débese ter en conta que, como se deduce do artigo 74.2, a infracción da orde de incoación non produce por si soa a nulidade ou anulabilidade do acto; así, o Tribunal Supremo, en sentenza do 15 de xullo de 1982 entende que a infracción da orde de incoación non invalida os expedientes e que nestes casos só cabe esixir responsabilidade disciplinaria, sen prexuízo dunha posible responsabilidade penal.

### IV. Celeridade

De acordo co artigo 75 da LRXPAC, “Celeridade”: “1. Acordaranse nun só acto todos os trámites que, pola súa natureza, admitan unha impulsión simultánea e non sexa obrigado o seu cumprimento sucesivo.

---

<sup>17</sup> OLIVERA MASSÓ.

2. Caso se soliciten os trámites que deban ser cumpridos por outros órganos, deberá consignarse na comunicación cursada o prazo legal establecido para o efecto”.

#### IV. Cumprimento de trámites polos interesados

##### 1. Prazo para as actuacións dos interesados

O artigo 76.1 da LRXPAC establece: “Os trámites que deban cumprir os interesados deberán realizarse no prazo de dez días a partir da notificación do correspondente acto, salvo no caso de que na norma correspondente se fixe prazo distinto”.

##### 2. Emenda dos trámites polo interesado

O artigo 76.2 expresa: “Cando en calquera momento se considere que algún dos actos do interesado non reúne os requisitos necesarios, a Administración porao en coñecemento do seu autor, e concederlle un prazo de dez días para cumprilo”. A doutrina destaca que o precepto é manifestación do principio antiformalista e *pro actione* presente na LRXPAC.

##### 3. Efectos da falta de emenda polo interesado

O artigo 76.3 establece: “Os interesados que non cumpran o disposto nos puntos anteriores, poderán ser declarados 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 en que se notifique a resolución na que se dea por transcorrido o prazo”.

Seguindo a OLIVERA MASSÓ, a falta de emenda á que se refire este precepto ten un íntimo parentesco coa institución da caducidade do artigo 92 da LRXPAC, pois esta última é unha causa de finalización do procedemento por paralización imputable á falta de actuación do propio interesado. A inactividade do interesado nun trámite pode dar lugar ou non á caducidade do procedemento segundo a natureza do propio trámite. Se a actuación do particular é indispensable para ditar resolución, a súa omisión dará lugar á caducidade do expediente. Pola contra, e como indica o artigo 92.2 da LRXPAC: “Non se poderá acordar a caducidade pola simple inactividade do interesado ao cumprir os trámites, sempre que non sexan

indispensables para ditar resolución. A dita inactividade non terá outro efecto que a perda do seu dereito ao referido trámite”. O autor citado infire dos artigos 76.3 e 92.2 un reforzamento dos principios de oficialidade e *pro actione*, que presiden o procedemento, xa que a Administración xestora, ante a falta de emenda e os defectos na actuación do interesado, non se pode liberar do deber de resolver todos os asuntos tratados no expediente, que debe continuar ordenando e instruindo ata ditar resolución.

#### V. Cuestións incidentais

Pódese definir a cuestión incidental como aquel procedemento administrativo que se tramita para resolver controversias distintas daquelas que constitúen o obxecto do procedemento principal, e que ten como finalidade decidir se concorren os presupostos subxectivos, obxectivos, formais ou doutra índole do propio procedemento principal<sup>18</sup>.

O artigo 77 da LRXPAC dispón: “As cuestións incidentais que se susciten no procedemento, mesmo as que se refiran á nulidade das actuacións, non suspenderán a súa tramitación, agás a recusación”.

### **INSTRUCCIÓN**

#### I. Actos de instrución

Os actos de instrución son aqueles que tenden a proporcionarlle ao órgano decisorio os elementos de xuízo necesarios para unha resolución adecuada.

A LRXPAC dispón no artigo 78.1 que: “Os actos de instrución necesarios para a determinación, coñecemento e comprobación dos datos en virtude dos cales se deba pronunciar a resolución, realizaraos de oficio o órgano que tramite o procedemento, sen prexuízo do dereito dos interesados a propoñeren aquelas actuacións que requiran a súa intervención ou constitúan trámites legal ou regulamentariamente establecidos”.

Engade o artigo 78.2: “Os resultados das sondaxes e enquisas de opinión que se incorporen á instrución dun procedemento deberán reunir as garantías legalmente establecidas para estas técnicas de información,

---

<sup>18</sup> OLIVERA MASSÓ.

así como a identificación técnica do procedemento seguido para a obtención destes resultados”.

## II. Alegacións

De acordo co artigo 79.1 da LXPAC, “Alegacións”: “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”.

Cabe recordar que o artigo 35.e), que lles recoñece aos cidadáns, nas súas relacións coas administracións públicas, o dereito “a formularen alegacións e a achegaren documentos en calquera fase do procedemento anterior ao trámite de audiencia, que o órgano competente deberá ter en conta ao redactar a proposta de resolución”. Como indica PIQUERAS BAUTISTA<sup>19</sup>, o procedemento administrativo non está suxeito aos formalismos dos procesos xudiciais, polo que as alegacións non están suxeitas a preclusión se non se practican no período establecido para elas. Por iso está permitido, ata o momento da iniciación do trámite de audiencia, formular alegacións e presentar documentos —sen que para estes últimos haxa que agardar ao trámite de proba— tantas veces se estime conveniente.

Seguindo a PIQUERAS BAUTISTA, a Lei di que estas alegacións e documentos deben ser tidos en conta á hora de redactar a proposta de resolución, o que non se pode confundir con estimación das pretensións do interesado. O único que a norma esixe é que sexan examinadas pola Administración, a cal poderá, á vista delas, aceptalas ou non. Abondará con que do texto da resolución se desprenda de xeito inequívoco que o órgano os debe ter en conta. De non os tiver, só habería lugar a declarar a

---

<sup>19</sup> PIQUERAS BAUTISTA, J.A., Obra colectiva, Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Tomo I, Centro de Publicacións, Ministerio de Xustiza e Boletín Oficial do Estado, Ministerio da Presidencia, Madrid, 1993.



anulabilidade das actuacións se se produciu indefensión (art. 63.2 da LRXPAC).

O artigo 79.2 refírese á alegación de defectos na tramitación: “En todo momento os interesados 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”.

### III. Proba

#### 1. Medios de proba

O artigo 80.1 da LRXPAC establece: “Os feitos relevantes para a decisión dun procedemento poderán acreditarse por calquera medio de proba admisible en dereito”. O artigo 299 da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil, enumera os seguintes: interrogatorio das partes; documentos públicos; documentos privados; ditame de peritos; recoñecemento xudicial; e interrogatorio de testemuñas. Tamén se admitirán, conforme o disposto nesta lei, os medios de reprodución da palabra, o son e a imaxe, así como os instrumentos que permiten archivar e coñecer ou reproducir palabras, datos, cifras e operacións matemáticas levadas a cabo con fins contables ou doutra clase, relevantes para o proceso. Cando por calquera outro medio non expresamente previsto se poida obter certeza sobre feitos relevantes, admitirase como proba, adoptando as medidas que en cada caso resulten necesarias.

#### 2. Necesidade de apertura do período de proba e prazo para practicalas

Como indican GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, no procedemento administrativo a Administración está obrigada á satisfacción do interese xeral que todo procedemento pon en xogo. Rexe, pois, con carácter xeral no procedemento administrativo o principio da oficialidade da proba, segundo o cal o órgano administrativo está especificamente obrigado a desenvolver, mesmo de oficio, sen que medie petición respecto diso dos interesados, todos os actos de instrución (e, polo tanto, todas as

actividades probatorias) que se consideren adecuados para a determinación, coñecemento e comprobación dos datos en virtude dos cales se deba pronunciar a resolución<sup>20</sup>. Así, de acordo co artigo 80.2 da LRXPAC: “Cando a Administración non teña por certos os feitos que aleguen os 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, co fin de que se poidan practicar cantas probas xulgue pertinentes”. Conclúen os autores citados que a simple contradición sobre os feitos obriga, pois, a practicar as probas necesarias para determinar con exactitude os que se teñan que tomar como base para a resolución.

### 3. Rexeitamento de probas propostas polos interesados

Segundo o artigo 80.3 da LRXPAC: “O instrutor do procedemento só poderá rexeitar as probas propostas polos interesados cando sexan manifestamente improcedentes ou innecesarias, mediante resolución motivada”.

Como indica PIQUERAS BAUTISTA, a falta da práctica do período de proba ou a denegación da súa apertura non supón prescindir total e absolutamente do procedemento (sentenza do 7 de marzo de 1990), e só dará lugar á anulabilidade se se produce indefensión (sentenzas do 18 de xullo de 1989; 11 de febreiro de 1990 e 13 de novembro de 1989).

### 4. Práctica de proba

Establece o artigo 81: “1. A Administración comunicaralles aos interesados, con antelación abonda, o inicio das actuacións necesarias para a realización das probas que fosen admitidas.

2. Na notificación consignarase o lugar, data e a hora en que se practicará a proba, coa advertencia, de ser o caso, de que o interesado pode nomear técnicos para que o asistan”.

### 5. Gastos da proba

---

<sup>20</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: Curso de derecho administrativo II, Editorial Aranzadi, décima edición, Cizur Menor, 2006.

Segundo o artigo 80.3: “Nos casos en que, a pedimento do interesado, deban efectuarse probas que impliquen gastos que non deba soportar a Administración, esta poderá esixir o anticipo deles, coa reserva da liquidación definitiva, unha vez practicada a proba. A liquidación dos gastos practicarase unindo os comprobantes que acrediten a súa realidade e contía”.

#### 6. Apreciación da proba

Non existen criterios taxados de apreciación das probas, polo que esta queda ao criterio do instrutor, inda que os tribunais son libres de efectuaren unha apreciación diferente<sup>21</sup>.

#### IV. 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 o órgano decisorio e a proporcionarlle os elementos de xuízo necesarios para ditar a súa resolución con garantías de acerto. Non se deben confundir coas probas periciais practicadas por órganos administrativos<sup>22</sup>.

Desde o punto de vista da obrigatoriedade da súa emisión, os informes poden ser preceptivos ou facultativos. De acordo co artigo 82 da LRXPAC: “1. Para os efectos da resolución do procedemento, solicitaranse aqueles informes que sexan preceptivos por 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 os reclamar”. Destaca PIQUERAS BAUTISTA que os informes preceptivos, xa que logo, son aqueles cuxa solicitude é necesaria de acordo coa normativa que rexe o procedemento e que, neste caso, a omisión do informe constitúe un vicio de nulidade, como subliña unha xurisprudencia constante, especialmente cando se trata de ditames preceptivos do Consello de Estado. Os facultativos son aqueles cuxa solicitude se xulga necesaria para resolver. O

---

<sup>21</sup> PIQUERAS BAUTISTA.

<sup>22</sup> PIQUERAS BAUTISTA.

artigo 83.1 da Lei establece que “salvo disposición expresa do contrario, os informes serán facultativos e non vinculantes”. Desde o punto de vista da súa forza ou eficacia xurídica, os informes 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 se pode afastar validamente. O feito de que un informe non sexa vinculante non significa, con todo, que careza de todo valor. O artigo 54.1.c) da LRPC esixe que se motive expresamente todo acto ou resolución administrativa que se separe do criterio expresado no informe ou ditame en cada caso emitido, o que significa que só cando existan boas razóns que o xustifiquen poden os órganos activos se afastaren validamente dos informes que sexan sometidos polos órganos consultivos. Así o ten declarado a xurisprudencia, que precisa que, inda que os informes dos órganos consultivos da Administración non a vinculan, tales informes merecen un determinado crédito de veracidade, dado o xuízo de pericia ou de apreciación de coñecementos técnicos que comportan (sentenza do 2 de abril do 2002).

Pola súa banda, o artigo 82.2 indica que “na petición de informe concretarase o punto ou puntos verbo dos que se solicita”.

De acordo co artigo 83, así mesmo:

“2. Os informes serán emitidos no prazo de dez días, salvo que unha disposición ou o cumprimento do resto dos prazos do procedemento permita ou esixa outro prazo menor ou maior.

3. De non se emitir o informe no prazo sinalado, e sen prexuízo da responsabilidade en que incorra o responsable da demora, poderanse proseguir as actuacións calquera que sexa o carácter do informe solicitado, excepto nos casos de informes preceptivos que sexan determinantes para a resolución do procedemento; nese caso poderase interromper o prazo dos trámites sucesivos.

4. Se o informe debe ser emitido por unha Administración pública distinta da que tramita o procedemento para expresar o punto de vista

correspondente ás súas competencias respectivas e transcorrese o prazo sen que aquel fose emitido, poderanse proseguir as actuacións.

O informe emitido fóra de prazo poderá non ser ter en conta ao adoptar a correspondente resolución.”

## V. Participación dos interesados

### 1. Trámite de audiencia

De acordo co artigo 84.1 da LRXPAC: “Instruídos os procedementos, e inmediatamente antes de redactar a proposta de resolución, poñeránselles de manifesto aos interesados ou, se é o caso, aos seus representantes, agás o que afecte as informacións e datos a que se refire o artigo 37.5”.

Destacan GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ que o artigo 84 non supón en absoluto unha duplicación do artigo 79, que lles permite aos interesados con carácter xeral aducir alegacións en calquera momento do procedemento. A funcionalidade do trámite de audiencia é diferente e o seu contido non se limita a asegurar a mera posibilidade de formular alegacións, senón que vai máis aló, na medida en que pretende facilitarlle ao interesado o coñecemento da totalidade do expediente e permitirlle, polo tanto, realizar unha defensa eficaz e completa dos seus intereses con base no actuado no procedemento. Así se desprende do contido literal do artigo 84 que sitúa o trámite na fase final do procedemento (“instruídos os procedementos, e inmediatamente antes de redactar a proposta de resolución”), co fin de non lles subtraer aos interesados ningunha das pezas ou elementos integrantes da tramitación.

En canto ao prazo do trámite de audiencia, o artigo 84.2 establece: “Os interesados, nun prazo non inferior a dez días nin superior a quince, poderán alegar e presentar os documentos e xustificacións que estimen pertinentes”. Aínda que “se antes do vencemento do prazo os interesados manifestan a súa decisión de non efectuar alegacións nin achegar novos documentos ou xustificacións, o trámite darase por realizado”, de acordo co artigo 84.3 da LRXPAC.

Así mesmo, “poderase prescindir do trámite de audiencia cando non figuren no procedemento nin se teñan en conta na resolución outros feitos

nin outras alegacións e probas que as aducidas polo interesado”, como di o artigo 84.4 da LRXPAC.

Seguindo a GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, o 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 nulidade da resolución final. Cómpre ter 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 aparente— do interesado e, por outra banda, se pode demostrar que a decisión final tería 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.

## 2. Actuación dos interesados

De acordo co artigo 85 da LRXPAC:

“1. Os actos de instrución que requiran a intervención dos interesados terán que practicarse na forma que resulte máis cómoda para eles e sexa compatible, na medida do posible, coas súas obrigas laborais ou profesionais.

2. Os interesados poderán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cando o consideren conveniente en defensa dos seus intereses.

3. En calquera caso, o órgano instructor adoptará as medidas necesarias para lograr o pleno respecto aos principios de contradición e de igualdade dos interesados no procedemento.”

## 3. Información pública

O trámite de información pública non é preceptivo, salvo que as normas dos diferentes sectores da actividade administrativa o impoñan.

O artigo 86 da LRXPAC establece:

“1. O órgano ao que lle corresponda a resolución do procedemento, cando a natureza deste o requira, poderá acordar un período de información pública.

2. Para tal efecto, anunciarase no «Boletín Oficial do Estado», da comunidade autónoma ou no da provincia respectiva, co fin de que calquera persoa física ou xurídica poida examinar o procedemento ou a parte deste que se acorde.

O anuncio sinalará o lugar de exhibición e determinará o prazo para formular alegacións, que en ningún caso poderá ser inferior a vinte días.

3. A incomparecencia 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. Non obstante, os que presenten alegacións ou observacións neste trámite teñen dereito a obter da Administración unha resposta razoada, que poderá ser común para todas aquelas alegacións que formulen cuestións substancialmente iguais.

4. Conforme o disposto nas leis, as administracións públicas poderán establecer outras formas, medios e vías de participación dos cidadáns, directamente ou a través das organizacións e asociacións recoñecidas pola lei no procedemento de elaboración das disposicións e actos administrativos.”

## **FINALIZACIÓN**

### **I. Disposicións xerais**

De acordo co artigo 87 da LRXPAC, “Remate”:

“1. Poñerán fin ao procedemento a resolución, a desistencia, a renuncia ao dereito en que se funde a solicitude, cando esta renuncia non estea prohibida polo ordenamento xurídico, e mais a declaración de caducidade.

2. Tamén producirá o remate do procedemento a imposibilidade material de continualo por causas sobrevidas. A resolución que se dite deberá ser motivada en todo caso.”

O Artigo 88 da LRXPAC refírese ao “remate convencional” e indica:

“1. As administracións públicas poderán subscribir acordos, pactos, convenios ou contratos con persoas tanto de dereito público como privado, sempre que non sexan contrarios ao ordenamento xurídico nin versen sobre materias non susceptibles de transacción e teñan por obxecto satisfacer o interese público que teñen encomendado, co alcance, efectos e réxime xurídico específico que en cada caso prevexa a disposición que o regule; tales actos poderán ter a consideración de finalizadores dos procedementos administrativos ou inserirse neles con carácter previo, vinculante ou non, á resolución que lles poña fin.

2. Os citados instrumentos deberán establecer como contido mínimo a identificación das partes intervenientes, o ámbito persoal, funcional e territorial, e o prazo de vixencia; deberán publicarse ou non segundo a súa natureza e as persoas ás que estivesen destinados.

3. Requirirán en todo caso a aprobación expresa do Consello de Ministros, os acordos que versen sobre materias da competencia directa do dito órgano.

4. 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.”

## II. Resolución

De acordo con MARROQUÍN MOCHALES<sup>23</sup>, a resolución é o “acto administrativo en que se concreta a declaración de vontade da Administración, emitida no exercicio dunha potestade distinta da regulamentaria, e á que o ordenamento xurídico lle atribúe a virtude de finalizar o procedemento”. A resolución é o modo normal de finalización do procedemento. O artigo 89 da LRXPAC regula o contido da resolución establecendo:

---

<sup>23</sup> MARROQUÍN MOCHALES, J.R., Obra colectiva, Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Tomo I, Centro de Publicacións, Ministerio de Xustiza e Boletín Oficial do Estado, Ministerio da Presidencia, Madrid, 1993. N.T.: A tradución da cita é nosa.



“1. A resolución que poña fin ao procedemento decidirá todas as cuestións formuladas polos interesados e aquelas outras derivadas daquela.

Cando se trate de cuestións conexas que non formulasen os interesados, o órgano competente poderá pronunciarse sobre elas, e antes terállelo que poñer de manifesto a estes por un prazo non superior a quince días, para que presenten as alegacións que estimen pertinentes e acheguen, de ser o caso, os medios de proba.

2. Nos procedementos tramitados por solicitude do interesado, a resolución será congruente coas peticións formuladas por este, sen que en ningún caso poida agravar a súa situación inicial e sen prexuízo da potestade da Administración de incoar de oficio un novo procedemento, se procede.

3. As resolucións conterán a decisión, que será motivada nos casos a que se refire o artigo 54. Expresarán, ademais, os recursos que contra ela procedan, o órgano administrativo ou xudicial perante o que se deban presentar e o prazo para interpoñelos, sen prexuízo de que os interesados poidan exercitar calquera outro que estimen oportuno.

4. En ningún caso a Administración poderá absterse de resolver so pretexto de silencio, escuridade ou insuficiencia dos preceptos legais aplicables ao caso, aínda que poderá resolver a inadmisión das solicitudes de recoñecemento de dereitos non previstos no ordenamento xurídico ou manifestamente carentes de fundamento, sen prexuízo do dereito de petición previsto polo artigo 29 da Constitución.

5. A aceptación de informes ou ditames servirá de motivación á resolución cando se incorporen ao texto desta.”

### III. Desistencia e renuncia

A desistencia e a renuncia son modos anormais de finalización do procedemento. A desistencia do procedemento permite que se suscite no futuro de novo o debate sobre a cuestión de fondo, o que non é factible no suposto de renuncia ao dereito que constitúe o fundamento da petición.

De acordo co artigo 90 da LRXPAC:

“1. Todo interesado poderá desistir da súa solicitude ou, cando isto non estea prohibido polo ordenamento xurídico, renunciar aos seus dereitos.

2. Se o escrito de iniciación estivese formulado por dous ou máis interesados, a desistencia ou a renuncia só lles afectará a aqueles que a formulasen.”

O artigo 91, “Medios e efectos”, engade:

“1. Tanto a desistencia como a renuncia poderán facerse por calquera medio que permita a súa constancia.

2. A Administración aceptará de vez a desistencia ou a renuncia, e declarará concluso o procedemento salvo que, estando constituídos como parte nel terceiros interesados, estes solicitasen a súa continuación no prazo de dez días desde que foron notificados da desistencia.

3. 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.”

#### IV. Caducidade

O artigo 92 da LRXPAC refírese á caducidade como forma anormal de finalización do procedemento por paralización imputable ao interesado.

O precepto establece:

“1. Nos procedementos iniciados por solicitude do interesado, cando se produza a súa paralización por causa imputable a este, a Administración advertirao de que, transcorridos tres meses, se producirá a caducidade daquel. Consumido este prazo sen que o particular requirido realice as actividades necesarias para proseguir a tramitación, a Administración acordará o arquivamento das actuacións, o que lle notificará ao interesado. Contra a resolución que declare a caducidade procederán os recursos pertinentes.

2. Non poderá acordarse a caducidade pola simple inactividade do interesado ao cumprir os trámites, sempre que non sexan indispensables para ditar resolución. A dita inactividade non terá outro efecto que a perda do seu dereito ao referido trámite.

3. A caducidade non producirá por si soa a prescrición das accións do particular ou da Administración, pero os procedementos caducados non interromperán o prazo de prescrición.

4. Poderá non ser aplicable a caducidade no caso de que a cuestión suscitada afecte o interese xeral, ou fose conveniente substanciala para a súa definición e esclarecemento.”

### **ESPECIAL REFERENCIA AO SILENCIO ADMINISTRATIVO**

De acordo con GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, a LRXPAC proclamou na súa exposición de motivos que esta “introduce un novo concepto sobre a relación da Administración co cidadán, superando a doutrina do chamado silencio administrativo”. Este afán de superación afirmouse a continuación descartando *a priori* calquera posible interpretación do novo texto legal que pretendese reducir o seu alcance a un mero cambio da regra xeral en materia de silencio administrativo do silencio negativo ao positivo. Di a exposición de motivos: “O obxectivo da lei non é darlle carácter positivo á inactividade da Administración cando os particulares se dirixan a ela. O carácter positivo da inactividade da Administración é a garantía que se establece cando non se cumpre o verdadeiro obxectivo da lei, que é que os cidadáns obteñan resposta expresa da Administración e, sobre todo, que a obteñan no prazo establecido”, garantía que é “expoñente dunha Administración na que debe primar a eficacia sobre o formalismo” e que “só cederá cando exista un interese xeral prevalente ou cando realmente non exista o dereito do que se postula o recoñecemento”. De acordo con estes propósitos, a LRXPAC, na súa redacción primeira de 1992, eludiu mesmo o emprego da expresión “silencio administrativo”, utilizando no seu lugar a de “actos presuntos”, que entendía producidos, co sentido estimatorio ou desestimatorio que en cada caso fixasen as normas aplicables, polo mero transcurso do tempo, o cal supuxo unha rectificación frontal da regulación anterior, segundo a cal só o silencio positivo era equiparable ao acto expreso, pois o negativo era unha mera ficción legal de efectos puramente procesuais. As dificultades interpretativas de todo tipo que a nova regulación presentaba suscitaron a

crítica unánime da doutrina e deron lugar finalmente á súa rectificación pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro.

Os autores citados destacan que a nova redacción dada aos artigos 42, 43 e 44 da LRXPAC pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, supón unha volta á formulación tradicional no que respecta á distinción entre o silencio negativo, mera ficción legal de efectos exclusivamente procesuais dirixida a facilitar o acceso dos interesados á vía xurisdiccional, e o silencio positivo, considerado efectivamente como un auténtico acto administrativo, malia que presunto, equivalente para todos os efectos a unha resolución expresa de sentido estimatorio.

#### I. Obriga de resolver

O artigo 42 da LRXPAC, “Obriga de resolver”, parte de que “1. A Administración está obrigada a ditar resolución expresa en todos os procedementos e a notificala calquera que sexa a súa forma de iniciación”.

O 42.2 refírese aos prazos máximos de notificación da resolución: “O prazo máximo no que debe notificarse a resolución expresa será o fixado pola norma reguladora do correspondente procedemento. Este prazo non poderá exceder de seis meses agás que unha norma con rango de lei estableza un maior ou así veña previsto na normativa comunitaria europea”.

Engade o 42.3 que “cando as normas reguladoras dos procedementos non fixen o prazo máximo, este será de tres meses. Este prazo e os previstos no número anterior contaránse:

- a) Nos procedementos iniciados de oficio, desde a data do acordo de iniciación.
- b) Nos iniciados por solicitude do interesado, desde a data en que a solicitude tivese entrada no rexistro do órgano competente para a súa tramitación”.

De acordo co artigo 42.4: “As Administracións públicas deben publicar e manter actualizadas, para efectos informativos, as relacións de procedementos, con indicación dos prazos máximos de duración deles, así como dos efectos que produza o silencio administrativo.

En todo caso, as administracións públicas informarán os interesados do prazo máximo normativamente establecido para a resolución e notificación dos procedementos, así como dos efectos que poida producir o silencio administrativo, incluíndo a citada mención na notificación ou publicación do acordo de iniciación de oficio, ou en comunicación que se lles dirixirá para o efecto dentro dos dez días seguintes á recepción da solicitude no rexistro do órgano competente para a súa tramitación. Neste último caso, a comunicación indicará ademais a data en que a solicitude foi recibida polo órgano competente”.

Segundo o 42.5 da LRXPAC: “O transcurso do prazo máximo legal para resolver un procedemento e notificar a resolución poderase suspender nos seguintes casos:

a) Cando se lle deba requirir a calquera interesado que emende deficiencias e achegue documentos e outros elementos de xuízo necesarios, polo tempo que medie entre a notificación do requirimento e o seu efectivo cumprimento polo destinatario ou, no seu defecto, o transcurso do prazo concedido, todo iso sen prexuízo do previsto no artigo 71 da presente lei.

b) Cando deba obterse un pronunciamento previo e preceptivo dun órgano das Comunidades Europeas, polo tempo que medie entre a petición, que deberá comunicárselles aos interesados, e a notificación do pronunciamento á Administración instrutora, que tamén lles deberá ser comunicada.

c) Cando deban solicitarse informes que sexan preceptivos e determinantes do contido da resolución a órgano da mesma ou distinta Administración, polo tempo que medie entre a petición, que deberá comunicarse aos interesados, e a recepción do informe, que igualmente lles deberá ser comunicada. Este prazo de suspensión non poderá exceder en ningún caso de tres meses.

d) Cando deban realizarse probas técnicas ou análises contraditorias ou dirimentes propostos polos interesados, durante o tempo necesario para a incorporación dos resultados ao expediente.

e) Cando se inicien negociacións con vistas á conclusión dun pacto ou convenio nos termos previstos no artigo 88 desta lei, desde a declaración formal ao respecto e ata a conclusión sen efecto, se é o caso, das referidas negociacións que se constatará mediante declaración formulada pola Administración ou os interesados”.

Así mesmo, o artigo 42.6 establece: “Cando o número das solicitudes formuladas ou de persoas afectadas puidesen supoñer un incumprimento do prazo máximo de resolución, o órgano competente para resolver, por proposta razoada do órgano instrutor, ou o superior xerárquico do órgano competente para resolver, por proposta deste, poderán habilitar os medios persoais e materiais para cumprir co despacho adecuado e en prazo.

Excepcionalmente, poderá acordarse a ampliación do prazo máximo de resolución e notificación mediante motivación clara das circunstancias concorrentes e só unha vez esgotados todos os medios á disposición posibles.

De acordarse, finalmente, a ampliación do prazo máximo, este non poderá ser superior ao establecido para a tramitación do procedemento.

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

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

O incumprimento da dita obriga dará lugar á esixencia de responsabilidade disciplinaria, sen prexuízo da responsabilidade á que houber lugar de acordo coa normativa vixente”.

II. Silencio administrativo en procedementos iniciados por solicitude do interesado

O artigo 43 da LRXPAC, modificado pola Lei 25/2009, do 22 de decembro, establece que:

“1. Nos procedementos iniciados por solicitude do interesado, sen prexuízo da resolución que a Administración debe ditar na forma prevista no número 3 deste artigo, o vencemento do prazo máximo sen que fose notificada resolución expresa lexítima o interesado ou interesados que deducisen a solicitude para entendela estimada por silencio administrativo, excepto nos supostos en que unha norma con rango de lei por razóns imperiosas de interese xeral ou unha norma de dereito comunitario establezan o contrario.

Así mesmo, o silencio terá efecto desestimatorio nos procedementos relativos ao exercicio do dereito de petición, a que se refire o artigo 29 da Constitución, naqueles cuxa estimación tería como consecuencia que se transferisen ao solicitante ou a terceiros facultades relativas ao dominio público ou ao servizo público, así como nos procedementos de impugnación de actos e disposicións. Non obstante, cando o recurso de alzada se interpuxese contra a desestimación por silencio administrativo dunha solicitude polo transcurso do prazo, entenderase estimado aquel se, chegado o prazo de resolución, o órgano administrativo competente non dita resolución expresa sobre el”.

De acordo co apartado 2 do precepto: “A estimación por silencio administrativo ten para todos os efectos a consideración de acto administrativo finalizador do procedemento. A desestimación por silencio administrativo ten os únicos efectos de permitir aos interesados a interposición do recurso administrativo ou contencioso-administrativo que resulte procedente”.

Xa que logo, o silencio positivo constitúe un auténtico acto administrativo presunto, equivalente en todo ao acto expreso. Porén, o silencio negativo é unha simple ficción legal de efectos exclusivamente procesuais. Non lle pon fin, xa que logo, ao procedemento en que se produce, nin exonera a Administración da súa obriga de ditar resolución expresa. Segue en pé, polo tanto, a alternativa tradicional de utilizar a ficción legal en que o silencio negativo consiste para os efectos de poder interpoñer sen demora o correspondente recurso administrativo ou

xurisdiccional desde o momento mesmo en que aquel se poida entender producido polo transcurso do prazo establecido para resolver ou esperar a que se produza a obrigada resolución expresa.

De acordo co artigo 43.3: “A obriga de ditar resolución expresa a que se refire o número primeiro do artigo 42 suxeitarase ao seguinte réxime:

a) Nos casos de estimación por silencio administrativo, a resolución expresa posterior á produción do acto só se poderá ditar de ser confirmatoria del.

b) Nos casos de desestimación por silencio administrativo, a resolución expresa posterior ao vencemento do prazo será adoptada pola Administración sen vinculación ningunha ao sentido do silencio”.

O número 4 do precepto indica: “4. Os actos administrativos producidos por silencio administrativo poderanse facer valer tanto ante a Administración como ante calquera persoa física ou xurídica, pública ou privada. Tales actos producen efectos desde o vencemento do prazo máximo en que debe ditarse e notificarse a resolución expresa sen que esta se producise, e a súa existencia pode ser acreditada por calquera medio de proba admitido en dereito, incluído o certificado acreditativo do silencio producido que puiden solicitarse do órgano competente para resolver. Unha vez solicitado o certificado, este deberá ser emitido no prazo máximo de quince días”.

### III. Falta de resolución expresa en procedementos iniciados de oficio

Como indican GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, a LRXPAC modificada pola Lei 4/1999 refírese aos efectos da falta de resolución expresa nos procedementos iniciados de oficio, aludindo no caso dos procedementos susceptibles de produciren efectos favorables a que os interesados poderán entender desestimadas as súas pretensións “por silencio administrativo”.

Así, o artigo 44 establece: “Nos procedementos iniciados de oficio, o vencemento do prazo máximo establecido sen que se ditase e notificase resolución expresa non exime a Administración do cumprimento da obriga legal de resolver, e produce os seguintes efectos:



1. No caso de procedementos dos que puidese derivarse o recoñecemento ou, se é o caso, a constitución de dereitos ou outras situacións xurídicas individualizadas, os interesados que comparecesen poderán entender desestimadas as súas pretensións por silencio administrativo.

2. Nos procedementos en que a Administración exercite potestades sancionadoras ou, en xeral, de intervención, susceptibles de produciren efectos desfavorables ou de gravame, producirase a caducidade. Nestes casos, a resolución que declare a caducidade ordenará o arquivo das actuacións, cos efectos previstos no artigo 92.

Nos supostos nos que o procedemento se paralizase por causa imputable ao interesado, interromperase o cómputo do prazo para resolver e notificar a resolución”.

Manuel Pillado Quintáns

#### BIBLIOGRAFÍA

Opiniós doutrinais extraídas de: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: *Curso de derecho administrativo I*, Civitas, undécima edición, Madrid, 2002, e *Curso de derecho administrativo II*, Editorial Aranzadi, décima edición, Cizur Menor, 2006; HUESCA BOADILLA, R., OLIVERA MASSÓ, P., PIQUERAS BAUTISTA, J.A., MARROQUÍN MOCHALES, J.R., Obra colectiva, *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Tomo I*, Centro de Publicacións, Ministerio de Xustiza e Boletín Oficial do Estado, Ministerio da Presidencia, Madrid, 1993.

# **17. OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO E CLASES. REQUISITOS XERAIS. MATERIA RECORRIBLE, LEXITIMACIÓN E ÓRGANO COMPETENTE. RECURSO DE ALZADA, DE REPOSICIÓN E DE REVISIÓN. AS RECLAMACIÓNS PREVIAS AO EXERCICIO DAS ACCIÓNS CIVÍS E LABORAIS.**

## **17. OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO E CLASES. REQUISITOS XERAIS. MATERIA RECORRIBLE, LEXITIMACIÓN E ÓRGANO COMPETENTE. RECURSO DE ALZADA, DE REPOSICIÓN E DE REVISIÓN. AS RECLAMACIÓNS PREVIAS AO EXERCICIO DAS ACCIÓNS CIVÍS E LABORAIS.**

### **Os recursos administrativos: concepto e clases.**

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:

- a) Polos particulares, a través dos denominados recursos administrativos e, posteriormente, a través do recurso contencioso-administrativo.
- b) 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 perante a Administración a revisión das súas resolucións e actos administrativos. O feito de que o axuizamento e resolución se lle atribúan á propia Administración autora do acto é unha manifestación das súas facultades de autotutela.

En realidade, 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 posterior acceso á xurisdición contenciosa, xa que este acceso require o esgotamento da vía administrativa.

Con relación á clase de recursos, trala reforma operada pola Lei 4/1999, a regulación da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común establece a seguinte clasificación de recursos:

- a. O recurso administrativo de alzada, contra os actos que non esgotan a vía administrativa, non potestativo en canto á necesidade da súa interposición para acceder á xurisdición contencioso-administrativa.
- b. O recurso administrativo de reposición, con carácter potestativo, contra os actos que poñan fin á vía administrativa.

- c. O recurso administrativo extraordinario de revisión, contra os actos firmes en vía administrativa.
- d. Os recursos administrativos especiais, como as reclamacións económico-administrativas, que se regulan pola súa normativa específica.
- e. Os recursos (reclamacións) previos á vía xudicial civil e laboral, a que se refiren os artigos 122 a 126 da LPA.
- f. Xunta eles, non se debe esquecer a posibilidade de acudir a outros procedementos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación ou arbitraje, perante órganos colexiados ou comisións específicas non sometidas a instrucións xerárquicas, cando se implanten en supostos ou ámbitos sectoriais determinados polas leis, de conformidade co disposto no artigo 107.2 da LPA.

Normalmente adóitase efectuar a seguinte clasificación dos recursos:

- Recursos ordinarios: aqueles onde se pode suscitar calquera causa de anulabilidade ou nulidade. Aquí incluimos o recurso de alzada e o de reposición.
- Recursos extraordinarios: que só se pode amparar nos motivos sinalados na lei, como é o recurso de revisión.
- Recursos especiais: con algunha especialidade, por razón da materia, dentro dos que se poden citar as reclamacións económico-administrativas, o recurso de reposición en materia tributaria, e mesmo a chamada alzada impropia, que é aquel recurso interposto fronte a unha actuación da chamada Administración institucional e que resolve a Administración matriz.

É oportuno significar tamén a existencia doutra forma de impugnación administrativa, referida concretamente a cando este conflito se presenta entre administracións públicas, cuxa regulación está fóra da lei 30/92. Referímonos ao artigo 44 da Lei reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.

Neste precepto xa se dispón que nos litixios entre administracións públicas non caberá interpoñer recursos administrativos; o que pode haber é un requirimento para que se derroque, anule ou revogue esa actuación administrativa.

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 semellante aos conflitos constitucionais de competencia. De feito, a regulación da tramitación é moi similar.

Así, o requirimento recollido nese art. 44 da LXCA é de carácter potestativo, pódese presentar no prazo de dous meses desde 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 art. 46.6 da LXCA, rexe con indiferenza de se houbo ou non resposta ao requirimento.

Finalmente, chama a atención que este artigo se exclúe expresamente para as impugnacións de actos da Administración local, que se rexen polo disposto nos artigos 63 a 68 da Lei 7/1985 de bases de réxime local e os artigos 216 a 220 da Lei 5/997 de Administración local de Galicia.

### **Requisitos xerais.**

O recurso administrativo é un instrumento de impugnación co que o suxeito lexitimado lle pide á Administración que se revise unha resolución administrativa ou excepcionalmente un acto de trámite, dentro dos prazos e conforme as formalidades pertinentes.

Os recursos teñen por finalidade revisar a actuación da Administración e, se é o caso, evitar un preito. Esta finalidade constitúe unha garantía para o administrado.

Outra finalidade dos recursos é avisar a Administración e evitar collela por sorpresa mediante a interposición dun preito. Esta finalidade —dise— constitúe un privilexio da Administración.

Segundo Ramón Parada, a garantía do particular non é tanto a supresión ou diminución da esixencia dos recursos previos, baixo pena de caducidade da acción, en prazos diversos dos establecidos para a prescrición dos dereitos materiais.

O problema dos breves prazos dos recursos administrativos comezouse a corrixir na Lei 30/92, que nos seus artigos 102 a 106 admite a acción de nulidade en calquera momento se se trata de actos nulos de pleno dereito, ou de catro anos se se trata de actos anulables.

#### **- Antecedentes**

Primeiro período: está constituído polas Leis do 2 de abril e do 6 de xullo de 1845, en virtude das cales se crearon os Consellos Provinciais e o Consello de Estado, e pola Lei de bases do procedemento administrativo, do 13 de decembro de 1889, e os regulamentos de desenvolvemento desta lei.

Nestas leis e regulamentos non se esixe con carácter xeral a necesidade de interpoñer un recurso previo ante a Administración, antes de acudir á vía contencioso-administrativa.

Segundo período: constitúeo a Lei da xurisdición contencioso-administrativa, do 27 de decembro de 1956, e a Lei de procedemento administrativo, do 17 de xullo de 1958.

O sistema de recursos implantado por estas leis é o recurso de alzada —contra as resolucións administrativas que non esgoten a vía administrativa— e o recurso de reposición obrigatorio —contra as resolucións que esgoten a vía administrativa—, salvo en determinados supostos en que tiña carácter potestativo (art. 126 da LPA e art. 52 e 53 da LXCA).

Terceiro período: sería o constituído pola Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, onde se establece o recurso ordinario contra as resolucións que non esgoten a vía administrativa e se suprime totalmente o recurso de reposición.

Cuarto período: comprendería a vixente Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, que modifica a xa citada Lei 30/1992. Esta lei volve introducir o recurso de alzada, en substitución do recurso ordinario, e volve introducir tamén o recurso de reposición, pero, a diferenza do que acontecía na LXCA, agora ten carácter potestativo.

### **Materia recorrible, lexitimación e órgano competente**

De conformidade co disposto no artigo 107.1, constitúe o obxecto dos recursos de alzada e do potestativo de reposición, as resolucións e os actos de trámite, se estes últimos deciden directa ou indirectamente o fondo do asunto, determinan a imposibilidade de continuar o procedemento, producen indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos.

Por outra banda, de conformidade co establecido no artigo 107.2, as leis poderán substituír o recurso de alzada e o de reposición —en supostos e ámbitos sectoriais determinados e cando a especificidade da materia así o xustifique— por outros procedementos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación e arbitraje, de xeito que o obxecto, neste caso, serán as resolucións e actos de trámite a que se refire o artigo 107.1, pero en relación con estes procedementos de impugnación citados.

Cabe indicar que o artigo 107.3 exclúe ás disposicións administrativas de carácter xeral do recurso en vía administrativa. No entanto, o parágrafo

segundo deste precepto admite o recurso indirecto, ao establecer que se poderán presentar os recursos contra un acto administrativo que se funden só na nulidade dalgunha disposición administrativa de carácter xeral, e que se poderán interpoñer directamente perante o órgano que ditou a antedita disposición.

O artigo 107.4 remite á súa lexislación específica as reclamacións económico-administrativas e, para rematar, o artigo 108 determina que o obxecto do recurso extraordinario de revisión son os actos firmes en vía administrativa que incorran nalgunha das circunstancias previstas no artigo 118.1.

A natureza dos recursos administrativos pódese determinar desde dous puntos de vista:

a) Por unha banda, supón unha carga para o administrado, xa que no noso sistema administrativo a impugnación en vía administrativa é, agás supostos especiais, en presuposto da impugnación procesual.

b) Por outra banda, supón unha garantía para o administrado, universal en canto ao seu obxecto, mais limitada en canto á súa estrutura e configuración técnica por dúas razóns:

- Estruturalmente, pola dobre condición que ostenta a Administración de xuíz e parte.
- Tecnicamente, pola fugacidade dos prazos de interposición e a regra xeral de non suspensión dos actos administrativos impugnados.

Podemos establecer as seguintes diferenzas dos recursos administrativos con figuras afíns.

1) Recurso e petición. O recurso ten unha finalidade impugnadora, mentres que a petición (ou solicitude) se dirixe a forzar un acto novo.

2) Recurso e queixa. A queixa, a diferenza do recurso, non persegue a revogación dun acto administrativo, senón só que se corrixa os defectos de tramitación, en especial os que supoñan paralización dos prazos preceptivamente sinalados ou omisión de trámites que se poidan emendar antes da resolución definitiva do asunto.

3) 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 réxime xurídico dos recursos administrativos recóllese no capítulo II do título VII da Lei 30/1992, que está dividido en tres seccións:

- Sección 1ª (art. 107 a 113): Principios xerais.
  - Sección 2ª (art. 114 e 115): Recurso de alzada.
  - Sección 3ª (art. 116 e 117): Recurso potestativo de reposición.
  - Sección 4ª (art. 118 e 119): Recurso de revisión.
- Principios xerais (art. 107 a 113).

A sección primeira do capítulo II do título VII da lei leva por rúbrica “principios xerais”, e comprende os artigos 107 a 113 da lei. Esta sección contén algunhas normas (art. 107.1) sobre as resolucións recorribles, e outras que se refiren especificamente a un recurso ou medio de impugnación determinado (art. 107.2 e 108). A elas faise referencia, por razóns sistemáticas, noutro momento da exposición, polo que aquí nos limitaremos a enunciar as disposicións xerais contidas neste título.

#### Art. 107

3. Contra as disposicións administrativas de carácter xeral non caberá recurso en vía administrativa.

Os recursos contra un acto administrativo que se funden unicamente na nulidade dalgunha disposición administrativa de carácter xeral poderanse interpoñer directamente perante o órgano que ditou a citada disposición.

4. As reclamacións económico-administrativas axustaranse aos procedementos establecidos pola súa lexislación específica.

#### Artigo 109. Fin da vía administrativa.

Poñen fin á vía administrativa:

- a. As resolucións dos recursos de alzada.
- b. As resolucións dos procedementos de impugnación a que se refire o artigo 107.2.
- c. As resolucións dos órganos administrativos que carezan de superior xerárquico, salvo que unha lei estableza o contrario.
- d. As demais resolucións de órganos administrativos cando unha disposición legal ou regulamentaria así o estableza.
- e. Os acordos, pactos, convenios ou contratos que teñan a consideración de finalizadores do procedemento.

De acordo coa disposición adicional 15ª da LOFAXE, póñenlle fin á vía administrativa, salvo o que poida establecer unha lei especial de acordo



co disposto nas letras c) e d) do artigo 109 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, os actos e resolucións seguintes:

1. Os actos administrativos dos membros e órganos do Goberno.
2. En particular, na Administración xeral do Estado:
  - Os emanados dos ministros e dos 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.
3. Nos organismos públicos adscritos á 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.

E na Comunidade Autónoma de Galicia, de acordo co artigo 4 da Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da Comunidade Autónoma de Galicia á Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común:

Póñenlle fin á vía administrativa, salvo que por lei especial se estableza o contrario, as resolucións dos órganos seguintes:

- a. As do Consello da Xunta, as do seu presidente e as das súas comisións delegadas.
- b. As dos conselleiros.
- c. As dos secretarios xerais e directores xerais en materia de persoal.
- d. As dos órganos superiores de goberno de organismos autónomos e dos entes públicos cando exercitan competencias administrativas.
- e. As das demais autoridades cando así o estableza unha disposición legal ou regulamentaria.

Na Administración local, o artigo 52.2 da LB establece que lle poñen fin á vía administrativa as resolucións dos seguintes órganos e autoridades:

- a. As de Pleno, os alcaldes ou presidentes e as comisións 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 perante estas nos supostos do artigo 27.2 (refírese ao exercicio polas corporacións locais de competencias delegadas por outras administracións).

b. As de autoridades e órganos inferiores nos casos que resolvan por delegación do alcalde, do presidente ou doutro órgano cuxas resolucións lle poñan fin á vía administrativa.

c. As de calquera outra autoridade ou órgano cando así o estableza unha disposición legal.

Segundo a Lei 30/92, na interposición do recurso deberá expresar:

a. O nome e apelidos do recorrente, así como a súa identificación persoal.

b. O acto que se recorre e a razón da súa impugnación.

c. Lugar, data, sinatura do recorrente, identificación do medio e, de ser o caso, do lugar que se sinale para os efectos de notificacións.

d. Órgano, centro ou unidade administrativa ao que se dirixe.

e. As demais particularidades esixidas, se é o caso, polas disposicións específicas.

Engádese que o erro na cualificación do recurso por parte do recorrente non será obstáculo para a súa tramitación, sempre que se deduxa o seu verdadeiro carácter e que os vicios e defectos que fagan anulable un acto non poderán ser alegados por quen os causaron.

É importante chamar a atención sobre o posible efecto que sobre a executividade do acto administrativo pode ter a interposición dun recurso administrativo. Iso está regulado no artigo 111.

Artigo 111. Suspensión da execución.

1. A interposición de calquera recurso, agás nos casos en que unha disposición estableza o contrario, non suspenderá a execución do acto impugnado.

2. Non obstante o disposto no apartado anterior, o órgano a quen lle competa resolver o recurso, logo da ponderación, suficientemente razoada, entre o prexuízo que lle causaría ao interese público ou a terceiros a suspensión e o prexuízo que se lle causa ao recorrente como consecuencia da eficacia inmediata do acto recorrido, poderá suspender, de oficio ou por solicitude do recorrente, a execución do acto impugnado cando concorran algunha das seguintes circunstancias:

a. Que a execución puidese causar prexuízos de imposible ou difícil reparación.

b. Que a impugnación se fundamente nalgunha das causas de nulidade de pleno dereito previstas no artigo 62.1 desta lei.

3. A execución do acto impugnado entenderase suspendida se, transcorridos trinta días desde que a solicitude de suspensión entra no rexistro do órgano competente para decidir sobre ela, este non ditou resolución expresa respecto diso. Nestes casos non será de aplicación o establecido no artigo 42.4, segundo parágrafo, desta lei.

4. Ao ditar o acordo de suspensión poderanse adoptar as medidas cautelares que sexan necesarias para asegurar a protección do interese público ou de terceiros e a eficacia da resolución ou o acto impugnado.

Cando da suspensión poidan derivar prexuízos de calquera natureza, aquela só producirá efectos logo da prestación de caución ou garantía abonda para responder deles, nos termos establecidos regulamentariamente.

A suspensión poderase prolongar logo de esgotada a vía administrativa cando exista medida cautelar 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.

5. Cando o recurso teña por obxecto a impugnación dun acto administrativo que afecte unha pluralidade indeterminada de persoas, a suspensión da súa eficacia deberá ser publicada no xornal oficial en que aquel se inseriu.

Polo tanto, en principio, a interposición dun recurso administrativo non afecta a executividade da resolución administrativa, inda que existe a posibilidade de que tal executividade se suspenda en función do disposto no citado artigo.

Non podemos deixar de mencionar que existe unha excepción a esa regra xeral de que a interposición dun recurso administrativo non impide a execución do acto recorrido, que é no caso das resolucións sancionadoras, as cales só son executivas cando se lle poña fin á vía administrativa, polo que se a resolución sancionadora ten recurso de alzada e este se interpón, ata que esta fase de recurso quede culminada non se pode executar a sanción.

Están lexitimados para interpoñer o recurso administrativo quen poidan ostentar a condición xurídica de interesado, cuxa regulación se recolle no

artigo 31 da lei 30/92. Con relación á representación, segundo o artigo 32, para os actos e xestións de mero trámite presumírase a dita representación, pero para presentar recursos en nome doutra persoa, deberá acreditarse por calquera medio válido en dereito que deixe constancia fidedigna, ou mediante declaración en comparecencia persoal do interesado. Artigo

A LPA tamén dispón que cando se deban ter en conta novos feitos ou documentos non recollidos no expediente orixinario, poñeránselles de manifesto aos interesados para que, nun prazo non inferior a dez días nin superior a quince, formulen as alegacións e presenten os documentos e xustificantes que estimen procedentes.

Isto complétase con outras regras como son:

- Non se terán en conta, na resolución dos recursos, feitos, documentos ou alegacións do recorrente cando, podendo achegalos no trámite de alegacións, non o fixo.
- Se houbese outros interesados daráselles, en todo caso, traslado do recurso para que aleguen canto estimen procedente.
- O recurso, os informes e as propostas non teñen o carácter de documentos novos para os efectos deste artigo. Tampouco o terán os que os interesados acheguen ao expediente antes de recaer a resolución impugnada.

Finalmente, o artigo 113 dispón que a resolución do recurso estimará en todo ou en parte ou desestimarás as pretensións nel formuladas ou declarará a súa inadmisión.

Agora ben, cando existindo vicio de forma non se estime procedente resolver sobre o fondo ordenarase a retroacción do procedemento ao momento en que o vicio foi cometido, salvo o disposto no artigo 67.

En canto aos órganos competentes, existen regras específicas en cada tipo de recurso. No recurso de alzada, o competente para resolver é o superior xerárquico ao que ditou o acto recorrido; no de reposición e revisión, é o mesmo que o ditou. Na reclamación previa á vía civil, será o órgano competente da Administración pública de que se trate, e na previa á laboral, a reclamación deberá dirixirse ao xefe administrativo ou director do establecemento ou organismo en que o traballador preste os seus servizos.

## **Recurso de alzada, de reposición e de revisión**

### Recurso de alzada (art. 114 e 115).

O recurso de alzada baséase na organización xerárquica da Administración ou ten por finalidade obter a revisión do acto polo superior xerárquico do órgano que o ditou.

Por outra banda, constitúe o medio normal de apurar a vía administrativa e lograr que unha resolución cause estado, permitindo o acceso á xurisdición contencioso-administrativa.

#### B) Iniciación do procedemento: Requisitos.

##### 1) Obxectivos:

- Actos recorribles: Procede contra as resolucións e actos a que se refire o artigo 107.1, cando non lle poñan fin á vía administrativa. É dicir, o recurso cabe:

a) Contra as resolucións e

b) contra os actos de trámite, se estes últimos deciden directa ou indirectamente o fondo do asunto, determinan a imposibilidade de continuar o procedemento, producen indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos.

- Motivos (art. 107.1). O recurso de alzada poderase fundar en calquera dos motivos de nulidade ou anulabilidade previstos nos artigos 62 e 63 da presente lei.

##### 2) Subxectivos:

O órgano competente para resolver o recurso é o superior xerárquico do que ditou o acto recorrido. Para estes efectos, os tribunais e órganos de selección do persoal ao servizo das administracións públicas e calquera outro que, no seo destas, actúe con autonomía funcional, consideraranse dependentes do órgano ao que estean adscritos ou, no seu defecto, do que nomee ao seu presidente (art. 114.1).

##### 3) Da actividade.

- Prazo. 115.1: O prazo para a interposición do recurso de alzada será dun mes, se o acto fose expreso.

Se non o fose, o prazo será de tres 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 produzan os efectos do silencio administrativo.

Transcorridos estes prazos sen que se interpoña o recurso, a resolución será firme para todos os efectos.

- Interposición. 114.2: O recurso poderase interpoñer perante o órgano que ditou o acto que se impugna ou perante o competente para resolvelo.

Se o recurso se interpuxo perante o órgano que ditou o acto impugnado, este deberallo remitir 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 do previsto no parágrafo anterior.

#### C) Ordenación e instrución.

A falta de maiores precisións na lei, cabe entender que se deberá acomodar ao disposto con carácter xeral nos art. 107 a 113, xa examinados e no título VI que regula as disposicións xerais do procedemento.

#### D) Finalización.

En principio, debe rematar mediante resolución expresa. Con todo, transcorridos tres meses desde a interposición do recurso ordinario sen que recaia resolución, poderase entender desestimado, agás no caso de que o recurso se interpuxese contra unha denegación por silencio (art. 115.2).

#### E) Efectos.

O efecto xeral do recurso é poñerlle fin á vía administrativa. Por iso, o artigo 115.3 dispón que contra a resolución dun recurso de alzada non caberá ningún outro recurso administrativo, salvo o recurso extraordinario de revisión nos casos establecidos no artigo 118.1.

#### Recurso de reposición.

Regúlase nos artigos 116 e 117, que deben ser completados coas disposicións xerais antes examinadas.

Dado que é potestativo, pódese interpoñer fronte aos actos que lle poñan fin á vía administrativa perante o mesmo órgano que os ditou.

Nada impide, polo tanto, acudir directamente ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativo, pero se se interpón o recurso de reposición non se poderá interpoñer recurso contencioso-administrativo ata que

sexa resolto expresamente ou se produza a desestimación presunta do recurso de reposición interposto.

O prazo para a interposición do recurso de reposición será dun mes, se o acto fose expreso. Se non o fose, o prazo será de tres 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. Transcorridos estes prazos, só se poderá interpoñer recurso contencioso-administrativo, sen prexuízo, de ser o caso, da procedencia do recurso extraordinario de revisión.

O prazo máximo para ditar e notificar a resolución do recurso será dun mes. Contra a resolución dun recurso de reposición non se poderá interpoñer de novo ese recurso.

A xurisprudencia maioritaria rexeita que se poida interpoñer recurso de reposición contra a resolución que resolve o recurso de alzada.

#### Recurso de revisión.

A LPAC configura o recurso de revisión como un recurso extraordinario contra actos firmes, é dicir, contra aqueles actos que esgoten a vía administrativa ou contra os que non se interpuxo recurso administrativo en prazo (actos consentidos).

Por ser un recurso extraordinario, o recurso de revisión só se admite en supostos taxados, que o art. 118 da LPAC limita aos seguintes:

1. Que ao ditalos se incorrese en erro de feito, que resulte dos propios documentos incorporados ao expediente.
2. Que aparezan ou se acheguen documentos de valor esencial para a resolución do asunto que, inda que sexan posteriores, evidencien o erro da resolución recorrida.
3. Que na resolución inflúan esencialmente documentos ou testemuños declarados falsos por sentenza xudicial firme, anterior ou posterior a aquela resolución.
4. 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.

O recurso tense que interpoñer perante o órgano que ditou a resolución recorrida, que é tamén o competente para a resolución.

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 sinaladas anteriormente. Nos demais casos, o prazo será de tres meses a contar desde o coñecemento dos documentos ou desde que a sentenza xudicial quedou firme.

O órgano competente para a resolución do recurso poderá acordar motivadamente a inadmisión a trámite, sen necesidade de solicitar ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo da comunidade autónoma, cando este non se funde nalguna das causas previstas no apartado 1 do artigo anterior ou no caso de que se desestimasen en canto ao fondo outros recursos substancialmente iguais (art. 119.1).

O órgano ao que lle corresponde coñecer do recurso extraordinario de revisión débese pronunciar non só sobre a procedencia do recurso, senón tamén, de ser o caso, sobre o fondo da cuestión resolta polo acto recorrido (art. 119.2). E iso, a diferenza do que ocorre co recurso de revisión en vía xurisdiccional, onde o órgano revisor se limita a anular a sentenza, e remitirlle as actuacións ao órgano competente, para que dite unha nova sentenza.

Transcorrido o prazo de tres meses desde a interposición do recurso extraordinario de revisión sen que recaia resolución, entenderase desestimado, quedando expedita a vía xurisdiccional contencioso-administrativa (art. 119.3).

Finalmente, o acudir ao recurso de revisión non prexudica o dereito dos interesados a formularen a solicitude e a instancia a que se refiren os artigos 102 (revisión de actos nulos de pleno dereito) e 105.2 (corrección de erros materiais) da presente lei nin o seu dereito a que estas se substancien e resolvan.

### **As reclamacións previas ao exercicio das accións civís e laborais**

A Administración sométese, cando actúa no ámbito civil ou laboral, ás normas civís e laborais, inda que conta con algún privilexio, como é o caso das reclamacións previas ao proceso civil e laboral. Estas reclamacións regúlanse nos artigos 120 a 126 da LRXAP-PAC.

A reclamación previa dise que actúa como unha técnica substitutiva do xuízo de conciliación que se esixe nos procesos civís entre particulares, ou como unha técnica substitutiva dos recursos administrativos na fase previa ao proceso contencioso-administrativo. Pero por definición legal, a reclamación previa é un requisito procesual, ao esixirse con carácter previo ao exercicio de toda clase de accións fundadas en dereito privado ou laboral, contra o Estado, as comunidades autónomas, as entidades



locais ou a Administración institucional, vinculada a calquera das devanditas administracións territoriais.

A reclamación previa ten por finalidade impedir unha formulación xudicial e, por outra banda, ten un segundo efecto, consistente na interrupción dos prazos de prescrición ou de suspensión da caducidade para o exercicio das accións xudiciais.

#### A) Natureza.

Tradicionalmente, a necesidade da reclamación previa está xustificada no feito de que os entes públicos están sometidos a extraordinarias formalidades e garantías á hora de acordar unha transacción á que podería levar a celebración dun acto de conciliación previa. Na práctica, a estimación total ou parcial da reclamación administrativa previa opera ou pode operar con carácter transaccional, pero a través dela respéctase o formalismo de ser o ente público o que decide polo seu propio imperio e non en virtude dun pacto ou acordo co reclamante. Así, a reclamación previa tería unha natureza ou carácter análogo ao da conciliación previa.

Con todo, a maioría da doutrina nega a posibilidade de asimilar a reclamación previa ao acto de conciliación previa obrigatoria, e iso polas seguintes razóns:

1. Incompatible coa natureza da conciliación é o carácter unilateral da existencia de reclamación previa, que só é requirida nos preitos nos que a Administración teña que comparecer como demandada, e non naqueles en que actúe como demandante.
2. Por outra banda, a natureza transaccional do acto de conciliación non se pode predicar, polo menos formalmente, da reclamación previa, xa que, inda que a través dela se pode chegar a unha solución de compromiso entre a Administración e o reclamante, é obvio que a reclamación se ten que resolver en dereito.
3. No acto de conciliación a Administración ten unha intervención imparcial, intentando avir as partes. Na reclamación, a Administración é ao mesmo tempo suxeito decisorio e parte interesada.

Polo tanto, a súa verdadeira natureza consiste en ser un privilexio ou prerrogativa das administracións públicas, que configuran a súa particular posición fronte aos tribunais.

Contemplada desde o proceso, a reclamación previa é, ao mesmo tempo, un presuposto procesual e unha actividade preprocesual que ten por finalidade eliminar o proceso. En si mesma, a reclamación previa constitúe un procedemento administrativo especial, e como tal está regulada na LPAC.

## B) Regulación.

O seu réxime xurídico vén constituído polo título VIII da Lei 30/1992 (art. 120 a 126), onde se regulan as reclamacións previas ao exercicio de accións civís e laborais. Hai que ter en conta tamén o disposto noutras normas, sobre todo, en canto á reclamación previa ao exercicio de accións laborais, polo establecido nos art. 69 a 73 da LPL.

### CAPITULO I. Disposicións xerais

#### Artigo 120. Natureza.

1. A reclamación en vía administrativa é requisito previo para o exercicio de accións fundadas en dereito privado ou laboral contra calquera Administración pública, salvo os supostos en que este requisito estea exceptuado por unha disposición con rango de lei.
2. A dita reclamación tramitarase e resolverase polas normas contidas neste título e por aquelas que, en cada caso, sexan de aplicación, e, no seu defecto, polas xerais desta lei.

#### Artigo 121. Efectos.

1. Se, presentada unha reclamación perante as administracións públicas, esta non foi resolta e non transcorreu o prazo en que se deba entender desestimada, non se poderá deducir a mesma pretensión perante a xurisdición correspondente.
2. Presentada a reclamación previa, interromperanse os prazos para o exercicio das accións xudiciais, que se volverán contar a partir da data en que se practicou a notificación expresa da resolución ou, se é o caso, desde que se entenda desestimada polo transcurso do prazo.

### CAPITULO II. Reclamación previa á vía xudicial civil

#### Artigo 122. Iniciación.

1. A reclamación dirixirase ao órgano competente da Administración pública de que se trate.
2. Na Administración xeral do Estado presentarase ante o ministro do departamento que, por razón da materia obxecto da reclamación, sexa competente. As reclamacións poderanse presentar en calquera dos lugares previstos por esta lei para a presentación de escritos ou solicitudes.

#### Artigo 123. Instrución.

1. O órgano ante o que se presentou a reclamación remitiralla no prazo de cinco días ao órgano competente en unión de todos os antecedentes do asunto.
2. O órgano competente para resolver poderá ordenar que se complete o expediente cos antecedentes, informes, documentos e datos que resulten necesarios.

#### Artigo 124. Resolución.

1. Resolta a reclamación polo ministro ou órgano competente, notificaráselle ao interesado.
2. Se a Administración non notificase a súa decisión no prazo de tres meses, o interesado poderá considerar desestimada a súa reclamación para os efectos de formular a correspondente demanda xudicial.

### CAPITULO III. Reclamación previa á vía xudicial laboral

#### Artigo 125. Tramitación.

1. A reclamación deberá dirixirse ao xefe administrativo ou director do establecemento ou organismo en que o traballador preste os seus servizos.
2. Transcorrido un mes sen ser notificada resolución ningunha, o traballador poderá considerar desestimada a reclamación para os efectos da acción xudicial laboral.

#### Artigo 126. Reclamacións do persoal civil non funcionario da Administración militar.

As reclamacións que formule o persoal civil non funcionario ao servizo da Administración militar rexeranse polas súas disposicións específicas.

#### C) O problema dos supostos exceptuados.

En principio, o requisito da reclamación previa ten hoxe un carácter xeral obxectivo e subxectivamente. O requisito alcanza todos os supostos en que se demanda a «calquera Administración pública, salvo os supostos en que este requisito estea exceptuado por unha disposición con rango de lei», como establece o artigo 120.1 da LPA.

Hai que ter presente, con todo, que o actual artigo 2.2 da LPA di agora que as entidades de dereito público con personalidade xurídica propia vinculadas ou dependentes de calquera das administracións públicas territoriais, inda que «terán así mesmo a consideración de Administración pública», «suxeitarán a súa actividade» á LPA só «cando exerzan potestades administrativas, someténdose no resto da súa actividade ao

que dispoñan as súas normas de creación». Sobre esta base poderíase soste hoxe que a regulación das reclamacións previas contida nos artigos 120 e ss. Da LPA non alcanza a tales entidades.

Desde un punto de vista obxectivo, a xeneralidade do requisito despréndese, en principio, do artigo 120 da LPA («A reclamación en vía administrativa é requisito previo ao exercicio de accións fundadas en dereito privado ou laboral [...] salvo nos supostos en que este requisito estea exceptuado por unha disposición con rango de lei»).

Sen prexuízo diso e con independencia das excepcións expresamente establecidas polas leis, con carácter xeral débese considerar innecesaria tamén a reclamación previa nos seguintes casos, sinalados pola doutrina:

1. Demandas relativas ao cumprimento dos contratos e obrigas que determinen vencementos xornais, unha vez que se cumpriu o requisito ao formular a primeira delas.
2. Nos casos en que se deba reproducir a demanda por defectos no modo de exercitar a acción xudicial.
3. Máis dubidosa é a esixencia da reclamación previa no suposto dos interditos, respecto dos cales a xurisprudencia menor das audiencias (única existente, suposto que en materia de interditos non existe recurso de casación) adoitaba considerar improcedente a esixencia de reclamación previa. Con todo, na actualidade, e trala entrada en vigor da Lei 29/1998, da xurisdición contencioso-administrativa, que establece un procedemento para a impugnación das actuacións da Administración por vía de feito, resulta moi cuestionada a continuidade do interdicto contra a Administración.

#### D) O problema da posible rectificación.

A reclamación previa constitúe un auténtico presuposto procesual, é dicir, un elemento que afecta a regular constitución da relación xurídica en que consiste o proceso.

Importa, pois, examinar agora como funciona este presuposto, é dicir, cales son as consecuencias que se deducen da ausencia de reclamación previa. Respecto disto, hai que comezar indicando que á ausencia de reclamación previa se equipara a falta de correspondencia entre a reclamación formulada na vía administrativa e a ulterior demanda xudicial, xa que, dado o carácter de presuposto desta última que corresponde a aquela, existe entre as dúas unha correlación necesaria. Esta correlación necesaria entre a reclamación previa e a demanda non foi enunciada expresamente polas normas que viñeron regulando a vía gobernativa previa ao longo do tempo, nin o é hoxe con carácter xeral pola LPC, malia o cal a xurisprudencia do Tribunal Supremo a veu

esixindo habitualmente por considerala implícita na propia natureza daquela.

Con todo, a correlación non debe ser formulada en termos de absoluta identidade, senón de conformidade substancial. É explícita neste sentido a sentenza da Sala 1ª do 12 de maio de 1961, segundo a cal o requisito da reclamación previa débese considerar cumprido cando esta é «substancialmente conforme coa demanda xudicial formulada, sen que desta xurdan cuestións distintas nin desconectadas da reclamación gobernativa, como o confirma a posición irreductible de ambas as partes litigantes, demostrativa da inutilidade de maiores precisións na reclamación, pois nada se ocultou nin sobre nada se litigou que puxese de manifesto a indefensión do Concello nin que fose demandado sobre materias que o sorprendesen lesionando os seus dereitos ou que fixesen inútil o preito».

No entanto, a reclamación previa e a contestación a ela vincula as partes en canto ao *petitum* e ao resolto, mais non as argumentacións ou fundamentos xurídicos, que poden ser alegados con total liberdade no ulterior proceso xudicial, inda que non se alegasen na reclamación previa.

A Lei de procedemento laboral contén un artigo especial respecto diso, ao establecer no seu artigo 72.1 que «no proceso non poderán introducir a partes variacións substanciais de tempo, cantidades ou conceptos respecto dos formulados na reclamación previa e na contestación a esta», precepto que hai que interpretar como prohibitivo das ampliacións do *petitum* inicial, máis que de calquera outra variación deste, dada a función que a reclamación previa está chamada a cumprir de facer posible un coñecemento anticipado pola Administración do obxecto de litixio co fin de asegurar a súa eficaz defensa nel cando este quede formalizado definitivamente.

Como contrapartida, ese artigo 72 da LPL tamén dispón que a parte demandada que non contestase a reclamación previa non poderá fundar a súa oposición en feitos distintos aos aducidos no expediente administrativo, se o houbese, salvo que este se producisen con posterioridade.

Ademais, é un requisito sempre emendable, de xeito que, de advertir o xuíz que coa demanda non se acompaña a xustificación de ter formulado reclamación previa, deberá requirir a parte para que emende o defecto de conformidade coa lexislación procesual (STC 120/1993).

Santiago Valencia Vila

## BIBLIOGRAFÍA

Varios, *Letrados da Xunta de Galicia, Lei 30/1992 comentada por Letrados da Xunta de Galicia*, Asociación Profesional de letrados da Xunta de Galicia, 1ª edición, Santiago de Compostela, 2005.

Parada, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, segunda 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, segunda edición, Madrid, 1999.



# **18. A POTESTADE SANCIONADORA DA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPIOS. O PROCEDEMENTO SANCIONADOR.**

## **TEMA 18**

### **A POTESTADE SANCIONADORA DA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPIOS. O PROCEDIMENTO SANCIONADOR**

#### **1.- A POTESTADE SANCIONADORA DA ADMINISTRACIÓN**

Se as potestades da Administración se poden definir 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 prohíbeo expresamente o **artigo 25 CE**.

En función do suxeito infractor, a potestade sancionadora pode ser disciplinaria e correctiva.

- É disciplinaria a que habilita a Administración para lles impoñer sancións aos funcionarios responsables de faltas no exercicio dos seus cargos.
- É correctiva a que a habilita para lles impoñer sancións aos administrados ou cidadáns por actos contrarios ao ordenado pola Administración. Esta última é a que analizaremos ao longo do presente tema.

#### **2.- PRINCIPIOS**



A Constitución de 1978 recoñeceu no seu **art. 25.1** a existencia dunha potestade sancionadora propia da Administración, que se sobrepón á potestade xurisdiccional penal, atribuída exclusivamente aos xuíces e tribunais determinados pola lei. Esta dualidade de sistemas represivos non impide a aplicación dunha serie de principios comúns ao *ius puniendi* estatal, como veu sinalando o TS desde a década dos setenta, e posteriormente recoñeceu o TC en numerosas sentenzas.

A **Lei 30/1992**, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (en diante ,Lei 30/1992) incorporou no seu **Título IX (art. 127 a 138)** a codificación dos principios da potestade sancionadora e do procedemento sancionador, que prolixamente foi construído pola xurisprudencia dos últimos trinta anos. Este título está dividido en dous capítulos:

- Principios da potestade sancionadora **(art. 127 a 133)**.
- Principios do procedemento sancionador **(art. 134 a 138)**.

*Cómpre ter en conta que as disposicións deste título non son de aplicación ao exercicio polas administracións públicas da súa potestade disciplinaria respecto do persoal ao seu servizo e de quen estean vinculados a elas por unha relación contractual (art. 127.3), que se rexen pola súa lexislación específica.*

Finalmente, non podemos esquecer que os principios recollidos na Lei 30/1992 foron desenvolvidos polo Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora (en diante, RD 1398/1993).

#### **A. Principios da potestade sancionadora (art. 127 a 133).**

## **1.- Principio de legalidade e reserva de lei (art. 127).**

**“1.** A potestade sancionadora das administracións públicas, recoñecida pola Constitución, exercerase cando sexa expresamente recoñecida por unha norma con rango de lei, con aplicación do procedemento previsto para o seu exercicio e de acordo co establecido neste título e, cando se trate de entidades locais, de conformidade co disposto no título XI da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local.

**2.** O exercicio da potestade sancionadora correspóndelles aos órganos administrativos que a teñan expresamente atribuída, por disposición de rango legal ou regulamentario.” (A redacción deste precepto, pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, suprime a prohibición de delegar o exercicio da potestade regulamentaria).

Este principio esixe que toda norma sancionadora teña rango legal, é dicir, que sexa establecida por decisión do poder lexislativo. Con iso reacciónase enerxicamente fronte a unha xurisprudencia continuada do Tribunal Supremo que non excluía a posibilidade de que a propia Administración establecese, por vía regulamentaria, importantes sancións, entendendo que a obriga derivada do principio de legalidade se reducía á predeterminación, nunha disposición de carácter xeral, dos tipos de infracción e da correspondente sanción.

## **2.- Principio de irretroactividade (art. 128).**

**“1.** Serán de aplicación as disposicións sancionadoras vixentes no momento de se produciren os feitos que constitúan infracción administrativa.

2. As disposicións sancionadoras producirán efecto retroactivo en canto favorezan ao presunto infractor.”

### **3.- Artigo 129. Principio de tipicidade.**

“1. Só constitúen infraccións administrativas as vulneracións do ordenamento xurídico previstas como tales infraccións por unha lei, sen prexuízo do disposto para a Administración local no título XI da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local<sup>1</sup>.

2. Só pola comisión de infraccións administrativas se poderán impoñer sancións que, en todo caso, estarán delimitadas pola lei.

3. As disposicións regulamentarias de desenvolvemento poderán introducir especificacións ou graduacións ao cadro das infraccións ou sancións establecidas legalmente que, sen constituíren 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.

4. As normas definidoras de infraccións e sancións non serán susceptibles de aplicación analóxica.”

### **4.- Artigo 130. Responsabilidade.**

“1. Só poderán ser sancionadas por feitos constitutivos de infracción administrativa as persoas físicas e xurídicas que resulten responsables destes, mesmo a título de simple inobservancia.

---

1

**2.** As responsabilidades administrativas que deriven do procedemento sancionador serán compatibles coa esixencia ao infractor da reposición da situación alterada por este ao seu estado orixinal, así como coa indemnización polos danos e prexuízos causados que poderán ser determinados polo órgano competente, debéndollos, neste caso, comunicar ao infractor para a súa satisfacción no prazo que se determine para ese fin, e quedando, de non se facer así, expedita a vía xudicial correspondente.

**3.** Cando o cumprimento das obrigas previstas nunha disposición legal lles corresponda a varias persoas conxuntamente, responderá de forma solidaria das infraccións que, de ser o caso, se cometan e das sancións que se impoñan.

Serán responsables subsidiarios ou solidarios polo incumprimento das obrigas impostas pola lei que impliquen o deber de previr a infracción administrativa cometida por outros, as persoas físicas e xurídicas sobre as que tal deber recaia, cando así o determinen as leis reguladoras dos distintos réximes sancionadores.”

## **5.- Artigo 131. Principio de proporcionalidade.**

**“1.** As sancións administrativas, sexan ou non de natureza pecuniaria, en ningún caso poderán implicar, directa ou subsidiariamente, privación de liberdade.

**2.** 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.

**3.** Na determinación normativa do réxime sancionador, así como na imposición de sancións polas administracións públicas deberase gardar a debida adecuación entre a gravidade do feito constitutivo da infracción e a

sanción aplicada, considerándose especialmente os seguintes criterios para a graduación da sanción que cómpre aplicar:

- a) A existencia de intencionalidade ou reiteración.
- b) A natureza dos prexuízos causados.
- c) A reincidencia, por comisión no termo dun ano de máis dunha infracción da mesma natureza cando así sexa declarado por resolución firme.”

## **6.- Artigo 132. Prescrición.**

“**1.** As infraccións e sancións prescribirán segundo o disposto nas leis que as establezan. Se estas non fixan prazos de prescrición, 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.

**2.** O prazo de prescrición das infraccións comezarase a contar desde o día en que se cometeu a infracción.

Interromperá a prescrición a iniciación, con coñecemento do interesado, do procedemento sancionador, renovándose o prazo de prescrición se o expediente sancionador estivese paralizado máis dun mes por causa non imputable ao presunto responsable.

**3.** O prazo de prescrición das sancións comezarase a contar desde o día seguinte a aquel en que adquira firmeza a resolución pola que se impón a sanción.

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.”

En relación coa prescrición da infracción cabe ter en conta a doutrina legal establecida respecto diso pola sentenza do Tribunal Supremo do 12 de xuño do 2003, pola cal concluíu que a caducidade do expediente sancionador non lle impedía á Administración reabrir o citado expediente administrativo sancionador en tanto non transcorresen os prazos de prescrición da infracción. A citada sentenza establece expresamente que: *“En definitiva, e conforme ao exposto, procede estimar o presente recurso de casación en interese de lei, así como declarar que a caducidade declarada dun procedemento sancionador non constitúe obstáculo ningún para a posibilidade de iniciar ou reiniciar outro procedemento sobre o mesmo obxecto dentro do prazo de prescrición, como así sucedeu nestes autos, sen haber lugar a declaración ningunha sobre custas.*

**FALLAMOS**

*Que con respecto á situación xurídica particular derivada da sentenza recorrida, declaramos haber lugar e estimamos o recurso de casación interposto en interese de lei contra a sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo núm. 3 de Málaga do 2 de novembro de 1991 ditada no procedemento abreviado, 240/2001 dese xulgado, fixándose aquí a seguinte doutrina legal: «**A declaración de caducidade e arquivo de actuacións establecidas para procedementos en que a Administración exercite potestades sancionadoras, artigo 44.2 da Lei 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 e RCL 1993, 246), non extinguen a acción da Administración para exercitar as potestades aludidas nese precepto, séndolles plenamente aplicable o artigo 92.3 da mesma Lei.**».*

Este réxime xurídico complétase co **artigo 6 RD 1398/1993** que establece:

“Cando das actuacións previas se conclúa que prescribiu a infracción, o órgano competente acordará a non procedencia de iniciar o procedemento sancionador. Igualmente, se iniciado o procedemento se conclúe, en calquera momento, que prescribise a infracción, o órgano competente resolverá a conclusión do procedemento, con arquivo das actuacións. En ambos os casos, notificaráselles aos interesados o acordo ou a resolución adoptados.

Así mesmo, cando transcorra o prazo para a prescrición da sanción, o órgano competente notificarállelo aos interesados.

Transcorridos dous meses desde a data en que se iniciou o procedemento sen que se lle practicase a notificación deste ao imputado, procederase ao arquivo das actuacións, notificándollo ao imputado, sen prexuízo das responsabilidades en que se puido incorrer.”

Nótese que este precepto fala tanto da prescrición da infracción como da sanción e tamén establece o arquivo de actuacións para os casos en que transcorran máis de dous meses desde a adopción do acordo de incoación ata a súa notificación ao presunto infractor. Agora ben, este arquivo de actuacións non é sinónimo de prescrición da infracción ou da sanción, o cal só acontece cando transcorren os prazos sinalados para ese fin no xa citado artigo 132 da Lei 30/1992.

## **7.- Concorrenza de sancións.**

O réxime xurídico deste principio contense no artigo 133 da Lei 30/1992 e nos artigos 5 e 7 do RD 1398/1993.

**“Artigo 133.** Non se poderán sancionar os feitos que sexan sancionados penal ou administrativamente, nos casos en que se aprecie identidade do suxeito, feito e fundamento.”

**“Artigo 5.** O órgano competente resolverá a non esixibilidade de responsabilidade administrativa en calquera momento da instrución dos procedementos sancionadores en que quede acreditado que recaeu sanción penal ou administrativa sobre os mesmos feitos, sempre que concorra, ademais, identidade de suxeito e fundamento.

O órgano competente poderá aprazar a resolución do procedemento se se acreditase que se está seguindo un procedemento polos mesmos feitos ante os órganos comunitarios europeos. A suspensión alzarase cando se dite por aqueles resolución firme.

Se se impuxo sanción polos órganos comunitarios, o órgano competente para resolver deberá tela en conta para os efectos de graduar a que, se é o caso, deba impoñer, podendo compensala, sen prexuízo de declarar a comisión da infracción.”

**“Artigo 7.** En calquera momento do procedemento sancionador en que os órganos competentes estimen que os feitos tamén puidesen ser constitutivos de ilícito penal, comunicaranllo ao Ministerio Fiscal, solicitándolle testemuño sobre as actuacións practicadas respecto da comunicación.

Nestes supostos, así como cando os órganos competentes teñan coñecemento de que se está desenvolvendo un proceso penal sobre os mesmos feitos, solicitarán do órgano xudicial comunicación sobre as actuacións adoptadas.

Recibida a comunicación, e se se estima que existe identidade de suxeito, feito e fundamento entre a infracción administrativa e a infracción penal que puidese corresponder, o órgano competente para a resolución do procedemento acordará a súa suspensión ata que recaia resolución xudicial. En todo caso, os feitos declarados probados por resolución xudicial penal firme vinculan os órganos administrativos respecto dos procedementos sancionadores que substancien.”



Neste precepto reflíctese o famoso principio *non bis in idem* e, inda que non aparece expresamente recoñecido no texto constitucional, de acordo con reiterada xurisprudencia constitucional, débese estimar comprendido no seu artigo 25.1, en canto integrado no dereito fundamental á legalidade penal co que garda íntima relación (SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 221/1997, entre outras). O *non bis in idem* supón, en definitiva, a prohibición dun exercicio reiterado do *ius puniendi* do Estado, que impide castigar dobremente tanto no ámbito das sancións penais coma no das administrativas, e proscribe a compatibilidade entre penas e sancións administrativas naqueles casos en que adecuadamente se constate que concorre a famosa tripla identidade de suxeito, feito e fundamento que segundo reiterada xurisprudencia do Tribunal Constitucional esixe este principio para ser apreciado.

Como proclamou o Tribunal Constitucional "[...] o principio xeral de dereito coñecido por *non bis in idem* supón, nunha das súas máis coñecidas manifestacións, que non recaia duplicidade de sancións —administrativa e penal— nos casos en que se aprecie a identidade do suxeito, feito e fundamento sen existencia dunha relación de supremacía especial da Administración —relación de funcionario, servizo público, concesionario, etc. — que xustifícase o exercicio do *ius puniendi* polos tribunais e, pola súa vez, da potestade sancionadora da Administración [...]" (STS 2/1981). Posteriormente, declarouse que este principio impide que, a través de procedementos distintos, se sancione repetidamente a mesma conduta, pois "[...] semellante posibilidade entrañaría, en efecto, unha inadmisíble reiteración no exercicio do *ius puniendi* do Estado e, inseparablemente, unha aberta contradición co mesmo dereito á presunción de inocencia, porque a coexistencia de dous procedementos sancionadores para un determinado ilícito deixa aberta a posibilidade, contraria a aquel dereito, de que uns mesmos feitos, sucesiva ou simultaneamente, existan e deixen de existir para os órganos do Estado [...]" (SSTC 159/1987 e 77/1983).

Esta dimensión procesual do principio *non bis in idem* cobra o seu pleno sentido a partir da súa vertente material. En efecto, se a esixencia de lex previa e lex certa que impón o artigo 25.1 da Constitución obedece, entre outros motivos, á necesidade de lles garantir aos cidadáns un coñecemento anticipado do contido da reacción punitiva ou sancionadora do Estado ante a posible comisión dun feito ilícito, ese cometido garantista tornaría inútil se ese mesmo feito, e por igual fundamento, puidese ser obxecto dunha nova sanción, o que comportaría unha punición desproporcionada da conduta ilícita. Desde esta perspectiva substancial, o principio de *non bis in idem* configúrase como un dereito fundamental do cidadán fronte á decisión dun poder público de castigalo por uns feitos que xa foron obxecto de sanción, como consecuencia do anterior exercicio do *ius puniendi* do Estado. Por iso, en canto dereito de defensa do cidadán fronte a unha desproporcionada reacción punitiva, a interdicción do *bis in idem* non pode depender da orde de preferencia que normativamente se estableceu entre os poderes constitucionalmente lexitimados para o exercicio do dereito punitivo e sancionador do Estado, nin menos aínda da posible inobservancia, pola Administración sancionadora, da legalidade aplicable, o que significa que a preferencia da xurisdición penal sobre a potestade administrativa sancionadora debe ser entendida como unha garantía do cidadán, complementaria do seu dereito a non ser sancionado dúas veces por uns mesmos feitos, e nunca como unha circunstancia limitativa da garantía que implica aquel dereito fundamental (STC 177/1999).

Finalmente destacamos, entre outras, a sentenza do Pleno do Tribunal Constitucional número 188/2005, do 7 de xullo, que fai un resumo dos extremos esixidos tocante a este principio que impide a dualidade de sancións. Así, a citada STC establece: “a) *Segundo unha reiterada xurisprudencia constitucional, que ten as súas orixes na nosa STC 2/1981, do 30 de marzo (RTC 1981, 2), o principio non bis in idem ten a súa ancoraxe constitucional no art. 25.1 CE (RCL 1978, 2836), na medida en que este precepto constitucionaliza o principio de legalidade en materia*

*sancionadora na súa dobre vertente material (principio de tipicidade) e formal (principio de reserva de lei). Este principio, que constitúe un verdadeiro dereito fundamental do cidadán no noso Dereito (STC 154/1990, do 15 de outubro [RTC 1990, 154], F. 3), foi recoñecido expresamente tamén nos textos internacionais orientados á protección dos dereitos humanos, e en particular no art. 14.7 do Pacto internacional de dereitos civís e políticos da ONU (RCL 1977, 893) —feito en Nova York o 19 de decembro de 1966 e ratificado por España mediante Instrumento publicado no BOE núm. 103, do 30 de abril de 1977— e no art. 4 do Protocolo núm. 7 do Convenio europeo para a protección dos dereitos humanos e as liberdades fundamentais —que, malia que asinado polo noso país, aínda non foi obxecto de ratificación—, protexendo «o cidadán, non só fronte á ulterior sanción —administrativa ou penal—, senón fronte á nova persecución punitiva polos mesmos feitos unha vez que recaeu resolución firme no primeiro procedemento sancionador, con independencia do resultado —absolución ou sanción— deste» (STC 2/2003, do 16 de xaneiro [RTC 2003, 2 ], FF. 2 e 8).*

*O principio non bis in idem ten, noutras palabras, unha dobre dimensión: a) a material ou substantiva, que impide sancionar o mesmo suxeito «en máis dunha ocasión polo mesmo feito co mesmo fundamento», e que «ten como finalidade evitar unha reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, do 15 de outubro [RTC 1990, 154], F. 3; 177/1999, do 11 de outubro [RTC 1999, 177], F. 3; e ATC 329/1995, do 11 de decembro [RTC 1995, 329 AUTO ], F. 2), en canto este exceso punitivo fai crebar a garantía do cidadán de previsibilidade das sancións, pois a suma da pluralidade de sancións crea unha sanción allea ao xuízo de proporcionalidade realizado polo lexislador e materializa a imposición dunha sanción non prevista legalmente» [SSTC 2/2003, do 16 de xaneiro (RTC 2003, 2), F. 3 a); e 229/2003, do 18 de decembro (RTC 2003, 229), F. 3]; e b) a procesual ou formal, que proscribe a duplicidade de procedementos sancionadores no caso de que exista unha tripla identidade de suxeito, feito e fundamento, e que ten como primeira concreción «a regra da preferencia ou precedencia da autoridade xudicial*

*penal sobre a Administración respecto da súa actuación en materia sancionadora naqueles casos en que os feitos que se vaian sancionar poidan ser, non só constitutivos de infracción administrativa, senón tamén de delito ou falta segundo o Código Penal» [SSTC 2/2003, do 16 de xaneiro, F. 3 c); e 229/2003, do 18 de decembro, F. 3. SSTEDH do 29 de maio do 2001 (TEDH 2001, 352), no caso Franz Fischer contra Austria; e do 6 de xuño do 2002 (TEDH 2002, 35), no asunto Sallen contra Austria].*

*b) Inda que é certo que este principio «veu sendo aplicado fundamentalmente para determinar unha interdicción de duplicidade de sancións administrativas e penais respecto duns mesmos feitos», isto non significa, no entanto, «que só inclúa a incompatibilidade de sancións penal e administrativa por un mesmo feito en procedementos distintos correspondentes a ordes xurídicas sancionadores diversas» (STC 154/1990, do 15 de outubro [RTC 1990, 154], F. 3). E é que na medida en que o ius puniendi aparece compartido no noso país entre os órganos xudiciais penais e a Administración, o principio non bis in idem opera, tanto na súa vertente substantiva coma na procesual, para rexer as relacións entre o ordenamento penal e o dereito administrativo sancionador, pero tamén internamente dentro de cada un destes ordenamentos en si mesmos considerados, proscribindo, cando exista unha tripla identidade de suxeito, feitos e fundamento, a duplicidade de penas e de procesos penais e a pluralidade de sancións administrativas e de procedementos sancionadores, respectivamente. Nesta última orde de ideas, e desde a perspectiva do dereito positivo, tanto o art. 133 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, como o art. 5.1 do Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, aprobado polo Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto (RCL 1993, 2402), impiden que de novo se sancionen administrativamente feitos que xa sexan castigados en aplicación do ordenamento xurídico administrativo, sempre que concorra a tripla identidade referida. En efecto, o mencionado precepto legal prevé que: «Non se poderán sancionar os feitos que sexan sancionados*

*penal ou administrativamente, nos casos en que se aprecie identidade de suxeito, feito e fundamento»; mentres que o art. 5.1 do indicado texto regulamentario dispón, pola súa banda, que: «O órgano competente resolverá a non esixibilidade de responsabilidade administrativa en calquera momento da instrución dos procedementos sancionadores en que quede acreditado que recaeu sanción penal ou administrativa sobre os mesmos feitos, sempre que concorra, ademais, identidade de suxeito e fundamento».*

*c) O principio non bis in idem desprega os seus efectos tanto materiais como procesuais cando concorre unha identidade de suxeito, feito e fundamento, tal e como viñemos afirmando na nosa xurisprudencia e atopou reflexo no dereito positivo, como o demostran os dous preceptos que se veñen de transcribir que aluden a ela. Nesta orde de ideas, indicamos que «a tripla identidade constitúe o orzamento de aplicación da interdicción constitucional de incorrer en bis in idem, sexa este substantivo ou procesual, e delimita o contido dos dereitos fundamentais recoñecidos no art. 25.1 CE, xa que estes non impiden a concorrencia de calquera sanción e procedemento sancionador, nin sequera se estes teñen por obxecto os mesmos feitos, senón que estes dereitos fundamentais consisten precisamente en non padecer unha dobre sanción e en non ser sometido a un dobre procedemento punitivo, polos mesmos feitos e co mesmo fundamento» (SSTC 2/2003, do 16 de xaneiro [RTC 2003, 2], F. 5; e 229/2003, do 18 de decembro [RTC 2003, 229], F. 3).”*

## **B.- Principios do procedemento sancionador**

### **1.- Artigo 134. Garantía de procedemento.**

**“1.** O exercicio da potestade sancionadora requirirá procedemento legal ou regulamentariamente establecido.

**2.** Os procedementos que regulen o exercicio da potestade sancionadora deberán establecer a debida separación entre a fase instrutora e a sancionadora, encomendándolles a órganos distintos.

**3.** En ningún caso se poderá impoñer unha sanción sen que se tramitase o necesario procedemento.”

O apartado segundo deste precepto recolle o chamado principio de imparcialidade, que supón a debida separación entre o órgano instrutor e o órgano decisorio. Este principio, elevado ao rango constitucional pola STC 145/1988 (entre outras: SSTC 164/1988; 11/1989; 98/1990; 151/1991) no que se refire ao ámbito da xurisdición penal, é tamén aplicable ao procedemento administrativo sancionador no que, xa que logo, o órgano ou unidade que instrúe o expediente e a autoridade que dita a resolución deben ser por forza distintos.

## **2.- Artigo 135. Dereitos do presunto responsable.**

“Os procedementos sancionadores garantiranlle ao presunto responsable os seguintes dereitos:

- 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 lle puidesen impoñer, así como da identidade do instrutor, da autoridade competente para impoñer a sanción e da norma que atribúa tal competencia.
- A formular alegacións e utilizar os medios de defensa admitidos polo ordenamento xurídico que resulten procedentes.
- Os demais dereitos recoñecidos polo **artigo 35** desta Lei.”

### **3.- Artigo 136. Medidas de carácter provisional.**

“Cando así estea previsto nas normas que regulen os procedementos sancionadores, poderase proceder mediante acordo motivado á adopción de medidas de carácter provisional que aseguren a eficacia da resolución final que puidese recaer.”

### **4.- Artigo 137. Presunción de inocencia.**

**1.** Os procedementos sancionadores respectarán a presunción de non existencia de responsabilidade administrativa mentres non se demostre o contrario.

**2.** Os feitos declarados probados por resolucións xudiciais penais firmes vincularán as administracións públicas respecto dos procedementos sancionadores que substancien.

**3.** Os feitos constatados por funcionarios aos que se lles recoñece a condición de autoridade, e que se formalicen en documento público observando os requisitos legais pertinentes, terán valor probatorio sen prexuízo das probas que en defensa dos respectivos dereitos ou intereses poidan sinalar ou achegar os propios administrados.

**4.** Practicaranse de oficio ou admitiranse a proposta do presunto responsable cantas probas sexan adecuadas para a determinación de feitos e posibles responsabilidades.

Só se poderán declarar improcedentes aquelas probas que, pola súa relación cos feitos, non poidan alterar a resolución final a favor do presunto responsable.”

A presunción de inocencia, derivada do dereito fundamental contemplado no artigo 24.2 da Constitución e do clásico principio penal *in dubio pro reo*, obriga á Administración que exercita a potestade a probar, de forma absolutamente suficiente, a comisión da infracción e, ademais, a identidade do infractor.

Agora ben, a presunción de inocencia queda desvirtuada cando opere o apartado 3 deste mesmo precepto, pois este apartado establece unha especie de presunción *iuris tantum* das actas levantadas pola autoridade pública, de xeito que opera unha especie de inversión de carga da proba, pois ao ser unha presunción *iuris tantum* que admite proba en contrario, corresponderalle ao presunto infractor realizar a carga probatoria que estime oportuna para os efectos de destruír a citada presunción de veracidade das actas da autoridade pública.

## **5.- Artigo 138. Resolución.**

“**1.** A resolución que poña fin ao procedemento terá que ser motivada e resolverá todas as cuestións suscitadas no expediente.

**2.** Na resolución non se poderán aceptar feitos distintos dos determinados no curso do procedemento, con independencia da súa diferente valoración xurídica.

**3.** A resolución será executiva cando lle poña fin á vía administrativa.

Na resolución adoptaranse, se é o caso, as disposicións cautelares precisas para garantir a súa eficacia en tanto non sexa executiva.”

## **3. O PROCEDEMENTO SANCIONADOR**

### **A.- INICIO DO PROCEDEMENTO**



O procedemento sancionador iníciase exclusivamente de oficio (**artigo 11.1 do RD 1398/1993**), a través do denominado acordo de incoación cuxo contido vén determinado no **artigo 13 do RD 1398/1993** que establece como contido mínimo do citado acordo de incoación o seguinte:

- Identificación da persoa ou persoas presuntamente responsables.
- Os feitos sucintamente expostos que motivan a incoación do procedemento, a súa posible cualificación e as sancións que puidesen corresponder, sen prexuízo do que resulte da instrución.
- Instrutor e, se é o caso, secretario do procedemento, con expresa indicación do réxime de recusación destes.
- Órgano competente para a resolución do expediente 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 8.
- Medidas de carácter provisional que se acordaron polo órgano competente para iniciar o procedemento sancionador, sen prexuízo das que se poidan adoptar durante o mesmo de conformidade co artigo 15.
- Indicación do dereito a formular alegacións e á audiencia no procedemento e dos prazos para o seu exercicio.

Establece o **artigo 11 do RD 1398/1993** varias causas que motiven o citado acordo de incoación. Estas causas son o acordo do órgano competente, a propia iniciativa do órgano ou como consecuencia de orde superior, petición razoada doutros órganos ou denuncia.

O citado artigo establece as seguintes definicións:

**Propia iniciativa:** A actuación derivada do coñecemento directo ou indirecto das condutas ou feitos susceptibles de constituíren infracción polo órgano que ten atribuída a competencia de iniciación, ben ocasionalmente ou por ter a condición de autoridade pública ou atribuídas funcións de inspección, pescuda ou investigación.

**Orde superior:** A orde emitida por un órgano administrativo superior xerárquico da unidade administrativa que constitúe o órgano competente para a iniciación, e que expresará, na medida do posible, a persoa ou persoas presuntamente responsables; as condutas ou feitos que puidesen constituír infracción administrativa e a súa tipificación; así como o lugar, a data, datas ou período de tempo continuado en que os feitos se produciron.

**Petición razoada:** A proposta de iniciación do procedemento formulada por calquera órgano administrativo que non ten competencia para iniciar o procedemento e que debe ter coñecemento das condutas ou feitos que puidesen constituír infracción, ben ocasionalmente ou ben por ter atribuídas funcións de inspección, pescuda ou investigación.

As peticións deberán especificar, na medida do posible, a persoa ou persoas presuntamente responsables; as condutas ou feitos que puidesen constituír infracción administrativa e a súa tipificación; así como o lugar, a data, datas ou período de tempo continuado en que os feitos se produciron.

**Denuncia:** 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 constituír infracción administrativa.

As denuncias deberán expresar a identidade da persoa ou persoas que as presentan, o relato dos feitos que puidesen constituír infracción e a data da súa comisión e, cando sexa posible, a identificación dos presuntos responsables.

A formulación dunha petición non vincula o órgano competente para iniciar o procedemento sancionador, inda que lle deberá comunicar ao órgano que a formulou os motivos polos que, de ser o caso, non procede a iniciación do procedemento.

Cando se presente unha denuncia, deberáselle comunicar ao denunciante a iniciación ou non do procedemento cando a denuncia vaia acompañada dunha solicitude de iniciación.

Con carácter anterior á iniciación do procedemento, o **artigo 12 do RD 1398/1993** autoriza a realizar unhas denominadas «actuacións previas», co obxecto de determinar se concorren circunstancias que xustifiquen tal iniciación e, en particular, a establecer os feitos susceptibles de motivar a incoación, as persoas que puidesen resultar responsables e as circunstancias relevantes que concorran nuns e noutros. Trátase dun trámite puramente facultativo que, ademais, e como sinalamos, non forma parte do procedemento sancionador en si.

O acordo de incoación débesele notificar, ademais de ao instrutor, ao presunto responsable (trámite valorado como fundamental pola xurisprudencia constitucional, ao ser manifestación do dereito a ser informado da acusación: SSTC 31/1986; 29/1989; 145 e 297/1993; 195/1995; 120/1996; 7/1998; 14/1999) con indicación do seu dereito a formular alegacións e de dous extremos básicos: dunha banda, a invitación para que o presunto responsable poida recoñecer voluntariamente a súa responsabilidade (nese caso, dítase acto seguido resolución, impondo a sanción que proceda e finalizando o trámite); e doutra, a advertencia de que, de non efectuar alegacións sobre o contido da iniciación do procedemento no prazo que se lle concede, a iniciación poderá ser considerada proposta de resolución cando conteña un pronunciamento preciso acerca da responsabilidade imputada (o que supón, en definitiva, a práctica terminación do procedemento, a reserva só da súa resolución final, sen máis trámites).

## **B.- INSTRUCCIÓN DO PROCEDEMENTO**

Dentro desta fase podemos diferenciar catro trámites que son as alegacións iniciais, o período probatorio, a proposta de resolución e o trámite de audiencia.

A fase instrutora do procedemento iníciase formalmente co escrito de **alegacións** que realiza o presunto infractor en relación co acordo de iniciación. Tal e como establece o **artigo 16 do RD 1398/1993**, os interesados dispoñerán dun prazo de quince días para achegaren cantas alegacións, documentos ou informacións estimen convenientes e, de ser o caso, propoñer proba concretando os medios de que se pretendan valer. Na notificación da iniciación do procedemento indícaráselles aos interesados este prazo.

No **artigo 17 do RD 1398/1993** establécese o réxime xurídico do **período probatorio** do procedemento sancionador onde se determina o seguinte:

“1.- Recibidas as alegacións ou transcorrido o prazo sinalado no artigo 16, o órgano instrutor poderá acordar a apertura dun período de proba, de conformidade co previsto nos artigos 80 e 137.4 da Lei 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 e RCL 1993, 246), de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, por un prazo non superior a trinta días nin inferior a dez días.

2.- No acordo, que se lles notificará aos interesados, poderase rexeitar de forma motivada a práctica daquelas probas que, se é o caso, propuxesen aqueles, cando sexan improcedentes de acordo co disposto no artigo 137.4 da Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

3.- A práctica das probas que o órgano instrutor estime pertinentes, entendéndose por tales aquelas distintas dos documentos que os interesados poidan achegar en calquera momento da tramitación do procedemento, realizárase de conformidade co establecido no artigo 81 da Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

4.- Cando a proba consista na emisión dun informe dun órgano administrativo ou entidade pública, e sexa admitida a trámite, entenderase que ten carácter preceptivo, e poderase entender que ten carácter

determinante para a resolución do procedemento, cos efectos previstos no artigo 83.3 da LRX-PAC.

5.- Os feitos constatados por funcionarios aos que se lles recoñece a condición de autoridade, e que se formalicen en documento público observando os requisitos legais pertinentes, terán valor probatorio, sen prexuízo das probas que en defensa dos respectivos dereitos ou intereses poidan sinalar ou achegar os propios administrados.

6.- Cando a valoración das probas practicadas poida constituír o fundamento básico da decisión que se adopte no procedemento, por ser peza imprescindible para a avaliación dos feitos, deberase incluír na proposta de resolución.”

En canto á **proposta de resolución**, o artigo **18 do RD 1398/1993** establece que concluída, de ser o caso, a proba, o órgano instructor do procedemento formulará proposta de resolución onde se fixarán de forma motivada os feitos, especificándose os que se consideren probados e a súa exacta cualificación xurídica, determinarase a infracción que, de ser o caso, aqueles constitúan e a persoa ou persoas que resulten responsables, especificándose a sanción que propón que se imponha e as medidas provisionais que se adoptaron, se é o caso, polo órgano competente para iniciar o procedemento ou polo seu instructor; ou ben se propoñerá a declaración de non existencia de infracción ou responsabilidade.

Finalmente, a proposta de resolución notificaráselle aos interesados, indicándolles a posta de manifesto do procedemento. A notificación acompañarase dunha relación dos documentos obrantes no procedemento co fin de que os interesados poidan obter as copias dos que estimen convenientes, concedéndoselles un prazo de quince días para formular alegacións e presentar os documentos e informacións que estimen pertinentes perante o instructor do procedemento.

Salvo no suposto contemplado polo artigo 13.2 deste Regulamento, poderase prescindir do trámite de audiencia cando non figuren no

procedemento nin sexan tidos en conta outros feitos nin outras alegacións e probas que as aducidas, de ser o caso, polo interesado de conformidade co previsto no artigo 3 e no punto 1 do artigo 16 do presente Regulamento.

A proposta de resolución cursaráselle inmediatamente ao órgano competente para resolver o procedemento, xunto con todos os documentos, alegacións e informacións que obren neste (**artigo 19 RD 1398/1993**).

### **C.- TERMINACIÓN DO PROCEDIMENTO**

Inda que coa proposta de resolución finaliza normalmente a fase instrutora do procedemento, cabe a posibilidade de que o órgano competente para resolver estime que esta labor de instrución non resulta suficiente. Por iso, o **artigo 20.1 do RD 1398/1993** prevé que este órgano poida "decidir, mediante acordo motivado, a realización das actuacións complementarias indispensables para resolver o procedemento". Esta decisión débesele notificarse ao inculpado, quen, no prazo de sete días, poderá formular as alegacións que estime oportunas prevé que estas actuacións complementarias, cando sexan realizadas, se lle poñan de manifesto ao inculpado para que poida alegar sobre elas, se o desexa; unha omisión que vulnera claramente o dereito de defensa, sobre todo cando estas actuacións sexan relevantes en canto ao contido da decisión que finalmente se adopte.

Terminados todos os trámites anteriores, o órgano competente ditará a **resolución** sancionadora, que se deberá ditar no prazo de dez días desde a recepción da proposta de resolución, téndolle que ser notificada acto seguido ao inculpado, tal e como se establece no artigo 20.2 do RD 1398/1993. Polo que se refire ao incumprimento deste prazo de 10 días, cabe dicir que a xurisprudencia é unánime ao entender que se trata só dunha irregularidade non invalidante.

En canto ao contido da resolución, cabe dicir de conformidade co **artigo 20.2 do RD 1398/1993** que esta deberá ser motivada e

congruente, isto é, decidir "todas as cuestións suscitadas polos interesados e aquelas outras derivadas do procedemento"; nela non se poderán ter en conta feitos distintos dos determinados na fase de instrución do procedemento, salvo os que resulten das actuacións complementarias (**artigo 20.3 do RD 1398/1993**).

Cabe a posibilidade de que o órgano competente para resolver non estea conforme coa proposta de resolución que lle eleve o instructor; neste suposto, se considera que a infracción reviste maior gravidade que a determinada na proposta de resolución, notificaráselle ao inculpado, co obxecto de que, no prazo de quince días, poida formular as alegacións que estime convenientes, de conformidade co establecido no **artigo 20.3 do RD 1398/1993**.

Respecto da **caducidade** do procedemento sancionador, o artigo **20.6 do RD 1398/1993** establece: *"Se non recaese resolución transcorridos seis meses desde a iniciación, tendo en conta as posibles interrupcións do seu cómputo por causas imputables aos interesados ou pola suspensión do procedemento a que se refiren os artigos 5 e 7, iniciárase o cómputo do prazo de caducidade establecido no artigo 43.4 da Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.*

*Transcorrido o prazo de caducidade, o órgano competente emitirá, a solicitude do interesado, certificación na que conste que caducou o procedemento e se procedeu ao arquivo das actuacións."*

O xeito en que se procede ao cómputo deste prazo xenérico de 6 meses esixe analizar cal é o día inicial e cal é o día final do devandito prazo. Respecto diso cabe dicir que é pacífica a doutrina xurisprudencial que entende que o día inicial é o día en que se adopte o acordo de incoación, con independencia do día en que ese acordo lle sexa notificado ao presunto infractor. Isto permítenos non ter en conta outros días como pode ser o día

da denuncia ou levantamento da acta de infracción por parte dos axentes da autoridade. Pola contra, como día final considérase aquel en que se notifique a resolución sancionadora, con independencia do día en que se acorde esa resolución. E iso sen prexuízo da existencia de normativa sectorial que establece outros prazos e outro sistema de cómputo.

Finalmente cabe dicir que non hai que confundir o instituto da prescrición e o da caducidade, sendo unha das principais diferenzas que a prescrición é susceptible de interrupción, mentres que a caducidade non permite tales interrupcións, salvo en causas moi taxadas.

#### **D.- PROCEDIMIENTO ESPECIAL SIMPLIFICADO**

Os artigos 23 e 24 do RD 1398/1993 refírense a un procedemento especial simplificado para aqueles casos en que a infracción teña carácter leve. A principal especialidade é o establecemento do prazo dun mes para a tramitación deste expediente sancionador, sendo a regulación específica deste a seguinte.

##### **“Artigo 23. Procedemento simplificado**

Para o exercicio da potestade sancionadora no caso de que o órgano competente para iniciar o procedemento considere que existen elementos de xuízo suficientes para cualificar a infracción como leve, tramitarase o procedemento simplificado que se regula neste capítulo.”

##### **“Artigo 24. Tramitación**

1.-A iniciación producirase, de conformidade co disposto no capítulo II, por acordo do órgano competente no que se especificará o carácter simplificado do procedemento e que se lle comunicará ao órgano instrutor do procedemento e, simultaneamente, lles será notificado aos interesados.



2.- No prazo de dez días a partir da comunicación e notificación do acordo de iniciación, o órgano instructor e os interesados efectuarán, respectivamente, as actuacións preliminares, a achega de cantas alegacións, documentos e informacións estimen convenientes e, se é o caso, a proposición e práctica da proba.

3.- Transcorrido este prazo, o órgano competente para a instrución formulará proposta de resolución de conformidade co disposto no artigo 18 ou, se aprecia que os feitos poden ser constitutivos de infracción grave ou moi grave, acordará que se continúe tramitando o procedemento xeral segundo o disposto no artigo 17, notificándollo aos interesados para que, no prazo de cinco días, propoñan proba se o estiman conveniente.

4.- O procedemento remitiráselle ao órgano competente para resolver, que no prazo de tres días ditará resolución na forma e cos efectos previstos no capítulo IV. O procedemento deberase resolver no prazo máximo dun mes desde que se iniciou.”

O principal problema que suscita esta tramitación é a posibilidade de caducar este tipo de expedientes ao teren un prazo de tramitación moi inferior ao xenérico de 6 meses, sobre todo naqueles casos en que a tramitación foi a ordinaria, mesmo estando en presenza dunha sanción leve. Así, é moi común a alegación de caducidade do expediente tramitado de xeito ordinario para unha sanción leve por se exceder do prazo dun mes. É minoritaria a xurisprudencia menor (estas sancións ventílanse perante os xulgados do contencioso-administrativo sen case acceder a apelación por ter un importe inferior a 18.000 euros) que estima a alegación de caducidade, sendo maioritaria a que o denega sobre a base das maiores garantías que proporciona o procedemento ordinario de 6 meses, ao que se lle engade a incerteza da sanción final que vai recaer no concreto expediente sancionador.

SANTIAGO VALENCIA VILA

## **BIBLIOGRAFIA**

- Santamaría Pastor, J. "Fundamentos de derecho administrativo". Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- Santamaría Pastor, J. "Principios de derecho administrativo. La actividad sancionadora". Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- García de Enterría, E. "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional". Revista española de derecho administrativo 29, 1982.
- García de Enterría, E. e Fernandez, Tomás Ramón "Curso de derecho administrativo". Civitas, Madrid, 2000, dous tomos.

**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.**



## **PARTE IV 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.**

### **1. INTRODUCCIÓN.**

#### **1.1. 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 (art. 33.3 da CE) e a responsabilidade patrimonial da Administración (art. 106.2 da CE).

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**.

#### **1.2. TIPOS DE RESPONSABILIDADE.**

A responsabilidade pode ser **contractual**, cando deriva do incumprimento dalgún contrato, ou pode ser **extracontractual** (tamén chamada “aquiliana”, porque foi a Lei Aquilia, en Roma, a primeira en regulala), cando non deriva do incumprimento dun contrato. Esta última é a que se verá neste tema.

A responsabilidade dise que é **directa** cando un suxeito responde por actos propios, e **indirecta** cando se responde polos actos de terceiras persoas.

Así mesmo, a responsabilidade pode ser **solidaria**, cando os responsables responden nos mesmos termos, mentres que é **subsidiaria** cando o



responsable directo non pode facer fronte á indemnización por insolvencia.

Fálase de responsabilidade **subjectiva** cando require para que sexa efectiva dolo (intención ao causar o dano) ou culpa (neglixencia) do suxeito activo, e **objectiva** cando a responsabilidade nace do risco fortuíto derivado da propia actividade que desenvolven as persoas, ou dos servizos que prestan as institucións, sen referencia a ningún compoñente de dolo ou culpa.

Existe tamén unha diferenciación entre responsabilidade **penal**, referida ás penas e sancións de quen cometen delitos ou faltas, e responsabilidade **civil**, que malia que estritamente só faría referencia á responsabilidade derivada das leis civís, en sentido amplo pódese estender a toda obriga de reparación material por unha lesión causada a terceiros (Melón Muñoz).

### 1.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Seguindo a Santamaría Pastor, a evolución histórica da responsabilidade patrimonial poderíase sintetizar nas seguintes notas:

a) A responsabilidade patrimonial das administracións públicas non sempre se recoñeceu. A concepción romana da *potestas* imperial, unida á teoría da orixe divina do poder do monarca na **Idade Media**, traducíronse pola doutrina inglesa na idea, xeneralizada en Occidente, de que o rei non pode cometer ilegalidade nin dano de ningún tipo (*the king can do no wrong*), propiciando a **negación de calquera tipo de responsabilidade das administracións públicas**.

A chegada do **Estado moderno** non variou este axioma, e os defensores do Estado absoluto (Bodin) apoiáronse no principio de que o príncipe non está sometido á lei (*princeps legibus solutus est*) para seguir negando a responsabilidade patrimonial das administracións públicas.

Como sinalan García de Enterría e T. R. Fernández, nin sequera a declaración dos dereitos do home e do cidadán, de 1789, que si senta as bases da expropiación forzosa e establece a obriga de indemnizar cando esta se aplique, menciona a responsabilidade patrimonial, co que o Estado revolucionario burgués pásase a subrogar nos privilexios do príncipe con respecto aos danos non expropiadores.

b) Segundo as actividades públicas se foron intensificando ao longo do **século XIX**, e unha vez que a responsabilidade patrimonial extracontractual entre persoas de dereito privado pasou a contar con regulacións completas nos códigos civís, os tribunais contenciosos



empezaron a pensar na posibilidade de aplicar este concepto privado ao ámbito das administracións públicas.

O seu recoñecemento oficial deu os seus primeiros pasos en España a través de **leis especiais**, como a Lei do 9 de abril de 1842, referida aos danos causados polas forzas militares durante a primeira guerra carlista, o artigo 14 da Lei de policía de ferrocarrís de 1877, sobre danos causados aos particulares polo ferrocarril, ou o artigo 132 da Instrución de sanidade de 1904, relativa á destrución ou deterioración de obxectos cando o esixa a garantía da desinfección (citadas, entre outras, por García de Enterría e T. R. Fernández), que supuxeron unha admisión excepcional.

c) O **Código civil de 1889** estableceu no seu artigo 1902 que “a obriga que impón o artigo anterior é esixible non só polos actos ou omisións propios, senón polos daquelas persoas de quen se debe responder”, co que se xeneralizaba a responsabilidade por culpa, pero o artigo 1903 dispoñía que “o Estado é responsable neste concepto cando obra por mediación dun axente especial, pero non cando o dano fose causado polo funcionario a quen propiamente lle corresponda a xestión practicada, nese caso será aplicable o disposto no artigo anterior”.

Lonxe de xeneralizar a responsabilidade extracontractual do Estado, a doutrina xurisprudencial da época entendeu que o Estado respondería dos danos só cando actuase a través dun “**axente especial**”, e non de forma xenérica. A esta responsabilidade pola actuación a través do axente especial, sumaríanselles os supostos previstos en leis especiais, xa comentados.

d) A normativa da Segunda República deu un novo impulso, xa que, seguindo á Constitución alemá de Weimar, a **Constitución de 1931**, no seu artigo 41, recoñeceu por vez primeira a obriga indemnizadora dos entes públicos, aínda que só de forma subsidiaria respecto da do funcionario que, no exercicio do seu cargo, infrinxise os seus deberes con prexuízo de terceiro, fórmula que tamén recolleu a posterior **Lei municipal de 1935**, artigo 209.

Esta normativa tivo na práctica pouca aplicación debido ao estalido da Guerra Civil en 1936.

e) Foi a normativa franquista dos anos 50 a que daría pasos determinantes no desenvolvemento da responsabilidade patrimonial das administracións públicas:

- A **Lei de réxime local de 1950**, continuadora da súa homóloga republicana, estableceu, por unha banda, a responsabilidade directa das entidades locais no caso de danos producidos polo funcionamento dos



servizos públicos, sen que concorrese culpa ou negligencia graves das autoridades ou funcionarios (art. 405), e por outro, a responsabilidade de carácter subsidiario cando os danos fosen causados por culpa ou negligencia graves imputables persoalmente ás devanditas autoridades ou funcionarios (artigo 406).

- A **Lei de expropiación forzosa de 1954** marca un punto clave no desenvolvemento da institución, xa que o seu artigo 121.1, actualmente vixente, establece por vez primeira con carácter xeral a responsabilidade directa da Administración.

- A **Lei de réxime xurídico da Administración do Estado de 1957**, xa derogada, ampliou o ámbito dos danos indemnizables, non os limitando aos de carácter patrimonial, e estableceu a responsabilidade directa do Estado canto este actuase en relacións de Dereito privado. Ao aplicarse só ao Estado, creou diferenzas de réxime entre este e as demais administracións.

f) A **Constitución española de 1978** introduciu 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** veu consagrar os principios fundamentais da normativa preconstitucional ao establecer que “os particulares, nos termos establecidos pola lei, terán dereito a seren 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, ao establecer 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** outorgoulle competencia exclusiva ao Estado para regular “o sistema de responsabilidade patrimonial de todas as administracións públicas”.

g) A **Lei orgánica 6/1985**, do 1 de xullo, do poder xudicial, abordou a responsabilidade patrimonial no ámbito da xustiza a través dos seus artigos **292 a 297** (o 293, modificado pola Lei orgánica 4/1987, do 15 de xullo, da competencia e organización da xurisdición militar).



h) O tratamento da responsabilidade patrimonial das administracións públicas con carácter xenérico foi obxecto de regulación en oito artigos (139 a 146) do **título X da Lei 30/1992**, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (LRXAP).

i) Este articulado completárase a nivel regulamentario en 1993 co **Real decreto 429/1993**, do 26 de marzo, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial.

j) En 1999, a **Lei 4/1999**, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, afectou aos seus artigos 140, 141 e 144 a 146, dándolle ao título X da Lei 30/1992 a súa configuración actual.

k) Como complemento a esta normativa xeral, pódese aludir a **regulacións específicas** (“leis especiais”).

Un exemplo destas regulacións específicas atopariámolo no artigo 22 do Real decreto 1829/1999, do 3 de decembro, polo que se aproba o **Regulamento polo que se regula a prestación dos servizos postais**, en desenvolvemento do establecido na Lei 24/1998, do 13 de xullo, do servizo postal universal e de liberalización dos servizos postais, que establece que “Os operadores postais (Correos e Telégrafos) están obrigados a indemnizar, salvo causa de forza maior ou por razóns imputables aos servizos aduaneiros, por extravío, destrución ou deterioración dos envíos postais certificados que se lles confíen para a súa circulación”, o que exclúe a responsabilidade no caso da correspondencia ordinaria.

De acordo con Parada Vázquez, atopariámonos outro caso nas indemnizacións que lles entrega o Estado ás **vítimas do terrorismo** polos danos sufridos a consecuencia deste, recoñecidas por vez primeira polo Real decreto lei 3/1979, do 26 de xaneiro, de protección da seguridade cidadá, e continuados pola Lei 13/1996, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, e a Lei 32/1999, do 8 de outubro, de solidariedade coas vítimas do terrorismo, e que, segundo Parada, se fundamentan no defectuoso funcionamento do servizo de seguridade cidadá. Pola contra, García de Enterría e Tomás Ramón Fernández entenden que non estamos ante un sistema de responsabilidade en sentido propio, xa que o feito causante non é imputable ao Estado nin aos seus axentes e non se pretende asegurar a indemnidade total das vítimas.





As mesmas consideracións se poderían realizar con respecto ás axudas e asistencia ás **vítimas de delitos violentos e contra a liberdade sexual**, concedidas a través da Lei 35/1995, do 11 de decembro.

Esta normativa á que fan referencia os puntos f) a k), xunto cos artigos 120 a 123 da Lei de expropiación forzosa, conforma a **normativa vixente** sobre responsabilidade patrimonial das administracións públicas.

#### **1.4. FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL.**

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 para reclamaren 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. CARACTERÍSTICAS XERAIS DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS EN ESPAÑA.**

### **2.1 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).

### **2.2. Responsabilidade directa.**

A Administración responde **directamente** (non subsidiariamente) da actuación das persoas físicas que a serven. Por iso o artigo 145.1 LRXAP sinala que "...os particulares esixiranlle directamente á Administración pública correspondente as indemnizacións polos danos e prexuízos causados polas autoridades e persoal ao seu servizo".

Deste xeito, se un funcionario da Xunta causase dano a un particular no exercicio das súas funcións profesionais, o particular non debería dirixir a



reclamación de responsabilidade fronte ao funcionario en cuestión, senón á propia **Xunta**, xa que esta responde directamente das actuacións do funcionario.

Como se verá máis adiante, isto non impide que a Xunta, tras indemnizar o particular, lle esixa, pola súa vez, responsabilidades (dise que exerce unha “**acción de regreso**”) ao devandito funcionario, se entende que actuou con dolo, culpa ou negligencia grave.

### 2.3. Responsabilidade obxectiva.

Significa que a Administración, en principio, debe responder **con independencia de se existiu dolo** (vontade deliberada) **ou culpa** (negligencia) 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 negligencia para a responsabilidade extracontractual entre particulares (artigo 1.902 CC: “O quen por acción ou omisión causa dano a outro, intervindo culpa ou negligencia, está obrigado a reparar o dano causado”), a responsabilidade extracontractual das administracións públicas exclúe esta esixencia.

Deste xeito, a responsabilidade das administracións públicas vaise 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).

## 3. OS ORZAMENTOS DA RESPONSABILIDADE.

### 3.1. LESIÓN DETERMINANTE.

A **lesión** determinante da responsabilidade non é calquera dano ou diminución patrimonial, senón que se debe tratar dun dano ou diminución patrimonial antixurídico, efectivo, avaliable economicamente e individualizable no patrimonio dunha persoa ou conxunto de persoas.

#### A) Antixuridicidade.

O artigo 141.1 LRXAP 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”.



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 polo xeito 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 en que o ordenamento xurídico non establece claramente un deber para os cidadáns de soportar ese dano ou lesión patrimonial (como a peonalización dunha rúa, que pode prexudicar os seus comerciantes).

García de Enterría e T. R. Fernández engaden tanto a vinculación do cidadán cos seus **actos propios**, como sería asumir os riscos voluntariamente aceptados (unha intervención cirúrxica, de acordo cos coñecementos e co 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, inda que poida provocar dor, por exemplo).

O artigo 141.1 da LRXAP engade que “non serán indemnizables os danos que 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 produción daqueles, todo iso sen prexuízo das prestacións asistenciais ou económicas que as leis poidan establecer para estes casos”.

Exemplo desta previsión é a STS do 31 de maio de 1999, relativa a un caso de transfusión de sangue que infectou 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.

## **B) Efectividade.**



O artigo 139.2 da LRXAP 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 mor do atraso dun transporte público, perde as súas opcións reais de xogar un partido e ascender de categoría, caso indemnizable, fronte ao suposto en que unha persoa pide unha indemnización por ser atropelada por unha ambulancia e perder tanto as súas opcións de mercar 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.

Relacionado coa efectividade está o **obxecto** da lesión. De acordo co artigo 139.1 da LRXAP, poden ser “calquera dos seus bens e dereitos”, o que significa que poden ser tanto os de carácter patrimonial (destrución dun coche), como os de carácter persoal sen repercusión patrimonial (como a morte dun neno que non tiña ningún ingreso, ou causar dor, que non provoca ningunha perda patrimonial), ou os danos morais (os relativos á personalidade: honor, intimidade persoal e familiar e a propia imaxe, como a expulsión de España dun cidadán estranxeiro confundido con outro que lle roubou a documentación).

### C) Avaliabilidade económica.

O artigo 139.2 da LRXAP tamén esixe que o dano sexa avaliable economicamente, o que debe ser entendido en sentido laxo.

Efectivamente, a concreción en termos monetarios dos danos sobre bens ou dereitos **patrimoniais** pode non ter gran dificultade, contrastándoos co valor dos bens ou dereitos no mercado. Pola contra, o valor dos danos **persoais** e **morais** (o *pretium doloris*) esixen un xuízo estimativo, unha apreciación conxunta e racional, inda que non matemática, que ante a ausencia de módulos obxectivos intente traducir a termos monetarios circunstancias complexas e subxectivas (SSTS do 27 de novembro de 1993, 2 de decembro de 1995, 20 de xullo de 1996, 5 de xuño de 1997 e 20 de xaneiro de 1998).

Parada Vázquez advirte que, en calquera caso, a avaliación económica non é necesario apreciála no momento da reclamación administrativa, nin sequera na demanda (ao reclamar en vía xudicial), porque a súa concreción cuantitativa se pode relegar ao trámite de **execución de sentenza**, unha vez que esta recoñeza o dereito a ser indemnizado.

### D) A individualización do dano.



É outro requisito do artigo 139.2 da LRXAP, que ten a súa razón de ser na **imposibilidade económica** de resarcir danos que afecten á maior parte da cidadanía, 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 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 o colectivo sufra un “**sacrificio especial**”, unha ruptura do principio de igualdade ante as cargas públicas.

### **3.2. IMPUTACIÓN DO DANO: SUXEITO ACTIVO, ACTIVIDADE DANOSA E NEXO CAUSAL.**

#### **3.2.1. SUXEITOS IMPUTABLES.**

Desde o punto de vista do suxeito activo, causante da lesión, a responsabilidade pódese cualificar, como fai Santamaría Pastor, e como xa se indicou máis arriba, de **total**, na medida en que engloba todos os poderes públicos, incluíndo:

**A) As administracións públicas** (das que non se exclúen as instrumentais, é dicir, os organismos públicos), independentemente de se actúan sometidas a dereito administrativo ou privado (artigo 144 da LRXAP).

A responsabilidade das administracións provirá das accións ou omisións provenientes de calquera persoa ao seu servizo, entendendo o concepto de servidor público en sentido amplo, incluíndo 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.

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 fiestra



dun hospital, matando un transeúnte e ferindo gravemente a outro, STS 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 prexuízos sexan 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 198 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público).

- Os concesionarios, salvo que o dano teña a súa orixe nalgunha cláusula imposta pola Administración ao concesionario e que sexa de ineludible cumprimento para el (artigo 121.2 da LEF).

- Os profesionais que exercen funcións públicas, como os notarios.

**B) Os órganos lexislativos:** Cortes Xerais e parlamentos autonómicos.

A súa responsabilidade pode derivar:

- Da aprobación de leis, co que estaríamos ante a chamada responsabilidade do Estado-lexislador, á que se refire o artigo 129.3 da LRXAP, e que ten o seu exemplo máis claro nos danos causados por unha lei declarada inconstitucional.

- Da súa actividade interna ou doméstica, como sería un atropelo provocado por un automóbil adscrito ao Congreso dos Deputados.

**C) Os órganos xudiciais,** por erro xudicial ou funcionamento anormal da administración de xustiza, de acordo cos artigos 292 a 297 da LOPX.

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 como incluída a actividade de xuíces e maxistrados, servizos esencialmente unidos ao funcionamento da xustiza (secretarios, oficiais, auxiliares e axentes), institucións penitenciarias, 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 las 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 (deslindes), e peritos xudiciais (incluídos médicos forenses).

En relación á responsabilidade de órganos legislativos e xudiciais, analizada nos dous últimos apartados, destaca o artigo 139.5 da LRXAP, que sinala que “O Consello de Ministros fixará o importe das indemnizacións que proceda pagar cando o Tribunal Constitucional declare, a instancia da 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”.

### 3.2.2. ACTIVIDADE DANOSA.

O artigo 130.1 da LRXAP sinala que as administracións teñen obriga de indemnizar “sempre que a lesión sexa consecuencia do **funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos**”.

Débese entender o termo “**servizo público**” en sentido amplo, considerándose indemnizables os danos causados por calquera tipo de actividade da Administración, incluíndo, 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 deixamento 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 o interesado dun carné profesional necesario para exercer a súa actividade).

**Formalmente**, de acordo con Santamaría Pastor, a responsabilidade pode derivar:

- a) Da simple emisión de **normas regulamentarias**, inda 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”. Teríase que tratar dun regulamento cun ámbito de destinatarios moi reducido e perfectamente identificable.

b) De **actos administrativos** formais (como unha sanción de tráfico, ou a expropiación dun ben).

c) De **actuacións materiais**, que transformen a realidade física (coma no caso en que un coche de policía chocase contra unha casa).

d) A **inactividade** da Administración, consistente na omisión dos deberes de actuar que impón o ordenamento xurídico, coma o incumprimento de deberes de inspección urbanística por parte da Administración, a non reparación de fochas na estrada, a morte dun enfermo por falta de asistencia do persoal dun hospital, ou o deixamento 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.

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 realizou 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 simple existencia da actividade administrativa, de cuxas consecuencias danosas debe responder, como sería o caso da STS do 14 de xuño de 1991, en que se condena a Administración, malia que non se aprecia anormalidade no funcionamento do hospital nin falta ningunha no cirurxián, pola morte dun paciente nunha operación cirúrxica.





Incluiríanse tamén nestes supostos 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 o aneurisma do lado dereito en vez do esquerdo, opción lexítima desde as regras das *lex artis*, pero que resultou *a posteriori* e a nivel de experiencia desacertada” (STS do 14 de xuño de 1991). Pola súa banda, a **forza maior** (que exclúe, ex artigos 106.2 da CE e 139.1 da LRXAP, a responsabilidade da Administración), inda 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 (STS do 7 de decembro de 1981).

Santamaría Pastor tamén inclúe entre estes supostos de funcionamento normal os de responsabilidade por **enriquecemento sen título** da Administración. Son casos en que a Administración obtén unha vantaxe asemade 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).

### 3.2.3. A RELACIÓN DE CAUSALIDADE.

O artigo 139.1 da LRXCA establece que a lesión 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 a xurisprudencia a seguir certas teorías, como a da **causalidade exclusiva** (que só facía responsable á Administración cando o dano se deba á exclusiva intervención da Administración), **equivalencia das condicións** (que igualaba todas as causas e permitía que se impuxese a obriga de indemnizar o 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 lle facía responder).

Sinalan García de Enterría e T. R. Fernández que o xuíz ten que deslindar entre o poder causal de cada feito e asignarlle 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 estranxeira



renuncie 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:

### **A) 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 (SSTS do 23 de novembro de 1993, 18 de novembro de 1994 e 4 de outubro de 1995).

Se, malia que a vítima actuou de forma culposa (non se detivo nun control de estrada), a Administración actuou de forma **desproporcionada** (abateu a tiros os ocupantes do coche), atribúeselle a obriga de indemnizar integramente a Administración.

No entanto, a responsabilidade da Administración queda **excluída** cando concorra intencionalidade ou grave negligencia da vítima (STS do 5 de decembro de 1997).

### **B) Intervención dun terceiro.**

Sinala Santamaría Pastor que a intervención do terceiro non rompe o nexo causal, impoñéndolle a xurisprudencia 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.

### **C) Concorrenza de varias administracións.**

Sinala o artigo 140.1 da LRXAP que “Cando da xestión dimanante de **fórmulas conxuntas de actuación** entre varias administracións públicas derive responsabilidade nos termos previstos na presente lei, as administracións intervenientes responderán de forma solidaria. O instrumento xurídico regulador da actuación conxunta poderá determinar a distribución da responsabilidade entre as diferentes administracións públicas”.

Por fórmulas conxuntas de actuación enténdense os pactos previos de actuación, aos que se refire o artigo 6 da LRXAP, ou os procedementos complexos, como os plans urbanísticos, mentres que a responsabilidade solidaria alude á obriga de cada Administración de responder integramente pola lesión ante o interesado, por máis que o reparto de responsabilidade entre as administracións participantes poida logo



obedecer a porcentaxes fixadas entre elas, segundo o pactado ou segundo o seu nivel de responsabilidade na actuación lesiva.

Se a actuación **non dimana de fórmulas conxuntas de actuación**, senón da casualidade ou das circunstancias (gardas civís e policía autónomicas causan danos nun local onde se atrincheirou un delincuente), o artigo 140.2 da LRXAP establece que “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 esta determinación”.

#### 4. O CONTIDO DO DEBER DE INDEMNIZAR.

##### 4.1. A EXTENSIÓN DA REPARACIÓN.

###### 4.1.1. O PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL.

A indemnización debe supoñer unha **reparación integral** de todos os danos e prexuízos causados pola actuación administrativa, incluíndo tanto o **dano emerxente** (valor da perda sufrida ou dos bens destruídos ou prexudicados) coma o **lucro cesante** (ganancia que se deixa de obter, sempre que resulte probada e non sexa expresión de desexos infundados; SSTs do 22 de novembro de 1985 e do 5 de decembro de 1997).

###### 4.1.2. CÁLCULO DA INDEMNIZACIÓN.

O artigo 141.2 da LRXAP establece que “a indemnización calcularase conforme aos criterios de valoración establecidos na lexislación de expropiación forzosa, lexislación fiscal e demais normas aplicables, ponderándose, de ser o caso, as valoracións predominantes no **mercado**”, o que na práctica lles deixa á Administración e ao xuíz unha marxe bastante ampla de apreciación.

##### 4.2. DATA DE VALORACIÓN DO PREXUÍZO.

De acordo co artigo 141.3 da LRXAP, “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 conforme ao **índice de prezos ao consumo**, fixado polo Instituto Nacional de Estatística, e dos **intereses que procedan por demora** no pagamento da indemnización fixada, que se esixirán conforme ao establecido na lei xeral orzamentaria”.



En caso de procedemento contencioso-administrativo, débese computar todo o tempo que dure, para os efectos de actualización da contía e do cómputo de intereses.

### 4.3. MODALIDADES DE INDEMNIZACIÓN.

A persoa que sofre a lesión ten dereito a **diñeiro**, e a recibilo **nun só pagamento**, pero o artigo 141.4 da LRXAP establece que a indemnización procedente se poderá substituír por unha compensación **en especie** (tamén chamada “reparación in natura”; sería o caso en que a Administración lle entrega ao lesionado un vehículo similar ao que a Administración lle esnaquizou) ou ser entregada mediante **pagamentos periódicos** (a prazos), cando resulte máis adecuado para lograr a reparación debida e lle conveña ao interese público (artigo 103.1 da CE), sempre que exista acordo co interesado (a Administración non pode impoñer estas modalidades de indemnización).

## 5. A ACCIÓN DE RESPONSABILIDADE.

### 5.1. O PRAZO PARA RECLAMAR.

O artigo 142.5 da LRXAP sinala que “En todo caso, o dereito a reclamar **prescribe ao ano** de producido o feito ou o acto que motive a indemnización ou de se manifestar o seu efecto lesivo. En caso de danos, de carácter físico ou psíquico, ás persoas o prazo comezase a computar desde a curación ou a determinación do alcance das secuelas”.

Ao ser un prazo de prescrición, pode ser **interrompido**, de acordo co artigo 1973 do Código civil: “A prescrición das accións interrómtese polo seu exercicio ante os tribunais, por reclamación extraxudicial do acredor e por calquera acto de recoñecemento da débeda polo debedor”.

Pola súa banda, o artigo 142.4 da LRXAP establece que “a anulación en vía administrativa ou pola orde xurisdiccional contencioso-administrativa dos **actos** ou **disposicións administrativas** non presupón dereito á indemnización, pero se a resolución ou disposición impugnada o fose por razón do seu fondo ou forma (chama a atención esta condicional da lei, pois, de ser impugnabile, sempre o é por razón do seu fondo ou forma), o dereito a reclamar prescribirá ao ano de se ditar a sentenza definitiva (firme, debería poñer; e se a impugnación é en vía administrativa, resolución administrativa firme), non sendo de aplicación o disposto no punto 5 (é dicir, o prazo dun ano non comeza cando o acto ou a disposición causan o dano ou se manifesta o seu efecto lesivo, senón cando a sentenza ou resolución administrativa que os anulan se converten en firmes)”.



## 5.2. O PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO DE RECLAMACIÓN.

### Procedemento administrativo previo á vía xurisdiccional, como principio xeral.

Salvo casos en que é posible reclamar directamente a responsabilidade extrapatrimonial das administracións públicas perante a **xurisdición contencioso-administrativa**, que logo se verán, o suposto normal é o de esixirlle en primeiro lugar a reparación á **Administración** causante da lesión, a través dun **procedemento administrativo específico** que se regula principalmente nos artigos 142 e 143 da LRXAP e no Real decreto 429/1993, do 26 de marzo, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial (RPARP).

### Tipos de procedementos administrativos de responsabilidade patrimonial.

De acordo con García-Trevijano, distínguense tres tipos de procedementos administrativos de reclamación de responsabilidade patrimonial:

- O procedemento **ordinario xeral** (art. 142 da LRXAP e art. 6 a 13 do RPARP), con certas variantes.

- O procedemento de **urxencia** (é o mesmo que o anterior, pero acurtando os prazos ata a metade, de acordo co artigo 50.1 da LRXAP).

- O terceiro suposto sería o do procedemento **abreviado**, ou de urxencia cualificada (art. 143 da LRXAP e 14 ao 17 do RPARP), que non se trata dun procedemento distinto ao ordinario xeral, senón simplemente unha tramitación reducida deste, que supera en brevidade o procedemento de urxencia do artigo 50.1 da LRXAP, como logo veremos.

Fóra desta clasificación, poderíase establecer o caso da responsabilidade das **autoridades e persoal** ao servizo das administracións públicas, con características de seu.

### 5.2.1 PROCEDEMENTO ORDINARIO XERAL.

#### A) INICIACIÓN (artigos 4 ao 6 do RPARP).

O procedemento de responsabilidade patrimonial iníciase **de oficio**, cando a Administración advirta que causou algunha lesión (caso en que terá a obriga de inicalo), ou **por reclamación dos interesados**.



### **Inicio de oficio.**

O procedemento poderase iniciar de oficio mentres **non prescriba** o dereito á reclamación do interesado.

O acordo de iniciación do procedemento **notificaráselles** aos particulares presuntamente lesionados, concedéndolles un prazo de **sete 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 inda que os particulares presuntamente lesionados non se presenten no prazo establecido.

### **Iniciación por reclamación do interesado.**

Na reclamación que presente o interesado, este deberá **especificar** as lesións producidas, a presunta relación de causalidade entre elas 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, e irá acompañada de cantas alegacións, documentos e informacións se estimen oportunos e da proposición de proba, concretando os medios de que se pretenda valer o reclamante.

### **B) INSTRUCCIÓN** (artigos 7 ao 12 do RPARP).

#### **Terminación convencional.**

En calquera momento do procedemento **anterior ao trámite de audiencia**, o órgano competente, a proposta do instrutor, poderá acordar co interesado a terminación convencional do procedemento mediante acordo indemnizador.

Se o interesado manifesta a súa conformidade cos termos da proposta de acordo, seguiranse os trámites previstos nos artigos 12 e 13 do RPARP.

#### **Probas.**

No prazo de **trinta días** practicaranse cantas probas fosen declaradas pertinentes.

Cando sexa necesario, o instrutor, a petición dos interesados, poderá decidir a apertura dun **período extraordinario de proba**.

#### **Informes.**





En todo caso, solicitaráselle un **informe ao servizo** cuxo funcionamento ocasione a presunta lesión indemnizable.

Os informes serán emitidos no prazo de **dez días**, salvo que o órgano instrutor, atendendo ás características do informe solicitado ou do propio procedemento, solicite a súa emisión nun prazo menor ou maior, sen que neste último caso poida exceder dun mes.

### **Audiencia.**

Durante o prazo do trámite de audiencia (**entre dez e quince días**, segundo o art. 84.2 da LRXAP), fágao ou non con anterioridade, o interesado poderalle propoñer ao órgano instrutor a **terminación convencional** do procedemento fixando os termos definitivos do acordo indemnizador que estaría disposto a subscribir coa Administración pública correspondente.

Nos procedementos **iniciados de oficio**, cando o interesado non se presente en trámite ningún do procedemento, e non o fixese no de audiencia, o instrutor propoñerá que se dite resolución declarando o arquivo provisional das actuacións, sen entrar no fondo do asunto. Ese arquivo converterase en definitivo cando transcorra o prazo de prescripción da reclamación, salvo que o interesado se presente no procedemento dentro do devandito prazo.

### **Ditame.**

Segundo o art. 12 do RPARP, concluído o trámite de audiencia, no prazo de **dez días**, o órgano instrutor propoñerá que se solicite, cando sexa preceptivo segundo o establecido na Lei orgánica do Consello de Estado, o ditame deste órgano consultivo ou, se é o caso, do órgano consultivo da comunidade autónoma.

Distinguindo entre administracións:

- Se a indemnización se lle solicita á **Administración xeral do Estado**, o informe solicitaráselle preceptivamente ao Consello de Estado no suposto de “cando as indemnizacións reclamadas sexan de contía igual ou superior a 50.000 €” (art. 142.3 da LRXAP e 22.13 da LOPX).

- No caso de que a Administración á que se lle requira a indemnización sexa a **Xunta de Galicia**, o informe solicitaráselle ao Consello Consultivo de Galicia “no suposto de reclamacións de responsabilidade patrimonial de contía superior a 1.500 euros” [art. 11.j)



da Lei 9/1995, do 10 de novembro, do Consello Consultivo de Galicia (LCCG)].

- Cando se trate dunha **Administración local**, o ditame, de acordo coa doutrina maioritaria, non é preceptivo (Informe do Consello de Estado do 11 de febreiro de 1993).

O ditame, segundo o art. 12 do RPARP, emitirase nun prazo máximo de **dous meses**, pero o artigo 18 da LCCG indica que o Consello Consultivo de Galicia deberá emitir os seus ditames no prazo **dun mes** a partir do momento da recepción da solicitude, con silencio positivo; en caso de urxencia, o prazo sería de quince días, salvo que o presidente da Xunta, en atención á materia e urxencia do asunto, fixase outro menor, que nunca podería ser inferior a dez días.

### C) TERMINACIÓN.

#### Órgano competente.

- Na **Administración xeral do Estado**, o órgano competente será o Consello de Ministros cando unha lei o indique especificamente. No resto de casos, será o ministro do ramo correspondente (art. 142.2 da LRXAP).

- Na **Xunta de Galicia**, o órgano competente será o Consello da Xunta cando unha lei o indique especificamente. No resto de casos, será o conselleiro do ramo correspondente (art. 5 da Lei 6/2001, do 29 de xuño).

- Na **Administración local**, o órgano competente será o Pleno do municipio ou deputación respectiva.

- Na **Administración institucional**, o órgano competente será o que lle corresponda á Administración da que dependa, ou á que estea vinculada, segundo as regras que vimos de ver (ministro, conselleiro, etc.), salvo cando as súas normas de creación establezan que resolva un órgano do propio organismo público (art. 142.2 da LRXAP e 5 da Lei 6/2001, do 29 de xuño), como acontece no caso de AENA co seu Consello de Administración, de acordo co artigo 65 da Lei 14/2000, do 14 de decembro.

#### Trámites.

No prazo de **vinte días** desde a recepción, se é o caso, do ditame ou, cando este non sexa preceptivo, desde a conclusión do trámite de audiencia, o órgano competente, ou ben resolverá, ou ben 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.

Transcorridos **seis meses** desde que se iniciou o procedemento, ou o prazo que resulte de engadir-lles un período extraordinario de proba, de conformidade co artigo 9 deste regulamento, sen que recaia resolución expresa ou, de ser o caso, se formalizase o acordo, poderase entender que a resolución é **contraria** á indemnización do particular (art. 13 do RPARP).

A resolución pon **fin á vía administrativa** (art. 142.6 da LRXAP).

#### **D) PARTICULARIDADES DA TRAMITACIÓN CANDO A RESPONSABILIDADE SEXA CONCORRENTE DE VARIAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS.**

Cando da xestión dimanante de fórmulas colexiadas de actuación entre varias administracións públicas derive responsabilidade, a **Administración competente** para a iniciación, instrución e decisión do procedemento 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.

Preceptivamente deberanse **consultar** as administracións públicas implicadas na fórmula colexiada (art. 18 do RPARP).

#### **E) PARTICULARIDADES DO PROCEDEMENTO DE RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL POLO FUNCIONAMENTO ANORMAL DA ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA.**

A disposición adicional 2ª do RPARP establece que “nas 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**. O prazo para ditar resolución quedará suspendido durante dous meses desde a solicitude do informe ao devandito consello”.

#### **5.2.2. PROCEDEMENTO ABREVIADO.**

Cabe tramitar o procedemento abreviado de forma **sobrevida**, unha vez aberto o procedemento ordinario xeral, antes do trámite de audiencia, cando, vistas as actuacións, documentos e informacións do procedemento xeral, o órgano instrutor entenda que son **inequívocas** a relación de causalidade entre a lesión e o funcionamento do servizo público, a valoración do dano e o cálculo da contía da indemnización. Nestes casos, o instrutor poderá acordar de oficio a suspensión do procedemento xeral e a iniciación dun procedemento abreviado.



O prazo de **audiencia** é só de 5 días. Durante o prazo indicado, tanto o órgano instrutor como o lesionado poderá acordar propoñer a **terminación convencional** do procedemento fixando os termos dunha proposta de acordo indemnizador.

Concluído o trámite de audiencia, no prazo de cinco días o órgano instrutor propoñerá, cando cumpra, que se solicite **ditame** preceptivo nos termos previstos no artigo 12 deste regulamento. O ditame deberá ser emitido no prazo de dez días.

Recibido, se é o caso, o ditame ou transcorrido o prazo para a súa emisión, o órgano competente, ou ben **resolverá** o procedemento, ou ben someterá a proposta de **acordo** para a súa **formalización** polo interesado e polo órgano administrativo competente para subscribilo. Se o ditame a que se refire o artigo anterior discrepa da proposta de resolución ou da proposta de terminación convencional, o órgano competente para resolver acordará o levantamento da suspensión do procedemento xeral e a remisión de todo o actuado ao órgano competente para a súa instrución, notificándollo ao interesado.

Transcorridos **trinta días** desde a iniciación do procedemento sen que recaia resolución, se formalice o acordo ou se levante a suspensión do procedemento xeral, poderase entender que a resolución é contraria á indemnización do particular.

### **5.2.3. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DE AUTORIDADES E PERSOAL AO SERVIZO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS.**

A principal característica desta responsabilidade reside en que perde o seu carácter obxectivo, xa que só se esixirá en caso de **dolo, culpa ou negligencia** da autoridade ou do persoal, e desde o punto de vista procedemental, a imposibilidade de iniciar o procedemento a solicitude do interesado.

#### **A) Lesións causadas a terceiros por autoridades ou persoal ao servizo das administracións públicas.**

O artigo 145.1 e 2 da LRXAP sinala que os particulares lle esixirán **directamente** á Administración pública correspondente as indemnizacións polos danos e prexuízos causados polas autoridades e persoal ao seu servizo, remarcando o carácter directo da responsabilidade de cada Administración respecto da actividade das súas autoridades e persoal.



A Administración correspondente, **cando houber indemnizado os lesionados, esixirá de oficio** das súas autoridades e demais persoal ao seu servizo a responsabilidade en que incorresen por dolo, ou culpa ou negligencia graves, previa instrución do procedemento que regulamentariamente se estableza. Neste caso, a Administración exerce a “acción de regreso” contra o causante material da lesión.

Para a esixencia da devandita responsabilidade ponderaranse, entre outros, os seguintes **criterios**: o resultado danoso producido, a existencia ou non de intencionalidade, a responsabilidade profesional do persoal ao servizo das administracións públicas e a súa relación coa produción do resultado danoso.

### **B) Lesións causadas á propia Administración por autoridades ou persoal ao servizo das administracións públicas.**

Segundo o artigo 145.3, a Administración instruirá igual procedemento para as autoridades e demais persoal ao seu servizo polos danos e prexuízos causados nos seus bens ou dereitos cando concorrese dolo, ou culpa ou negligencia graves.

### **C) Procedemento de esixencia da responsabilidade.**

De acordo co artigo 21 do RPARP, para a esixencia de responsabilidade patrimonial ás autoridades e persoal ao servizo das administracións públicas, o órgano competente acordará a iniciación do procedemento (**sempre se inicia de oficio**), notificándolles o devandito acordo aos interesados, con indicación dos seus motivos, e concedéndolles un prazo de quince días para que acheguen cantos documentos, informacións e probas estimen convenientes.

En todo caso, solicitaráselle un **informe ao servizo** en cuxo funcionamento se ocasionase a presunta lesión indemnizable.

No prazo de quince días practicaranse cantas **probas** sexan admitidas e calquera outra que o órgano competente estime oportuna.

Instruído o procedemento, e inmediatamente antes de redactar a proposta de resolución, poñeráselle aquel de manifesto ao interesado, concedéndolle un prazo de dez días para que formule as **alegacións** que estime convenientes.

Concluído o trámite de audiencia, a **proposta de resolución** será formulada nun prazo máximo de cinco días.

O órgano competente **resolverá** no prazo máximo de cinco días.



## **D) A responsabilidade penal de autoridades ou persoal ao servizo das administracións públicas.**

O artigo 146.1 da LRXCA establece que “a responsabilidade penal do persoal ao servizo das administracións públicas, así como a responsabilidade civil derivada do delito esixírase de acordo co previsto na **lexislación correspondente** (Código penal de 1995 e Lei de axuízamento criminal)”.

Esta responsabilidade esíxeselle de modo **directo** á autoridade ou persoal, sen prexuízo de que a Administración poida responder como responsable civil subsidiario das indemnizacións, ex artigo 121 do Código penal.

Segundo o artigo 146.2 da LRXCA, “a esixencia de responsabilidade penal do persoal ao servizo das administracións públicas **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”.

Nos supostos relacionados cos **servizos sanitarios**, o normal é que primeiro se determinen os feitos en sese xudicial, comprobándose se o servizo se acomodou á *lex artis* da profesión, é dicir, aos protocolos médicos adecuados ás circunstancias, quedando mentres en suspenso o procedemento administrativo.

En todo caso, o principio **ne bis in idem** impide que se condene as autoridades ou o persoal a unha dobre indemnización en vía penal e administrativa.

## **5.3. A XURISDICIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA E A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS.**

### **A) Competencia da xurisdición contencioso-administrativa.**

A exclusividade da xurisdición contencioso-administrativa para coñecer cuestións de responsabilidade patrimonial das administracións públicas seguiu unha **evolución tortuosa** que pasa polos seguintes feitos:

**a)** Con **anterioridade a 1954**, segundo a natureza da relación xurídica no seo da cal se producise a responsabilidade (civil, social ou administrativa), así se atribuíu a unha ou outra orde xurisdiccional.



**b)** Os artigos 128 da **Lei de expropiación forzosa de 1954** e 3.b) da **Lei de xurisdición contenciosa de 1956** foron os primeiros en introduciren a unidade xurisdicional en materia de responsabilidade patrimonial da Administración.

**c)** O artigo 41 da **Lei de réxime xurídico da administración do Estado de 1957** reinstaurou a pluralidade xurisdicional, ao indicar que “cando o Estado actúe en relacións de dereito privado (entre as que se inclúe a responsabilidade), haberá que esixir ante os tribunais ordinarios (civís)”.

Consecuencias negativas desta pluralidade xurisdicional reinstaurada foron a aplicación de criterios dispares segundo a orde xurisdicional que resolvía, e a apertura de procedementos simultáneos polos reclamantes ante órganos xurisdicionais de ordes diversas, co fin de conseguir nalgún deles unha resolución favorable aos seus intereses.

**d)** O artigo 9.4 da **Lei orgánica 6/1985**, do 1 de xullo, **do poder xudicial** (LOPX) non axudou a residenciar nos tribunais contencioso-administrativos o coñecemento desta materia, xa que simplemente establecía que “Os da orde contencioso-administrativo coñecerán das pretensións que se deduzan en relación cos actos da Administración pública suxeitos ao Dereito Administrativo e coas disposicións regulamentarias”, sen mención expresa, xa que logo, da responsabilidade patrimonial.

**e)** A **LRXAP de 1992** intentou, sen éxito na práctica, atallar a pluralidade xurisdicional e os seus inconvenientes, ao derrogar expresamente o artigo 41 da Lei de réxime xurídico da Administración do Estado e ao declarar, no seu artigo 144, que “Cando as administracións públicas actúen en relacións de dereito privado, [...] a responsabilidade esixírase de conformidade co previsto nos artigos 139 e seguintes desta Lei” (que inevitablemente culminaría nun acto ou nun silencio administrativo, o que suporía a competencia da orde xurisdicional contencioso-administrativa).

A norma correcta debeu ser a Lei orgánica do poder xudicial, pois é a que regula a competencia das distintas ordes xurisdicionais, polo que as distintas ordes fixeron caso omiso da atribución legal suscitada pola LRXAP.

A disposición transitoria única do **Real decreto 429/1993**, do 26 de marzo, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial, que desenvolve a LRXAP, intentou ratificar definitivamente a competencia exclusiva da orde xurisdicional contencioso-administrativa sobre esta



materia, pero polo seu rango regulamentario, carecía de toda forza vinculante para lles atribuír competencias ás ordes xurisdicionais.

**f)** En **1994**, dous autos da **Sala de Conflitos de Competencia do Tribunal Supremo** (7 de xullo e 27 de outubro de 1994) declararon terminantemente que a orde xurisdicional contencioso-administrativa era a única competente para coñecer de asuntos de responsabilidade patrimonial da Administración, pero, sorprendentemente, as Salas do Civil e do Social do Tribunal Supremo non acataron estes autos, co que o problema continuou na práctica.

**g)** O artigo 2.e) da **Lei 29/1998**, do 13 de xullo, **reguladora da xurisdición contencioso-administrativa** (LRXCA), foi contundente ao establecer que estes tribunais coñecerían “da 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”.

**h)** A **Lei orgánica 19/2003**, do 23 de decembro, de modificación da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial, modificou, entre outros, o artigo 9.4 da LOPX e o 2.e) da LRXCA, equiparando os dous en contundencia á hora de sinalar a exclusividade da orde contencioso-administrativa sobre cuestións de responsabilidade patrimonial da Administración, e atribuíndolle esta competencia en casos fronteirizos con outras xurisdicións.

Deste xeito, a **redacción vixente do artigo 2.e) da LRXCA** establece que a orde xurisdicional contencioso-administrativa coñecerá “da 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, mesmo cando na produción do dano concorran con particulares ou contén cun seguro de responsabilidade”.

Pola súa banda, o **artigo 9.4 da LOPX**, no relativo á responsabilidade patrimonial, establece, na súa redacción actual, que os 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 concorren suxeitos privados, o demandante deducirá tamén fronte a eles a súa pretensión ante esta orde xurisdicional. Igualmente coñecerán das reclamacións de responsabilidade cando o interesado actúe directamente contra a aseguradora da Administración, xunto á Administración respectiva.”





Malia esta contundencia, autores como Santamaría Pastor expresan as súas **suspicias** sobre se as ordes xurisdiccionais civil e social respectarán esta terminante normativa, polo celo atractivo que historicamente estas ordes xurisdiccionais exerceron sobre cuestións referentes á responsabilidade patrimonial da Administración cando esta responsabilidade estaba relacionada con materias das súas ordes xurisdiccionais respectivas.

**B) A posibilidade de reclamación directa de responsabilidade das administracións públicas ante a xurisdición contencioso-administrativa, sen procedemento administrativo previo de responsabilidade patrimonial.**

A Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, permite esta reclamación directa ao prever a posibilidade de **acumular** a pretensión indemnizadora á de anulación do acto administrativo impugnado ante a xurisdición contencioso-administrativa (artigo 31.2 da LRXCA).

Así, poderíase acumular a pretensión de anulación dunha orde de peche dun local, sempre que poña fin á vía administrativa, coa petición de indemnización polos danos e prexuízos provocada por esa orde de peche.

Ademais, cabe a posibilidade de obter **primeiro sentenza firme anulatoria do acto** (a orde de peche do local, por exemplo), e **logo solicitarlle a indemnización** á Administración, computándose o prazo dun ano a partir da firmeza da sentenza.

Ricardo José Durán Rodríguez

**Bibliografía:**

García de Enterría, E. e Fernández, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, Thomsom Civitas, 11ª edición, Navarra, 2008.

López Menudo, F., Guichot Reina, E. e Carrillo Donaire, J. A.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2005.



Parada Vázquez, R.: *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, 18ª edición, Madrid, 2010.

Santamaría Pastor, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

VV.AA.: *Administrativo 2011*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

VV.AA.: *Lei 30/1992 comentada por Letrados da Xunta de Galicia*, EGAP, 2ª edición, Santiago de Compostela, 2007.





**20. A XURISDICIÓN  
CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVA: NATUREZA,  
EXTENSIÓN E LÍMITES.  
CAPACIDADE PROCESUAL,  
LEXITIMACIÓN,  
REPRESENTACIÓN E DEFENSA.  
ACTOS IMPUGNABLES.**

## **TEMA 20.- A XURISDICIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: NATUREZA, EXTENSIÓN E LÍMITES. 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 ante a actuación dos poderes públicos e da conformidade do seu proceder coa Lei e co 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, de 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 despois recollería a Constitución española de 1978, a Lei de 1956 era tributaria do tempo histórico no que foi ditada; con todo, 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 iso, existían razóns obxectivas que impulsaban a súa reforma. Por unha banda, 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 banda, 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 abundaron, malia o esforzo, 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 dúas 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 reconece un sistema de control da actuación administrativa *xudicial, ordinario e especializado*. A primeira nota *-carácter xudicial-* significa que lles corresponde o control aos 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 preténdese poñer 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 suscitarse pretensións para obter xustiza ante 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 xurisdicción contencioso-administrativa é asegurar, en beneficio dos interesados e do interese xeral, o exacto sometimento da Administración ó dereito en tódalas actuacións que realiza na súa condición de poder público e en uso das prerrogativas que como tal lle corresponde. No 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 ten que estar sometida en todo caso ó imperio da lei (...) Por iso a nova lei somete a control da xurisdicción a actividade da Administración pública de calquera clase que estea suxeita ó dereito administrativo, articulando para iso as accións procesuais oportunas.” Trátase de “supera-la tradicional e restrinxida concepción do recurso contencioso-administrativo como unha revisión xudicial de actos administrativos previos, é dicir, como un recurso ó 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 delimítase

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 un listado 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 ó dereito administrativo, coas disposicións xerais de rango inferior á lei e cos decretos legislativos 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.

1.º) 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”, cómpre sinalar que a LXCA actualizou o concepto de “Administración Pública” aos 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 ó Estado, ás comunidades autónomas ou ás entidades locais”.

2.º) 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 con:

- a) Os actos e disposicións en materia de persoal, administración e xestión patrimonial suxeitos ó 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 ó Tribunal de Contas e ó Defensor do Pobo.
- b) Os 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) A actuación da Administración electoral, nos termos previstos na Lei orgánica do réxime electoral xeral”.

3.º) A Xurisdición contencioso-administrativa coñecerá dos *actos de Goberno*, nos termos previstos no artigo 2.a) da LXCA:

“A orde xurisdiccional contencioso-administrativa coñecerá das cuestións que se susciten en relación:

a) Coa protección xurisdiccional dos dereitos fundamentais, os elementos regradados 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 for a natureza dos ditos actos”.

4.º) 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 xurisdiccional 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”.

5.º) A Xurisdición contencioso-administrativa coñece das cuestións que se susciten en relación coa actividade xurídico-pública dos *concesionarios*, á que se refire o artigo 2.d) LXCA:

“A orde xurisdiccional contencioso-administrativa coñecerá das cuestións que se susciten en relación:

d) Cos actos administrativos de control ou fiscalización dictados pola Administración concedente, respecto dos dictados 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 perante esta orde xurisdiccional 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.

1.º) *As disposicións de rango inferior á Lei e os Decretos lexislativos* cando excedan os límites da delegación, aos que se refire o artigo 1.1 LXCA.

Na expresión de “disposicións de rango inferior á Lei” deben comprenderse todas as normas regulamentarias, por esixencia do artigo 106.1 da Constitución, xa citado. É, xa que logo, indiferente o seu rango, o seu contido material e a súa orixe.

A inclusión dos Decretos lexislativos 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 Lexislativo, pola súa forza de Lei, deberá ser fiscalizado polo Tribunal Constitucional.

2.º) *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 caen dentro do ámbito da Xurisdición contencioso-administrativo, ademais dos contratos administrativos, os chamados “actos separables” doutros contratos recolleitos na Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos o Sector Público.

3.º) *A responsabilidade patrimonial* das Administracións públicas, calquera que sexa a natureza da actividade ou o tipo de relación do que derive, non podendo ser demandadas aquelas por este motivo ante as ordes xurisdicionais civil ou social, mesmo cando na produción do dano concorran con particulares ou conten cun seguro de responsabilidade, de acordo co



artigo 2.e) LXCA (na versión dada pola disposición adicional 14 da Lei Orgánica 19/2003, de 23 de decembro, respecto de concorrencia con particulares ou a existencia de seguros de responsabilidade).

4.º) 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 lles corresponde aos Xulgados do contencioso-administrativo, en virtude do artigo 8.6 LXCA.

d) As materias excluídas:

De acordo co artigo 3 da LXCA:

No lle corresponden á orde xurisdiccional contencioso-administrativa:

- a) As cuestións expresamente atribuídas ás ordes xurisdiccionais civil, penal e social, aínda que estean relacionadas coa actividade da Administración pública.
- b) O recurso contencioso-disciplinario militar.
- c) Os conflitos de xurisdicción 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 Araba, Gipuzkoa 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 1.<sup>a</sup>, apartado 2, declara que non lle 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 cal lle 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 5.<sup>a</sup>, apartado 2, de modificación do Texto Refundido da Lei de Procedemento Laboral, recolle un novo texto para o artigo 3 de acordo co cal:

“1. Os órganos xurisdiccionais da orde social non coñecerán:

- a) Da tutela dos dereitos de liberdade sindical e do dereito a folga relativa ós funcionarios públicos e ó persoal a que se refire o artigo 1.3.a) do texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores.
- b) Das resolucións dictadas pola Tesourería Xeral da Seguridade Social en materia de xestión recadatoria ou, se é 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 ó dereito administrativo en materia laboral, agás os que se expresan no número seguinte.

2. Os órganos xurisdiccionais 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, coa excepción prevista 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. 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:

1.º) “as persoas que a teñan consonte a Lei de axuizamento civil”, é dicir, os que estean no pleno exercicio dos seus dereitos civís (artigo 2);

2.º) “os menores de idade para a defensa daqueles dos seus dereitos e intereses lexítimos a actuación dos cales lles estea permitida polo ordenamento xurídico sen necesidade de asistencia da persoa que exerza a patria potestade, tutela ou curatela”;

3.º) “os grupos de afectados, as unións sen personalidade ou patrimonios independentes ou autónomos, entidades todas elas aptas para seren titulares de dereitos e obrigas á marxe da súa integración nas estruturas formais das persoas xurídicas, tamén terán capacidade procesual perante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa cando a lei así o declare expresamente”.

### **2. A lexitimación:**

É xeneralizada a idea xeneralizada de que a mera capacidade para ser parte e comparecer nun proceso non abonda para incoar un proceso concreto, porque é preciso, ademais, ter a condición de parte lexítima ou, en terminoloxía máis usual, ter lexitimación ou estar lexitimada para iso. Dise, neste sentido, que a capacidade procesual é unha aptitude abstracta para poñer en marcha a acción, pero que a esta aptitude é preciso engadirlle 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, se poida ver 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 exerzan un dereito ou interese lexítimo:

Como se dixo, moito antes da aprobación da LXCA, respecto do artigo 24 da CE, a xurisprudencia bosquexou un concepto amplo e flexible de “interese lexítimo” entendendo que existe cando se formula unha pretensión que, de prosperar, lle orixinaría un beneficio material ou xurídico ao accionante ou, pola contra, se a persistencia da situación fáctica creada ou que puidese crear a actuación impugnada lle tería orixinado un prexuízo.

Detrás deste concepto amplo latexa 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 esixencia do dereito á tutela xudicial efectiva.

A xurisprudencia encargouse de completar a noción de interese lexítimo, salientando, polo menos, as dúas seguintes consideracións: 1.º) o interese debe ser actual, é dicir, non confiren lexitimación os intereses futuros; 2.º) 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, malia seren 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 esixe 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 contempla, ademais da lexitimación de corporacións, asociacións e sindicatos, a dos “grupos” aos que se refire o artigo 18 da LXCA. Estase a facer referencia a organizacións carentes de personalidade xurídica de individuos que comparten un interese común que opoñer á

actuación administrativa.

- A lexitimación das Administracións públicas:

As Administracións públicas ostentan lexitimación para impugnar actos e disposicións nos seguintes supostos:

1.º) A Administración do Estado, cando exerza un dereito ou interese lexítimo, pode impugnar os actos e disposicións da Administración das Comunidades Autónomas e dos Organismos públicos vinculados a elas, 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).

2.º) 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).

3.º) 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 a outras ou os doutras Entidades locais (artigo 19.1.e LXCA e artigo 63 LBRL).

4.º) A Administración autora dun acto está lexitimada para impugnaloo perante 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 perante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa “As entidades de dereito público con personalidade xurídica propia vinculadas ou dependentes de calquera das administracións públicas, para impugna-los actos ou disposicións que afecten o ámbito dos seus fins”. Estas entidades non poden, con todo, impugnar a actividade da Administración da que dependan, agás cando a lei lles outorgase un estatuto específico de autonomía (artigo 20.c LXCA). Recentemente aprobouse a Lei 11/2011, de 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 intervenir 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, de 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), recoñéceselle lexitimación a calquera persoa física ou xurídica para impugnar actuacións da Administración referidas a sectores determinados. O medio natural, 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 obriga de exercer as accións necesarias para a defensa dos seus bens e dereitos; se estas non o fixeren, calquera veciño que se achar en pleno goce dos seus dereitos civís e políticos poderá requirirille o seu exercicio á entidade interesada e, se no prazo de trinta días a entidade non acordase o exercicio das accións solicitadas, os veciños poderán exercitar a devandita acción en nome e interese da entidade local. SANTAMARÍA PASTOR refírese a un suposto de “substitución procesual”, entendendo, pois, que os efectos que se deriven do exercicio da acción recaerán sobre o patrimonio xurídico da entidade local e non sobre o veciño que exercita 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, de 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 entre mulleres e



homes, alén 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 corresponderalles 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 estivesen 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, de 5 de agosto, que introduciu no Dereito español o sistema de recursos especiais e reclamacións en materia de contratación, que se tramitan e resolven 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 que 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, agás que unha lei o autorice expresamente.

b) Os particulares cando actúen por delegación ou como simples axentes ou mandatarios dela.

c) As entidades de dereito público que sexan dependentes ou estean vinculadas ó Estado, ás comunidades autónomas ou ás entidades locais, respecto da actividade da Administración da que dependan. Exceptúanse aquelas que por lei fosen dotadas dun estatuto específico de autonomía respecto da devandita 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 a actividade dos cales se dirixa o recurso.

b) As persoas ou entidades con dereitos ou intereses lexítimos que 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 na alínea a) do punto anterior, cando se trate de organismos ou corporacións públicos suxeitos á 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 a que 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, séndoo 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 fundase as súas pretensións na ilegalidade dunha disposición xeral, considerarase tamén parte demandada a Administración autora dela, aínda que non proceda dela a actuación contra a que se recorreu”.

- A sucesión procesual:

O artigo 22, baixo o título “Sucesión na lexitimación”, establece que “De a lexitimación das partes derivar dalgunha relación xurídica transmisíble, o habente-causa poderá suceder en calquera estado do proceso á persoa que inicialmente actuase como parte”.

### **3. Representación e defensa:**

De acordo co artigo 23 LXCA, no proceso contencioso-administrativo as partes deben ser defendidas, en todo caso, por avogado. A representación do procurador é preceptiva nas actuacións ante órganos colexiados e potestativa ante órganos unipersoais. Neste último caso, as partes poden conferirlle a súa representación ao Avogado; nese caso será a este a quen se lle notifiquen as actuacións. Como particularidade, os funcionarios

públicos poderán comparecer por si mesmos en defensa dos seus dereitos estatutarios, cando se refiran a cuestións de persoal que non impliquen separación de empregados públicos inamovibles.

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 teñan ditado 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 ca de supera-la tradicional e restrinxida concepción do recurso contencioso-administrativo como unha revisión xudicial de actos administrativos previos, é dicir, como un recurso ó acto, e de abrir definitivamente as portas para obter xustiza fronte a calquera comportamento ilícito da Administración”.

Nesa liña régúlase a actividade administrativa impugnable (Capítulo primeiro, artigos 25 a 30), sinalándose, 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 xeito 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:**

### **1.º) O recurso contra actos administrativos:**

Con poucas novidades respecto da regulación anterior (recoñécese na Exposición de Motivos da Lei Xurisdiccional como o recurso máis tradicional e mellor modelado no período precedente), este recurso regúlase 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 (...) cos 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 recorrido 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 ser recorridos en tempo e forma. De non cumprirse 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 é o caso, a anulación dos

actos recorridos (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 prexuízos, cando cumpra (art. 31.2 LXCA).

## 2.º) Os recursos contra disposicións de carácter xeral:

A Lei Xurisdicional recolle dúas modalidades de recurso contra os regulamentos ilegais: a impugnación directa da disposición e a impugnación indirecta cando, con ocasión da formulación dun recurso dirixido contra un acto administrativo, se cuestione a norma na que se apoia o devandito acto 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 interpoñer 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 recorridos (artigo 33.3). En tales casos, deberá garantirse o

principio de contradición, para o cal o Tribunal someterao ás partes, mediante providencia en que, advertindo que non se prexulga o fallo definitivo, lles concederá un prazo común de dez días para que formulen as alegacións que estimen oportunas, con suspensión do prazo para pronunciar o fallo (artigo 33.2).

Os recursos directos gozarán de preferencia e, unha vez conclusos, serán antepostos para a súa votación e fallo a calquera outro recurso contencioso-administrativo, sexa cal for a súa instancia ou grao, agás 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 interpoñer 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 coma na xurisprudencia: a chamada cuestión de ilegalidade.

O sistema creado pola LXCA xira arredor dunha idea clave: posibilitarlle ao órgano xurisdicional unha declaración sobre a disposición impugnada, ao tempo que resolve sobre a legalidade do acto aplicativo da norma. Para iso, faise preciso superar a traba da incompetencia que impide na práctica ao tribunal sentenciador ir máis aló da anulación do acto ilegal e a inaplicación do Regulamento ao caso concreto.

Para acadar 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, dispoñer a formulación 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). Da devandita regulación son salientables os seguintes aspectos:

(1) É un procedemento iniciado de oficio, polo xuíz ou tribunal que ditase sentenza *firme* estimatoria anulando un acto por considerar ilegal o contido da disposición xeral aplicada (artigo 271.1 LXCA).

(2) A cuestión de ilegalidade suscítase 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 sirva de base



para a estimación da demanda (artigo 127.1 LXCA).

(4) A cuestión de ilegalidade substanciarase nun procedemento moi breve do que resultará unha sentenza sobre a validez ou nulidade do regulamento, que non afectará á situación xurídica concreta derivada da sentenza ditada polo xuíz ou tribunal que a formulou (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 formula 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 devandita 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 deberán quedar redactados os preceptos anulados (artigo 71.2 LXCA).

Cando se formula 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 devandita declaración se 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 nin sequera lle afectará a sentenza que resolva esa cuestión (artigo 126.5 LXCA).

### 3.º) O recurso contra a inactividade da Administración:

A LXCA introduce no proceso contencioso-administrativo a posibilidade de suscitar pretensións de condena contra a Administración: “Largamente reclamado pola doutrina xurídica, 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” (apartado V).

O artigo 29 da LXCA contempla dous supostos distintos nos que se pode exercitar 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 en favor dunha ou varias persoas determinadas, quen tivese dereito a ela pode reclamar da Administración o cumprimento da dita obriga. Se no prazo de tres meses desde a data da reclamación, a Administración non lle dese cumprimento ó solicitado ou non chegase 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 os afectados poderán solicita-la 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 dous casos resulta necesario que o cidadán lle 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 “darlle á Administración a oportunidade de resolve-lo conflito e de evita-la intervención xudicial” (Exposición de Motivos, apartado V). De non conseguirse, 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 formular o demandante: “...que condene a Administración ó cumprimento das súas obrigas nos concretos termos en que estean establecidas”.

#### 4.º) 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. Albíscase 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 polo menos aparentemente por unha cobertura xurídica” (STC 160/1991, de 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 poñer fin a aquelas “actuacións materiais da Administración que carecen da necesaria cobertura xurídica e lesionan dereitos e intereses lexítimos de calquera clase”. Como se recoñece na Exposición de Motivos da Lei, a acción ten unha natureza declarativa e de condena e ao mesmo tempo, dalgún xeito, 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 contra a Administración actuante, intimando a súa cesación. Se a dita intimación non fose formulada ou non fose atendida dentro dos dez días seguintes á presentación do requirimento, poderá deducir directamente recurso contencioso-administrativo” (art. 30).

Porén, 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.

Contra 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 é o caso, as demais medidas previstas no artigo 31.2” (artigo 32.2), é dicir, as medidas axeitadas para o pleno restablecemento da situación xurídica afectada, entre elas a indemnización de danos e prexuízos, cando cumpra.

## **2. A articulación procesual da pretensión no proceso contencioso-administrativo:**

A axeitada formulación da pretensión no proceso non é cuestión fútil. Condiciona os termos en que teña de producirse o debate procesual e a eficacia mesma da sentenza. A propia práctica é culpable de que os fallos 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 esixe 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 previo escrito 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 dispoñer do obxecto do proceso, so pena de desviación procesual, así como a vinculación do órgano xurisdiccional ás pretensións suscitadas polas partes, de acordo co deber de congruencia co obxecto do proceso que debe presidir a actuación xurisdiccional. Xa que logo, 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 unha banda, o principio de inalterabilidade da pretensión esixe 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 rixida regra da inmutabilidade da pretensión, a prol de superar a interpretación ligada a un entendemento do carácter revisor da Xurisdición contencioso-administrativa segundo o cal non poder atacar un acto administrativo máis que 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 formulados 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).

Doutra banda, a rixidez coa 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 de 26 de maio de 1993, RX 1993/3637).

Para rematar, admítese a posibilidade de formular por primeira vez en sede xurisdiccional cuestións implícitas ou subxacentes na petición principal ou no expediente administrativo (STS de 27 de outubro de 1995, RX 7826), mesmo tratadas por primeira vez no escrito de conclusións (STS de 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 rapa pola que se debe medir o admisible e inadmisible no proceso contencioso-administrativo:

“E, en definitiva, resulta válido introducir no debate temas ou, de ser 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 prohíbe calquera situación de indefensión) (...) así favorécese tanto a xustiza, considerada en si mesma, coma a economía procedemental administrativa e xudicial, ao evitarse, deste xeito, potenciais posteriores pronunciamentos administrativos, coas súas subseguintes revisións xurisdiccionais (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 (xeito, en suma, de facer real a tutela xudicial efectiva que ten de procurar o órgano xudicial conforme ao devandito artigo 24.1 da Constitución)...”. (STS de 4 de febreiro de 1992, RX 1992/1454).

## **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 edicions).

HUERGO LORA, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2000.

SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volume II, 1999 (sucesivas edicions).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Dereito Administrativo**  
**Universidade da Coruña**





# **21. O RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO: PROCEDEMENTO XERAL E PROCEDEMENTO 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. RECURSOS DE SÚPLICA, APELACIÓN, CASACIÓN E REVISIÓN. EXECUCIÓN DE SENTENZAS. CLASES DE PROCESOS ESPECIAIS.**

### **I. O RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: PROCEDEMENTO XERAL E PROCEDEMENTO ABREVIADO.**

#### **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 figurase unido ás actuacións doutro recurso pendente ante o mesmo Xulgado ou Tribunal, en cuxo caso poderá solicitarse que se expida certificación para a súa unión aos autos.
- b) O documento ou documentos que acrediten a lexitimación do actor cando a ostente por terlla transmitido outro por herdanza ou por calquera outro título.
- c) A copia ou traslado da disposición ou do acto expreso que se recorran, ou indicación do expediente en que recaese o acto ou o xornal oficial en que a disposición se publicase. Se o obxecto do recurso fose a inactividade

da Administración ou unha vía de feito, mencionarse o órgano ou dependencia ao que se atribúa unha ou outra, no seu caso, o expediente en que tivese orixe, ou calquera outros datos que sirvan para identificar suficientemente o obxecto do recurso.

d) O documento ou documentos que acrediten o cumprimento dos requisitos exixidos para entaboar accións as persoas xurídicas de acordo coas normas ou estatutos que lles sexan de aplicación, salvo que se tivesen incorporado ou inserido no pertinente dentro do corpo do documento mencionado na letra a).

Se co escrito de interposición non se achegan os documentos sinalados ou os presentados son incompletos e, en xeral, sempre que o Secretario xudicial considere que non concorren os requisitos exixidos por esta Lei para a validez da comparecencia, requirirá inmediatamente a subsanación dos mesmos, sinalando un prazo de dez días para que o recorrente poida levala a efecto. Se non o fixer, o Xuíz ou Tribunal pronunciárase sobre o arquivo das actuacións.

O inicio do procedemento mediante demanda é preceptivo cando se trate dun recurso de lesividade (artigo 45.4 LJCA). 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 interpoñer 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 fose 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 trae causa 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 de 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 contarase a partir do día seguinte ao vencemento dos prazos sinalados no devandito 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 tivesen dereito a ela poderán presentar reclamación ante a Administración para que proceda ao cumprimento da devandita obriga (téñase en conta que aínda que se empregue 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 fixer ou non tivese chegado 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, dispoñendo 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.

#### C. Medidas Preventivas:

Unha das principais novidades da LXCA foi a regulación das medidas preventivas, ás que adica os seus artigos 129 a 136. Algunhas das súas principais notas características son as seguintes:

1º) Ampliación das medidas preventivas: 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 contemplaba exclusivamente a medida de suspensión da execución do acto ou disposición recorridos, dando cabida a calquera medida, de carácter positivo ou negativo.

2º) Criterios para decidir sobre as medidas preventivas:

O xuíz ou tribunal deberán levar a cabo, en primeiro lugar, unha “previa valoración circunstanciada de todos os intereses en conflito” (artigo 130.1 LXCA). De aí que a medida preventiva poida denegarse cando dela puidese seguir 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 xeito complementario co criterio anterior, “a medida preventiva 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 valorarse polo órgano xudicial o *fumus boni iuris* ou aparencia de bo dereito de quen solicita a medida preventiva.

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 preventiva adoptárase salvo que se aprecie con evidencia que non se dan as situacións previstas nos devanditos artigos ou a medida ocasione unha perturbación grave dos intereses xerais ou de terceiro, que o Xuíz ponderará en forma circunstanciada.

## **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).
- Remisión do expediente por parte da Administración demandada (artigo 48).
- Emprazamentos (artigo 49) e comparecencia (artigo 50).
- Inadmisión do recurso (artigo 51): Antes de formalizarse a demanda pode chegar a frustrarse a válida constitución da relación procesal 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 tivesen desestimado 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 obrigas a que se refire o artigo 29 (inactividade) e sexa evidente a ausencia de obriga concreta da Administración respecto dos recorrentes.

### **3. Demanda e contestación:**

Recibido o expediente administrativo no órgano xudicial e comprobados, e no seu caso completados, os emprazamentos, polo Secretario xudicial acordarase 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).

Da demanda presentada darase traslado ás partes demandadas que tivesen comparecido, con entrega do expediente administrativo, para que a contesten no prazo de vinte días.

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. Coa demanda e a contestación as partes achegarán os documentos en que directamente funden o seu dereito, e se non obraren no seu poder, designarán o arquivo, oficina, protocolo ou persoa en cuxo poder se atopen. Despois da demanda e contestación non se admitirán ás partes máis documentos que os que se atopen 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 conclusivo, 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 actor pide por outrosí na súa demanda que o recurso se fale 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 estime procedentes sobre a posible causa de inadmisión, e seguidamente se declarará conclusivo o preito (artigo 57).



#### **4. Alegacións previas:**

Dentro dos primeiros cinco días do prazo para contestar a demanda, as partes demandadas poderán alegar os motivos que puideren determinar a incompetencia do órgano xurisdiccional ou a inadmisibilidade do recurso de acordo co disposto no artigo 69, é dicir:

- a) Que o Xulgado ou Tribunal Contencioso-Administrativo careza de xurisdición.
- b) Que se tivese interposto por persoa incapaz, non debidamente representada ou non lexitimada.
- c) Que tivese por obxecto disposicións, actos ou actuacións non susceptibles de impugnación.
- d) Que recaese sobre cousa xulgada ou existise litispendencia.
- e) Que se tivese presentado o escrito inicial do recurso fóra do prazo establecido.

#### **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 devanditos escritos deberán expresarse en forma ordenada os puntos de feito sobre os que haxa de versar a proba e os medios de proba que se propoñan.

Se da contestación á demanda resultasen novos feitos de transcendencia para a resolución do preito, o recorrente poderá pedir o recibimento a proba e expresar os medios de proba que se propoñan dentro dos cinco días seguintes a aquel no que se dese traslado da mesma, sen prexuízo de que poida facer uso do seu dereito a achegar documentos conforme ao disposto no apartado 4 do artigo 56, conforme ao 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 fosen de transcendencia, a xuízo do órgano xurisdiccional, para a resolución do preito. Se o obxecto do recurso fose unha sanción administrativa ou disciplinaria, o proceso recibirase sempre a proba cando exista desconformidade nos feitos.

A proba desenvolverase de acordo coas normas xerais establecidas para o proceso civil, sendo o prazo para practicala de trinta días. Non obstante, poderanse achegar ao proceso as probas practicadas fóra deste prazo por causas non imputables á parte que as propuxo.

## **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 concluído, sen máis trámites, para sentenza. A devandita solicitude haberá de 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 concluído o período de proba.

Se as partes non tivesen formulado 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).

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 apartado 2 do artigo 61 (a práctica de novas probas), en cuxo caso a devandita declaración farase inmediatamente despois de que remate a práctica da dilixencia ou dilixencias de proba acordadas (artigo 64).

## **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 apreciase que a sentenza non poderá ditarse dentro do prazo indicado, razoarao debidamente e sinalará unha data posterior concreta na que se ditará a mesma, notificándoo ás partes.

A sentenza decidirá todas as cuestións controvertidas no proceso (artigo 67) e pronunciará algún dos fallos seguintes:

- Inadmisibilidade do recurso contencioso-administrativo, nos casos seguintes:

a) Que o Xulgado ou Tribunal Contencioso-Administrativo careza de xurisdición.

b) Que se tivese interposto por persoa incapaz, non debidamente representada ou non lexitimada.

c) Que tivese por obxecto disposicións, actos ou actuacións non susceptibles de impugnación.

d) Que recaese sobre cousa xulgada ou existise litispendencia.

e) Que se tivese presentado 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 estimase o recurso contencioso-administrativo:

a) Declarará non ser conforme a Dereito e, no seu caso, anulará total ou parcialmente a disposición ou acto recorrido ou disporá que cese ou se modifique a actuación impugnada.

b) Se se tivese pretendido o recoñecemento e restablecemento dunha situación xurídica individualizada, recoñecerá a devandita situación xurídica e adoptará cantas medidas sexan necesarias para o pleno restablecemento da mesma.

c) Se a medida consistise na emisión dun acto ou na práctica dunha

actuación xuridicamente obrigatoria, a sentenza poderá establecer prazo para que se cumpra o fallo.

d) Se fose estimada unha pretensión de resarcir danos e prexuízos, declararase en todo caso o dereito á reparación, sinalando 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 xurisdicionais non poderán determinar a forma en que teñen que quedar redactados os preceptos dunha disposición xeral en substitución dos que anulen nin poderán determinar o contido discrecional dos actos anulados (artigo 71). Despois desta afirmación debe verse unha toma de posición clara do lexislador a favor da división de poderes, que se volve 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 publicado o seu fallo 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 a 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 á 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 supuxese 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 rematar de forma normal, ditándose a sentenza. A doutrina adoita falar de terminación “anormal” para referirse a outros modos de rematar o proceso:

- a) Desestimación (artigo 74).
- b) Conformidade (artigo 75).
- c) Recoñecemento da pretensión en vía administrativa (artigo 76).
- d) Conciliación (artigo 77).

## **PROCEDIMENTO ABREVIADO:**

O procedemento abreviado regúlase integramente no artigo 78 LXCA e está reservado aos órganos unipersoais da Xurisdición: os Xulgados do contencioso-administrativo e os Xulgados Centrais do contencioso-administrativo. BALNQUER chama a atención sobre as pretensións de condea 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 30.000 euros.

- Fases do procedemento:

1º) Inicio: O recurso iniciárase por demanda, á que se achegará o documento ou documentos en que o actor 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 na que: orde a admisión da demanda e o seu traslado ao demandado; cita ás partes para a celebración da vista; e orde á Administración demandada que remita o expediente administrativo, polo menos con quince días de antelación respecto á data sinalada para a vista.

3º) Remisión do expediente: Recibido o expediente administrativo, o Secretario xudicial remitirao ao actor e aos interesados que comparecesen 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 compareceren ou o fixer só o demandado, o Xuíz ou Tribunal terá ao actor por desistido do recurso e condenarao en custas, e se comparecer só o actor, 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. Deseguido, o demandado poderá formular as alegacións que ao seu dereito conveñan, comezando, no seu caso, polas cuestións relativas á xurisdición, á competencia obxectiva e territorial e a calquera outro feito ou circunstancia que poida obstar á 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 das devanditas cuestións, declinara o coñecemento do asunto en favor doutro Xulgado ou Tribunal ou entendese que debe declarar a inadmisibilidade do recurso.

Se nas súas alegacións o demandado tivese impugnado a adecuación do procedemento por razón da contía, o Xuíz, antes de practicarse a proba ou, no seu caso, as conclusións, exhortará ás partes a poñerse de acordo sobre tal extremo. Se non se alcanzar 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 suscitasen as cuestións procesais a que se refiren os apartados anteriores ou se, despois de suscitarse, se resolvese polo Xuíz a continuación do xuízo, darase a palabra ás partes para fixar con claridade os feitos en que fundamenten as súas pretensións. Se non houber conformidade sobre eles, proporanse as probas e, unha vez admitidas as que non sexan impertinentes ou inútiles, practicaranse seguidamente.

Cando das alegacións das partes se desprenda a conformidade de todos os



demandados coas pretensións do actor, 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 opuxer, ditará sentenza sen máis dilación.

Formulada oposición, o Xuíz resolverá estimándoa, en cuxo caso proseguirá a vista conforme ao regulado nos apartados seguintes, ou desestimándoa na mesma sentenza que dite conforme ao 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 proporanse verbalmente, sen admisión de pregos.

Non se admitirán escritos de preguntas e repreguntas para a proba testifical. Cando o número de testemuñas fose excesivo e, a criterio do órgano xudicial, as súas manifestacións puidesen constituir inútil reiteración do testemuño sobre feitos suficientemente esclarecidos, aquel poderá limitalos discrecionalmente.

As testemuñas non poderán ser riscados 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 denunciase como obtidas con violación de dereitos fundamentais, as partes poderán interpoñer no acto recurso de súplica, que se substanciará e resolverá seguidamente.

Se o Xuíz estimase que algunha proba relevante non pode practicarse na vista, sen mala fe por parte de quen tivese a carga de achegala, suspenderaa, sinalando o Secretario xudicial competente, no acto e sen necesidade de nova notificación, o lugar, día e hora en que deba reanudarse.

Tras a práctica da proba, se a houber, e, no seu caso, das conclusións, oídos os Letrados, as persoas que sexan parte nos asuntos poderán, coa venia do Xuíz, expoñer de palabra o que crean oportuno para a súa defensa á conclusión da vista, antes de dala por rematada.

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.

## **II. RECURSOS DE SÚPLICA, APELACIÓN, CASACIÓN E REVISIÓN:**

### **1. Recurso de súplica contra providencias e autos (artigo 79 LXCA):**

Son susceptibles deste recurso as providencias e os autos non susceptibles de apelación ou casación. Están excluídos do mesmo os autos que resolvan os recursos de súplica, de reposición e aclaración.

### **2. Recurso de apelación contra autos (artigo 80):**

Son susceptibles deste recurso os autos ditados polos Xulgados do

Contencioso-Administrativo e os Xulgados Centrais do Contencioso-Administrativo, en procesos dos que coñezan en primeira instancia, nos seguintes casos:

- a) Os que poñan termo á peza separada de medidas cautelares.
- b) Os recaídos en execución de sentenza.
- c) Os que declaren a inadmisión do recurso contencioso-administrativo ou fagan imposible a súa continuación.
- d) Os recaídos sobre as autorizacións previstas no artigo 8.6 e 122 bis.
- e) Os recaídos en aplicación dos artigos 83 e 84.

### **3. Recurso ordinario de apelación (artigos 81-85):**

Son susceptibles deste recurso as sentenzas dos Xulgados do Contencioso-Administrativo e dos Xulgados Centrais do Contencioso-Administrativo, *salvo* que se tivesen ditado nos asuntos seguintes:

- a) Aqueles cuxa contía non exceda de 30.000 euros.
- b) Os relativos a materia electoral comprendidos no artigo 8.4.

Isto non obstante, serán sempre susceptibles de apelación as sentenzas seguintes:

- a) As que declaren a inadmisibilidade do recurso no caso de recursos de contías inferiores a dezaioito mil euros.
- 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.

### **4. Recurso de casación (artigos 86-95):**

Este recurso, como o de apelación, cabe contra sentenzas e autos.

A determinación das sentenzas recorribles en casación pasa polas

seguintes regras, sistematizadas por SANTAMARÍA PASTOR:

- Con carácter xeral, son recorribles en casación 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

- Exceptúanse da regra xeral as sentenzas recaídas sobre catro tipos de asuntos:

- a) As sentenzas que se refiran a cuestións de persoal ao servizo das Administracións públicas, salvo que afecten ao nacemento ou á extinción da relación de servizo de funcionarios de carreira.

- b) As recaídas, calquera que for a materia, en asuntos cuxa contía non exceda de 600.000 euros, agás cando se trate do procedemento especial para a defensa dos dereitos fundamentais, en cuxo 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 LXCA.

- d) As ditadas en materia electoral.

Dito o cal é imprescindible ter en conta a regra contida na LXCA respecto ás 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 recorribles en casación se o recurso pretende fundarse en infracción de normas de Dereito estatal ou comunitario europeo que sexa relevante e determinante do fallo recorrido, sempre que fosen invocadas oportunamente no proceso ou consideradas pola Sala sentenciadora.

Por último, 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.

Como se dixo antes, o recurso de casación procede tamén contra autos, coas seguintes particularidades:

- Os autos recorribles en casación son, exclusivamente, os referidos ás seguintes materias:

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 recaídos en execución de sentenza, sempre que resolvan cuestións non decididas, directa o indirectamente, naquela ou que contradigan os termos do fallo que se executa.

d) Os ditados no caso previsto no artigo 91, é dicir, os relativos á execución provisional de sentenzas recorridas en casación.

e) Os ditados en aplicación dos artigos 110 e 111 da LXCA, é dicir, nos incidentes de extensión subxectiva dos efectos das sentenzas.

Para que poida prepararse o recurso de casación nos casos sinalados, é requisito necesario interpoñer previamente o recurso de súplica.

2º) Motivos do recurso de casación (artigo 88):

O recurso de casación haberá de 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 procesais, 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.

A infracción das normas relativas aos actos e garantías procesais que produza indefensión só poderá alegarse cando se pedise a emenda da falta ou transgresión na instancia, de existir momento procesal axeitado para iso.

Cando o recurso se funde no motivo previsto na letra d), o Tribunal Supremo poderá integrar nos feitos admitidos como probados polo Tribunal de instancia aqueles que, despois de ser 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, mesmo a desviación de poder.

## **5. Recurso de casación para a unificación de doutrina (artigo 96-99 ):**

Esta “variedade” do recurso de casación ten por finalidade unificar a

xurisprudencia e eliminar a existencia de fallos distintos 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).

Seguindo a SANTAMARÍA PASTOR, a determinación das sentenzas impugnables neste específico recurso de casación efectúase pola LXCA mediante a superposición dunha serie de requisitos, tanto positivos como negativos.

a) Os requisitos positivos son de tres tipos:

- Que se trate de sentenzas ditadas en única instancia (non, pois, en vía de apelación) polas Salas do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, Audiencia Nacional e Tribunais Superiores de Xustiza (artigos 96.1 e 2).
- Que as devanditas sentenzas incorresen en contradicións entre si, é dicir, que respecto aos mesmos litigantes ou outros diferentes en idéntica situación e, en mérito a feitos, fundamentos e pretensións substancialmente iguais, se tiver chegado a pronunciamentos distintos (artigo 96.1).
- Que se trate de sentenzas cuxa contía litixiosa, excedendo de 30.000 euros (límite mínimo da apelación) non sexa superior a 600.000 (límite mínimo da casación ordinaria).

b) Os requisitos negativos redúcense á exclusión deste recurso 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. É dicir as sentenzas que versen sobre cuestións de persoal, as ditadas no procedemento para a protección do dereito fundamental de reunión ou en materia electoral, ou aquelas sentenzas cuxa impugnación se basease en normas que non fosen

de Dereito estatal nin comunitario europeo.

O caso especial do recurso especial en materia autonómica (artigo 99):

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 tiver chegado a pronunciamentos distintos. Este recurso só poderá fundarse en infracción de normas emanadas da Comunidade Autónoma.

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 xa citado artigo 86.4 e cando a contía litixiosa supere os 30.000 euros.

Deste 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.

## **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 rematamos de analizar é “unificar” a xurisprudencia, o obxectivo neste caso é “corrixir” unha xurisprudencia gravemente danosa para o interese xeral.

Este recurso procede contra as sentenzas (non cabe contra autos) 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 anteriores. Dise, por isto último, que é un recurso subsidiario (BLANQUER).

Lexitimación: Están lexitimadas para interpoñer este recurso a Administración pública territorial que teña interese lexítimo no asunto; as Entidades ou Corporacións que ostenten a representación e defensa de intereses de carácter xeral ou corporativo e tivesen interese lexítimo no asunto; o Ministerio Fiscal; e a Administración Xeral do Estado, en interese da lei.

## **7. Recurso de revisión (artigo 102):**

Trátase dun recurso contra sentenzas firmes, de carácter extraordinario, que cabe formular ante os seguintes motivos:

- Se despois de pronunciada a sentenza se recobraren documentos decisivos, non achegados por causa de forza maior ou por obra da parte en cuxo favor se tiver ditado.
- Se a sentenza se tiver ditado en virtude de documentos que, ao tempo de ditarse aquela, ignoraba unha das partes ter sido recoñecidos e declarados falsos ou cuxa falsidade se recoñecese ou declarase despois.
- Se, téndose ditado a sentenza en virtude de proba testifical, as testemuñas tivesen sido condenadas por falso testemuño dado nas declaracións que serviron de fundamento á mesma.
- Se se tiver ditado a sentenza en virtude de suborno, prevaricación, violencia ou outra maquinación fraudulenta.

## **III. 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 prescribe, e na potestade dos órganos xudiciais de facer executar o xulgado, que a propia Constitución lles atribúe”.

En efecto, a suma dos artigos 1, 24.1, 106 e 117 da Constitución só podía abocar a unha regulación que abordase con decisión a posta a disposición de xuíces e tribunais a 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 leva consigo o dereito á execución puntual do fallado nos seus propios termos. A negativa, expresa ou implícita, a cumprir unha resolución xudicial constitúe un atentado á Constitución fronte ao que non caben escusas”. Non obstante, na práctica a execución de sentenzas continúa sendo unha das grandes aspiracións e, ao mesmo tempo, maiores frustracións do Estado de Dereito.

A afirmación xeral contense no artigo 103.1 LXCA: “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 ao que coñecese do asunto en primeira ou única instancia”.

Correlativamente, “as partes están obrigadas a cumprir as sentenzas na forma e termos que nestas se consignent” (apartado 2) e “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” (apartado 3).

A consecuencia de contradicir os pronunciamentos das sentenzas é a nulidade de pleno Dereito dos actos e disposicións que se diten coa finalidade de eludir o seu cumprimento (apartado 4).

Do conxunto normativo contido na LXCA sobre a execución de sentenzas poden destacarse as seguintes regras:

1º) Asine unha sentenza, o Secretario xudicial comunicarao no prazo de dez días ao órgano que tivese realizado a actividade obxecto do recurso, a fin de que, recibida a comunicación, a leve a puro e debido efecto e practique o que exixa o cumprimento das declaracións contidas no fallo, e no mesmo prazo indique o órgano responsable do cumprimento daquel.

2º) Con carácter xeral, o órgano administrativo responsable da execución dispón dun prazo de dous meses para o cumprimento do fallo, pasado o cal calquera das partes e persoas afectadas poderá instar a súa execución forzosa. Non obstante, 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.

3º) O órgano xudicial dispón de determinadas facultades orientadas a evitar comportamentos elusivos da Administración: “Se a Administración realizar algunha actividade que contraviñese os pronunciamentos do fallo, o Xuíz ou Tribunal, a instancia dos interesados, procederá a repoñer a situación ao estado exixido polo fallo e determinará os danos e prexuízos que ocasionar o incumprimento” (artigo 108.2).

4º) Ademais, a LXCA establece dúas medidas coactivas importantes para o caso de que se esgoten os prazos contidos para o cumprimento do fallo sen que se levase a puro e debido efecto:

Artigo 112: “Transcorridos os prazos sinalados para o total cumprimento do fallo, o Xuíz ou tribunal adoptará, previa audiencia das partes, as medidas necesarias para lograr a efectividade do mandado.

Singularmente, acreditada a súa responsabilidade, previo apercibimento do Secretario xudicial notificado persoalmente para formulación de alegacións, o Xuíz ou a Sala poderán:

a) Impoñer 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 do fallo xudicial, sen prexuízo doutras responsabilidades patrimoniais a que houber lugar...

b) Deducir o oportuno testemuño de particulares para exixir a responsabilidade penal que puidese corresponder”.

5º) Se as medidas anteriores non fosen suficientes para lograr a execución do fallo, a LXCA regula técnicas de execución forzosa:

- 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. Á devandita cantidade engadirase o interese legal do diñeiro, calculado desde a data de notificación da sentenza ditada en única ou primeira instancia; que poderá mesmo elevarse en dous puntos cando, transcorridos tres meses desde a comunicación da sentenza se apreciase falta de dilixencia no cumprimento (artigo 106).

- Se a sentenza firme anulase total ou parcialmente o acto impugnado, o

Secretario xudicial disporá, a instancia de parte, a inscrición do fallo nos rexistros públicos a que tiver tido acceso o acto anulado, así como a súa publicación nos xornais oficiais ou privados, se concorrer causa abonda para iso, a custa da parte executada. Cando a publicación sexa en xornais privados, deberase acreditar ante o órgano xurisdiccional un interese público que o xustifique (artigo 107).

- Se a sentenza anulase total ou parcialmente unha disposición xeral ou un acto administrativo que afecte a unha pluralidade indeterminada de persoas, o Secretario do órgano xudicial ordenará a súa publicación en diario oficial no prazo de dez días a contar desde a firmeza da sentenza (artigo 107).

- Se a sentenza condenar á 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, no seu defecto, doutras Administracións públicas, con observancia dos procedementos establecidos ao efecto.

b) Adoptar as medidas necesarias para que o fallo adquira a eficacia que, no seu caso, sería inherente ao acto omitido, entre as que se inclúe a execución subsidiaria con cargo á Administración condenada (artigo 108.1).

6º) A LXCA regula os supostos de imposibilidade material ou legal de execución da sentenza, dispoñendo no seu artigo 105.2 que:

“Se concorresen causas de imposibilidade material ou legal de executar unha sentenza, o órgano obrigado ao seu cumprimento manifestarao á autoridade xudicial a través do representante

procesal da Administración, dentro do prazo previsto no apartado segundo do artigo anterior, a fin de que, con audiencia das partes e dos que considere interesados, o Xuíz ou Tribunal aprecie a concorrencia ou non das devanditas causas e adopte as medidas necesarias que aseguren a maior efectividade da executoria, fixando no seu caso a indemnización que proceda pola parte en que non poida ser obxecto de cumprimento pleno”.

7º) Distinto é o suposto de expropiación dos dereitos recoñecidos pola sentenza nos casos de perigo certo de alteración grave do libre exercicio dos dereitos e liberdades dos cidadáns, o temor fundado de guerra ou o quebrantamento da integridade do territorio nacional. O artigo 105.3 dispón que:

“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 quebrantamento da integridade do territorio nacional. A declaración da concorrencia dalgunha das causas citadas farase polo Goberno da Nación; poderá tamén efectuarse polo 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 devandita Comunidade ou das Entidades locais do seu territorio, así como das Entidades de Dereito público e Corporacións dependentes dunha e outras.

A declaración de concorrencia dalgunha das causas mencionadas no parágrafo anterior haberá de 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 devandito motivo”.

Por último, o artigo 110 da LXCA recolle unha das novidades máis interesantes deste texto legal, dirixida no seu día a descargar a Xustiza administrativa: a posibilidade de extensión dos efectos dunha sentenza firme ditada en materia tributaria e de persoal. A tal efecto, deben concorrer as seguintes circunstancias:

- a) Que os interesados se atopen en idéntica situación xurídica que os favorecidos polo fallo.
- b) Que o Xuíz ou Tribunal sentenciador fose tamén competente, por razón do territorio, para coñecer das súas pretensións de recoñecemento da devandita situación individualizada.
- c) Que soliciten a extensión dos efectos da sentenza no prazo dun ano desde a última notificación desta a quen foron parte no proceso. Se se houber interposto recurso en interese da Lei ou de revisión, este prazo contarase desde a última notificación da resolución que poña fin a este.

O incidente desestimarase, en todo caso, cando concorra algunha das seguintes circunstancias:

- a) Se existise cousa xulgada.
- b) Cando a doutrina determinante do fallo 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 (vid. *supra*).

c) Se para o interesado se tiver ditado resolución que, habendo causado estado en vía administrativa, for consentida e firme por non ter promovido recurso Contencioso-Administrativo.

#### **IV. CLASES DE PROCESOS ESPECIAIS.**

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 parte, e sendo atribuída á orde contencioso-administrativa a materia electoral (artigo 1.3 LXCA), haberá que estar ao que para este tipo de procesos regula a Lei Orgánica do Réxime Electoral Xeral.

O presente texto foi actualizado a decembro de 2011.



**BIBLIOGRAFIA:**

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).

SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 1999 (sucesivas edicions).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Dereito Administrativo**  
**Universidade da Coruña**

## **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.**



## PARTE IV 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** (anda polos 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 económico, social e tamén xurídico.

Nos seguintes catro temas recolleranse os conceptos básicos da contratación pública no ordenamento xurídico español, con referencia especial á normativa da nosa comunidade autónoma.

### II. NORMATIVA VIXENTE.

#### 1. NORMATIVA COMUNITARIA.

Desde a entrada de España na Unión Europea, a normativa comunitaria incidiu de maneira determinante na regulación da contratación pública.

A **Directiva 2004/18/CE** do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo do 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 en España da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público como norma de transposición.

Esta directiva **non inclúe** os sectores da **auga**, da **enerxía**, dos **transportes** e dos **servizos postais**, que se rexen pola Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo do 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, da enerxía, dos transportes e dos servizos postais, que non será obxecto de estudo.

#### 2. NORMATIVA ESTATAL.

A principal normativa estatal en materia de contratos do sector público é:



- **Lei 30/2007**, do 30 de outubro, de **contratos do sector público** (LCSP, en diante).

A obrigatoriedade desta lei no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia hai que modulala no sentido de que só os artigos de **aplicación directa** (e, xa que logo, directamente aplicables, sen posibilidade de desenvolvemento polas comunidades autónomas) e os **básicos** (a Comunidade Autónoma de Galicia, que ten competencias en contratación, pode desenvolvelos, mais non contradicilos) vinculan en primeiro lugar os órganos da comunidade, de acordo coa súa disposición derradeira sétima, polo que no resto a comunidade podería establecer unha regulación distinta á establecida na LCSP.

A LCSP xa sufriu varias **modificacións**, entre outros motivos porque non satisfizo convenientemente as esixencias da Directiva 2004/18/CE respecto da modificación dos contratos e do réxime de recursos en materia de contratación, o que puxeron de relevo a Comisión Europea e o Tribunal de Xustiza de Luxemburgo.

Unha destas modificacións, a Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable, autorizou ao Goberno para elaborar, no prazo dun ano desde a súa entrada en vigor (6 de marzo do 2011), un **texto refundido** da LCSP.

A LCSP deixou expresamente en vigor os artigos 253 a 260 do **Real decreto lexislativo 2/2000**, do 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas (LCAP), relativos ao financiamento privado no contrato de concesión de obras públicas, derrogando o resto.

- **Real decreto 817/2009**, do 8 de maio, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público. A súa disposición derradeira primeira establece qué artigos se consideran básicos.

- **Real decreto 1098/2001**, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da lei de contratos das administracións públicas (RXCAP), aínda en vigor no que non se opoña ao RD 817/2009 e á propia LCSP. Tamén a súa disposición derradeira primeira sinala qué artigos se consideran básicos.

Existe un debate doutrinal sobre se os **pregos de cláusulas administrativas xerais** do contrato teñen un carácter propiamente normativo —de rango regulamentario—, como defenden Parada Vázquez e certos informes do Consello de Estado —coma o 334/2002, do 11 de abril—, ou se só ten carácter contractual. Este asunto estudarase máis detidamente no tema 25.

## **2. 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 ela 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.

Separadamente 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; o Decreto 87/1990, do 15 de febreiro; e a Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia (LOFAXGA).

- Respecto do rexistro de contratos, o Decreto 198/1995, do 16 de marzo.

- Respecto da participación do Consello Consultivo de Galicia en certos procedementos, o artigo 11.h) da Lei 9/1995, do 10 de novembro.

- Respecto da adxudicación de obras e subministracións polo procedemento negociado con publicidade, o Decreto 122/1996, do 8 de febreiro.

- 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 dependentes dela.

- Respecto da xunta consultiva de contratación administrativa de Galicia, o Decreto 237/2007, do 5 de decembro.

- Respecto da publicidade dos contratos, o artigo 10 da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración pública galega, e a Orde do 4 de xuño do 2010 pola que se regula a Plataforma de Contratos Públicos de Galicia.

## **III. OBXECTO E ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

## **1. OBXECTO E FINALIDADE.**

### **A) OBXECTO.**

O artigo 1 da LCSP sinala que o obxecto da LCSP é:

**a)** Regular a contratación do **sector público** (co que se fai referencia ao ámbito *subxectivo* da lei, o “sector público”, que se definirá máis adiante), e

**b)** a regulación do réxime xurídico aplicable aos efectos, cumprimento e extinción dos **contratos administrativos** (co que se quere facer referencia ao ámbito *obxectivo* da lei, inda que, máis correctamente, se debería falar de “**contratos do sector público**”, incluíndo os contratos privados xunto aos administrativos, pois ambos os tipos son regulados pola LCSP).

### **B) FINALIDADE.**

**a)** 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 tratamento 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, á adquisición de bens e á contratación de servizos. Esta garantía económica conseguírase mediante a esixencia da definición previa das necesidades que cómpre satisfacer, a salvagarda da libre competencia e a selección da oferta economicamente máis vantaxosa.

**b)** Con respecto á finalidade de **regular o réxime xurídico aplicable aos efectos, cumprimento e extinción dos contratos administrativos**, a LCSP só fai unha vaga alusión a “os fins institucionais de carácter público que a través deles se tratan de realizar”.

## **2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

O artigo 2 da LCSP establece que están sometidos á presente lei:

1. Na forma e termos previstos nela, os contratos **onerosos** (é dicir, que impliquen algunha contraprestación), calquera que sexa a súa

natureza xurídica (administrativa ou privada), que asinen os entes, organismos e entidades enumerados no artigo 3 (os que forman o “sector público”, que se verán no apartado seguinte). Estes contratos son os que reciben o nome de “**contratos do sector público**”.

2. Nos termos que nela se sinalan:

- Os contratos **subvencionados** polos entes, organismos e entidades do sector público que asinen **outras persoas** físicas ou xurídicas (é dicir, que non formen parte do sector público) nos supostos previstos no artigo 17 (esencialmente, como se verá, cando fondos públicos de certa importancia estean vinculados ao contrato).

- Os contratos de obras que asinen os **concesionarios** de obras públicas (cando non teñan o carácter de poder adxudicador, como podería ser Sacyr, concesionaria, por exemplo, dunha autoestrada) nos casos do artigo 250 (é dicir, cando a adxudicación lle corresponda a un terceiro —por exemplo, a FCC—, o valor do contrato sexa igual ou superior a 4.845.000 € e non concorran as circunstancias que permitan a súa adxudicación por un procedemento negociado sen publicidade).

3. Con respecto aos contratos que asinen as **comunidades autónomas** e as entidades que integran a **Administración local**, ou os organismos dependentes delas, así como aos contratos subvencionados por calquera destas entidades, a aplicación da LCSP efectuarase nos termos previstos na disposición derradeira sétima, que distingue qué artigos da LCSP son de aplicación xeral.

### **3. ÁMBITO SUBXECTIVO.**

A LCSP distingue **tres grupos de suxeitos** a quen vinculará a propia LCSP en materia de contratación de forma distinta.

Estes tres grupos son, de menos a máis segundo a extensión do seu concepto, pero de máis a menos en canto á intensidade da regulación da LCSP: as administracións públicas, os poderes adxudicadores e o sector público:

#### **A) ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS.**

Segundo o artigo 3.2 da LCSP, 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 artigo 3.1 da LCSP. É dicir:



- A **Administración xeral do Estado**.  
- As administracións das **comunidades autónomas**.  
- As entidades que integran a **Administración local**.  
- As entidades xestoras (Instituto Nacional da Seguridade Social, Instituto Nacional de Saúde, Instituto Nacional de Servizos Sociais e Instituto Social da Mariña) e os servizos comúns (Tesourería Xeral da Seguridade Social e Xerencia de Informática) da **Seguridade Social**.

b. Os **organismos autónomos** (coma o Sergas, ou o Instituto da Muller).

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** (coma o Banco de España, a Comisión Nacional do Mercado de Valores, ou o Consello de Seguridade Nuclear).

e. As **entidades de dereito público** vinculadas a unha ou varias administracións públicas ou dependentes delas que cumpran algunha das características seguintes:

1. 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. 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.

Nesta letra e) poderíanse incluír a maioría das axencias estatais (coma a Axencia Estatal do Boletín Oficial do Estado, ou a Axencia Estatal de Meteoroloxía; no ámbito galego, estaría a Axencia Galega das Industrias Culturais —AGADIC—).

No entanto, **non** terán a consideración de administracións públicas as **entidades públicas empresariais estatais** (coma AENA, Loterías y Apuestas del Estado, ou Red.es) e os organismos asimilados dependentes das comunidades autónomas e entidades locais.





Con relación ás entidades públicas empresariais da Comunidade Autónoma de **Galicia**, a disposición adicional sétima da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia (LOFAXGA) sinala que “as entidades públicas empresariais reguladas na presente lei teñen o carácter de organismos asimilados ás entidades públicas empresariais estatais, para os efectos do previsto no último parágrafo do apartado 2 do artigo 3.º da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público”.

A disposición adicional vixésimo quinta da LCSP establece máis excepcións, sinalando que o réxime de contratación do **Instituto Español de Comercio Exterior**, a **Sociedade Estatal de Participacións Industriais**, o **ente público Portos do Estado** e as **Autoridades Portuarias** será o establecido nesta lei para as **entidades públicas empresariais**, polo que non se considerarán “administracións públicas” para os efectos da LCSP.

Pola súa banda, e aínda que non son administracións públicas, a disposición adicional terceira da LCSP indica que os 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 (Consello de Contas e Valedor do Pobo) , axustarán a súa contratación ás normas establecidas nesta lei para as **administracións públicas**.

#### B) PODERES ADXUDICADORES.

De acordo co artigo 3.3 da LCSP, consideraranse **poderes adxudicadores**, para os efectos desta lei, os seguintes entes, organismos e entidades:

##### a) As **administracións públicas** (xa mencionadas).

**b)** Todos os demais entes, organismos ou entidades con personalidade xurídica propia distintos dos expresados na letra a) que sexan creados especificamente para satisfacer necesidades de **interese xeral** que non teñan carácter industrial ou mercantil, sempre que un ou varios suxeitos que se deban considerar 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.

Esta categoría, introducida na Directiva 2004/18/CE, foi perfilada pola **xurisprudencia comunitaria**, en concreto, pola sentenza do Tribunal de

Xustiza das Comunidades Europeas do 16 de outubro do 2003, da que se poden extraer as seguintes notas:

- Estes “entes, organismos ou entidades” poden ser entidades de dereito privado (como unha sociedade mercantil —sociedade anónima, sociedade de responsabilidade limitada, etc.— ou unha fundación), pois o que prima é o punto de vista funcional, é dicir, a qué se dedique a entidade.

- Con “necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil” estase referindo a aquelas necesidades que non se satisfán mediante a oferta de bens ou servizos no mercado, e que, por razóns de interese xeral, o Estado decide satisfacelas por si mesmo ou respecto das cales quere conservar unha influencia determinante.

- O exemplo desta categoría, e que dá motivo á sentenza, é a Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA), que malia ser unha sociedade anónima, satisfai unha necesidade de interese xeral (construción de cárceres: seguridade pública) que non ten carácter industrial ou mercantil, xa que non ten competencia (monopoliza a construción de infraestruturas penitenciarias) e non busca a obtención de beneficios (de feito, en 1997 e 1998 deu perdas, sen que, malia iso, se prevexa unha posibilidade de creba).

No ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, exemplos de “poder adxudicador” desta letra b) serían a Fundación Semana Verde de Galicia e a Fundación Centro Tecnolóxico de Supercomputación de Galicia.

A doutrina inclúe tamén nesta categoría a maioría das **entidades públicas empresariais**, que non serían administracións públicas para os efectos de contratación, mais si poderes adxudicadores.

**c)** As **asociacións** constituídas polos entes, organismos e entidades mencionados nas **letras anteriores** (como a Federación Galega de Municipios e Provincias —FEGAMP—, ou a Federación Española de Municipios e Provincias —FEMP—).

Tocante aos poderes adxudicadores, a disposición adicional vixésimo quinta sinala que nos contratos a que se refire o artigo 16.2 da Lei 46/2003, do 25 de novembro, reguladora do **Museo Nacional del Prado**, esta entidade aplicará as normas previstas na LCSP para os contratos de poderes adxudicadores que non teñan o carácter de administracións públicas. Estes contratos non terán carácter de contratos administrativos.

## C) SECTOR PÚBLICO.



O concepto de “sector público” é máis amplo que o de poder adxudicador, e, xa que logo, máis amplo tamén que o de Administración pública, e inclúeos.

Como sinala o artigo 3.1 da LCSP, para os efectos da LCSP, 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 **entidade de dereito público** con personalidade xurídica de seu vinculada a un suxeito que pertenza ao sector público ou dependente del, 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 % (como Redes de Telecomunicación Galegas Retegal, S.A., a Sociedade Pública de Investimentos de Galicia, S.A. —SPI GALICIA, S.A.—, ou Galicia Calidade, S.A., con respecto á nosa comunidade autónoma).

e. Os **consorcios** dotados de personalidade xurídica de seu 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.

f. As **fundacións** que se constitúan cunha contribución 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 bens ou dereitos achegados ou cedidos polas referidas entidades (coma a Fundación Cidade da Cultura, ou, de novo, a Fundación Semana Verde de Galicia).

g. As **mutuas** de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social (coma FREMAP).



h. Calquera ente, organismo ou entidade con personalidade xurídica de seu que sexa creado especificamente para satisfacer necesidades de **interese xeral** que non teña 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 (coma SIEPSA, de novo).

i. As **asociacións** constituídas polos entes, organismos e entidades mencionados nas **letras anteriores** (FEGAMP e FEMP, de novo).

Parada Vázquez sinala que os **colexios profesionais** e **cámaras oficiais** que integran a Administración corporativa **se exclúen** do sector público para os efectos contractuais, polo que tampouco terán a consideración de administracións públicas. Os seus contratos están suxeitos integramente ao dereito privado.

#### 4. NEGOCIOS E CONTRATOS EXCLUÍDOS.

Co fin dunha maior concreción do que queda incluído no ámbito de aplicación da LCSP, o artigo 4 desta lei **exclúe** certos negocios e contratos da regulación da LCSP, que se rexerán, en primeiro lugar, pola súa normativa específica, e a LCSP só servirá para suplir dúbidas e lagoas:

a. A relación de servizo dos **funcionarios públicos** e os contratos regulados na **lexislación laboral**.

b. As relacións xurídicas consistentes na prestación dun **servizo público** cuxa utilización polos usuarios requira o pagamento dunha **tarifa, taxa** ou **prezo público de aplicación xeral**.

Deste xeito, 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).

c. Os **convenios de colaboración** que asine 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 asinen estes organismos e entidades entre si, salvo que, pola súa natureza, teñan a consideración de contratos suxeitos a esta lei.

Na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, os convenios de colaboración atópanse regulados no seu artigo 6.

d. Os **convenios** que, de conformidade coas normas específicas que os regulan, asine a Administración con persoas físicas ou xurídicas suxeitas ao **dereito privado** (como calquera particular, asociación ou empresa privada), sempre que o seu obxecto non estea comprendido no dos contratos regulados nesta lei ou en normas administrativas especiais.

O Tribunal Supremo sinalou que estes convenios, malia estaren excluídos da LCSP, teñen natureza administrativa, e en defecto das súas normas peculiares, resultan de aplicación supletoria as regras xerais do contrato de xestión de servizos públicos (STS do 2 de xullo de 1994, entre outras).

e. Os convenios incluídos no ámbito do artigo **296 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea** que se conclúan no sector da **defensa**.

O artigo 296 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea refírese á produción ou ao comercio de armas, municións e material de guerra, incluídos nunha lista elaborada pola Comisión Europea o 15 de abril de 1958. A excepción só afecta “o sector da defensa”, e non o ámbito interior, como sería a compra de armas para a Policía nacional, autonómica ou local.

f. Os acordos que asine o Estado **con outros Estados ou con entidades de dereito internacional público** (tratados internacionais).

g. 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 no exercicio de competencias específicas a eles atribuídas pola lei.

Trátase de subministracións non realizadas para consumo interno do organismo, coma unha lámpada, unha mesa ou unha cadeira que se vaian usar nas súas dependencias, senón dunha subministración que se realiza pensando en devolvela ao tráfico xurídico patrimonial, é dicir, ao mercado. O exemplo máis gráfico, inda 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, que logo lles vendía aos correspondentes compradores. Ese abastecemento de papel e tinta quedaría excluído desta LCSP.

h. Os contratos e convenios derivados de acordos internacionais asinados de conformidade co **Tratado constitutivo da Comunidade Europea** cun ou varios países non membros da Comunidade, relativos a **obras** ou **subministracións** destinadas á realización ou explotación conxunta dunha obra, ou relativos aos contratos de **servizos** destinados á realización ou explotación en común dun proxecto.

Trátase de contratos que podería realizar a Unión Europea cun ou máis Estados ou organismos internacionais, de acordo co artigo 300 do Tratado constitutivo da Unión Europea. O exemplo sería o tratado internacional realizado entre a UE e Marrocos para a construción dunha ponte sobre o estreito de Xibraltar.

i. Os contratos e convenios efectuados en virtude dun acordo internacional asinado en relación co **estacionamento de tropas**.

Trátase de contratos ou convenios asinados para o traslado, estacionamento inicial, estancia e retirada de tropas españolas en misións humanitarias ou de guerra, como as de Iraq ou Afganistán.

j. Os contratos e convenios adxudicados en virtude dun procedemento específico dunha **organización internacional** (como a ONU).

k. 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.

l. 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, xa que logo, 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 coma o cambio de moeda, por parte do Banco de España.

m. 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, se



deba axustar ás súas prescricións para a sinatura do correspondente contrato.

Deste xeito, se Navantia se obriga a construír un barco para unha empresa coreana, ese contrato queda excluído da LCSP. Pero se o receptor é, por exemplo, unha Administración pública española, si que quedaría sometido á LCSP.

n. Os negocios xurídicos en virtude dos cales se lle encargue a unha entidade que, conforme o sinalado no artigo 24.6, teña atribuída a condición de **medio propio e servizo técnico** deste, a realización dunha determinada prestación. Así e todo, os contratos que deban asinar as 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 asine e o tipo e contía destes, e, en todo caso, cando se trate de contratos de obras, servizos ou subministracións cunhas contías que superen os límites establecidos na sección II do capítulo II deste título preliminar, as entidades de dereito privado deberán observar para a súa preparación e adxudicación as regras establecidas nos artigos 121.1 e 174.

Esta letra n) 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**, a cal, segundo a disposición adicional trixésima da LCSP, se considera medio propio e servizo técnico da Administración xeral do Estado. Pola contra, se TRAGSA debe contratar cun terceiro para cumprir a encarga da Administración xeral do Estado, ese contrato si quedaría sometido á LCSP, nos termos desta letra n).

o. 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 3/1985, do 12 de abril, do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia.

p. Os contratos de **compravenda**, **doazón**, **permuta**, **arrendamento** e demais negocios xurídicos **análogos** sobre bens **inmóbles, valores negociables e propiedades incorpórais** (de non ser que recaian sobre programas de ordenador e deban ser cualificados como contratos de abastecemento ou servizos, segundo sexan xenéricos ou

feitos a medida). Estes contratos terán sempre o carácter de contratos privados e rexeranse pola lexislación patrimonial (que é a que referimos na letra anterior).

Nestes contratos **non** se poderán **incluír prestacións que sexan propias dos contratos típicos regulados na sección I do capítulo II do título preliminar** (contratos administrativos típicos), se o seu valor estimado é superior ao 50 % 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 anteditas prestacións deberán ser obxecto de contratación independente conforme o establecido nesta lei.

Este último parágrafo refírese a un contrato mixto, con mestura dun contrato privado e outro administrativo. Sería o caso dun contrato de permuta dun inmovible “A” valorado en 10 millóns de euros por outro “B” de 7,5 millóns de valor. A diferenza de valor pagaríase, normalmente, en diñeiro. Pero se, en vez do diñeiro, o propietario do inmovible “B” se ofrece a construírle un muro protector valorado en 2,5 millóns, atopariámonos cunha mestura de permuta e obra que cumpriría os límites do parágrafo anterior (a obra non excedería o 50 % do total do negocio e mantería a relación de vinculación ou complementariedade). Se o muro custase 8 millóns, debería contratarse independentemente, e non conxuntamente coa permuta.

q. Os contratos de servizos e abastecemento asinados 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 deles estea ligada a retornos científicos, tecnolóxicos ou industriais susceptibles de incorporarse ao tráfico xurídico e a súa realización lles sexa encomendada a equipos de investigación do organismo mediante procesos de concorrencia competitiva.

Como exemplos de organismos públicos de investigación pódense citar o Consello Superior de Investigacións Científicas (CSIC) ou o Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA). A exclusión á que se refire este apartado vai na mesma liña que o artigo 83 da Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades.

r. 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 deberase asegurar o respecto aos principios de publicidade, concorrência, transparencia, confidencialidade, igualdade e non discriminación e de elección da oferta economicamente máis vantaxosa

Esta última exclusión foi introducida pola Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable, que tenta fomentar estes contratos de investigación e desenvolvemento en que Administración e empresa adxudicataria comparten riscos e beneficios.

#### IV. CLASES DE CONTRATOS E REGULACIÓN.

##### A) OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS.

Chámanse así por estaren especificamente tipificados ou regulados pola propia LCSP:

##### 1. O contrato de obras.

De acordo co artigo 6 da LCSP, 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 ás 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 enxeñaría civil, destinado a cumprir por si mesmo 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 enxeñaría civil, a instalación de edificios e obras —instalación eléctrica, illamento térmico, acústico e antivibratorio, fontanería—, o acabado de edificios e obras, e o aluguer de equipo de construción ou demolición dotado de operario.

##### 2. 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, inda que non único, a construción dunha autoestrada por parte dunha empresa privada a cambio do seu dereito a explotala durante un período polo xeral longo de tempo.

Na súa 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 a día de hoxe considérase un **contrato típico autónomo**.

O artigo 7.1 da LCSP 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 a explotar a obra, ou ben no devandito dereito acompañado do de recibir un importe.

Deste xeito, se a obra pública xa está construída, como pode ser un encoro nun río, a súa explotación por unha empresa privada (obtención de enerxía eléctrica) tamén se considerará contrato de concesión de obra pública, xa que sobre o encoro se deberán realizar obras de conservación e mantemento que, de acordo co artigo 6 e 106.1.c) da LCSP, se consideran contratos de obras.

O artigo 7.2 da LCSP sinala, por unha banda, que o contrato se executa **a risco e ventura do contratista**, o que significa que se os usuarios non utilizan a autoestrada dabondo, ou se un réxime de seca fai que o encoro hidráulico sexa pouco produtivo, 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 no 7.1, o seguinte contido:

a. 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 para as que serve de soporte material.

b. As actuacións de **reposición e gran reparación** que sexan esixibles en relación cos elementos que ten que reunir cada unha das obras para se manter apta co fin de 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 da LCSP, 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 **acesorias** ou estean vinculadas á 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 elas previstas nos contratos (como a construción baixo as autoestradas de pasos especiais para os animais).

No caso de que as obras vinculadas ou accesorias poidan ser obxecto de explotación ou aproveitamento económico (coma o caso da gasoleira da autoestrada), estas corresponderanlle ao concesionario conxuntamente coa explotación da obra principal, na forma determinada polos pregos respectivos.

### **3. O contrato de xestión de servizos públicos.**

#### Definición.

De acordo co artigo 8.1 da LCSP, “o **contrato de xestión de servizos públicos** é aquel en virtude do cal unha Administración pública ou unha mutua de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social lle 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”.

#### Xestión indirecta da Administración.

Trátase de prestar **servizos públicos**, como a educación, a sanidade, ou o transporte público, a través de entidades (colexios e clínicas privadas, empresas de transporte) que se converten en **xestores directos** do servizo, sen que a Administración interveña máis que para exercer poderes de control e policía sobre a prestación deses servizos (dise que a Administración **xestiona indirectamente** o servizo).

#### Mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social.

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 FREMAP.

#### Supositos que non se consideran contrato de xestión de servizos públicos.



O artigo 8.2 da LCSP 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 (coma o Sergas), nin
- a aqueles en que 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.

#### Modalidades do contrato de xestión de servizos públicos.

O contrato de xestión de servizos públicos pode adoptar **catro modalidades** (artigo 253 da LCSP):

a) A **concesión**, pola que o empresario xestionará o servizo pola súa conta e risco. Fican por conta súa, xa que logo, 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).

b) **Xestión interesada**, en virtude da cal 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.

c) **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 colexios concertados. O feito de que entidades privadas presten un servizo público (sanidade, educación) permítelle á Administración un grande aforro á hora de cubrir todas as necesidades da poboación con respecto a ese servizo público (pénsese nos miles de colexios que a Administración tería que construír para cubrir toda a rede de colexios concertados existente en España —en Galicia, máis de douscentos—).

d) **Sociedade de economía mixta**, na que a Administración participe, por ela mesma 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).

#### 4. O contrato de subministración.

Definición: Criterio xeral.

Segundo o artigo 9 da LCSP, 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**.

Propiedades incorpórais e valores negociables.

Sen prexuízo do disposto na letra b) do artigo 9.3 da LCSP respecto dos contratos que teñan por obxecto programas de ordenador (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 incorpórais** (dereitos de autor, ou de patente...) ou **valores negociables** (accións, letras de cambio, cheques, obrigas de pagamento...).

Contratos de subministración, en todo caso.

En todo caso, consideraranse contratos de subministración os seguintes:

**a.** Aqueles onde o empresario se obrigue a entregar unha **pluralidade de bens** de forma **sucesiva** e por **prezo unitario** sen que a contía total se defina con exactitude no momento de asinar o contrato, por estaren 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 asinados cun único empresario.

**b.** 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, **excepto** os contratos de adquisición de programas de ordenador desenvolvidos **a medida**, que se considerarán contratos de servizos.

De acordo con isto, sería contrato de subministración a adquisición dun programa de ordenador xenérico, coma Windows ou Microsoft Office, pero sería contrato de servizos a adquisición dun programa específico desenvolvido por unha empresa para o uso do Sergas.



c. Os de **fabricación**, polos que a cousa ou cousas que vaian ser entregadas polo empresario deban ser elaboradas segundo características peculiares fixadas previamente pola entidade contratante, inda cando esta se obrigue a proporcionar, total ou parcialmente, os materiais precisos (como sería o caso da construción dunha máquina deseñada pola Administración).

## 5. O contrato de servizos.

### Definición legal.

Sinala o artigo 10 da LCSP 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 efectos de aplicación desta lei, os contratos de servizos divídense nas categorías enumeradas no anexo II”.

### Unificación dos “contratos de consultores e asistencia” e os “contratos de servizos”.

É de destacar que a LCSP aglutina nun só tipo de contrato tanto o que a anterior normativa denominaba “**contratos de consultores e asistencia**”, que se caracterizaban polo seu carácter intelectual (confección dos planos dun edificio por un arquitecto, un informe xurídico por parte dun bufete de avogados), como os anteriores “**contratos de servizos**”, que se caracterizaban por non teren ese carácter intelectual (confección de enquisas, limpeza de dependencias administrativas, ou, en xeral, a actividade dun auxiliar administrativo). Agora, todos eses contratos se denominan “contratos de servizos”.

### As 27 categorías do anexo II.

O **anexo II** ao que se refire o artigo 10 da LCSP divide os contratos de servizos en 27 categorías. Non obstante, non todas as categorías do anexo II se consideran contratos administrativos, xa que o apartado a) do artigo 19.1 da LCSP sinala que “os contratos de servizos comprendidos na categoría 6 (servizos financeiros: seguros, bancarios e investimentos) do anexo II e os que teñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos comprendidos na categoría 26 do mesmo anexo (servizos de lecer, culturais e deportivos) non terán carácter administrativo (polo que se consideran contratos privados).

## 6. O contrato de colaboración entre o sector público e privado.

Supón unha novidade da LCSP, 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 da LCSP indica que “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 necesarios 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, equipamentos, 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 ofrecer 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.

Este contrato a penas se diferencia, en canto ao seu obxecto, do contrato de xestión de servizo e, sobre todo, do contrato de concesión de obra pública. De acordo co Libro Verde da Comisión Europea sobre colaboración pública e privada, na concesión paga o usuario (conductor que utiliza unha autoestrada con peaxe), mentres que no contrato de colaboración **paga a Administración**. No contrato de concesión, o concesionario sempre ten un dereito de explotación, mentres que no contrato de colaboración, a contraprestación do contratista “consistirá sempre nun **prezo** que se satisfará durante toda a duración do contrato, e que poderá estar vinculado ao cumprimento de determinados obxectivos de rendemento”.

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”.



Aínda que a letra d) do artigo 11.1 da LCSP puidese facer pensar outra cousa, este contrato de colaboración tense que caracterizar sempre polo carácter **complexo** da súa execución, como podería ser a construción e posta en funcionamento, coa correspondente xeración eléctrica, dunha central nuclear.

## **7. Réxime dos contratos administrativos típicos.**

Estes contratos rexeranse, de acordo co artigo 19.2 da LCSP, en todas as súas fases (preparación, adxudicación, efectos e extinción):

a. Pola **LCSP** e as súas **disposicións de desenvolvemento** (cómpre ter presentes neste punto as consideracións realizadas anteriormente con respecto á “normativa vixente”).

b. Supletoriamente á LCSP e á normativa de desenvolvemento, sinala o artigo 19.2 da LCSP que se aplicarán as restantes normas de **dereito administrativo**, incluíndo, entre outras, á Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

c. No seu defecto, 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 na LCSP, como a compravenda (que se fose de bens mobles se asemellaría ao contrato de subministracións), ou o arrendamento de obras e servizos.

## **8. Xurisdición competente.**

De acordo co artigo 21.1 da LCSP, “a orde xurisdicional contencioso-administrativa será a competente para resolver as cuestións litixiosas relativas á preparación, adxudicación, efectos, cumprimento e extinción dos contratos administrativos”.

## **B) OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIAIS.**

### **1. Definición legal.**

Aos contratos administrativos especiais refírese o apartado b) do artigo 19.1 da LCSP, 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 estaren **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 a 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 a 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 satisfaceren de forma directa ou inmediata unha **finalidade pública** da competencia específica daquela, sempre que non teñan expresamente atribuído o carácter de contratos privados conforme ao parágrafo segundo do artigo 20.1 da LCSP.

- Por declaralo así unha **lei**. Un exemplo deste último suposto proporciónao a propia LCSP, 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 asinen con estes terán carácter administrativo especial, sen constituíren contratos de obras, subministracións ou servizos, por estar a súa execución a cargo do órgano xestor da Administración”.

## **2. 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*).

## **3. Xurisdición 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 da LCSP).

## **C) CONTRATOS PRIVADOS**

## **1. Definición legal.**

Con respecto á definición dos contratos privados, o artigo 20.1 da LCSP utiliza un dobre criterio:

**a.** Atendendo ao suxeito que asina o contrato e ao seu obxecto, establece que “son contratos privados os asinados 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 será privado calquera outro contrato distinto que non sexa administrativo.

Deste apartado podemos concluír:

- Que as administracións públicas poden asinar contratos administrativos ou privados, segundo o obxecto do contrato.
- Que os contratos que asinen as administracións públicas, ou ben son administrativos, ou ben son privados, sen terceira opción posible.

**b.** Atendendo exclusivamente ao suxeito que asina o contrato, establece que “terán a consideración de contratos privados os asinados 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 asinar contratos administrativos. Todos os que asinen serán privados. Por suposto, para coñecer qué se debe entender por ‘administracións públicas’ cómpre axustarse á definición que dá delas a propia LCSP, no seu artigo 3.2, xa examinada.

## **2. 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:

**a.** Preparación e adxudicación:

- En primeiro lugar, réxense polas súas normas específicas.

- En defecto de normas específicas, pola LCSP 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 asina o contrato privado é unha Administración pública), ou, de ser o caso, polas normas de dereito privado (se o ente, organismo ou entidade que asina o contrato non é unha Administración pública).

#### **b. Efectos e extinción:**

Estas dúas últimas fases rexeranse sempre polo dereito privado. Con todo, en canto á modificación dos contratos, serán de aplicación para estes contratos as normas contidas na LCSP, no título V do libro I (artigos 92 *bis* a 92 *quinquies*).

### **3. Xurisdición competente dos contratos privados.**

#### **a. Preparación e adxudicación.**

Será a orde xurisdicional **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 a competente esta orde xurisdicional 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 193.000 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 200.000 € asinado pola Fundación Semana Verde de Galicia para a seguridade —categoría 23 do anexo II— no recinto feiral de Silleda).

A orde xurisdicional competente será a **civil** se se trata de contratos privados que se asinen polos entes e entidades sometidos á LCSP que non teñan o carácter de Administración pública e que eses contratos non estean suxeitos a regulación harmonizada (como sería o caso se o contrato de seguridade do recinto feiral antes referido tivese un orzamento de 100.000 euros no canto de 200.000).

**b. Efectos e extinción.**

A orde xurisdiccional competente será sempre a **civil**.

**D) CONTRATOS SUXEITOS, OU NON SUXEITOS, A REGULACIÓN HARMONIZADA.**

Á parte da división dos contratos en administrativos ou privados, os contratos do sector público pódense dividir en contratos suxeitos a regulación harmonizada (tamén chamados “contratos SARA” en español, 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 comunitaria —común, xa que logo, en toda a UE—, plasmada na propia LCSP.

**1. Delimitación positiva.**

Respecto disto, o artigo 13.1 da LCSP establece que “son **contratos suxeitos a unha regulación harmonizada** os contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado, en todo caso (é dicir, independentemente da contía), 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 (non, xa que logo, as categorías 17 a 27), cuxo valor estimado, calculado conforme as regras que se establecen no artigo 76, sexa igual ou superior ás contías que se indican nos artigos seguintes (artigos 14 a 16), sempre que a entidade contratante teña o carácter de **poder adxudicador** (de acordo coa definición do artigo 3.3 da LCSP, que inclúe as administracións públicas). Terán tamén a consideración de contratos suxeitos a unha regulación harmonizada os **contratos subvencionados** por estas entidades aos cales se refire o artigo 17.

**2. A particularidade dos contratos subvencionados suxeitos a regulación harmonizada.**

O artigo 17 da LCSP establece que “son contratos subvencionados suxeitos a unha regulación harmonizada os contratos de obras e os contratos de servizos definidos conforme o previsto nos artigos 6 e 10, respectivamente, que sexan **subvencionados** (non “asinados” ou “adxudicados”; o poder adxudicador, neste caso, só os subvenciona), de forma directa e **en máis dun 50 % do seu importe**, por entidades que teñan a consideración de **poderes adxudicadores**, sempre que pertenczan a algunha das categorías seguintes:



a. Contratos de obras que teñan por obxecto actividades de **enseñaría civil** da sección F, división 45, grupo 45.2 da Nomenclatura xeral de actividades económicas das Comunidades Europeas (NACE) (isto é, estradas, pontes...), ou a construción de **hospitais, centros deportivos, recreativos ou de ocio, edificios escolares ou universitarios** e edificios de **uso administrativo**, sempre que o seu valor estimado sexa **igual ou superior 4.845.000 euros** (cifra actualizada de acordo coa Orde EHA/3497/2009, do 23 de decembro, pola que se fan públicos os límites dos distintos tipos de contratos para os efectos da contratación administrativa a partir do 1 de xaneiro do 2010).

b. Contratos de **servizos vinculados a un contrato de obras** dos definidos na alínea a (principalmente, os planos desas obras), cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 193.000 euros (igualmente, Orde EHA/3497/2009).

Deste xeito, 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 proporcionase a Xunta de Galicia, o contrato entraría dentro da categoría de contrato subvencionado suxeito a regulación harmonizada.

Cómpre salientar neste punto que a principal intención da Directiva 18/2004, que a LCSP vén desenvolver, é o **sometemento a certas garantías dos contratos que afecten a fondos públicos, independentemente de quen asine os contratos**. Así que, inda que os contratantes puidesen ser privados, como é o caso do exemplo antes comentado, o contrato someterase a certas prescricións da LCSP por afectar a fondos públicos (no exemplo, os da Xunta).

### 3. Delimitación negativa.

O artigo 13.2 da LCSP exclúe, polo seu obxecto, certos contratos desta categoría, asegurando que non se consideran suxeitos a regulación harmonizada, **calquera que sexa o seu valor estimado**, os contratos seguintes:

a. Os que teñan por obxecto a compra, o desenvolvemento, a produción ou a coprodución de programas destinados á **radiodifusión** (por exemplo, unha obra de teatro destinada á súa emisión por radio), por parte dos organismos de radiodifusión (como Radio Televisión de Galicia, S.A.), así como os relativos ao tempo de radiodifusión.

b. 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.

c. Os incluídos dentro do ámbito definido polo artigo **296** do **Tratado constitutivo da Comunidade Europea** que se conclúan no sector da defensa (como vimos, comercio de armas, municións e material de guerra).

d. Os declarados **secretos** ou reservados, ou aqueles cuxa execución deba ir acompañada de medidas de seguridade especiais conforme a lexislación vixente, ou nos cales se esixa a protección de intereses esenciais para a seguranza do Estado (como sería o caso de reformas no Palacio da Moncloa, ou en Monte Pío).

e. Aqueles cuxo obxecto principal sexa permitirlles aos órganos de contratación a posta á disposición ou a explotación de redes públicas de **telecomunicacións** ou a subministración ao público dun ou máis servizos de telecomunicacións (como o soporte á xestión operativa do Servizo Galego de Apoio á Mobilidade Persoal para persoas con discapacidade e/ou dependentes, teléfono 065).

#### **4. Limiar económico dos contratos de obras.**

O artigo 14 da LCSP 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 **4.845.000 euros** (Orde EHA/3497/2009)”.

“No suposto previsto no artigo 76.7 (casos en que caiba a adxudicación de varios **lotes** separados, dando lugar cada lote a un contrato independente), 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. Non obstante, 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 supere o **20 por cento** do valor acumulado da totalidade deles.”

Deste xeito, se, por exemplo, tivésemos un expediente de obras con tres lotes, un de cinco millóns de euros, outro de dous millóns de euros e un terceiro de medio millón, a suma dos tres superaría o limiar de 4.485.000 €, pero o lote de medio millón é inferior a un millón de euros, e con respecto ao importe acumulado (7.500.000 €), non excede o 20 % (só representa o 6,6 %), polo que se considerarían suxeitos a regulación harmonizada o lote un e dous, mentres que o terceiro non se consideraría suxeito a regulación harmonizada.

#### **5. Limiar económico dos contratos de subministración.**



Con respecto aos contratos de subministración, o artigo 15 da LCSP establece que están suxeitos a regulación harmonizada os contratos de subministración cuxo valor estimado sexa igual ou superior ás seguintes cantidades:

- a. **125.000 euros** (Orde EHA/3497/2009), 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. Non obstante, cando os contratos sexan adxudicados 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.
- b. **193.000 euros** (Orde EHA/3497/2009), cando se trate de contratos de subministración **distintos**, por razón do suxeito contratante ou por razón do seu obxecto, dos contemplados na letra anterior. Este sería o caso dos contratos de subministración adxudicados pola Xunta de Galicia.

Con respecto aos contratos de subministracións adxudicados por **lotes**, aplícase a mesma regra ca nos contratos de obras, cambiando as contías de 4.485.000 € por **125.000** ou **193.000 €**, segundo os casos que acabamos de ver, e a dun millón de euros pola de **80.000**.

## 6. Limiar económico nos contratos de servizos.

Sinala o artigo 16 da LCSP que están suxeitos a regulación harmonizada os contratos de servizos comprendidos nas **categorías 1 a 16 do anexo II** (como sabemos, as categorías 17 a 27 nunca están suxeitas a regulación harmonizada) cuxo valor estimado sexa igual ou superior ás seguintes cantidades:

- a. **125.000 euros** (Orde EHA/3497/2009), cando os contratos vaian 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 (servizos de difusión de emisións de televisión e de radio, servizos de conexión ou servizos integrados de telecomunicacións) e para os contratos da categoría 8 (servizos de investigación e desenvolvemento) do anexo II na letra b deste artigo.
- b. **193.000 euros** (Orde EHA/3497/2009), cando os contratos sexan adxudicados 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** (servizos de investigación e desenvolvemento), segundo se definen estas categorías no anexo II. Esta contía sería a que habería que ter en conta en contratos de servizos adxudicados pola Xunta de Galicia.

Con respecto aos contratos de servizos adxudicados por **lotes**, repítese o sistema e as contías do contrato de subministración.

## **E) OS CONTRATOS MENORES.**

### **1. Definición legal**

Dentro dos contratos asinados polas administracións públicas, hai que distinguir os contratos menores, que son aqueles de importe **inferior a 50.000 €**, cando se trate de contratos de **obras**, ou a **18.000 €**, cando se trate **doutros contratos**, sen prexuízo do establecido no artigo 190 en relación coas obras, servizos e subministracións centralizados no ámbito estatal (artigo 122.3 da LCSP).

### **2. Adxudicación directa.**

Os contratos menores poderanse **adxudicar 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 95 da LCSP (que veremos ao estudar a fase de preparación dos contratos).

## **F) OS CONTRATOS MIXTOS.**

Sinala o artigo 12 da LCSP 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”.

Deste xeito, se, por exemplo, un contratista se obriga a realizar obras de reforma de catro millóns de euros, e engadir ademais 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 subministración, que, en canto á súa adxudicación, rexeráse 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 99.2 da LCSP establece que no **prego** de cláusulas administrativas particulares “detallarse o réxime xurídico aplicable aos 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.

#### A) NECESIDADE E IDONEIDADE DO CONTRATO.

De acordo co artigo 22 da LCSP, os entes, organismos e entidades do sector público non poderán asinar outros contratos que aqueles que sexan **necesarios** para o cumprimento e realización dos seus **fins institucionais**.

Para ese fin, deben ser determinadas con precisión a natureza e extensión das **necesidades** que se pretenden cubrir 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.

#### B) PRAZO DE DURACIÓN DOS CONTRATOS.

##### 1. Criterios de determinación da duración dos contratos.

Sinala o artigo 23.1 da LCSP que, sen prexuízo das normas especiais aplicables a determinados contratos, a duración dos contratos do sector público deberase establecer 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, a aparición de materiais mellores, etc., que lles poidan permitir a novas empresas mellorar a oferta da adxudicataria).

##### 2. Prórrogas.



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 sexa 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 **obligatoria** para o empresario, salvo que o contrato prevexa expresamente o contrario, sen que se poida producir polo consentimento tácito das partes (deberá ser expreso).

### 3. Especialidades dos contratos menores.

Os contratos menores non poderán ter unha duración superior a **un ano** nin ser obxecto de **prórroga**.

## C) EXECUCIÓN CON MEDIOS PROPIOS OU COA COLABORACIÓN DE PARTICULARES.

O artigo 24 da LCSP recolle a posibilidade de realizar obras, fabricar bens móbiles ou realizar servizos **sen recorrer ao contrato de obras, subministracións ou servizos** antes vistos:

### 1. Execución de obras con medios propios ou coa colaboración de particulares.

A execución de obras poderase realizar polos servizos da Administración, ben empregando exclusivamente medios propios ou coa colaboración de empresarios particulares, sempre que o importe da parte de obra a cargo destes sexa inferior a 4.845.000 euros, cando concorra algunha destas circunstancias (a LCSP segue un criterio restritivo):

- a. Que a Administración teña montadas **fábricas**, arsenais, mestranzas ou servizos técnicos ou industriais aptos dabondo para a realización da prestación; nese caso deberase utilizar normalmente este sistema de execución.

- b. Que a Administración posúa **elementos auxiliares** utilizables, cuxo emprego supoña unha **economía** (aforro) superior ao 5 %



do importe do orzamento do contrato ou unha maior celeridade na súa execución, xustificándose, neste caso, as vantaxes que deriven dela.

c. Que **non haxa ofertas** de empresarios na licitación previamente efectuada.

d. Cando se trate dun suposto de **emerxencia**, de acordo co previsto no artigo 97.

e. Cando, dada a natureza da prestación, sexa **imposible a fixación previa dun prezo certo** ou a dun orzamento por unidades simples de traballo (por hora traballada, por exemplo).

f. Cando sexa necesario relevar o contratista de realizar algunhas unidades de obra por non **chegar a un acordo nos prezos** contraditorios correspondentes (cando haxa que realizar unidades non previstas no proxecto e a Administración e o contratista teñan que chegar a un acordo).

g. As obras de **mera conservación e mantemento**, definidas no artigo 106.5.

h. Excepcionalmente, a execución de obras definidas en virtude dun **anteproxecto**, cando **non** se aplique o artigo **134.3.a** (aqueles cuxos proxectos ou orzamentos non poidan ser establecidos previamente e deban ser presentados polos licitadores).

i. Nos supostos da letra **d** do artigo **206** (orixinarimente, a letra d do artigo 206 referíase, como causa de resolución, á non formalización de contrato en prazo; trala reforma deste artigo, refírese actualmente, tamén como causa de resolución, á demora no cumprimento dos prazos por parte do contratista e o incumprimento do prazo de 15 días hábiles, contados desde a formalización, para iniciar a execución dun contrato adxudicado polo trámite de urxencia).

En casos distintos dos contemplados nas letras d, g e h, deberase redactar o correspondente **proxecto**.

## **2. Fabricación de bens mobles con medios propios ou coa colaboración de particulares.**

A fabricación de bens **mobles** poderana efectuar os servizos da Administración, ben 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 (contratos de subministración suxeitos a unha regulación harmonizada: limiar), cando concorra algunha das circunstancias previstas nas letras **a**, **c**, **d**, **e** e **i** do apartado anterior, ou cando, no suposto definido na letra **b** deste mesmo apartado, o aforro que se poida obter sexa superior ao 20 % do orzamento da subministración ou se poida obter unha maior celeridade na súa execución.



**Exceptúanse** destas limitacións aquelas subministracións que, por razóns de **defensa** ou de interese militar, resulte conveniente que sexan executadas pola Administración.

### **3. Realización de servizos en colaboración con empresarios particulares.**

A realización de **servizos** en colaboración con empresarios particulares (xa non indica “con medios propios”) poderase levar a cabo sempre que o seu importe sexa inferior ás cantidades establecidas no artigo 16 (contratos de servizos suxeitos a unha regulación harmonizada: limiar), 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** (“servizos de **mantemento e reparación**”) do anexo II (“servizos aos que se refire o artigo 10”, referido ao contrato de servizos) cando estean referidos ao mantemento de bens incluídos no ámbito definido polo artigo **296 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea** (produción ou comercio de armas, municións e material de guerra).

### **4. Carácter administrativo especial dos contratos de colaboración.**

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 asinen con estes terán carácter **administrativo especial, sen constituíren 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 122 (as regras xerais de adxudicación, xa que logo, previstas na LCSP), salvo en caso de emerxencia.

Nos supostos de **obras** incluídas nas letras **a** (teña montadas fábricas, etc.) e **b** (posúa elementos auxiliares utilizables...) do apartado 1, a contratación con colaboradores non poderá exceder o **50 %** do importe total do proxecto.

### **5. Órgano competente para autorizar.**

A autorización da execución de obras e da fabricación de bens mobles e, de ser 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 ámbito respectivo.

## **6. Entes, organismos e entidades do sector público considerados medios propios e servizos técnicos.**

Para os efectos previstos no artigo 24 e no artigo 4.1.n (contratos “*in house providing*”), 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 ostenten sobre eles 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 derradeira trixésima da LCSP).

No ámbito da **Comunidade Autónoma de Galicia**, o artigo 47 da LOFAXGA sinala que “para os efectos previstos no artigo 4.1.n) e 24.6 da LCSP, **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.**

### **A) LIBERDADE DE PACTOS.**

#### **1. Límites.**

De acordo co artigo 25.1 da LCSP, nos contratos do sector público poderase incluír calquera pacto, cláusula e condición, sempre que non sexa contraria ao **interese público** (artigo 103.1 da CE), ao **ordenamento xurídico** (principio de legalidade, incluíndo as prescricións da propia LCSP) e aos **principios de boa administración** (como a eficiencia).

#### **2. Fusión de prestacións de contratos diferentes.**



Só se poderán fusionar prestacións correspondentes a diferentes contratos nun **contrato mixto** cando esas prestacións se atopen directamente **vinculadas** entre elas 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 da LCSP).

#### B) CONTIDO MÍNIMO DO CONTRATO.

Sinala o artigo 26.1 da LCSP que, agás que xa estean recollidas nos pregos, os contratos que asinen os entes, organismos e entidades do sector público deben incluír, necesariamente, as seguintes mencións:

- a. A identificación das **partes**.
- b. A acreditación da **capacidade** dos asinantes para subscribir o contrato.
- c. A definición do **obxecto** do contrato.
- d. Unha referencia á **lexislación** aplicable ao contrato.
- e. A enumeración dos **documentos** que integran o contrato. Se así se expresa no contrato, esta enumeración poderá estar xerarquizada, ordenándose segundo a orde de prioridade acordada polas partes, suposto en que, e salvo caso de erro manifesto, a orde pactada se utilizará para determinar a prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicións entre diversos documentos.
- f. O **prezo** certo, ou o modo de determinalo.
- g. 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 estiveren previstas.
- h. As condicións de **recepción, entrega** ou **admisión** das prestacións.
- i. As condicións de **pagamento**.
- j. Os supostos en que procede a **resolución**.
- k. O **crédito** orzamentario ou o programa ou rúbrica contable con cargo ao cal se aboará o prezo, de ser o caso.
- l. A extensión obxectiva e temporal do deber de **confidencialidade** que, de ser 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, de ser 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 existiren aqueles (art. 26.2 da LCSP).

#### 3. PERFECCIÓN E FORMA DO CONTRATO.



## A) PERFECCIÓN DOS CONTRATOS.

Trala modificación da LCSP pola Lei 34/2010, do 5 de agosto, a formalización recupera o seu carácter constitutivo, na medida en que o contrato nace (“se perfecciona”) coa **formalización** (artigo 27.1 da LCSP), é dicir, coa súa sinatura, e non coa adxudicación (“definitiva” —pois tamén había unha “provisional”—), como establecía a normativa anterior.

Os **contratos subvencionados** que, de conformidade co disposto no artigo 17 desta lei, se deban considerar **suxeitos a regulación harmonizada**, perfeccionaranse de conformidade coa lexislación pola que se rexan. As partes deberanlle notificar a súa formalización ao órgano que outorgou a subvención.

Agás que se indique outra cousa nas súas cláusulas, os contratos do sector público entenderanse asinados no **lugar** onde se atope a sede do órgano de contratación.

## B) CARÁCTER FORMAL DA CONTRATACIÓN DO SECTOR PÚBLICO.

### 1. Prohibición de contratación verbal, salvo casos de emerxencia.

Resaltando o carácter formal dos contratos do sector público, o artigo 28.1 da LCSP sinala que os entes, organismos e entidades do sector público **non** poderán contratar **verbalmente**, salvo que o contrato teña, conforme o sinalado no artigo 97.1, carácter de **emerxencia** (é dicir, en casos de acontecementos catastróficos, grave perigo ou necesidades que afecten a defensa nacional).

### 2. Formalización dos contratos asinados polas administracións públicas.

Os contratos que asinen as **administracións públicas** formalizaranse de acordo co previsto no artigo **140** (como principio xeral, en documento administrativo), sen prexuízo do sinalado para os contratos **menores** no artigo 95 (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, en que se engade o orzamento das obras e, en certos casos, proxecto e informe de supervisión, como se verá no tema seguinte).

### 3. Formalización dos contratos asinados polo resto do sector público.

Os contratos que asinen outros entes, organismos e entidades do sector público, cando sexan **susceptibles de recurso especial** en



materia de contratación conforme ao artigo 310.1 deberanse formalizar nos prazos establecidos no artigo **140.3**, como se verá máis adiante.

#### **4. REMISIÓN DE INFORMACIÓN PARA EFECTOS ESTATÍSTICOS E DE FISCALIZACIÓN.**

##### **A) DEBER DE REMISIÓN DE CONTRATOS AO TRIBUNAL DE CONTAS.**

Sinala o artigo 29 da LCSP que, dentro dos **tres meses** seguintes á formalización do contrato, para o exercicio da función fiscalizadora, deberáselle remitir ao Tribunal de Contas ou órgano externo de fiscalización da comunidade autónoma unha **copia certificada do documento en que se formalizou** aquel, acompañada dun **extracto** (resumo) **do expediente** de que derive, sempre que a contía do contrato exceda:

- Os 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;
- os 450.000 euros, tratándose de **subministracións**, e
- os 150.000 euros, nos de **servizos** e nos contratos **administrativos especiais**.

Tamén se lle comunicarán 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.

Este deber enténdese sen prexuízo das facultades do Tribunal de Contas ou, de ser 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** (artigo 11.a da Lei orgánica 2/1982 do 12 de maio, do Tribunal de Contas, e 4.c da Lei 6/1985, do 24 de xuño, do Consello de Contas).

##### **B) DATOS ESTATÍSTICOS.**

O artigo 30 da LCSP bríndanos un exemplo do artigo **10.1 da Lei 30/1992**, do 26 de novembro, relativo á remisión á Administración xeral do Estado de disposicións de carácter xeral ou, como neste caso, resolucións (adxudicacións de contratos) que se lle deban enviar á Unión Europea.

Así, sinala que no mesmo prazo sinalado no artigo anterior (tres meses seguintes á formalización do contrato) o órgano de contratación remitiralle á **xunta consultiva de contratación administrativa do Estado** a información sobre os contratos que regulamentariamente se determine, para efectos do cumprimento da normativa internacional



(esencialmente, normativa europea). Así mesmo, a mencionada xunta será informada 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 dar cumprimento a estas previsións a través da comunicación entre rexistros.

**Ricardo José Durán Rodríguez**

#### Bibliografía:

Calvo y Ruata, P.: *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos)*, Civitas, 1ª edición, 2010.

García de Enterría, E. e Fernández, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomsom Civitas, 14ª edición, Navarra, 2008.

Moreno Molina, J.A. e Pleite Guadamillas, F: *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, 3ª edición, 2011.

Parada Vázquez, R: *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, 18ª edición, Madrid, 2010.

Santamaría Pastor, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

Vicente Iglesias, J.L.: *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, 2ª edición, 2011.

VV.AA.: *Contratos Públicos 2009-2010*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2009.

**23. PARTES DO CONTRATO:  
ÓRGANO DE CONTRATACIÓN E  
APTITUDE PARA CONTRATAR  
CO SECTOR PÚBLICO.  
REXISTROS OFICIAIS. OBXECTO,  
PREZO E CONTÍA DO  
CONTRATO. GARANTÍAS  
EXIXIBLES NA CONTRATACIÓN  
DO SECTOR PÚBLICO.**

## **PARTE IV 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.**

Salvo nos contratos subvencionados do artigo 17 da LCSP e os dos concesionarios de obras públicas do artigo 250 da LCSP, no resto dos contratos regulados pola LCSP (que son os “contratos do sector público”), unha das partes contratantes ten que **pertencer ao “sector público”** definido no artigo 3.1 da LCSP, a cal dispoñerá de, polo menos, un órgano competente para contratar (chamado **“órgano de contratación”**).

##### **A) COMPETENCIA PARA CONTRATAR.**

#### **1. Representación en materia contractual.**

De acordo co artigo 40 da LCSP, a representación dos entes, organismos e entidades do sector público en materia contractual correspóndelles aos **órganos de contratación**, unipersoais (coma un Conselleiro) ou colexiados (coma 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 celebrar contratos no seu nome.

#### **2. Delegación e desconcentración.**

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 13 e 12.2 da Lei 30/1992, do 26 de novembro), ou para o outorgamento de poderes, cando se trate de órganos societarios ou dunha fundación (art. 40.2 da LCSP).

#### **3. Órganos de contratación na Administración xeral do Estado.**

No ámbito estatal, o artigo 291.1 da LCSP 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 asinar no seu nome os contratos no ámbito da súa competencia.

Nos departamentos ministeriais en que existan varios órganos de contratación, a competencia para asinar os contratos de subministración e de servizos que afecten o ámbito de máis dun deles corresponderalle ao **ministro**, salvo nos casos en que se lle atribúa á **Xunta de Contratación**.

#### **4. Órganos de contratación nos organismos públicos estatais.**

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 (art. 291.2 da LCSP).

#### **5. Órganos de contratación do sistema estatal de contratación centralizada.**

A **Dirección Xeral do Patrimonio do Estado** é o órgano de contratación do sistema estatal de contratación centralizada regulado nos artigos 190 e 191 da LCSP (subministracións, obras e servizos que se contraten de forma xeral e con características esencialmente homoxéneas polos diferentes órganos e organismos —fotocopiadoras, papel, sistemas de seguridade, etc.—).

#### **6. As xuntas de contratación.**

Segundo o artigo 291.4 da LCSP, poderanse constituír **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— poderíalle impoñer 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 €).

#### **7. Autorización do Consello de Ministros.**

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**, antes da aprobación do expediente, para asinar contratos nos seguintes supostos:

a. Cando o valor estimado do contrato, calculado conforme o sinalado no artigo 76, sexa igual ou superior a **doce millóns de euros**.

b. Nos contratos de carácter **plurianual**, cando se modifiquen as **porcentaxes** ou o número de **anualidades** legalmente previstos a que se refire o artigo 47 da Lei 47/2003, do 26 de novembro.

Este artigo 47 da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria, sinala que o número de exercicios (anualidades) a que se lle poden aplicar os gastos non será superior a **catro**. O gasto que se lle impute a cada un dos exercicios posteriores non poderá exceder da cantidade que resulte de aplicarlle ao crédito inicial a que corresponda a operación as seguintes porcentaxes: no exercicio inmediato seguinte, o **70 %**, no segundo exercicio, o **60 %**, e nos exercicios terceiro e cuarto, o **50 %**.

Así, se, por exemplo, o contrato tivese tres anualidades, e a imputación do gasto por anualidade fose do 15 %, 65 % e 20 % (en total, 100 %), necesitaríase autorización do Consello de Ministros, xa que no segundo ano se supera o límite do 60 %.

c. Cando o pagamento dos contratos se concerte mediante o sistema de **arrendamento financeiro** (*leasing*) 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.

## **7. Órganos de contratación na Comunidade Autónoma de Galicia.**

No ámbito da **Xunta 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 banda, o artigo 31.3.f) da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia (LOFAXGA) sinala que os **delegados**

**territoriais** son competentes no seu ámbito territorial para seren os órganos de contratación da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia nos seus respectivos ámbitos de competencia, 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 formalización de contratos menores.

O artigo 62 da LOFAXGA, 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.

## B) RESPONSABLE DO CONTRATO.

Segundo o artigo 41 da LCSP, 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 das 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 V (contrato de servizos) do título II do libro IV (efectos, cumprimento e extinción dos contratos).

De feito, no contrato de obras non ten moito sentido a nova figura do responsable do contrato, xa que o citado director facultativo de obra vén, dalgún xeito, realizar esa función.

## C) PERFIL DE CONTRATANTE.

### 1. Páxina web do órgano de contratación.

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).

A **forma de acceso** ao perfil de contratante deberase especificar:

- Nas páxinas web institucionais que manteñan os entes do sector público.

- Na plataforma de contratación do Estado.
- Nos pregos.
- Nos anuncios de licitación.

## **2. Contido do perfil de contratante.**

### Contido obrigatorio

No perfil de contratante deberase incluír obrigatoriamente:

- A **adxudicación** dos contratos (artigo 42.2 da LCSP).
- Os **anuncios de licitación** (artigo 126.4 da LCSP).
- A **formalización** dos contratos, salvo que sexan menores, indicando como mínimo os mesmos datos mencionados no anuncio da adxudicación (artigo 138.1 da LCSP).

### Contido opcional

O perfil de contratante poderá incluír **calquera dato e información** referente á actividade contractual do órgano de contratación, tal como:

- Os anuncios de información previa contemplados no artigo 125.
- As licitacións abertas ou en curso e a documentación relativa a elas.
- As contratacións programadas.
- Os contratos adxudicados, os procedementos anulados.
- Calquera outra información útil de tipo xeral, como puntos de contacto e medios de comunicación que se poden utilizar para relacionarse co órgano de contratación.

## **3. Acreditación do inicio da difusión pública.**

O sistema informático que soporte o perfil de contratante deberá contar cun dispositivo que permita acreditar de xeito fidedigno o momento de inicio da difusión pública da información que se inclúa nel.

## **4. Efectos da publicación no perfil de contratante.**

A difusión a través do perfil de contratante da información relativa aos procedementos de adxudicación de contratos terá os efectos previstos no título I (“adxudicación dos contratos”) do libro III (artigos 122 a 177 da LCSP).

## **2. O CONTRATISTA: APTITUDE PARA CONTRATAR CO SECTOR PÚBLICO.**

## A) NORMAS XERAIS.

### 1. Condicións de aptitude.

De acordo co artigo 43 da LCSP, só poderán contratar co sector público as **persoas** naturais ou xurídicas, españolas ou estranxeiras:

- Que teñan plena **capacidade de obrar** (capacidade legal para exercer dereitos e deberes, polo que non terían esta capacidade os incapacitados, ou as sociedades irregulares ou en formación).
- Que **non** estean incursas nunha **prohibición de contratar**.
- Que acrediten a súa **solvencia** económica, financeira e técnica ou profesional ou, nos casos que así o esixa esta lei, estean 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 49.

A LCSP non entra na esixencia ou non da **personalidade** (considerarse xuridicamente unha “persoa”), mais sobreenténdese, polo que non se pode acceder á contratación se se carece deste requisito, agás que un precepto legal exceptúe expresamente a súa esixencia, como ocorre coas Unións Temporais de Empresarios, que non teñen personalidade xurídica distinta dos empresarios que a forman (Informe da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa —XCCA— 4/1999, do 17 de marzo).

Por carecer de personalidade, carecen de aptitude para contratar as comunidades de bens (Informe da XCCA 12/2003, do 23 de xullo) e as fundacións non inscritas (Informe da XCCA 54/1996, do 18 de outubro).

### 2. Empresas non comunitarias.

#### Principio de reciprocidade, e a súa excepción.

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 44 da LCSP).

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.

#### Contratos de obras.

Para celebrar contratos de **obras** será necesario, **además**:

- 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.

### **3. Condicións especiais de compatibilidade.**

#### Elaboradores de especificacións técnicas ou documentos preparatorios do contrato.

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 esta participación poida provocar restricións á libre concorrencia ou supoñer un trato privilexiado con respecto ao resto das empresas licitadoras (45.1 da LCSP).

Esta previsión supón unha **prohibición para contratar** para estas empresas, que subsistirá mentres as licitacións se realicen utilizando esas especificacións técnicas ou documentos preparatorios.

Ao non aparecer no artigo 32 da LCSP (causas de nulidade), hai que entender que a infracción desta prohibición de contratar só provoca a **anulabilidade** do contrato (non a súa nulidade).

#### Dirección de obras.

Os contratos que teñan por obxecto a **vixilancia, supervisión, control e dirección da execución de obras e instalacións** non se lles poderán adxudicar ás mesmas empresas adxudicatarias dos correspondentes contratos de obras, nin ás empresas vinculadas a estas, entendéndose por tales as que se encontren nalgún dos supostos previstos no artigo 42 do Código de comercio (artigo 45.2 da LCSP).

### **B) NORMAS ESPECIAIS SOBRE CAPACIDADE.**

## **1. Persoas xurídicas.**

### Fins, obxecto ou ámbito propios.

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 46.1 da LCSP).

Así, por exemplo, unha fundación que ten como finalidade promover actividades deportivas non pode concorrer a un contrato que ten por obxecto os servizos de conserxería e bar-cafetería (Informe da XCCA 54/1996, do 18 de outubro).

### Compromiso de constitución dunha sociedade.

Os que concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación dunha concesión de obras públicas, poderano facer co **compromiso de constituír unha sociedade** que será a titular da concesión. A constitución e, de ser o caso, a forma da sociedade (sociedade anónima, sociedade de responsabilidade limitada...) deberanse axustar ao que estableza, para determinados tipos de concesións, a correspondente lexislación específica (artigo 46.2 da LCSP).

## **2. Empresas comunitarias.**

Terán capacidade para contratar co sector público, en todo caso, as **empresas non españolas de Estados membros** da Unión Europea que, conforme a lexislación do Estado en que estean establecidas, se encontren habilitadas para realizaren a prestación de que se trate.

Cando a lexislación do Estado en que estean 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.

## **3. Unións de Empresarios (UTE).**

### Formalización en escritura pública trala adxudicación.

Poderán contratar co sector público as unións de empresarios que se constituán temporalmente para o efecto, sen que sexa necesaria a súa formalización en **escritura pública** ata que se efectúe a **adxudicación** do contrato ao seu favor (artigo 48.1 da LCSP).

Trátase dunha **asociación empresarial voluntaria** que, como se indicou, **carece de personalidade xurídica** distinta á dos empresarios que a forman.

O Tribunal Supremo sinalou que **non** cabe que nos pregos de cláusulas administrativas particulares **se exclúa** a formulación de propostas de UTE, xa que, malia carecer de personalidade xurídica, a súa capacidade para participar en contratacións públicas deriva da propia lei (STS do 16 de novembro de 1993).

Tampouco cabería que os pregos lles esixisen aos licitadores que se constituísen en UTE para poderen concorrer ás licitacións.

#### Responsabilidade solidaria.

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 deriven do contrato ata a súa extinción, sen prexuízo da existencia de poderes mancomunados (debéndose poñer de acordo todos os membros) que poidan outorgar para cobramentos e pagamentos de contía significativa.

#### Contido do escrito de constitución.

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 se constituíren formalmente en unión temporal en caso de resultar adxudicatarios do contrato.

#### Duración da UTE.

A duración das unións temporais de empresarios será **coincidente coa do contrato ata a súa extinción**.

#### Requisitos de clasificación das UTE.

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.

Abonda con que un dos membros da UTE careza da clasificación/solvencia esixida para que concorra un vicio de **nulidade de pleno dereito** (Informe da XCCA 29/2002, do 23 de outubro).

### C) PROHIBICIÓNS DE CONTRATAR.

Se unha persoa, física ou xurídica, incorre en prohibición para contratar, queda incapacitada para ser adxudicataria, e se, malia esta incapacidade, é contratada, o contrato considérase **nulo de pleno dereito** (Ditame do Consello de Estado 2717/2000, do 4 de outubro).

#### 1. Prohibicións de contratar co sector público.

Segundo o artigo 49.1 da LCSP, non poderán contratar co **sector público** as persoas en quen concorra algunha das circunstancias seguintes:

a. Teren sido **condenadas** mediante **sentenza firme** por **delitos** de asociación ilícita, corrupción en transaccións económicas internacionais, tráfico de influencias, suborno, fraudes e exaccións ilegais, delitos contra a Facenda pública e a Seguridade Social, delitos contra os dereitos dos traballadores, malversación e receptación e condutas afíns, delitos relativos á protección do ambiente, ou a pena de inhabilitación especial para o exercicio de profesión, oficio, industria ou comercio. A prohibición de contratar alcanza as persoas xurídicas cuxos administradores ou representantes, vixente o seu cargo ou representación, se encontren na situación mencionada por actuacións realizadas en nome ou a beneficio das devanditas persoas xurídicas, ou nas cales concorran as condicións, calidades ou relacións que requira a correspondente figura de delito para ser suxeito activo deste.

A condena por sentenza firme por estes delitos é unha prohibición de contratar, non unha causa de resolución, polo que se o contrato xa está formalizado (xa está “perfeccionado” e, polo tanto, “xa existe”), a sentenza firme posterior non resolve o contrato. Simplemente impedirá adxudicacións futuras (Informe da XCCA 6/1999).

b. Teren solicitado a declaración de concurso (o que antes do 2003 se denominaba creba e suspensión de pagamentos) **voluntario**, teren sido declaradas **insolventes** en calquera procedemento (por exemplo, sancionador), estaren **declaradas en concurso**, salvo que neste adquira a eficacia un convenio, estaren suxeitas a **intervención xudicial** ou teren sido **inhabilitadas** conforme a Lei 22/2003, do 9 de xullo,

concursal, sen que conclúise o período de inhabilitación fixado na sentenza de cualificación do concurso.

c. Teren sido **sancionadas** con carácter **firme** por **infracción grave** en materia de disciplina de mercado, en materia profesional ou en materia de integración laboral e de igualdade de oportunidades e non-discriminación das persoas con discapacidade ou por **infracción moi grave** en materia social, incluídas as infraccións en materia de prevención de riscos laborais, de acordo co disposto no texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado polo Real decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, ou en materia ambiental, de acordo co establecido no Real decreto lexislativo 1302/1986, do 28 de xuño, de avaliación de impacto 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 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 por Real decreto lexislativo 1/2001, do 20 de xullo, e na Lei 16/2002, do 1 de xullo, de prevención e control integrados da contaminación

A “firmeza” da sanción tense que entender referida á vía xurisdiccional, sen que se poida apreciar a prohibición cando a sanción imposta sexa firme só en vía administrativa, e non en vía xudicial (Informe da XCCA 17/2002, do 18 de abril).

d. Non estaren ao corrente no cumprimento das **obrigas tributarias** ou de **Seguridade Social** impostas polas disposicións vixentes, nos termos que regulamentariamente se determinen.

e. Teren incorrido en **falsidade** ao efectuaren a **declaración responsable** a que se refire o artigo **130.1.c** (declaración responsable de non estar incurso en prohibición de contratar) ou ao facilitaren calquera outro dato relativo á súa **capacidade e solvencia**, ou teren incumplido, por causa que lle sexa imputable, a obriga de **comunicar a información** prevista no artigo **59.4** (calquera variación nas circunstancias que foron tidas en conta para conceder a clasificación que poida dar lugar a unha revisión dela) e no artigo **305** (poñer en coñecemento do rexistro calquera variación que se produza nos datos reflectidos nel, así como a aparición de calquera circunstancia que determine a concorrencia dunha prohibición de contratar).

f. 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 **conflictos de intereses** dos membros do Goberno e dos altos cargos da Administración xeral do Estado, 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 nela.

A prohibición alcanzará as **persoas xurídicas** no capital das cales participen, nos termos e contías establecidos na lexislación citada, o persoal e os altos cargos de calquera Administración pública, así como os cargos electos ao servizo destas.

A prohibición esténdese igualmente, en ambos os casos, aos **cónxuxes**, persoas vinculadas con **análoga relación de convivencia afectiva e descendentes** das persoas a que se refiren os parágrafos anteriores, sempre que, respecto dos últimos, as devanditas persoas exerzan a súa representación legal.

A maior aplicación desta prohibición ten lugar no ámbito das entidades locais (máis de 8.000 en España), xa que a incompatibilidade alcanza os seus funcionarios, incluídos os policías locais e os seus cónxuxes (Informe da XCCA 45/2001, do 30 de xaneiro). O mesmo acontece cos concelleiros e os seus cónxuxes, e débese estender ás sociedades das que o concelleiro ou o cónxuxe sexan administradores únicos (Informe da XCCA 48/2005, do 24 de marzo).

A incompatibilidade nunca alcanza os irmáns. Con respecto aos fillos, netos e demais descendentes, só se estende a eles cando a persoa en que concorre a causa de prohibición ou incompatibilidade (cargo político ou funcionario), exerza a súa representación legal, o que non ocorre se o fillo é maior de idade, emancipado e con patrimonio de seu, sen que a representación legal poida derivar da circunstancia de que o fillo conviva co cargo político ou funcionario (Informe da XCCA 53/2005, do 19 de decembro).

As incompatibilidades non se poden interpretar de forma extensiva, por tratárense de normas restritivas de dereitos (Informe da XCCA 48/2005, do 19 de decembro).

g. Teren **contratado** persoas respecto das cales 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, por teren pasado 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 contado desde o cesamento como alto cargo.

## **2. Prohibicións complementarias cunha Administración pública.**

Segundo o artigo 49.2 da LCSP, **ademais** das previstas no apartado anterior, son circunstancias que lles impedirán aos empresarios contrataren coas **administracións públicas** as seguintes:

a. Teren dado lugar, por causa da que fosen declarados culpables, á **resolución firme de calquera contrato** celebrado cunha Administración pública.

b. Teren **infrinxido** unha **prohibición para contratar** con calquera das administracións públicas.

c. Estaren afectados por unha prohibición de contratar imposta en virtude de **sanción administrativa**, conforme o previsto na Lei 38/2003, do 17 de novembro, xeral de **subvencións**, ou na Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral **tributaria**.

d. Teren **retirado indebidamente a súa proposición ou candidatura** nun procedemento de adxudicación, ou teren **imposibilitado a adxudicación** do contrato ao seu favor por non cumpriren o establecido no artigo 135.2 dentro do prazo sinalado mediando dolo, culpa ou negligencia.

e. Teren incumplido as **condicións especiais de execución** do contrato establecidas de acordo co sinalado no artigo 102, cando o dito incumplimento fose definido nos pregos ou no contrato como infracción grave de conformidade coas disposicións de desenvolvemento desta lei, e concorra dolo, culpa ou negligencia no empresario.

## **3. Continuación, transformación, fusión ou sucesión de empresas que incorran en prohibición de contratar.**

As prohibicións de contratar afectarán tamén aquelas empresas das que, por razón das persoas que as rexen ou doutras circunstancias, se poida presumir que son **continuación** ou que derivan, por **transformación, fusión** ou **sucesión**, doutras empresas nas que concorresen aquelas.

### **D) SOLVENCIA.**

#### **1. Esixencia de solvencia.**

Segundo o artigo 51 da LCSP, para subscribiren 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 o disposto nesta lei.

Os requisitos mínimos de solvencia que deba reunir o empresario e a documentación requirida para acreditarlos indicaranse no **anuncio de licitación** e especificaranse no **prego** do contrato, debendo estar vinculados ao seu obxecto e ser proporcionais a el.

## **2. Diferenza entre solvencia e os criterios de adxudicación do contrato.**

A XCCA fixo fincapé na necesidade de distinguir estes dous conceptos (Informes da XCCA 33/1999, do 30 de xuño, e 36/2001, do 9 de xaneiro):

- Os requisitos de **solvencia** (cantidade de traballadores, maquinaria...) deben estar dirixidos a verificar a aptitude do empresario para executar o contrato e determinar a súa admisión ou exclusión como licitador.

- Os **criterios de adxudicación** do contrato (prezo da oferta, prazos de execución...) deben permitir valorar obxectivamente a mellor oferta das presentadas.

A necesidade da distinción provén de que os requisitos de solvencia non se poden usar como criterios de adxudicación, e viceversa.

## **3. Excepcións á esixencia de solvencia.**

A disposición adicional décima da LCSP 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 seren adxudicatarios de contratos do sector público.

A esta excepción á esixencia de solvencia súmanselle as excepcións á esixencia de clasificación que se verá máis adiante.

## **4. Integración da solvencia con medios externos.**

O artigo 52 da LCSP sinala que para acreditar a solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, o empresario poderase basear 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.

## **5. Concreción das condicións de solvencia.**

### Persoal responsable de executar a prestación.

Nos contratos de servizos e de obras, así como nos contratos de subministración que inclúan servizos ou traballos de colocación e instalación, poderáselles esixir 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 53.1 da LCSP).

### Compromiso de adscrición de medios.

Sinala o artigo 53.2 da LCSP que os órganos de contratación poderanlles esixir aos candidatos ou licitadores, facéndoo constar nos pregos, que ademais de acreditar a súa solvencia ou, de ser o caso, clasificación, **se comprometan a dedicar ou adscribir á execución do contrato os medios persoais ou materiais suficientes** para iso (xa que podería ser que unha empresa, por exemplo de obras, con moitos traballadores e moita maquinaria, os tivese xa comprometidos noutras obras, co que, á hora da verdade, non tería tantos medios para poder executar o novo contrato ao que opta).

Estes compromisos integraranse no contrato, e os pregos ou o documento contractual poderanlles atribuír o carácter de **obrigas esenciais** para os efectos previstos no artigo 206.g (causa de resolución do contrato; refírese á letra *f* do artigo 206, trala modificación levada a cabo pola Lei 2/2011), ou establecer **penalidades**, conforme o sinalado no artigo 196.1, para o caso de que sexan incumplidos polo adxudicatario (artigo 53.2 da LCSP).

## **E) CLASIFICACIÓN DAS EMPRESAS.**

As persoas que consigan acreditar ante a XCCA a súa solvencia económica e financeira e técnica ou profesional para a realización de certo tipo de contrato, poderán obter a “clasificación” para ese tipo de contrato, podendo concorrer aos procedementos en que se esixa o requisito de clasificación previa, e sen necesidade de demostrar para o caso concreto que son solventes, pois se están “clasificadas” enténdese que son solventes.

Nos casos en que sexa esixible a clasificación, o órgano de contratación non lles pode requirir aos licitadores outros documentos xustificativos da solvencia económica, financeira e técnica ou profesional,

porque precisamente a clasificación substitúe esas xustificacións (Informe da XCCA 48/1996, do 22 de xullo).

## **1. Esixencia de clasificación.**

### Principio xeral.

Será requisito indispensable que o empresario estea debidamente clasificado para contratar coas administracións públicas a execución de:

- Contratos de **obras** de importe igual ou superior a 350.000 euros.
- Contratos de **servizos** por orzamento igual ou superior a 120.000 euros.

A clasificación será esixible igualmente ao **cesionario** dun contrato en caso de que lle fose requirida ao cedente.

### Excepcións.

En relación co **obxecto** do contrato, non será necesaria a clasificación para subscribir contratos de servizos comprendidos nas seguintes categorías do anexo II:

- Categoría 6: Servizos financeiros: servizos de seguros, servizos bancarios e de investimentos (os bancos ou as compañías de seguro non necesitan estar clasificadas; a súa propia normativa xa trata de asegurar a súa solvencia).
- Categoría 8: Servizos de investigación e desenvolvemento.
- Categoría 21: Servizos xurídicos (os avogados, por exemplo, non se teñen que clasificar).
- Categoría 26: Servizos de lecer, culturais e deportivos (como a organización dunha exposición).
- Categoría 27: Outros servizos non recollidos nas categorías anteriores do anexo II.

Por **real decreto** poderase exceptuar a necesidade de clasificación para determinados tipos de contratos de obras e de servizos en que este requisito sexa exixible ou acordar a súa esixencia para tipos de contratos de obras e servizos en que non o sexa, tendo en conta as circunstancias especiais concorrentes neles.

En relación co **suxeito**, as excepcións son as seguintes:

- Non lles 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 55.1 da LCSP).

- Excepcionalmente, cando así sexa conveniente para os intereses públicos, a contratación da Administración xeral do Estado e os entes, organismos e entidades dependentes dela con persoas que non estean clasificadas poderá ser autorizada polo **Consello de Ministros**, precedendo 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 55.2 da LCSP).

- Non lles será exigible a clasificación ás **universidades públicas** para seren adxudicatarias de contratos nos supostos a que se refire o apartado 1 do artigo 83 da Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades —contratos con grupos de investigación recoñecidos e o seu profesorado— (disposición adicional novena da LCSP).

- 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 seren adxudicatarios de contratos do sector público (disposición adicional décima da LCSP).

- As **entidades do sector público que non teñan o carácter de Administración pública** poderanlles esixir unha determinada clasificación aos licitadores para definir as condicións de solvencia requiridas para subscribir o correspondente contrato, o que vén significar que, nestes casos, a LCSP **non obriga** a estas entidades a esixirlles a clasificación aos licitadores.

Ademais destes supostos, 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, de ser o caso, os medios de acreditación da solvencia que deban ser utilizados de entre os especificados nos artigos 64, 65 e 67 (artigo 54.4 da LCSP).

## **2. Esixencia de determinada habilitación ou autorización profesional.**

De acordo co artigo 54.1, parágrafo segundo da LCSP, no caso de que unha parte da prestación obxecto do contrato teña que ser realizada por empresas especializadas que contén cunha determinada habilitación ou autorización profesional (por exemplo, para a recollida de residuos

radioactivos), a clasificación no grupo correspondente a esa especialización, caso de ser esixida, poderase suplir polo compromiso do empresario de **subcontratar** a execución desta porción con outros empresarios que dispoñan da habilitación e, de ser o caso, clasificación necesarias, sempre que o importe da parte que debe ser executada por estes non exceda o **50 por cento** do prezo do contrato (é dicir, se o contrato de recollida de residuos ten un importe de adxudicación —prezo do contrato— de 10 millóns de euros, o importe da parte de residuos radioactivos subcontratada non poderá superar os 5 millóns de euros).

### **3. Criterios aplicables e condicións para a clasificación.**

#### Criterios.

A clasificación das empresas farase en función da súa solvencia, valorada conforme o establecido nos **artigos 64, 65 e 67**, e determinará os contratos a cuxa adxudicación poidan concorrer ou optar por razón do seu obxecto e da súa contía. Para estes efectos, os contratos dividiranse en **grupos xerais** (como os de “movementos de terras e perforacións” ou “edificacións”, no contrato de obras) e **subgrupos** (como os de “demolicións” ou “estruturas metálicas”, dentro do grupo das “edificacións”), pola súa peculiar natureza, e dentro destes por **categorías**, en función da súa contía (por exemplo, no contrato de servizos, hai catro categorías: A —anualidade media inferior a 150.000 €—, B —igual ou superior a 150.000 € e inferior a 300.000 €—, C —igual ou superior a 300.000 € e inferior a 600.000 €—, e D —igual ou superior a 600.000 €—).

A expresión da contía efectuarase:

- Por referencia ao valor íntegro do contrato, cando a duración deste sexa igual ou inferior a un ano, e
- por referencia ao seu valor medio anual, cando se trate de contratos de duración superior.

#### Condicións.

Para proceder á clasificación será necesario:

- Que o empresario acredite a súa **personalidade e capacidade de obrar**.
- Que se encontre **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**.

### Grupo de sociedades.

No suposto de persoas xurídicas pertencentes a un grupo de sociedades, e para efectos da valoración da súa solvencia económica, financeira, técnica ou profesional, poderanse ter en conta as sociedades pertencentes ao **grupo**, sempre e cando a persoa xurídica en cuestión acredite que terá efectivamente ao seu dispor, durante o prazo a que se refire o artigo 59.2, os **medios** das devanditas sociedades necesarios para a execución dos contratos.

### Continuación, transformación, fusión ou sucesión de empresas que incorran en prohibición de contratar.

**Denegarase** a clasificación daquelas empresas das cales, á vista das persoas que as rexen ou doutras circunstancias, se poida presumir que son continuación ou que derivan, por transformación, fusión ou sucesión, doutras afectadas por unha prohibición de contratar.

### UTE.

Para os efectos de valorar e apreciar a concorrencia do requisito de clasificación, respecto dos empresarios que concorran agrupados no caso do artigo 48, 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 cal opten, sen prexuízo do establecido para os empresarios non españois de Estados membros da Unión Europea no apartado 4 do artigo 48.

## **4. Competencia para a clasificación.**

### As comisións clasificadoras da XCCA.

Os acordos relativos á clasificación das empresas serán adoptados, con eficacia xeral fronte a todos os órganos de contratación, polas comisións clasificadoras da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado. Estes acordos poderán ser obxecto de recurso de alzada ante o ministro de Economía e Facenda (artigo 57.1 da LCSP).

### A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia.

De acordo co artigo 57.2 da LCSP, os órganos competentes das comunidades autónomas poderán adoptar decisións sobre clasificación das empresas que serán eficaces, unicamente, para efectos de contratar coa

comunidade autónoma que os adoptase, coas entidades locais incluídas no seu ámbito territorial, e cos entes, organismos e entidades do sector público dependentes dunha e outras. Na adopción destes acordos, deberán respectarse, en todo caso, as regras e criterios establecidos nesta lei e nas súas disposicións de desenvolvemento.

No ámbito da Comunidade Autónoma de **Galicia**, o Decreto 237/2007, do 5 de decembro, veu crear 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 subscriban os órganos de contratación da Comunidade Autónoma de Galicia, os seus organismos autónomos e demais entidades públicas sinaladas no apartado anterior”, nos termos establecidos na LCSP.

## **5. Inscripción rexistral da clasificación.**

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 58 da LCSP).

## **6. Prazo de vixencia e revisión das clasificacións.**

Principio xeral: vixencia indefinida.

A clasificación das empresas terá unha vixencia **indefinida** mentres o empresario manteña as condicións e circunstancias en que se baseou a súa concesión.

Conservación da clasificación.

Non obstante, e sen prexuízo da posibilidade de revisión ou comprobación dos elementos da clasificación, para a conservación da clasificación deberase xustificar:

- **Anualmente**, o mantemento da **solvencia económica e financeira**.
- Cada **tres anos**, o da **solvencia técnica e profesional**.

Para o cal o empresario presentará a correspondente documentación actualizada nos termos que se establezan regulamentariamente.

Revisión da clasificación.

A clasificación será revisable por petición dos interesados ou de oficio pola Administración en canto **varíen as circunstancias** tomadas en consideración para concedela.

### Notificación de variacións.

En todo caso, o empresario está **obrigado a poñer en coñecemento** do órgano competente en materia de clasificación calquera variación nas circunstancias que foron tidas en conta para concedela que poida dar lugar a unha revisión dela. A omisión desta comunicación fará incorrer o empresario, como se viu, na prohibición de contratar prevista na letra e do apartado 1 do artigo 49.

## **7. Comprobación dos elementos da clasificación.**

Os órganos competentes en materia de clasificación poderán solicitar en calquera momento das empresas clasificadas ou pendentes de clasificación os documentos que consideren necesarios para comprobar as declaracións e feitos manifestados por elas nos expedientes que tramiten, así como pedir informe a calquera órgano das administracións públicas sobre estes extremos (artigo 60 da LCSP).

## **II. REXISTROS DE CONTRATOS E CONTRATISTAS.**

### **1. REXISTROS DE CONTRATISTAS**

A) O REXISTRO OFICIAL DE LICITADORES E EMPRESAS CLASIFICADAS DO ESTADO.

A LCSP creou o Rexistro oficial de licitadores e empresas clasificadas do Estado, que supón a unión nun só rexistro do antigo Rexistro oficial de empresas clasificadas e dos rexistros de licitadores, de acordo co principio de simplificación administrativa.

#### **1. Dependencia e mantemento**

O Rexistro oficial de licitadores e empresas clasificadas do Estado dependerá do Ministerio de Economía e Facenda, e o seu mantemento corresponderalles aos órganos de apoio técnico da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado.

#### **2. Contido.**

No Rexistro oficial de licitadores e empresas clasificadas do Estado faranse constar os datos relativos á **capacidade** dos empresarios que fosen **clasificados** pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, así como aqueloutros que solicitasen a inscrición dalgún dos datos mencionados nas letras **a)** a **d)** do apartado **1** do artigo **303** (artigo 301.2 da LCSP).



En todo caso, faranse constar no Rexistro as **prohibicións de contratar** a que se refire o artigo 50.4 da LCSP, é dicir, as do artigo 49.1.a (delitos), 49.1.c (sancións graves en certas materias), 49.1.e (falsidade e incumprimento de comunicación de datos), e todas as do 49.2, específicas da contratación con administracións públicas.

De acordo co artigo 303.1 da LCSP, no Rexistro poderán constar, para cada empresa inscrita nel, os seguintes datos:

- a. Os correspondentes á súa **personalidade e capacidade de obrar**, no caso de **persoas xurídicas**.
- b. Os relativos á extensión das facultades dos **representantes ou apoderados** con capacidade para actuar no seu nome e obrigala contractualmente.
- c. Os referentes ás **autorizacións ou habilitacións profesionais** e aos demais requisitos que resulten necesarios para actuar no seu sector de actividade.
- d. Os datos relativos á **solvencia económica e financeira**, que se reflectirán de forma independente se o empresario carece de clasificación.
- e. A **clasificación** obtida conforme o disposto nos artigos 54 a 60, 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.
- f. As **prohibicións de contratar** que lles afecten.
- g. Calquera **outro** dato de interese para a contratación pública que se determine regulamentariamente.

### **3. Voluntariedade da inscrición.**

Sen prexuízo do disposto en canto á necesidade de inscribir a **clasificación** obtida e as **prohibicións de contratar** mencionadas no artigo **50.4**, a inscrición nos rexistros oficiais de licitadores e empresas clasificadas é **voluntaria** para os empresarios, os cales poderán determinar qué datos de entre os mencionados no artigo anterior desexan que aparezan neles.

Con todo, a inscrición da **clasificación** obtida polo empresario requirirá a constancia no Rexistro das circunstancias mencionadas nas letras **a** (personalidade e capacidade de obrar) e **c** (habilitacións profesionais) do artigo 303. Da mesma maneira, a inscrición dos datos a que se refiren as letras **b** (representantes ou apoderados), **c** (habilitacións profesionais) e **d** (solvencia económica ou financeira) non se poderá facer sen que consten os que afectan á personalidade e capacidade de obrar do empresario.



#### **4. Responsabilidade do empresario en relación coa actualización e a información rexistral.**

Os empresarios inscritos están **obrigados** a poñer en coñecemento do Rexistro:

- Calquera **variación** que se produza nos datos que aparecen nel,
- A **aparición** de calquera circunstancia que determine a concorrencia dunha prohibición de contratar.

A omisión desta comunicación, mediando dolo, culpa ou negligencia, fará que o empresario incorra na circunstancia prevista na letra e do apartado 1 do artigo 49.

#### **5. Publicidade do rexistro.**

O Rexistro será público para todos os que teñan **interese lexítimo** en coñecer o seu contido. O acceso a el rexerase polo disposto no artigo 37 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, e nas normas que desenvolvan ou complementen este precepto (artigo 306 da LCSP).

A STS do 23 de abril do 2005 sinalou que o concepto de interese lexítimo é moito máis amplo ca o de interese persoal e directo, e é propio daquelas persoas que, pola situación xurídica en que se atopan, por unha circunstancia de carácter persoal ou por seren destinatarias dunha regulación sectorial, son titulares dun interese propio, distinto dos demais cidadáns ou administrados.

#### **6. Colaboración entre rexistros.**

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 (artigo 307 da LCSP).

**B) O REXISTRO XERAL DE CONTRATISTAS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA.**

O artigo 302 da LCSP sinala que as **comunidades autónomas** poderán crear os seus propios rexistros oficiais de licitadores e empresas clasificadas, nos cales se inscribirán as condicións de aptitude de:

- Os empresarios que así o soliciten.
- Os empresarios que fosen clasificados por elas.

- Os empresarios que incorresen nalgunha prohibición de contratar cuxa declaración lles corresponda a aquelas ou ás entidades locais incluídas no seu ámbito territorial.

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** (<http://www.conselleriadeconomia.es/web/portal/guia-rexistro-contratistas>) perfila 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.

Este Rexistro Xeral de Contratistas depende da **Secretaría Xeral e do Patrimonio** da Consellería de Facenda, tal como indica o Decreto 307/2009, do 28 de maio, polo que se establece a estrutura orgánica desta Consellería.

No rexistro **poderanse inscribir** 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, consulta 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 impedirá concorrer ás licitacións, achegándolles todos os documentos esixidos nos pregos de cláusulas que rexan a contratación, aos contratistas non inscritos. Así e todo, a inscrición será **obrigatoria** para os contratistas que desexen acollerse ao réxime de fianzas (garantías) globais.

## **2. REXISTROS DE CONTRATOS.**

### **A) REXISTRO DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.**

#### **1. Substitución do Rexistro público de contratos.**

O artigo 308 da LCSP vén crear o Rexistro de contratos do sector público, que substitúe o Rexistro público de contratos que regulaba a LCAP. O novo rexistro ten unha extensión subxectiva e obxectiva máis ampla que o anterior, e a súa creación correspóndese co cumprimento de esixencias da normativa comunitaria.

#### **2. Órgano competente para a súa creación e función.**

O órgano competente para a súa creación e mantemento é o Ministerio de Economía e Facenda, e o rexistro constitúe o sistema oficial central de información sobre a contratación pública en España.

### **3. Contido.**

Os órganos de contratación de **todas as administracións públicas e demais entidades** incluídas no ámbito de aplicación desta lei comunicaranlle, por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, ao Rexistro de contratos do sector público, para a súa inscrición:

- Os datos básicos dos contratos adxudicados.
- As súas modificacións.
- As súas prórrogas.
- As súas variacións de prazos ou de prezo.
- O seu importe final.
- A súa extinción.

Na tramitación parlamentaria deste artigo 308.3 da LCSP borrouse a excepción dos contratos de importe inferior a 18.000 €, o que reflicte o desexo do lexislador de incluír no Rexistro absolutamente todos os contratos celebrados polo sector público.

### **4. Acceso.**

O Rexistro de contratos do sector público 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**, na forma en que regulamentariamente se determine.

Así mesmo, e coas limitacións que impoñen as normas sobre protección de datos de carácter persoal, facilitará o **acceso público** aos datos que non teñan o carácter de confidenciais e que non sexan previamente publicados de modo telemático e a través de INTERNET.

B) 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**, adscrito á Secretaría Xeral e do Patrimonio da Consellería de Economía e Facenda.

Este Rexistro ten por obxecto a inscrición de todos os contratos administrativos, así como a anotación das incidencias que orixine o seu

cumprimento, subscritos pola Administración da Comunidade Autónoma, e polos seus organismos autónomos e sociedades públicas autonómicas.

### **III. OBXECTO, PREZO E CONTÍA.**

#### **1. NORMAS XERAIS.**

##### **A) OBXECTO DO CONTRATO.**

##### **1. Obxecto determinado.**

O obxecto dos contratos do sector público deberá ser **determinado**, segundo o artigo 74.1 da LCSP.

O artigo 1.262 do Código civil esixe que o obxecto dos contratos sexa posible, lícito e determinado, o que tamén é aplicable ao ámbito administrativo.

##### **2. Fraccionamento fraudulento.**

Non se poderá fraccionar un contrato coa finalidade de diminuír a súa contía e eludir así os requisitos de publicidade (publicidade comunitaria, por exemplo, no caso dos contratos suxeitos a regulación harmonizada) ou os relativos ao procedemento de adxudicación que correspondan (os contratos de servizos, por exemplo, pódense tramitar por procedemento negociado —en lugar de aberto ou restrinxido— se o seu valor estimado é inferior a 100.000 €).

Na medida en que as garantías xurídicas diminúen segundo menor sexa o orzamento do contrato, esta previsión do artigo 74.2 da LCSP intenta evitar comportamentos fraudulentos, por parte dos órganos de contratación, que permitan aumentar a discrecionalidade das adxudicacións.

##### **3. División en lotes.**

Indica o primeiro parágrafo do artigo 74.3 da LCSP que 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.

Sería o caso, por exemplo, de contratos de limpeza en edificios distintos: cada un dos edificios podería dar lugar a un lote distinto.

Continúa o artigo 74.3 da LCSP sinalando que, así mesmo, se poderán contratar 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 (coma un túnel, por exemplo, con respecto a unha estrada), por teren que ser realizadas por empresas que contén cunha determinada habilitación.

Nos casos previstos nos parágrafos anteriores, as normas procedementais e de publicidade que deben aplicarse na adxudicación de cada lote ou prestación diferenciada serán determinadas en función do **valor acumulado** do conxunto (co que, se estivésenos ante tres lotes de tres millóns de euros cada un, o valor acumulado sería de nove millóns de euros, e estaríamos ante un contrato suxeito a regulación harmonizada), salvo o disposto nos artigos 14.2, 15.2 e 16.2, xa examinados no tema anterior.

## B) PREZO.

### 1. A certeza do prezo.

De acordo co artigo 75.1 da LCSP, nos contratos do sector público, a retribución do contratista consistirá nun **prezo certo** que deberá expresarse en **euros**, sen prexuízo de que o seu pagamento se poida facer mediante a entrega doutras contraprestacións (coma o caso da recollida dos antigos ordenadores ao subministrar outros novos) nos casos en que esta ou outras leis así o prevexan. Os órganos de contratación coidarán de que o prezo sexa **adecuado** para o cumprimento efectivo do contrato mediante a estimación correcta do seu importe, atendendo ao prezo xeral de **mercado**, no momento de fixar o orzamento de licitación e a aplicación, de ser o caso, das normas sobre ofertas con valores anormais ou desproporcionados.

### 2. Prezos unitarios e prezo global.

Como sinala o artigo 75.2 da LCSP, “o prezo do contrato poderase formular tanto en termos de **prezos unitarios** referidos aos distintos compoñentes da prestación ou ás unidades desta que se entreguen ou executen (refírese ao prezo por metro cadrado, ou por quilos, por unidades, etc.), como en termos de **prezos globais aplicables** á totalidade ou a parte das prestacións do contrato (refírese a prezos globais, non a cada un dos compoñentes ou unidades de medida do contrato). En todo caso indicarase, como partida independente, o importe do imposto sobre o valor engadido que deba soportar a Administración”.

### 3. Cláusulas de variación de prezos e penalizacións.

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.
- Penalizacións por incumprimento de cláusulas contractuais.

Débense determinar con precisión os supostos en que se producirán estas variacións e as regras para a súa determinación (artigo 75.4 da LCSP).

#### **4. Prezos provisionais.**

Excepcionalmente pódense subscribir contratos con prezos provisionais cando, trala tramitación dun procedemento **negociado** ou dun **diálogo competitivo**, se poña de manifesto algunha destas dúas circunstancias:

- 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.
- 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 subscritos con prezos provisionais, o prezo **determinarase**, dentro dos límites fixados para o **prezo máximo**, en función de:

- Os **custos** en que realmente incorra o contratista, e
- o **beneficio** que se acordase.

#### **5. Moeda distinta do euro.**

Nos contratos poderase prever que a totalidade ou parte do prezo sexa satisfeito nunha moeda distinta do euro. Neste suposto expresarase na correspondente divisa (dólares, por exemplo) o importe que se deba satisfacer nesa moeda, e incluírase unha estimación en euros do importe total do contrato.

#### **6. Prohibición do pagamento aprazado.**

Prohíbese o pagamento aprazado do prezo nos contratos das administracións públicas, excepto nos supostos en que o sistema de pagamento se estableza mediante a modalidade de arrendamento financeiro (*leasing*) ou de arrendamento con opción de compra, así como

nos casos en que esta ou outra lei o autoricen expresamente (artigo 75.7 da LCSP).

A prohibición do pagamento aprazado xustifícase na inescusable esixencia de conter o crecemento do gasto público e o nivel de endebedamento e, asemade, asegurar o mantemento do equilibrio orzamentario (Informe da XCCA 46/1996, do 22 de xullo).

### C) CÁLCULO DO VALOR ESTIMADO DOS CONTRATOS.

#### 1. Importe total, IVE excluído.

Segundo o artigo 76.1 da LCSP, para todos os efectos previstos na LCSP, o valor estimado dos contratos virá determinado polo **importe total**, sen incluír o imposto sobre o valor engadido, pagadoiro segundo as estimacións do órgano de contratación. No cálculo do importe total estimado, deberanse ter en conta calquera forma de **opción eventual** (coma o arrendamento financeiro) e as eventuais **prórrogas** do contrato.

Cando se previse aboar **primas** ou efectuar **pagamentos** aos candidatos ou licitadores (como podería suceder no diálogo competitivo), a súa contía terase en conta no cálculo do valor estimado do contrato.

No caso de que, de conformidade co disposto no artigo 92 da LCSP, se previse nos pregos ou no anuncio de licitación a posibilidade de que o contrato sexa **modificado**, considerarase valor estimado do contrato o importe máximo que este poida alcanzar, tendo en conta a totalidade das modificacións previstas.

#### 2. Prezos de mercado.

A estimación deberase facer tendo en conta os prezos habituais no mercado.

#### 3. Momento da estimación.

A estimación deberá estar referida:

- Ao momento do **envío do anuncio** de licitación.
- No caso de que non se requira un anuncio deste tipo, ao momento en que o órgano de contratación **inicie o procedemento de adxudicación** do contrato.

#### 4. Regras especiais.

Os apartados 3 a 8 do artigo 76 da LCSP establecen regras especiais de valoración para os contratos de:

- Obras e concesión de obras públicas (76.3).
- Subministración que teñan por obxecto o arrendamento financeiro, o arrendamento ou a venda a prazos de produtos (76.4).
- Subministración ou servizos que teñan un carácter de periodicidade, ou contratos que se deban renovar nun período de tempo determinado (76.5).
- Servizos (76.6).
- Lotes (76.7).
- Acordos marco e sistemas dinámicos de adquisición (76.8).

## **2. REVISIÓN DE PREZOS NOS CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS.**

### **A) PREZO CERTO E PRINCIPIO DE RISCO E VENTURA.**

#### **1. Prezo certo.**

O artigo 75.1 da LCSP sinala que o prezo é certo, pero iso non significa que o prezo sexa “fixo”, e que se deba manter invariable en todo momento sen posibilidade de variación algunha.

#### **2. Principio de risco e ventura.**

De acordo co artigo 199 da LCSP, “a execución do contrato realizarase a risco e ventura do contratista...”. Este principio vén establecer a **obriga do contratista de asumir o resultado económico do contrato**, de xeito que se, por exemplo, unha mala elección de traballadores provoca atrasos inxustificables, ou se na súa oferta reduciu tanto o prezo que ao final o contrato non lle reporta beneficios (ou mesmo lle ocasiona perdas), non lle poderá esixir por iso indemnización ningunha á Administración, a cal non garante en modo ningún 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.

Dentro desas excepcións xustificadas atopámonos todas as **técnicas de mantemento do equilibrio económico do contrato** previstas na LCSP: a obriga de indemnizar o contratista polo exercicio das prerrogativas da Administración, o *factum principis*, a teoría do risco impredecible, a forza maior, as cláusulas de repartición de risco nos contratos de colaboración entre o sector público e o privado, e a **revisión de prezos**, que pasamos a analizar.



## B) ORIGE E REGULACIÓN ACTUAL DA REVISIÓN DE PREZOS.

A revisión de prezos foi regulada por vez primeira en España a través do Real decreto do 31 de marzo de 1917 (“Decreto Alba”), pola suba extraordinaria do prezo dos materiais de construción provocada pola primeira guerra mundial.

Actualmente recóllese no capítulo II (“revisión de prezos nos contratos das administracións públicas”) do título III (“obxecto, prezo e contía do contrato”) do libro I (“configuración xeral da contratación do sector público e elementos estruturais dos contratos”) da LCSP (artigos 77 a 82).

## C) PROCEDENCIA DA REVISIÓN DE PREZOS.

Segundo o artigo 77.1 da LCSP, a revisión de prezos nos contratos das administracións públicas terá lugar, nos termos establecidos no citado capítulo e salvo que a improcedencia da revisión se prevese expresamente nos pregos ou se pactase no contrato, cando este **se executase, cando menos, no 20 % do seu importe** e transcorrese **un ano** desde a súa adxudicación. En consecuencia, o primeiro 20 % executado e o primeiro ano de execución quedarán excluídos da revisión.

Non obstante, nos contratos de **xestión de servizos públicos**, a revisión de prezos poderá ter lugar unha vez transcorrido o primeiro ano de execución do contrato, sen que sexa necesario executar o 20 % da prestación.

## D) LÍMITES.

A revisión de prezos **non** terá lugar:

- Nos contratos cuxo pagamento se concerte mediante o sistema de **arrendamento financeiro** ou de **arrendamento con opción a compra**.
- Nos **contratos menores**.

No **resto de contratos**, tampouco terá lugar:

- Cando así se estableza expresamente nos **pregos**.
- Cando así se pactase no **contrato**.
- Cando o órgano de contratación a exclúa en **resolución motivada**.

## E) SISTEMA DE REVISIÓN DE PREZOS.

Cando resulte procedente, a revisión de prezos levarase a cabo mediante a aplicación de **índices oficiais** ou da **fórmula** aprobada polo Consello de Ministros, logo do informe da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, para cada tipo de contratos.

O **órgano de contratación** determinará o que se deba aplicar, atendendo á natureza de cada contrato e á estrutura dos custos das prestacións deste. As fórmulas aprobadas polo Consello de Ministros excluirán a posibilidade de utilizar outros índices; se, debido á configuración do contrato, puidese ser aplicable máis dunha fórmula, o órgano de contratación determinará a máis adecuada, de acordo cos criterios indicados.

Cando o índice de referencia que se adopte sexa o **Índice de Prezos ao Consumo** (IPC) elaborado polo Instituto Nacional de Estatística ou calquera dos índices dos grupos, subgrupos, clases ou subclases que nel se integran, a revisión non poderá superar o 85 % de variación experimentada polo índice adoptado (artigo 78 da LCSP).

Deste xeito, se, por exemplo, o IPC fose do 10 %, a revisión non podería superar o 8,5 %. Se tivéssemos unha contía inicial de 1.000 € e a quixésemos revisar, multiplicaríamos os 1.000 € por 1,085 e daríanos unha cantidade total de 1.085 €.

Este é o modo de revisión **máis utilizado** nos contratos da **Xunta**.

## F) FÓRMULAS.

### 1. Inclusión no prego ou no contrato.

O artigo 77.3 da LCSP sinala que o **prego de cláusulas administrativas particulares** ou o **contrato** deberán detallar, de ser o caso, a fórmula ou sistema de revisión aplicable.

### 2. Elementos reflectidos.

O 79.1 da LCSP indica que as fórmulas que se establezan reflectirán a ponderación no prezo do contrato dos **materiais básicos** (como os materiais siderúrxicos nunha obra) e da **enerxía** incorporados ao proceso de xeración das prestacións obxecto daquel.

**Non** se incluírán nelas:

- O custo da man de obra.
- Os custos financeiros.
- Os gastos xerais ou de estrutura.
- O beneficio industrial.

### **3. Invariabilidade do índice ou fórmula.**

Salvo no caso de desviacións á alza impredecibles, o índice ou fórmula de revisión aplicable ao contrato será **invariable** durante a súa vixencia.

### **4. Momento de referencia para a actualización.**

O índice ou fórmula de revisión determinará a revisión de prezos en cada data (momento actual de que se trate):

- Respecto da data de **adxudicación** do contrato, sempre que a adxudicación se produza no prazo de tres meses desde a finalización do prazo de **presentación de ofertas**.

- Respecto da data en que remate este prazo de **tres meses** se a adxudicación se produce con posterioridade.

De acordo con isto, se o 10 de febreiro remata o prazo de presentación de ofertas e a adxudicación ten lugar, por exemplo, o 10 de marzo, haberá que estar ao prezo do correspondente elemento da fórmula ou ao índice dese 10 de marzo (data de adxudicación), xa que a adxudicación se produce no prazo de tres meses desde o fin do prazo de presentación de ofertas.

Con todo, se o 10 de febreiro remata o prazo de presentación de oferta e a adxudicación non se produce ata, por exemplo, o 10 de xullo (cinco meses máis tarde), haberá que estar ao prezo do correspondente elemento da fórmula ou ao índice do 10 de maio (tres meses desde a finalización do prazo de presentación de ofertas).

### **5. Índices mensuais de prezos.**

A **Comisión Delegada do Goberno para Asuntos Económicos** aprobará, por proposta do Comité Superior de Prezos de Contratos do Estado, os índices mensuais de prezos dos materiais básicos e da enerxía, que deberán ser publicados no Boletín Oficial do Estado.

Os **índices** reflectirán, á alza ou á baixa, as variacións reais dos prezos da enerxía e materiais básicos observadas no mercado e poderán ser únicos para todo o territorio nacional ou particularizarse por zonas xeográficas.

#### **G) COEFICIENTE DE REVISIÓN.**

O coeficiente de revisión é un **multiplicador**, derivado das fórmulas e dos índices de prezos, que se lles aplicará aos importes líquidos (contías)

das prestacións realizadas que teñan dereito a revisión para os efectos de calcular o prezo que corresponda satisfacer.

Polo xeral, o coeficiente de revisión é superior á unidade (1), na medida en que os prezos adoitan subir, por mor da inflación. Se, por exemplo, a contía que cómpre actualizar é de 1.000 €, e o coeficiente de revisión é de 1,1, o resultado de aplicar o coeficiente sería 1.100 €, co que o importe quedaría actualizado.

#### H) REVISIÓN EN CASOS DE DEMORA NA EXECUCIÓN.

Cando a cláusula de revisión se aplique sobre períodos de tempo en que o contratista incorrese en **mora** e sen prexuízo das penalidades que foren procedentes, os índices de prezos que deberán ser tidos en conta serán aqueles que correspondesen ás **datas establecidas no contrato para a realización da prestación en prazo**, salvo que os correspondentes ao período real de execución produzan un coeficiente inferior (o cal non é moi frecuente, pois os prezos tenden a subir, non a baixar, co paso do tempo), caso en que se aplicarán estes últimos (artigo 81 da LCSP).

#### I) PAGAMENTO DO IMPORTE DA REVISIÓN.

O importe das revisións que procedan farase efectivo, de oficio, mediante o aboamento ou desconto correspondente nas **certificacións ou pagos parciais** (por exemplo, cada mes) ou, excepcionalmente, se non se puideron incluír nas certificacións ou pagamentos parciais, na **liquidación do contrato** (ao resolver as contas co contratista).

### **IV. GARANTÍAS ESIXIBLES NA CONTRATACIÓN DO SECTOR PÚBLICO.**

#### **1. DIFERENZA ENTRE SOLVENCIA/CLASIFICACIÓN E GARANTÍAS.**

A principal diferenza radica en que, mentres que a **solvencia** e a **clasificación** tratan de garantir que o contratista ten medios e experiencia dabondo para executar o contrato, as **garantías** tratan de asegurar a seriedade da oferta presentada polo contratista e o cumprimento dos termos do contrato, baixo pena de perda da devandita garantía.

#### **2. GARANTÍAS QUE SE DEBERÁN PRESTAR NOS CONTRATOS SUBSCRITOS COAS ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS.**

##### A) GARANTÍA PROVISORIA.

### **1. Garantía opcional para o órgano de contratación, mais obrigatoria, de ser o caso, para os contratistas.**

De acordo co artigo 91.1 da LCSP, os órganos de contratación “poderanlles esixir” unha garantía provisoria en atención ás circunstancias concorrentes en cada contrato.

Isto significa que a LCSP non obriga o órgano de contratación a esixirlles unha garantía aos licitadores que opten á adxudicación do contrato, pero en caso de que decida esixila, os licitadores deberán constituíla obrigatoriamente para poder participar na licitación.

Cando o órgano de contratación decida esixir unha garantía provisoria, deberá xustificar suficientemente no expediente as razóns da súa esixencia para ese contrato concreto.

### **2. Cobertura da garantía.**

A garantía provisoria que constitúan, se é o caso, os licitadores responderá:

- Do **mantemento** das súas ofertas (e, xa que logo, da seriedade dos seus propósitos) ata a adxudicación.

- Para o licitador que resulte adxudicatario, a garantía provisoria responderá tamén do cumprimento das **obrigas** que lle impón o segundo parágrafo do artigo **135.2** (refírese ás obrigas de xustificar estar ao corrente no cumprimento das súas **obrigas tributarias** e coa Seguridade Social ou autorice o órgano de contratación para obter de forma directa a acreditación diso, dispoñer efectivamente dos **medios** que se comprometese a dedicar ou adscribir á execución do contrato conforme o artigo 53.2, e de constituír a **garantía definitiva** que sexa procedente).

### **3. Importe da garantía provisoria.**

Nos **pregos** de cláusulas administrativas determinárase o importe da garantía provisoria, que **non poderá ser superior a un 3 %** do orzamento do contrato, e o réxime da súa devolución. A garantía provisoria poderase prestar en calquera das formas previstas no artigo 84 (que se verá máis adiante).

### **4. Devolución, retención e incautación da garantía provisoria.**

A garantía provisoria extinguirose automaticamente e seralles **devolta** aos licitadores inmediatamente despois da adxudicación do contrato.

En todo caso, a garantía seralle **retida** ao licitador cuxa proposición fose seleccionada para a adxudicación ata que proceda á constitución da garantía definitiva, e **incautada** ás empresas que retiren inxustificadamente a súa proposición antes da adxudicación.

## **5. Relación coa garantía definitiva.**

O adxudicatario poderá aplicar o importe da garantía provisoria á definitiva ou proceder a unha nova constitución desta última; nese caso, a garantía provisoria cancelárase simultaneamente á constitución da definitiva.

### **B) GARANTÍA DEFINITIVA.**

#### **1. Obrigatoriedade da garantía definitiva, como principio xeral.**

A diferenza da garantía provisoria, o artigo 83.1 da LCSP sinala que os que presenten as ofertas economicamente máis vantaxosas nas licitacións dos contratos que subscriban as administracións públicas “deberán constituír”, á disposición do órgano de contratación, unha garantía (definitiva).

#### **2. Excepcións.**

Atendidas as circunstancias concorrentes no contrato, o **órgano de contratación** poderá eximir o adxudicatario da obriga de constituír garantía, xustificándoo adecuadamente nos **pregos**, especialmente no caso de subministracións de bens consumibles (como a comida, vendas ou xiringas) cuxa entrega e recepción se deba efectuar antes do pagamento do prezo.

Esta exención **non** será posible no caso de contratos de **obras** e de **concesión de obras públicas** (artigo 83.1, parágrafo segundo da LCSP).

A **urxencia** na tramitación do expediente **non** se considera circunstancia que permita eximir da obriga de constituír a garantía (artigo 96.1.c da LCSP).

#### **3. Importe da garantía definitiva.**

Principio xeral: Diferenza entre prezos unitarios e prezos globais.

O importe da garantía definitiva será dun **5 %** do **importe de adxudicación** (cantidade de diñeiro pola que se adxudica un contrato, e que coincide coa incluída na oferta do licitador que presente a oferta economicamente máis vantaxosa) cando a contía do contrato se determine

en función de **prezos globais** (é dicir, non se determine en prezos por unidade de medida), excluído o imposto sobre o valor engadido.

Cando a contía do contrato se determine en función de **prezos unitarios** (prezos por unidades de medida —por quilo, por metro, por metro cadrado, por peza, etc.—), o importe da garantía que se vai constituír fixarase atendendo ao **orçamento base de licitación** (cantidade máxima de diñeiro prevista no orzamento para o pagamento do contrato, que logo os licitadores poderán mellorar nas súas ofertas).

#### O contrato de concesión de obras públicas.

Na concesión de obras públicas, o importe da garantía definitiva calcularase aplicando o **5 por cento** sobre o **valor estimado do contrato**, cuantificado conforme o establecido no artigo 76.3 (é dicir, debe ter en conta o importe destas, así como o valor total estimado das subministracións necesarias para a súa execución —ladrillos, cemento, etc. — que o órgano de contratación poña a disposición do contratista).

O órgano de contratación, atendidas as características e a duración do contrato, poderá prever nos pregos, xustificándoo adecuadamente, a posibilidade de **reducir** o importe da garantía definitiva, **unha vez executada a obra** (por exemplo, unha vez construída xa a autoestrada) e **durante o período previsto para a súa explotación** (cobramento de peaxe aos usuarios). Sen prexuízo doutros criterios que se poidan establecer nos pregos, esta redución será **progresiva e inversamente proporcional ao tempo que reste de vixencia do contrato** (co que se lle iría devolvendo a garantía ao contratista aos poucos), sen que poida supoñer unha minoración do importe da garantía por baixo do 2 % do valor estimado do contrato.

#### Prezos provisionais.

No caso dos contratos con prezos provisionais a que se refire o artigo 75.5 da LCSP, a porcentaxe calcularase con referencia ao **prezo máximo fixado**.

### **4. Garantía complementaria.**

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 %** (xa que logo, cabería que, por exemplo, a garantía complementaria fose dun 2, ou dun 4 por cento) do importe de adxudicación do contrato (ou do orzamento base de licitación, se a contía do contrato se determina en función de prezos unitarios), podendo alcanzar a garantía **total** un 10 % (como máximo) do prezo do contrato (artigo 83.2 da LCSP).



## 5. Formas de prestación das garantías.

Do artigo 84.1 da LCSP extráese que as garantías esixidas nos contratos subscritos coas administracións públicas poderanse prestar nalgunha das seguintes formas:

- a. En **efectivo** (en metálico, diñeiro de curso legal —non outras formas de pagamento, coma o cheque—) ou en valores de **Débeda Pública** (letras do Tesouro, bonos do Estado, e obrigas do Estado; xa non se admiten valores privados, que si prevía a lexislación anterior).
- b. Mediante **aval bancario** (ou entidade financeira equivalente).
- c. Mediante contrato de **seguro de caución**, asinado cunha **entidade aseguradora** (compañía de seguros) autorizada para operar no ramo.

Estas formas de prestación das garantías considéranse un **numerus clausus**, polo que non son admisibles outros como a hipoteca ou como a constitución dun dereito de peñor a favor da Administración.

## 6. Retención do prezo.

O que si permite a LCSP é que cando así se prevexa nos **pregos**, a garantía que, eventualmente, se deba prestar en contratos **distintos aos de obra e concesión de obra pública** poderase constituír mediante retención no prezo (artigo 84.2 da LCSP).

Sería o caso dun contrato de servizos de limpeza polo cal o contratista tivese que constituír unha garantía definitiva de 10.000 €. Se a Administración debe pagar, en cumprimento do contrato, mensualidades de 5.000 €, cabería que o contratista non tivese que constituír a garantía definitiva, a cambio de que as dúas primeiras mensualidades a Administración non lle pagase (a Administración “retén o prezo”), senón que utilizase os 10.000 € (5.000 da primeira mensualidade, mais 5.000 da segunda) para constituír a garantía do contratista; todo iso se así o permite o prego.

## 7. Responsabilidades a que están afectas as garantías.

A garantía responderá dos seguintes conceptos:

- a. Das **penalidades** impostas ao contratista conforme o artigo 196.
- b. 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 aquela con motivo da execución do contrato ou polo seu incumprimento, cando non proceda a súa resolución.

c. Da **incautación** que se pode decretar nos casos de **resolución do contrato**, de acordo co que nel ou nesta lei estea establecido. Respecto disto, o Tribunal Supremo matiza que a resolución do contrato por mutuo acordo non pode supoñer a incautación da garantía (STS do 11 de xullo de 1988). Ademais, engade que a incautación da garantía cando o contrato se resolva por culpa do contratista, non será necesario inicio ningún de procedemento, levándose a cabo por ministerio da lei, sen prexuízo da posibilidade de impugnación que se poida deducir contra esta decisión (STS do 3 de febreiro de 1993).

d. 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 previu no contrato.

## **8. Constitución, reposición e reaxuste de garantías.**

### Constitución da garantía definitiva.

De acordo co artigo 87.1 da LCSP, o licitador que presentase a **oferta economicamente máis vantaxosa** deberá acreditar, no prazo sinalado no artigo 135.2, (**10 días hábiles**, contados desde o seguinte a aquel en que recibise o requirimento), a constitución da garantía.

De non cumprir este requisito por causas imputables a el, a Administración non efectuará a adxudicación ao seu favor, sendo de aplicación o disposto no último parágrafo do artigo 135.2 (é dicir, entenderase que o licitador retirou a súa oferta, procedéndose nese caso a solicitarlle a mesma documentación ao licitador seguinte, pola orde en que queden clasificadas as ofertas).

### Reposición por penalidades ou indemnizacións.

No caso de que se fagan efectivas sobre a garantía as penalidades ou indemnizacións esixibles ao adxudicatario, este deberá **repoñer** ou ampliar aquela, na contía que corresponda (de xeito que a garantía sempre se manteña íntegra), no prazo de quince días (naturais, segundo a disposición adicional quinceava) desde a execución, incorrendo en caso contrario en causa de resolución.

### Reaxuste por modificación do contrato.

Cando, como consecuencia dunha **modificación** do contrato, experimente variación o seu prezo (por exemplo, pase de 1 millón a 1,2 millóns de euros), deberase reaxustar a garantía, para que garde a debida proporción co novo prezo modificado (xa que o 5 % dun millón —50.000 €— non é o mesmo que o 5 % de 1,2 millóns —60.000 €—), no prazo de quince

días (naturais) contados desde a data en que se lle notifique ao empresario o acordo de modificación (no exemplo, os 10.000 € de diferenza teríanse que achegar neses quince días naturais).

Para estes efectos **non** se considerarán as variacións de prezo que se produzan como consecuencia dunha **revisión de prezos**, antes examinada.

### **9. Ausencia de beneficio de excusión nas garantías prestadas por terceiros.**

Sinala o artigo 85.1 da LCSP que as persoas ou entidades distintas do contratista que presten garantías a favor deste (como un banco no caso do aval bancario, ou unha compañía de seguro no caso do seguro de caución) non poderán utilizar o beneficio de excusión a que se refiren os artigos 1.830 e concordantes do Código civil.

Se gozase do beneficio de excusión, para que o terceiro (banco ou compañía de seguro) estivese obrigado a pagar polo contratista, primeiro a Administración tería que ir a por os bens deste, e só cando estes non chegasen para cubrir a débeda, tería a posibilidade de esixir do banco ou compañía de seguros o resto.

Ao non gozar do beneficio de excusión, a Administración poderá reclamarlle directamente ao banco ou compañía de seguros polas responsabilidades do contratista.

### **10. Preferencia da Administración na execución de garantías.**

Sinala o artigo 89 da LCSP que, para facer efectiva a garantía, a Administración contratante terá **preferencia** sobre calquera outro acredor, sexa cal for a natureza deste (público ou privado) e o título do cal derive o seu crédito (unha hipoteca, unha sanción administrativa ou unha liquidación tributaria).

Cando a garantía non sexa bastante para cubrir as responsabilidades a que está afecta, a Administración procederá ao **cobramento da diferenza** mediante o procedemento administrativo de **constrinximento**, conforme o establecido nas normas de recadación (Real decreto 939/2005, do 29 de xullo, polo que se aproba o Regulamento xeral de recadación).

### **11. Devolución e cancelación das garantías.**

#### Criterio xeral.

De acordo co artigo 90 da LCSP, a garantía non será devolta ou cancelada ata se producir **algunha** destas circunstancias:

- Que se aprobe a **liquidación** do contrato (resolvéndose as contas entre Administración e contratista, salvo a garantía), se produza o vencemento do **prazo de garantía** (período de tempo que ten a Administración para comprobar que o executado polo contratista se adecúa ao pactado) e **se cumprise** satisfactoriamente o contrato de que se trate.

- Que se declare a **resolución** deste sen culpa do contratista (por exemplo, por rescate da Administración no contrato de xestión de servizo público, ou por imposibilidade de executar a prestación nos termos inicialmente pactados).

O **acordo de devolución** deberá adoptarse e notificárselle ao interesado no prazo de dous meses desde a finalización do prazo de garantía. Transcorrido este, a Administración deberalle aboar ao contratista a cantidade que lle deba, incrementada co xuro legal do diñeiro correspondente ao período transcorrido desde o vencemento do citado prazo ata a data da devolución da garantía, de esta non se ter feito efectiva por causa imputable á Administración.

De acordo co Tribunal Supremo, a devolución ou cancelación da garantía debe realizala **de oficio** a Administración, sen necesidade de petición do contratista (STS do 8 de xullo de 1997), pero, transcorridos **20 anos** sen reclamación do contratista, inválidase calquera reclamación sobre devolución, por aplicación do actual artigo 18.1 da Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas (STS do 11 de xuño de 1996).

#### Recepción parcial.

No suposto de recepción parcial (por exemplo, dun tramo dunha autovía), o contratista só poderá solicitar a devolución ou cancelación da parte proporcional da garantía cando así se autorice expresamente no **prego** de cláusulas administrativas particulares.

#### Cesión do contrato.

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 (co que en todo momento a Administración non perde o poder sobre a garantía).

#### Inactividade da Administración.

Transcorrido **un ano** desde a data de finalización do contrato sen teren lugar a recepción formal e a liquidación por causas non imputables ao contratista, procederase, sen máis demora, á devolución ou cancelación

das garantías unha vez depuradas as responsabilidades a que se refire o artigo 88.

Cando o importe do contrato sexa inferior a 1.000.000 euros, se se trata de contratos de obras, ou a 100.000 euros, no caso doutros contratos, o prazo reducirase a **seis meses**.

Este apartado 5 do artigo 90 da LCSP obedece ao criterio da sentenza do Tribunal Supremo do 3 de marzo de 1987, que sinala que a Administración non pode demorar caprichosamente a devolución da fianza e retela sen xustificación ningunha.

## **12. Garantía global.**

### Alternativa á garantía individualizada.

O artigo 86 da LCSP sinala que, **alternativamente** á prestación dunha garantía singular para cada contrato, o empresario poderá constituír unha garantía global para afianzar as responsabilidades que poidan derivar da execución de **todos** os que subscriba:

- Cunha Administración pública (por exemplo, a Xunta de Galicia),
- cun órgano de contratación (o conselleiro de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza), ou
- con varios órganos de contratación (o ministro de Economía e Facenda e os seus secretarios de Estado).

### Modalidades de constitución.

A garantía global deberase constituír nalgunha das modalidades previstas nas letras *b* (aval bancario) e *c* (seguro de caución) do apartado 1 do artigo 84, e ser depositada na Caixa Xeral de Depósitos ou nas súas sucursais encadradas nas delegacións de Economía e Facenda ou nas caixas ou establecementos públicos equivalentes das comunidades autónomas ou entidades locais contratantes, segundo a Administración ante a cal deba producir efecto.

Sería o caso dun aval bancario de 2 millóns de euros presentado por unha empresa para responder, por exemplo, de todos os contratos que subscriba coa Administración xeral do Estado.

### Cobertura.

A garantía global responderá, xenérica e permanentemente, do cumprimento polo adxudicatario das obrigas derivadas dos contratos cubertos pola ela ata o 5 %, ou porcentaxe maior que proceda (en caso de

garantía complementaria), do importe de adxudicación (se a contía do contrato se determina por prezos globais) 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, de ser o caso, poida ser procedente, se faga efectiva sobre o resto da garantía global.

Afectación a un contrato concreto: certificación acreditativa de existencia e suficiencia.

Para efectos da afectación da garantía global a un contrato concreto, a caixa ou establecemento onde se constituíse emitirá, por petición dos interesados, unha **certificación acreditativa da súa existencia e suficiencia**, nun prazo máximo de tres días hábiles desde a presentación da solicitude en tal sentido, e procederá a inmovilizar o importe da garantía que se deberá constituír, que se liberará cando quede cancelada a garantía.

Así, se a empresa antes mencionada tivese que facer fronte a un novo contrato cun ministro e cubrir 100.000 €, a Caixa Xeral de Depósitos emitiría un certificado conforme a garantía global constituída (aval de 2 millóns de euros) existe e é suficiente para cubrir os 100.000 €.

### **3. GARANTÍAS QUE SE DEBERÁN PRESTAR NOUTROS CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.**

Destaca a **ampla marxe de decisión** que a LCSP lle outorga ao **órgano de contratación**, xa que o seu artigo 92 sinala, para empezar, que nos contratos que subscriban os entes, organismos e entidades do sector público que non teñan a consideración de administracións públicas (por exemplo, Loterías y Apuestas del Estado), os órganos de contratación **poderanlles esixir** (non é obrigatorio, xa que logo, para o órgano de contratación esixir as garantías) a prestación dunha garantía aos licitadores ou candidatos, para responder do mantemento das súas ofertas ata a adxudicación e, de ser o caso, definitiva do contrato ou ao adxudicatario, para asegurar a correcta execución da prestación.

Ademais, no caso de que o órgano de contratación decida esixir a garantía, é o propio órgano de contratación o que establecerá, atendidas as circunstancias e características do contrato, tanto o **importe** da garantía como o réxime da súa **devolución** ou **cancelación**.

**Ricardo José Durán Rodríguez**

Bibliografía:

Calvo y Ruata, P.: *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos)*, Civitas, 1ª edición, 2010.

García de Enterría, E. e Fernández, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomsom Civitas, 14ª edición, Navarra, 2008.

Moreno Molina, J.A. e Pleite Guadamillas, F: *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, 3ª edición, 2011.

Parada Vázquez, R: *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, 18ª edición, Madrid, 2010.

Santamaría Pastor, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

Vicente Iglesias, J.L.: *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, 2ª edición, 2011.

VV.AA.: *Contratos Públicos 2009-2010*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2009.

# **24. PREPARACIÓN DOS CONTRATOS POLAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS: NORMAS XERAIS. ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS.**

## **TEMA 24. PREPARACIÓN DOS CONTRATOS POLAS ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS: NORMAS XERAIS. ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS**

### **I. PREPARACIÓN DE CONTRATOS POLAS ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS: NORMAS XERAIS.**

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).

#### **1. EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN.**

A) TRAMITACIÓN ORDINARIA.

##### **1. Expediente de contratación.**

Necesidade do expediente de contratación.

A fase de **preparación** dos contratos coincide coa tramitación dun procedemento administrativo denominado “**expediente de contratación**”.

Respecto disto, o artigo 93.1 da LCSP, sinala que “a celebración de contratos por parte das administracións públicas (tanto administrativos como privados) 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 antedito expediente, excepto na tramitación de emerxencia (Informe XCCA 31/2005, do 29 de xuño).

Iniciación.

O expediente de contratación iniciárase (de oficio) polo **órgano de contratación** motivando a necesidade do contrato nos termos previstos no artigo 22 da LCSP (xa examinado).

Contido.



O expediente deberase referir á **totalidade do obxecto** do contrato, sen prexuízo da súa eventual división en lotes (artigo 74.3 da LCSP), para efectos da licitación e adxudicación.

Ao expediente incorporaranse:

- O **prego de cláusulas administrativas particulares** e o de **prescricións técnicas** que vaian 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 descriptivo** a que fai referencia o artigo 165.1.

- O **certificado de existencia de crédito** (comprobación da existencia dunha partida de diñeiro do orzamento que se poida dedicar ao contrato) ou documento que legalmente o substitúa.

- A fiscalización previa da **intervención**, de ser 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...).

#### Aprobación.

De acordo co artigo 94.1 da LCSP, “completado o expediente de contratación, o órgano de contratación ditará unha **resolución motivada** en que se aprobe este...”. Ademais de concluír o expediente de contratación, esa mesma resolución motivada tamén supón:

- A **apertura do procedemento de adxudicación**, co que se dá inicio á segunda fase da vida do contrato, é dicir, a 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*”.

#### Tramitación anticipada.

Os expedientes de contratación poderanse ultimar (incluso coa adxudicación e formalización do correspondente contrato) mesmo cando **a súa execución** (xa se realice nunha ou en varias anualidades) **se deba iniciar no exercicio seguinte**.

Para estes efectos poderanse **comprometer créditos** coas limitacións que se determinen nas normas orzamentarias das distintas administracións públicas suxeitas a esta lei.

Esta previsión do artigo 94.2 da LCSP vén significar que nos orzamentos do ano en que se adxudica ou formaliza non é necesario que exista partida orzamentaria específica destinada ao pagamento do contrato, pois namentres que non haxa execución, non xurdirá a obriga de pagamento.

#### Particularidades dos contratos menores.

De acordo co artigo 95 da LCSP, nestes contratos, a tramitación do expediente só esixirá:

- A **aprobación do gasto** e
- a incorporación a el da **factura** correspondente, que deberá reunir os requisitos que as normas de desenvolvemento desta lei establezan (véxase o RD 2402/1985, polo que se regula o deber de expedir e entregar factura que lles incumbe aos empresarios e profesionais, e o artigo 72.1 do RXCAP).

No contrato menor de **obras** deberase engadir, ademais:

- O **orzamento** das obras.
- O correspondente **proxecto** cando normas específicas así o requiran.
- O **informe de supervisión** a que se refire o artigo 109 (comprobación de que o proxecto se acomoda ás normas técnicas relacionadas coas obras: anchura mínima de corredores, altura mínima de teitos, saídas de urxencia...) cando o traballo afecte a estabilidade, seguranza ou estanquidade da obra.

#### B) TRAMITACIÓN ABREVIADA DO EXPEDIENTE.

##### **1. Tramitación urgente.**

##### Supostos.

De acordo co artigo 96.1 da LCSP, “poderán ser obxecto de tramitación urgente os expedientes correspondentes aos contratos cuxa celebración 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”.

Malia a indeterminación dos supostos, o Tribunal Supremo sinalou que se debe tratar dunha urxencia obxectiva, non simplemente subxectiva, xa que, de non ser así, quedaría ao arbitrio subxectivo do que a norma configura como necesidade ou por interese público, todo o cal leva á súa nulidade (STS do 28 de outubro de 1992).

A falta de motivación (á que se lle equipara unha motivación xeral ou abstracta) tamén supón a nulidade da declaración de urxencia (STSX de Castela e León do 30 de xaneiro de 2001).

### Consecuencias da tramitación de urxencia.

A declaración de urxencia afectará tanto a fase de preparación como a de adxudicación, sendo as principais **consecuencias** a preferencia na tramitación, a redución de prazos de tramitación (á metade, con carácter xeral), a posibilidade de comezar a execución do contrato aínda sen formalizalo, e a obriga de iniciar a execución no prazo de 15 días hábiles contados desde a formalización.

### Asistencia sanitaria.

A disposición adicional vixésimo novena da LCSP sinala que nos contratos relativos á prestación de **asistencia sanitaria** en supostos de **urxencia** e por importe **inferior a 30.000 euros**, non serán de aplicación as disposicións desta lei relativas á preparación e adxudicación do contrato. Para proceder á contratación nestes casos abundará con que, ademais de xustificarse a urxencia, se determine o obxecto da prestación, se fixe o prezo que se satisfará pola asistencia e o órgano de contratación designe a empresa á cal corresponderá a execución.

## **2. Tramitación de emerxencia.**

### Supostos.

É un suposto máis excepcional que o anterior. Cabe seguir a tramitación de emerxencia, de acordo co artigo 97 da LCSP, “cando a Administración teña que actuar de maneira inmediata por mor de **acontecementos catastróficos**, de situacións que supoñan **grave perigo** ou de necesidades que afecten a **defensa nacional**”.

Sinala o Tribunal Supremo que non abonda coa mera existencia da situación de emerxencia, senón que ademais se precisa que a tramitación de emerxencia sexa absolutamente necesaria para evitar ou remediar os seus efectos (STS do 20 de xaneiro de 1987).

### Consecuencias.

As particularidades da tramitación de emerxencia tamén afectan tanto a fase de preparación como a de adxudicación, e as consecuencias son moito máis drásticas que na declaración de urxencia: 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 acontecida, 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 310.4 da LCSP), co que, de ser 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 consonte as cales se deberá executar a prestación por parte do contratista (características dos materiais que vai empregar, a súa procedencia, medidas de seguridade e saúde...).

O Tribunal Supremo sinalou que os pregos son “lei do contrato”, *lex inter partes*, de acordo co principio de liberdade de pactos, mentres non vulnere o dereito necesario (STS do 28 de decembro de 1983, entre outras moitas).

### **A) PREGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS XERAIS.**

#### **1. Carácter potestativo.**

Os pregos de cláusulas administrativas xerais (PCAX) son documentos cuxa existencia o artigo 98 da LCSP prevé con carácter **potestativo**, polo que non existen para todo tipo de contratos.

#### **2. Contido.**

Determinan, sen contravir a normativa de contratos, as condicións xurídicas, económicas e administrativas dun **tipo de contrato determinado**.

En concreto, os PCAX aprobados na **Administración xeral do Estado** son:

- Decreto 3854/1970, do 31 de decembro, polo que se aproba o PCAX para a construción de **obras** do Estado.

- A Orde ministerial do 8 de marzo de 1972, que aproba o prego para a contratación de **estudos e servizos técnicos** competencia do Ministerio de Obras Públicas e Urbanismo. En 1974 estendeuse a todos os departamentos que non contasen cun prego xeral de seu (conta cun propio o Ministerio de Asuntos Exteriores, aprobado por Orde ministerial do 23 de xullo de 1973).

- Decreto 215/1973, do 25 de xaneiro, polo que se aproba o PCAX para a construción, conservación e explotación de **autoestradas** en réxime de concesión.

- Decreto 2572/1973, do 5 de outubro, polo que se aproba o prego de cláusulas administrativas xerais para a contratación de **equipos e sistemas para o tratamento da información** e de mantemento, arrendamento e programas.

- Resolución do Ministerio de Economía e Facenda do 26 de marzo de 1981, pola que se aproba o prego xeral de condicións económico-administrativas e técnico-facultativas para a contratación polos **consorcios** ou as **corporacións locais** dos traballos de formación, conservación e revisión dos **catastros** urbanos e rústicos.

- Real decreto 3142/1981, do 18 de decembro, polo que se aproba o prego de cláusulas administrativas xerais para a contratación de **subministracións** no **Ministerio de Defensa**.

### **3. Órgano competente.**

#### Ámbito estatal.

No **ámbito estatal**, o órgano competente para a súa aprobación é o Consello de Ministros, por iniciativa dos ministerios interesados, por proposta do ministro de Economía e Facenda, e co ditame previo 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 ordenadores), a proposta ao Consello de Ministros corresponderalles conxuntamente ao ministro de Economía e Facenda e mais ao ministro de Administracións Públicas.

A falta de ditame do Consello de Estado dá lugar á nulidade radical do acto final ditado, xa que se trata dun trámite esencial (Ditame do Consello de Estado 2913/2004, do 17 de febreiro).

#### Comunidades autónomas e Administración local.

A LCSP, no seu artigo 98.3, establece a posibilidade de que **comunidades autónomas** e entidades integrantes da **Administración local** poidan aprobalos, de acordo coas súas normas específicas (no caso da Administración local de Galicia, permíteo o artigo 317 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia), co ditame previo, no caso galego, do Consello Consultivo de Galicia.

#### **4. Carácter normativo ou contractual.**

Como se destacou no tema 23, existe un debate doutrinal sobre se os PCAX do contrato teñen un carácter propiamente **normativo** —de rango regulamentario—, como defenden Parada Vázquez e certos informes do Consello de Estado —como o 334/2002, do 11 de abril—, ou só **contractual**.

En caso de considerarse normas, estaríamos en todo caso ante **normas xurídicas sui generis**, na medida en que o artigo 99.5 da LCSP permite que con elas se poida chegar a un efecto contrario ao principio de inderrogabilidade singular das normas regulamentarias (artigo 52.2 da Lei 30/1992, do 26 de novembro), na medida en que os pregos de cláusulas administrativas particulares poden conter cláusulas contrarias aos pregos xerais.

#### **B) PREGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES.**

##### **1. Órgano de aprobación e contido.**

Os pregos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) apróbaos o **órgano de contratación**, e de acordo co artigo 99 da LCSP, incluírá os pactos e condicións definidores dos dereitos e obrigas das partes do contrato e as demais mencións requiridas pola LCSP e as súas normas de desenvolvemento (artigo 67 do RXCAP), sen contravilas.

De acordo coa xurisprudencia, hai datos **esenciais** dos pregos que non poden faltar, como o prazo de execución, duración, orzamento base de licitación, tipo de procedemento ou formas de adxudicación, mentres que outros, como a codificación correspondente da nomenclatura da Clasificación Nacional de Produtos por Actividades 1996 (CNPA-1996) ou o importe máximo dos gastos de publicidade de licitación do contrato, poderíanse considerar unha mera **irregularidade non invalidante** (STSX

de Asturias do 19 de xullo de 1997 e de Andalucía do 14 de outubro de 1999).

## **2. Carácter obrigatorio, e as súas excepcións.**

A diferenza dos anteriores, a súa existencia é **obrigatoria** (incluso para os contratos privados, e con independencia do tipo de procedemento seguido —aberto, restrinxido, negociado...—), baixo pena de nulidade do contrato, agás nos seguintes casos:

- Nos contratos menores.
- Nos contratos de emerxencia.
- Nos contratos subscritos no estranxeiro.
- Nos contratos de colaboración entre o sector público e privado (neste caso, os pregos substitúense por un documento descritivo do contrato).

## **3. Estipulacións contrarias aos PCAX.**

O artigo 99.5 da LCSP, de carácter non básico, establece que “a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado deberá emitir informe con carácter previo sobre todos os **pregos particulares en que se propoña a inclusión de estipulacións contrarias aos correspondentes pregos xerais**”.

No ámbito da Administración autonómica, os seus organismos autónomos, sociedades públicas, fundacións do sector público autonómico e demais entidades de dereito público vinculadas ou dependentes da Comunidade Autónoma de Galicia, será a **Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia** a que informe preceptivamente (artigo 2.3 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro).

## **4. Modelos de pregos particulares.**

Existe a posibilidade, de acordo co artigo 99.4 da LCSP, 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).

## **5. Carácter non normativo.**

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).



## C) OS PREGOS DE PRESCRICIÓNS TÉCNICAS XERAIS.

### 1. Carácter potestativo.

Os pregos de prescricións técnicas xerais (PPTX) tamén son, igual que os PCAX, documentos de carácter **potestativo**.

### 2. Órgano competente.

A súa aprobación correspóndelle, no ámbito estatal, ao **Consello de Ministros**, co informe previo da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado (a diferenza dos PCAX, nos que a LCSP non esixe este informe e si o ditame do Consello de Estado), por proposta do ministro correspondente (artigo 100.2 da LCSP).

Non existe un artigo similar ao 98.3 da LCSP, 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 da LCSP, a regulación específica autonómica poderíao prever.

## D) OS PREGOS DE PRESCRICIÓNS TÉCNICAS PARTICULARES.

Os pregos de prescricións técnicas particulares (PPTP), 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 100.1 da LCSP).

O seu contido vén desenvolvido no artigo 68 do RXCAP.

## E) REGLAS PARA O ESTABLECEMENTO DE PRESCRICIÓNS TÉCNICAS.

### 1. Discapacidade e ambiente.

O artigo 101 da LCSP 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, e,
- sempre que o obxecto do contrato afecte ou poida afectar o 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.

## **2. Igualdade.**

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.

## **3. Formas de definición das prescricións técnicas.**

Sen prexuízo das instrucións e regulamentos técnicos nacionais que sexan obrigatorios, a condición de que sexan compatibles co dereito comunitario, as prescricións técnicas poderanse definir dalgunha das seguintes formas:

a. Facendo referencia a **especificacións técnicas** (relativas a lonxitude, largura, diámetro, composición, resistencia, dureza, etc. dun produto), de acordo coa orde de prelación establecida no artigo 101.3.a da LCSP.

b. En termos de **rendemento** ou de **esixencias funcionais** (capacidade, por exemplo, de resistir determinados quilos de peso, independentemente da súa lonxitude, largura, diámetro, composición, etc.) incorporando a estas últimas, cando o obxecto do contrato afecte ou poida afectar o ambiente, a contemplación de características ambientais.

c. En termos de **rendemento** ou de **esixencias funcionais**, conforme o indicado na letra *b*, facendo referencia, como medio de presunción de conformidade con estes, ás especificacións citadas na letra *a* (así que en principio é igual que a letra *b*—capacidade para resistir certo peso, por exemplo—, pero se o material cumpre con determinada lonxitude, largura, diámetro, composición, etc. —especificacións técnicas—, presúmese que é capaz de resistir ese peso).

d. 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 (xa que logo, mestura das letras *a* e *b*).

## **4. Mencións prohibidas, e as súas excepcións.**

### Principio xeral.

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 **producción** determinados coa finalidade de favorecer ou descartar certas empresas ou certos produtos.

#### Excepcións.

- Cando o xustifique o **obxecto** do contrato (por exemplo, se se trata dunha campaña para promover os pementos de Padrón, pódese esixir no prego que os pementos que saian no anuncio sexan efectivamente “de Padrón”).

- Cando **non sexa posible facer unha descrición precisa e intelixible dabondo** do obxecto do contrato (en aplicación dos apartados 3 e 4 do artigo 101 da LCSP), e deberá ir acompañada da mención “**ou equivalente**” (como de feito sucede coas fiestras “tipo *velux*” —Velux é unha marca—, polo que nos pregos se indica “fiestras tipo *velux* ou equivalente”).

- Segundo o artigo 70 do RXCAP, cando se trate de subministracións de material para mantemento, reposto ou substitución de **equipos xa existentes**.

### F) CONDICIÓNES ESPECIAIS DE EXECUCIÓN DO CONTRATO.

#### **1. Requisitos.**

Sinala o artigo 102 da LCSP que os órganos de contratación poderán establecer condicións especiais en relación coa execución do contrato, sempre que:

- Sexan compatibles co **dereito comunitario** e se indiquen no **anuncio de licitación** e no **prego** ou no **contrato**.

#### **2. Especial consideración das condicións de ámbito ambiental ou social, e a súa finalidade.**

Estas condicións de execución poderanse referir, 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).

#### **3. Posibles consecuencias do incumprimento das condicións especiais, de acordo cos pregos ou o contrato.**

O artigo 201.2 sinala tres posibles consecuencias:

- Os pregos ou o contrato poderán establecer **penalidades**, conforme o previsto no artigo 196.1, para o caso de incumprimento destas condicións especiais de execución.

- Os pregos ou o contrato tamén lles poderán atribuír o carácter de **obrigas contractuais esenciais** aos efectos sinalados no artigo 206.g (causa de resolución).

- Cando o incumprimento destas condicións non se tipifique como causa de resolución do contrato, poderá ser considerado nos pregos ou no contrato, nos termos que se establezan regulamentariamente, como **infracción grave** para os efectos establecidos no artigo 49.2.e (**prohibición de contratar**).

#### G) INFORMACIÓN SOBRE AS OBRIGAS RELATIVAS Á FISCALIDADE, PROTECCIÓN DO AMBIENTE, EMPREGO E CONDICIÓN 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 que tiveron 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 ambiente, o que non obstará a aplicación do disposto no artigo 136 da LCSP (que se verá posteriormente) sobre verificación das ofertas que inclúan valores anormais ou desproporcionados (artigo 103 da LCSP).

#### H) INFORMACIÓN SOBRE AS CONDICIÓN 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 deberalles facilitar aos licitadores, no propio prego ou na documentación complementaria, a información sobre as condicións dos contratos (soldo, xornada laboral...) dos traballadores a que 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 que se vai adxudicar e que teña a condición de empregadora dos traballadores afectados estará **obrigada a lle proporcionar a referida información** ao órgano de contratación, por requirimento deste (artigo 104 da LCSP).

## **II. ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS.**

### **1. NORMAS XERAIS.**

#### **A) DISPOSICIÓNS DIRECTIVAS.**

##### **1. Inicio do procedemento de adxudicación.**

Tal e como vimos anteriormente, a resolución pola que se aproba o expediente de contratación supón o inicio do procedemento de adxudicación (artigo 94.1 da LCSP), co que comeza a segunda fase da vida do contrato.

##### **2. Tipos de procedementos de adxudicación.**

Os apartados 2 a 4 do artigo 122 da LCSP sinalan que a adxudicación realizarase:

- Ordinariamente, utilizando o procedemento **aberto** ou o procedemento **restrinxido**.

- Nos supostos enumerados nos artigos 154 a 159 da LCSP (casos, xa que logo, taxados), ambos inclusive, poderase seguir o procedemento **negociado**.

- Nos casos previstos no artigo 164 (casos tamén taxados) poderase recorrer ao **diálogo competitivo**.

- Os **contratos menores** poderán ser adxudicados 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 95 (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 190 en relación coas obras, servizos e subministracións centralizados no ámbito estatal.

- Nos **concursos de proxectos** seguirase o procedemento regulado na sección VI deste capítulo (artigos 168 a 172 da LCSP).

### **3. Principios de igualdade e transparencia.**

Os órganos de contratación daránlles aos licitadores e candidatos un tratamento igualitario e non discriminatorio e axustarán a súa actuación ao principio de transparencia (artigo 123 da LCSP).

### **4. Confidencialidade.**

Mantemento da confidencialidade por parte dos órganos de contratación.

Os **órganos de contratación** non poderán divulgar a información facilitada polos empresarios que estes designen como confidencial.

Este carácter afecta, en particular, os:

- **Segredos técnicos** ou **comerciais**, e
- **aspectos confidenciais** das **ofertas**.

Esta regra enténdese sen prexuízo das disposicións da LCSP relativas á publicidade da adxudicación e á información que se lles debe dar aos candidatos e aos licitadores.

Mantemento da confidencialidade por parte do contratista.

Sinala o artigo 124.2 da LCSP que o **contratista** deberá respectar o carácter confidencial daquela información:

- A que teña acceso con ocasión da execución do contrato á cal se lle dese o referido carácter nos pregos ou no contrato, ou
- 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 (artigo 124 da LCSP).

#### **B) PUBLICIDADE.**

##### **1. Anuncio previo.**

Carácter potestativo e obxecto.

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:

- a. No caso dos contratos de **obras**, as características esenciais daqueles cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 4.845.000 euros.
- b. 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.
- c. 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.

Publicidade no DOUE ou no perfil de contratante.

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 ser efectuada no **perfil de contratante** do órgano de contratación, este deberá comunicalo previamente á Comisión Europea e ao Boletín Oficial do Estado por medios electrónicos, conforme o formato e as modalidades de transmisión que se establezan. No anuncio previo indicárase a data en que se enviou esta comunicación.

Celeridade.

Os anuncios serán enviados á Oficina de Publicacións Oficiais das Comunidades Europeas ou serán publicados no perfil de contratante **o antes posible**, unha vez tomada a decisión pola cal se autorice o programa en que se prevea a celebración dos correspondentes contratos, no caso dos de obras, ou unha vez iniciado o exercicio orzamentario, nos restantes.

Efectos: Redución de prazos.

A publicación do anuncio previo cumprindo coas condicións establecidas nos artigos 143.1 e 151.1 da LCSP permitirá **reducir os prazos** para a presentación de proposicións nos procedementos abertos e restrinxidos na forma que neses preceptos se determina (artigo 125 da LCSP).

## **2. Convocatoria de licitacións.**

Anuncio de licitación.

De acordo co artigo 126.1 da LCSP, os procedementos para a adxudicación de contratos das administracións públicas, a excepción dos negociados que se sigan en casos distintos dos previstos nos apartados 1 e 2 do artigo 161 (é dicir, a excepción dos negociados sen publicidade), deberán ser anunciados no **Boletín Oficial do Estado** (o modelo do anuncio atópase no anexo VII do RXCAP). Non obstante, cando se trate de contratos das comunidades autónomas, entidades locais ou organismos ou entidades de dereito público dependentes delas, 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 deberase publicar, **ademais**, no **Diario Oficial da Unión Europea** (DOUE, en diante; o modelo do anuncio atópase no Anexo VIII do RXCAP), sen que neste caso a publicidade efectuada nos diarios oficiais autonómicos ou provinciais poida substituír a que se debe facer no **Boletín Oficial do Estado** (polo que, nestes casos, o anuncio enviaráselle primeiro ao DOUE, e posteriormente publicárase no BOE).

Contratos non suxeitos a regulación harmonizada: Publicidade opcional e complementaria no DOUE.

Cando o órgano de contratación o considere conveniente, os procedementos para a adxudicación de contratos de obras, subministracións ou servizos **non suxeitos a regulación harmonizada** poderán ser anunciados, ademais, no DOUE.

Precedencia do envío ao DOUE.

O envío do anuncio (non a súa publicación efectiva) ao DOUE deberá **preceder** calquera outra publicidade. Os anuncios que se publiquen noutros diarios ou boletíns deberán indicar a data daquel envío, da cal o órgano de contratación deixará proba suficiente no expediente, e non poderán conter indicacións distintas das incluídas no citado anuncio.

Publicación obrigatoria do anuncio de licitación no perfil.

Pola súa banda, o 126.4 da LCSP establece que “os anuncios de licitación serán publicados, 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 161.2 (negociados con publicidade), esta publicidade poderá substituír a que se debe efectuar no Boletín Oficial do Estado ou nos diarios oficiais autonómicos ou provinciais”.



## C) LICITACIÓN.

### **1. Prazos de presentación das solicitudes de participación e das proposicións.**

De acordo co artigo 127 da LCSP, 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** (véxanse os artigos 143 —prazos de presentación de proposicións no procedemento aberto—, 148 —prazo de recepción de solicitudes de participación no procedemento restrinxido, e aplicable ao negociado e ao diálogo competitivo—, e 151 —prazo de recepción das ofertas no procedemento restrinxido, e aplicable tamén ao negociado e ao diálogo competitivo—), que varían segundo o tipo de procedemento de adxudicación utilizado.

### **2. Presentación da documentación acreditativa do cumprimento de requisitos previos: O sobre “A”.**

O artigo 130.1 da LCSP 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:

- a. Os que acrediten a **personalidade xurídica** do empresario e, de ser o caso, a súa representación.
- b. Os que acrediten a **clasificación** da empresa, de ser o caso, ou xustifiquen os requisitos da súa **solvencia** económica, financeira e técnica ou profesional.
- c. Unha declaración responsable de non estar incurso en **prohibición de contratar**.
- d. De ser o caso, un **endereço de correo electrónico** onde efectuar as notificacións.
- e. Para as **empresas estranxeiras**, nos casos en que o contrato se vaia executar 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 puideren xurdir do contrato, con renuncia, se é o caso, ao foro xurisdicional estranxeiro que lle puiden corresponder ao licitante.

Cando conforme esta lei sexa necesaria a presentación **doutros documentos** indicárase esta circunstancia:

- No **prego** de cláusulas administrativas particulares ou no documento descritivo (neste último caso, se se segue un diálogo competitivo, en que o documento descritivo substitúe o prego), e



- no correspondente **anuncio de licitación**.

A XCCA entende que os **defectos** son **emendables** cando o erro non afecta o cumprimento do requisito en si, senón a súa acreditación. Así, a falta de poder no momento de presentar a documentación é un defecto non emendable, pero a falta de acreditación dun poder realmente existente nese momento é un defecto que se pode emendar (Informe da XCCA 27/2004, do 7 de xuño).

### **3. O chamado “sobre B”: Propositions dos interesados.**

As **proposiciones** son as **ofertas** presentadas polos interesados.

#### Aceptación incondicionada do PCAP.

De acordo co artigo 129 da LCSP, deberanse axustar 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 de ningún tipo.

O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas estableceu que o principio de igualdade de tratamento esixe a exclusión da oferta que se separe do prego nunha cláusula fundamental (STXCE do 22 de xuño de 1993).

#### Carácter secreto.

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 132 e 166 en canto á información que se lles debe facilitar aos participantes nunha poxa electrónica ou nun diálogo competitivo, como se verá máis adiante.

A inclusión, por parte do licitador, de aspectos técnicos da proposición no sobre da documentación xeral (sobre A) fai excluír o licitador do concurso, sen a apertura do sobre que conteña a proposición económica, por vulnerar o principio de segredo da oferta ata o momento da licitación pública, que o propio licitador debe gardar (Informe da XCCA 43/2002, do 17 de decembro).

#### “Licitar”.

O acto polo cal os interesados presentan as súas ofertas (“proposicións”) chámase **“licitar”**, que o Dicionario da Real Academia Española da Lingua define como “ofrecer prezo por algo nunha poxa ou

almoeda”. Xa que logo, os interesados que presentan as súas ofertas reciben o nome de “**licitadores**”.

#### Regra xeral dunha proposición por licitador.

Cada licitador non poderá presentar máis **dunha proposición**, sen prexuízo do disposto no artigo 131 sobre admisibilidade de variantes ou melloras e no artigo 132 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 nin figurar en máis dunha unión temporal. A infracción destas normas dará lugar á **non admisión de todas** as propostas por el subscritas.

#### Partida independente para o IVE.

Na proposición deberase indicar, como partida independente, o importe do imposto sobre o valor engadido que deba ser repercutido.

### **4. Admisibilidade de variantes ou melloras.**

#### Admisibilidade recollida no PCAP e no anuncio de licitación.

De acordo co artigo 131 da LCSP, cando na adxudicación se deban ter 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 indicárase no **anuncio de licitación** do contrato, precisando sobre que elementos e en que condicións queda autorizada a súa presentación.

#### Variante que converte un contrato de subministración nun de servizos, ou viceversa: Exemplo.

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 na vez de a un contrato de servizos.

Exemplo do establecido neste último parágrafo é o dos programas de ordenador xenéricos (coma Windows ou Word) ou específicos (un programa de ordenador feito a medida para o funcionamento do SERGAS, por exemplo). A adquisición de programas xenéricos considérase contrato de subministración, mentres que os desenvolvidos a medida considéranse

contratos de servizos (artigo 8.3.b da LCSP). Se o contrato é, en principio, de subministración, e a variante proposta por un licitador é realizar un programa a medida para a Administración (o que convertería o contrato de subministración nun de servizos), non se poderá rexeitar a variante co único argumento de que iso daría lugar a un contrato de servizos no canto de a un de subministración.

## **5. Poxa electrónica.**

### Funcionamento.

O artigo 132 da LCSP prevé como unha nova posibilidade a celebración dunha poxa electrónica, para efectos da adxudicación do contrato. 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.

### Tipos de procedemento nos que se poderá empregar a poxa electrónica, e as súas excepcións.

A poxa electrónica poderase empregar nos procedementos:

- **Abertos.**
- **Restrxinidos.**
- **Negociados** que se sigan no caso previsto no artigo **154.a** (é dicir, cando as proposicións ou ofertas económicas nos procedementos abertos, restrinxidos ou de diálogo competitivo seguidos previamente sexan irregulares ou inaceptables).

A poxa electrónica poderase empregar nestes procedementos sempre que as **especificacións** do contrato que se deba adxudicar se poidan establecer de xeito **preciso**.

**Non** se poderá recorrer á poxa electrónica cando as prestacións que constitúen o seu obxecto teñan carácter **intelectual** (como a contratación dun avogado para un xuízo da Administración, ou un profesor para impartir uns cursos nun centro público). Ademais, non se poderá recorrer 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.

### Características das variacións.

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** (coma o prezo ou os prazos de entrega).

## **6. Sucesión no procedemento.**

Se durante a tramitación dun procedemento e antes da adxudicación se producir a **extinción** da personalidade xurídica dunha empresa licitadora ou candidata por fusión, escisión ou pola transmisión do seu patrimonio empresarial, **sucederala** 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:

- Que reúna as condicións de **capacidade** e ausencia de **prohibicións de contratar**.
- Que acredite a súa **solvencia** e **clasificación** nas condicións esixidas no prego de cláusulas administrativas particulares para poder participar no procedemento de adxudicación.

### **D) SELECCIÓN DO ADXUDICATARIO.**

#### **1. Criterios de valoración das ofertas.**

Criterios directamente vinculados ao obxecto do contrato: Exemplos.

O artigo 134 da LCSP sinala que, para a valoración das proposicións e a determinación da oferta economicamente máis vantaxosa, deberase atender 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 a que pertencen os usuarios ou beneficiarios das prestacións que se van contratar.
- A rendibilidade.
- O valor técnico.
- As características estéticas ou funcionais.

- A dispoñibilidade e custo dos repostos.
- O mantemento.
- A asistencia técnica.
- O servizo posvenda.
- Outros semellantes.

Cando só se utilice un criterio de adxudicación, este deberá ser, necesariamente, o do **prezo** máis baixo (na nomenclatura da anterior normativa, cando o único criterio de adxudicación era o prezo, dicíase que estabamos ante unha “poxa”).

De acordo coa xurisprudencia, se os criterios non son **ade cuados** e **pertinentes**, ou tratan de **predeterminar o adxudicatario**, cabe impugnar os pregos, por infracción dos principios de obxectividade, igualdade, proporcionalidade e de interdicción (prohibición) da arbitrariedade dos poderes públicos.

Ademais, como se viu no tema anterior, deben ser criterios de valoración técnica das ofertas, **non** de **solvencia** dos licitadores.

#### Órgano e publicidade.

Os criterios que han de servir de base para a adxudicación do contrato serán determinados polo **órgano de contratación** e detallados no **anuncio**, nos **pregos** de cláusulas administrativas particulares ou no **documento descriptivo** (que substitúe os pregos no diálogo competitivo).

#### Preponderancia dos criterios obxectivos.

Na determinación dos criterios de adxudicación daráselle preponderancia a aqueles que fagan referencia a características do obxecto do contrato que se poidan valorar mediante cifras ou porcentaxes obtidas a través da mera aplicación das fórmulas establecidas nos pregos (coma o prezo ou os prazos de entrega).

#### Creación dun comité en caso de ponderación superior dos criterios subxectivos.

Cando nunha licitación que se siga por un procedemento aberto ou restrinxido se lles atribúa aos criterios avaliáveis 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), deberase constituír un **comité** que conte cun mínimo de tres membros, formado por expertos non integrados no órgano propoñente do contrato e con cualificación apropiada, ao cal lle corresponderá realizar a avaliación das ofertas conforme estes últimos

criterios, ou encomendarlle esta avaliación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado nos pregos.

#### Avaliación dos criterios subxectivos con anterioridade aos obxectivos.

A avaliación das ofertas conforme os criterios cuantificables mediante a mera aplicación de fórmulas (os obxectivos) realizarase tras efectuar previamente a daqueles outros criterios en que non concorra esta circunstancia (os subxectivos), deixándose constancia documental diso.

#### Casos en que procede a valoración de máis dun criterio.

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:

a. Aqueles cuxos **proxectos** ou **orzamentos** non puidesen ser establecidos previamente e deban ser presentados polos **licitadores**.

b. Cando o órgano de contratación considere que a definición da prestación é susceptible de ser mellorada por outras solucións técnicas, que propoñerán os licitadores mediante a presentación de **variantes**, ou por reducións no seu **prazo de execución**.

c. Aqueles para a execución dos cales facilite o órgano, organismo ou entidade contratante **materiais** ou **medios auxiliares** (como un laboratorio) cuxa boa utilización esixa garantías especiais por parte dos contratistas.

d. Aqueles que requiran o emprego de **tecnoloxía** especialmente avanzada ou cuxa execución sexa particularmente complexa.

e. Contratos de **xestión de servizos públicos**.

f. Contratos de **subministracións**, salvo que os produtos que se vaian adquirir estean perfectamente definidos por estaren 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 (é dicir, salvo que o produto que se vaia subministrar estea tan ben definido polo prego que o único que poida variar sexa o prezo ao que o ofrezan os licitadores).

g. 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.

h. Contratos cuxa execución poida ter un impacto significativo no **ambiente**, na adxudicación dos cales se valorarán condicións ambientais mensurables, tales como:

- O menor impacto ambiental.

- O aforro e o uso eficiente do 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.
- O uso de materiais reciclados ou reutilizados ou de materiais ecolóxicos.

#### Ponderación relativa dos criterios e banda de valores.

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 se poderá expresar 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.

#### Aplicación dos criterios en distintas fases.

No caso de que o procedemento de adxudicación se articule en **varias fases**, indicárase igualmente:

- En cales delas ir aplicando os distintos criterios (por exemplo, nunha primeira fase, só se terá en conta o prezo, co que se fai unha primeira criba de ofertas).
- O limiar mínimo de puntuación esixido ao licitador para continuar no proceso selectivo (por exemplo, o que non consiga polo menos 5 puntos na primeira fase, non pasará á segunda).

#### Indicación no anuncio de licitación.

Os criterios elixidos e a súa ponderación indicaranse no anuncio de licitación, caso de que se deba publicar.

#### Incumprimento ou cumprimento defectuoso relacionados cos criterios de adxudicación.

Os pregos ou o contrato poderán (non é obrigatorio):

- Establecer **penalidades**, conforme o previsto no artigo 196.1 da LCSP, para os casos de incumprimento ou de cumprimento defectuoso



da prestación que afecten características desta que se tivesen en conta para definir os criterios de adxudicación, ou

- atribuír á puntual observancia destas características o carácter de **obriga contractual esencial** para os efectos sinalados no artigo 206.h (causa de resolución).

## **2. Clasificación das ofertas, adxudicación do contrato e notificación da adxudicación.**

### Clasificación das ofertas polo órgano de contratación.

De acordo co artigo 135 da LCSP, o órgano de contratación **clasificará**, por orde decrecente, as proposicións presentadas e que non sexan declaradas desproporcionadas ou anormais conforme o sinalado no artigo 136 da LCSP.

Para realizar esta clasificación, atenderá aos **criterios de adxudicación** sinalados no prego ou no anuncio, para o que poderá solicitar cantos **informes** técnicos coide pertinentes (segundo a XCCA, nada impide que o informe se lle solicite a persoal eventual, xa que lle corresponde ao órgano competente para a valoración das proposicións ponderar a competencia sobre aspectos técnicos da persoa ou órgano ao que lle solicite os informes técnicos —informe da XCCA 13/2001, do 3 de xullo—).

Cando o **único** criterio que se considere sexa o **prezo**, entenderase que a oferta economicamente máis vantaxosa é a que incorpora o prezo máis baixo.

O Tribunal Supremo sinalou que cando se teñen en conta máis dun criterio, a Administración pode valorar as ofertas dentro dunha **certa marxe de discrecionalidade técnica** (STS do 16 de xuño do 2000), e que a **xurisdición contencioso-administrativa** pode declarar se esa valoración foi arbitraria ou conforme os límites desa discrecionalidade técnica admisible (STS do 4 de xuño do 2002).

### Esixencias ao licitador que presente a oferta economicamente máis vantaxosa.

O órgano de contratación requiriralle ao **licitador que presente 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), contados desde o seguinte a aquel en que recibise o requirimento, presente a documentación xustificativa:



- De estar ao corrente no cumprimento das súas **obrigas tributarias** e coa **Seguridade Social** ou autorice o órgano de contratación para obter de forma directa a acreditación diso.
- De dispoñer efectivamente dos **medios** que se comprometeu a dedicar ou adscribir á execución do contrato conforme o artigo 53.2, e
- 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.

**Se non se cumpre** adecuadamente o requirimento no prazo sinalado, entenderase que o licitador retirou a súa oferta, e procederase nese caso a solicitarlle a mesma documentación ao **licitador seguinte**, pola orde en que queden clasificadas as ofertas.

#### Adxudicación.

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 se poderá declarar **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 o artigo 310, **recurso** suficientemente fundado contra a decisión de adxudicación, co contido mínimo establecido no artigo 135.4 da LCSP.

Será de aplicación á motivación da adxudicación a excepción de confidencialidade contida no artigo 137 da LCSP.

En todo caso, na notificación e no perfil de contratante indicarse o prazo en que se debe proceder á súa **formalización** conforme o artigo 140.3.

A notificación farase por calquera dos **medios** que permiten deixar constancia da súa recepción polo destinatario. En particular, poderase efectuar por correo electrónico ao enderezo que os licitadores ou candidatos designasen ao presentaren 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).

### **3. Ofertas con valores anormais ou desproporcionados.**

#### Remisión ao regulamento en caso de valoración exclusiva do prezo.

Segundo o artigo 136 da LCSP, cando o único criterio valorable de forma obxectiva que se considere para a adxudicación do contrato sexa o do seu **prezo**, o carácter desproporcionado ou anormal das ofertas poderase apreciar de acordo cos parámetros obxectivos que se establezan **regulamentariamente**, por referencia ao conxunto de ofertas válidas que se presentasen.

Eses parámetros están establecidos con carácter xeral no artigo 85 do RXCAP, e de forma específica, para o caso de presentación de distintas ofertas por parte de empresas dun mesmo grupo, no 86 do RXCAP.

#### Remisión aos pregos en caso de valoración de máis dun criterio.

Cando para a adxudicación se deba considerar **máis dun criterio** de valoración, poderanse expresar (non é obrigatorio) nos **pregos** os parámetros obxectivos en función dos cales se apreciará, de ser 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 van servir de base para a adxudicación, poderán indicarse (de novo, non é obrigatorio) no prego (non no regulamento) os límites que permitan apreciar, de ser o caso, que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia de ofertas desproporcionadas ou anormais.

#### Audiencia do licitador que presente a oferta desproporcionada ou anormal.

Cando se identifique unha proposición que poida ser considerada desproporcionada ou anormal, deberáselle dar **audiencia** ao licitador que a presentou para que xustifique a valoración da oferta e precise as condicións desta, en particular no que se refire a:

- O aforro que permita o procedemento de execución do contrato.
- As solucións técnicas adoptadas.
- 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 realizar a prestación, ou
- a posible obtención dunha axuda de Estado.

#### Solicitude de asesoramento técnico do servizo.

No procedemento deberase solicitar o **asesoramento técnico do servizo** correspondente.

#### Axuda do Estado.

Se a oferta é anormalmente baixa debido a que o licitador obtivo unha axuda de Estado, só se poderá rexeitar 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 disto á Comisión Europea, cando o procedemento de adxudicación se refira a un contrato suxeito a regulación harmonizada.

#### Descarte por temeridade.

Se o órgano de contratación, considerando a xustificación efectuada polo licitador e os informes mencionados no apartado anterior, **estimar que a oferta non pode ser cumprida** como consecuencia da inclusión de valores anormais ou desproporcionados, **excluiraa** da clasificación e acordará a **adxudicación a favor da proposición economicamente máis vantaxosa**, de acordo coa orde en que fosen clasificadas conforme o sinalado no apartado 1 do artigo anterior.

E) OBRIGAS DE INFORMACIÓN SOBRE O RESULTADO DO PROCEDIMENTO.

#### **1. Posibilidade de non publicar determinada información relativa á adxudicación.**

De acordo co artigo 137.2 da LCSP, o órgano de contratación **poderá non comunicar** determinados datos relativos á adxudicación:

1. 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.

2. Ou cando se trate de contratos declarados **secretos** ou reservados ou cuxa execución deba ir acompañada de **medidas de seguranza especiais** conforme a lexislación vixente.

3. Ou cando o esixa a protección dos intereses esenciais da **seguranza do Estado** e así se declarase de conformidade co previsto no artigo 13.2.d.

## **2. Publicidade da formalización dos contratos.**

### Publicación no perfil.

De acordo co artigo 138 da LCSP, a formalización dos contratos cuxa contía sexa igual ou superior ás cantidades indicadas no artigo 122.3 (é dicir, que non sexan contratos menores) publicárase no perfil de contratante do órgano de contratación indicando, como mínimo, os mesmos datos mencionados no anuncio da adxudicación.

### Publicación adicional no BOE/CA/Provincia.

Deberase publicar, ademais, no Boletín Oficial do Estado ou nos respectivos diarios ou boletíns oficiais das comunidades autónomas ou das provincias, un anuncio en que se dea conta da dita formalización, nun prazo non superior a **corenta e oito días** (naturais), contado desde a data desta:

- 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 os cinco anos.

### Contratos SARA: Envío ao DOUE e publicación no BOE.

Cando se trate de contratos suxeitos a regulación harmonizada o anuncio deberá enviarse, no prazo sinalado no parágrafo anterior, ao DOUE e publicarse no BOE.

### Comunicación á Comisión Europea de certos contratos de servizos.

No caso de contratos de servizos comprendidos nas categorías 17 a 27 do anexo II e de contía igual ou superior a 193.000 euros, o órgano de contratación comunicarlle a adxudicación á Comisión Europea, indicando se estima procedente a súa publicación.

### Información non publicable.

Nos casos a que se refire o artigo anterior (137 da LCSP), o órgano de contratación poderá non publicar determinada información relativa á adxudicación e formalización do contrato, xustificándoo debidamente no expediente.

### **3. Renuncia á subscrición do contrato e desistencia do procedemento de adxudicación pola Administración.**

#### Renuncia.

Sinala o artigo 139 da LCSP que só se poderá renunciar á celebración do contrato por razóns de **interese público** debidamente xustificadas no expediente. Neste caso, non se poderá promover unha nova licitación do seu obxecto mentres subsistan as razóns alegadas para fundamentar a renuncia.

#### Desistencia.

A desistencia do procedemento deberá estar fundada nunha **infracción non emendable** das normas de preparación do contrato ou das reguladoras do procedemento de adxudicación, e deberá xustificarse no expediente a concorrencia da causa. A desistencia non impedirá a iniciación inmediata dun novo procedemento de licitación.

#### Momento de adopción: Antes da adxudicación.

A renuncia á subscrición do contrato ou a desistencia do procedemento só poderán ser acordadas polo órgano de contratación **antes da adxudicación**.

#### Compensación dos gastos.

En ambos os casos compensarase os 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.

#### Notificación.

No caso en que o órgano de contratación renuncie a subscribir un contrato para o que efectuase a correspondente convocatoria, ou decida reiniciar o procedemento para a súa adxudicación, notificarállelo aos candidatos ou licitadores, informando tamén á Comisión Europea desta decisión se o contrato foi anunciado no Diario Oficial da Unión Europea.

#### **F) FORMALIZACIÓN DO CONTRATO.**

## **1. Formalización en documento administrativo ou escritura pública.**

De acordo co artigo 140 da LCSP, os contratos que subscriban as administracións públicas deberanse formalizar en documento administrativo que se axuste con exactitude ás condicións da licitación, constituíndo o devandito documento título suficiente para acceder a calquera rexistro público. Non obstante, o contratista poderá solicitar que o contrato se eleve a escritura pública, correndo do seu cargo os correspondentes gastos.

## **2. Respecto dos termos da adxudicación.**

En ningún caso se poderán incluír no documento en que se formalice o contrato cláusulas que impliquen alteración dos termos da adxudicación.

En caso de discrepancia entre os pregos e o documento ou escritura contractual, prevalecen os pregos (Informe do Consello de Estado do 9 de abril de 1981, entre outros).

## **3. Contratos menores.**

No caso dos contratos menores definidos no artigo 122.3, observarase, en canto á súa formalización, o disposto no artigo 95.

## **4. Prazo de formalización.**

O artigo 140.3 da LCSP prevé dous supostos:

**1.** Se o contrato é **susceptible de recurso especial en materia de contratación** conforme o artigo 310.1, a formalización non se poderá efectuar 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 a formalización do contrato nun prazo non superior a **cinco días (naturais)**, contado 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. Procederá de igual forma cando o órgano competente para a resolución do recurso levantase a suspensión.

**2.** Nos **casos restantes**, a formalización do contrato deberase efectuar 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 135.4 da LCSP.

### **5. Responsabilidade por falta de formalización.**

- 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 provisoria que, de ser o caso, esixise.

- Se as causas da non formalización foren **imputables á Administración**, o contratista será indemnizado dos danos e perdas que a demora lle puiden ocasionar.

### **6. Requisito previo para comezar a execución, salvo emerxencia.**

Non se poderá iniciar a execución do contrato sen a súa formalización previa, excepto nos casos previstos no artigo 97 da LCSP (tramitación de emerxencia).

### **7. Perfección do contrato.**

Convén recordar que, trala modificación da LCSP pola Lei 34/2010, do 5 de agosto, a formalización recupera o seu carácter constitutivo, na medida en que o contrato nace (“perfecciónase”) coa **formalización** (artigo 27.1 da LCSP), e non coa adxudicación (“definitiva”, de acordo coa nomenclatura que establecía a normativa anterior).

#### **G) TIPOS DE PROCEDIMENTOS DE ADXUDICACIÓN.**

Ademais das peculiaridades dos contratos **menores**, xa examinadas, pódense citar os seguintes:

#### **1. O procedemento aberto (artigos 141 a 145 da LCSP).**

##### Delimitación.

No procedemento aberto todo empresario interesado poderá presentar unha proposición, quedando excluída toda negociación dos termos do contrato cos licitadores.

##### Características procedementais.

Neste procedemento, os licitadores presentarán proposicións nos prazos do artigo 143 da LCSP.

O órgano competente para a valoración das proposicións, polo xeral 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), formulando a correspondente proposta de adxudicación ao **órgano de contratación**, para que este, posteriormente, adxudique o contrato.

O TSX de Galicia sinalou que se debe formular unha verdadeira proposta de adxudicación, non un simple “ditame”, e que, en todo caso, se o órgano de adxudicación non adxudica o contrato de acordo coas valoracións efectuadas polo órgano competente para iso, debe motivar suficientemente a súa decisión (STSX de Galicia do 28 de xuño do 2001).

#### Prazos de adxudicación.

Cando o único criterio que se considere para seleccionar o adxudicatario do contrato sexa o do **prezo** (antiga “poxa”), a adxudicación deberá recaer no prazo máximo de quince días, contados desde o seguinte ao de apertura das proposicións.

Cando para a adxudicación do contrato se deban ter en conta unha **pluralidade de criterios** (antigo “concurso”), o prazo máximo para efectuar a adxudicación será de dous meses, contados desde a apertura das proposicións, salvo que se establecese outro no prego de cláusulas administrativas particulares.

Os prazos indicados nos apartados anteriores ampliaranse en quince días hábiles cando sexa necesario seguir os trámites a que se refire o artigo 136.3, por atopármonos ante proposicións desproporcionadas ou anormais.

De non se producir a adxudicación dentro dos prazos sinalados, os licitadores terán dereito a retirar a súa proposición.

## **2. O procedemento restrinxido (artigos 146 a 152 da LCSP).**

#### Delimitación.

No procedemento restrinxido só poderán presentar proposicións aqueles empresarios que, **pola 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.

#### Características procedementais.



Os interesados deberán presentar **solicitudes de participación** nos prazos establecidos no artigo 148 da LCSP.

O órgano de contratación, unha vez comprobada a personalidade e solvencia dos solicitantes, seleccionará os que deban pasar á seguinte fase, que serán **convidados**, simultaneamente e por escrito, a presentaren as súas proposicións no prazo que proceda conforme o sinalado no artigo 151 da LCSP.

O número mínimo de empresarios convidados non poderá ser inferior a cinco. Se o considera procedente, o órgano de contratación poderá fixar un máximo, indicándoo no anuncio de licitación.

Só os empresarios convidados poderán presentar a proposición, nos prazos do artigo 151 da LCSP.

No demais, aplicarase fundamentalmente o establecido para o procedemento aberto.

### **3. Procedemento negociado (artigos 153 a 162 da LCSP).**

#### Delimitación.

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 cun ou varios deles.

#### Negociado con publicidade.

Segundo o artigo 161 da LCSP, o órgano de contratación **deberá publicar un anuncio de licitación** na forma prevista no artigo 126 cando se acuda ao procedemento negociado por concorreren as circunstancias previstas:

#### ■ Supostos xerais:

- Por teren sido presentadas ofertas irregulares ou inaceptables nos procedementos antecedentes (artigo 154.a), ou
- cando non se poida determinar previamente o prezo global do contrato (artigo 154.b).

■ Obras: Cando as obras se realicen unicamente con fins de investigación, experimentación ou perfeccionamento (artigo 155.a).



■ **Servizos:** Cando non sexa posible establecer as condicións da prestación coa precisión necesaria para adxudicalo por procedemento aberto ou restrinxido (artigo 158.a).

■ **Por razón da contía:** Obras de valor inferior a un millón de euros pero superior a 200.000, contratos de xestión de servizos públicos cuxo orzamento de gastos de primeiro establecemento se prevexa inferior a 500.000 € pero superior a 60.000, e subministracións, servizos e outros contratos de valor inferior a 100.000 € pero superior a 60.000.

#### Negociado sen publicidade.

Poderase prescindir da publicación do anuncio cando se acuda ao procedemento negociado por teren sido presentadas **ofertas irregulares ou inaceptables** nos procedementos antecedentes, sempre que na negociación **se inclúan todos os licitadores** que no procedemento aberto ou restrinxido, ou no procedemento de diálogo competitivo seguido con anterioridade, presentasen ofertas conforme os requisitos formais esixidos, e só eles.

O mesmo no **resto de casos** non mencionados no apartado anterior.

#### Supositos de aplicación.

Mentres o órgano de contratación pode elixir entre procedemento aberto ou restrinxido, o negociado só o pode seguir nos **casos** establecidos nos artigos 154 a 159 da LCSP.

### **4. Diálogo competitivo (artigos 163 a 167 da LCSP).**

#### Delimitación.

No diálogo competitivo, o órgano de contratación dirixe un **diálogo** cos candidatos seleccionados, **logo de solicitude** destes, 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**.

#### Supositos de aplicación.

O diálogo competitivo poderá ser utilizado 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, como acontece, tal e como sinala a Directiva 2004/18/CE no seu considerando 31, “na execución de importantes infraestruturas de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño ou de proxectos que requiran financiamento complexo e

estruturado, cuxa montaxe financeira e xurídica non é posible definir con antelación”.

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 se poida seguir o procedemento negociado con publicidade no caso previsto no artigo 154.a (presentación de proposicións ou ofertas económicas irregulares ou inaceptables).

#### Características procedementais.

Séguese o procedemento establecido nos artigos 147 a 149 da LCSP para o **procedemento restrinxido**, coa excepción de que, en caso de que se decida limitar o número de empresas ás cales se convidará a tomar parte no diálogo, este non poderá ser inferior a **tres**.

O órgano de contratación proseguirá o diálogo ata que se encontre en condicións de determinar, despois de comparalas, se é preciso, as **solucións** que poidan responder ás súas necesidades.

Tras declarar pechado o diálogo e informar disto 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.

### **5. Normas especiais aplicables aos concursos de proxectos (artigos 168 a 172).**

#### Delimitación.

Son **concursos de proxectos** os procedementos encamiñados á obtención de planos ou proxectos, principalmente nos campos da arquitectura, o urbanismo, a enxeñaría e o procesamento de datos, a través dunha selección que, tras a correspondente licitación, se lle encomenda a un xurado.

#### Características procedementais.

A súa 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 polos artigos 168 a 172, o concurso dos proxectos rexeráse polas disposicións reguladoras da contratación de servizos (réxime subsidiario).



**Ricardo José Durán Rodríguez**

Bibliografía:

Calvo y Ruata, P.: *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos)*, Civitas, 1ª edición, 2010.

García de Enterría, E. e Fernández, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomsom Civitas, 14ª edición, Navarra, 2008.

Moreno Molina, J.A. e Pleite Guadamillas, F.: *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, 3ª edición, 2011.

Parada Vázquez, R: *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, 18ª edición, Madrid, 2010.

Santamaría Pastor, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

Vicente Iglesias, J.L.: *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, 2ª edición, 2011.

VV.AA.: *Contratos Públicos 2009-2010*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2009.

# **25. EFECTOS DOS CONTRATOS. AS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRACIÓN. EXECUCIÓN E MODIFICACIÓN DOS CONTRATOS. EXTINCIÓN. CESIÓN E SUBCONTRATACIÓN. RÉXIME DE INVALIDEZ E RECURSOS.**

## **PARTE IV 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.**

#### **1. COMEZO DA FASE DE EXECUCIÓN DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**

##### **A) NECESIDADE DE FORMALIZACIÓN.**

De acordo co artigo 140.5 da LCSP, a fase de execución (tamén chamada “fase de efectos”) non pode comezar sen a súa **formalización** previa, excepto nos casos de tramitación de emerxencia (artigo 97 da LCSP ).

##### **B) A EXCEPCIÓN DA TRAMITACIÓN DE EMERXENCIA.**

En caso de adxudicación de contratos administrativos pola vía de emerxencia, non é necesario tramitar expediente administrativo nin suxeitarse a ningún requisito formal esixido na LCSP, pero o artigo 97.1.e) si que establece un límite, ao sinalar que “o prazo de **inicio da execución** das prestacións non poderá ser superior a **un mes**, contado desde a adopción da orde de executar o necesario para remediar o acontecemento producido ou satisfacer a necesidade acaecida. Se se excedese este prazo, a contratación das anteditas prestacións requirirá a tramitación dun procedemento ordinario.

#### **2. RÉXIME XURÍDICO DA FASE DE EXECUCIÓN DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**

O artigo 192 da LCSP establece que “os efectos (a execución) dos contratos administrativos rexeranse:

- Polas **normas a que fai referencia o artigo 19.2** (en canto á súa preparación, adxudicación, efectos e extinción, por esta lei e as súas disposicións de desenvolvemento; supletoriamente aplicaranse as restantes normas de dereito administrativo e, no seu defecto, as normas de dereito privado; no entanto, aos contratos administrativos especiais seranlles de aplicación, en primeiro termo, as súas normas específicas) e
- polos **pregos** de cláusulas administrativas e de prescricións técnicas, xerais e particulares”.

#### **3. VINCULACIÓN DA ADMINISTRACIÓN E O CONTRATISTA AO CONTIDO CONTRACTUAL.**

Segundo o artigo 193 da LCSP, “os contratos **deberán ser cumpridos a teor das súas cláusulas**, sen prexuízo das **prerrogativas** establecidas pola lexislación en favor das administracións públicas”.

O artigo 1.091 do CC establece que “as obrigas que nacen dos contratos teñen forza de lei entre as partes contratantes, e deben cumprirse a teor destes”. No ámbito dos contratos administrativos, a salvagarda do **interese xeral** esixe a introdución de excepcións a esta afirmación categórica do CC, e o **outorgamento á Administración de poderes especiais** que lle permitan protexelo. Estas prerrogativas da Administración compensaranse co **mantemento da equivalencia económica** das prestacións, de xeito que o exercicio destas prerrogativas non supoña un prexuízo económico para o contratista.

## **II. AS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRACIÓN.**

### **1. MANIFESTACIÓN DA POTESTADE XERAL DE AUTOTUTELA.**

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 CE).

### **2. ENUMERACIÓN E DESAGREGACIÓN PARCIAL.**

O artigo 194 da LCSP 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 ostenta a prerrogativa de:

- Interpretar os contratos administrativos e resolver as dúbidas que ofrezca o seu cumprimento.
- Modificalos por razóns de interese público.
- Acordar a súa resolución e determinar os efectos desta.

Esta enumeración, con todo, **non se pode considerar completa e pechada**, podéndose engadir estoutras prerrogativas:

- Dirixir, inspeccionar e controlar a execución do contrato.
- Suspende o contrato.

Na medida en que a modificación, a suspensión e a resolución teñen un apartado de seu, do resto pódese dicir o seguinte:

#### **A) PRERROGATIVA DE DIRECCIÓN, INSPECCIÓN E CONTROL.**

A prerrogativa de dirección, inspección e control trátase, como sinalan García de Enterría e T.R. Fernández, dun poder dirixido a conseguir a **correcta execución do contrato**, e non tanto á percepción dunha indemnización polas deficiencias ou demoras. Tradúcese en **instrucións, ordes e sancións**, e atópase recollido no artigo 213.1 e 2 da LCSP para o contrato de obras, no artigo 232.1.f) da LCSP para o contrato de concesión de obra pública, no artigo 255.2 da LCSP para o contrato de xestión de servizos públicos, no artigo 271 da LCSP para o contrato de subministración de fabricación, e no artigo 281.1 da LCSP para o contrato de servizos.

#### B) PRERROGATIVA DE INTERPRETACIÓN UNILATERAL DO CONTRATO.

O obxectivo desta prerrogativa é asegurar unha **decisión que provisionalmente permita continuar** a obra, servizo ou subministración contratados sen interrupcións prexudiciais para o interese xeral (García de Enterría).

Os criterios interpretativos que cómpre seguir son os xenéricos establecidos nos artigos 1.281 a 1.289 do CC, co matiz do interese público presente nos contratos administrativos.

### 3. PROCEDEMENTO DE EXERCICIO DAS PRERROGATIVAS.

Para exercer estas prerrogativas, é necesaria a tramitación dun **procedemento administrativo**, cuxas peculiaridades veñen reguladas no artigo 195 da LCSP, o cal sinala que:

- Nos procedementos que se instrúan para a adopción de acordos relativos á **interpretación, modificación e resolución** do contrato deberáselle dar **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 de **informe do servizo xurídico** correspondente, salvo nos casos previstos nos artigos 87 (constitución, reposición e reaxuste de garantías) e 197 (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 o contratista formule oposición.

- 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.



O **contratista** débese **someter** ás resolucións ditadas pola Administración en exercicio destas prerrogativas, e, neste sentido, o artigo 195.4 da LCSP sinala que “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 **impugnalas** en vía administrativa ou xudicial, en caso de desconformidade.

### **III. EXECUCIÓN DOS CONTRATOS.**

#### **1. EXECUCIÓN DEFECTUOSA E DEMORA.**

##### **A) PENALIDADES CONTRACTUAIS.**

##### **1. Supostos nos que cabe impoñer penalidades.**

De acordo co artigo 196 da LCSP, os pregos ou o documento contractual poderán prever (non é obrigatorio) **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 establecesen conforme os artigos 53.2 (**compromiso de adscrición** á execución do contrato dos medios persoais ou materiais suficientes para iso) e 102.1 (**condicións especiais de execución**, en especial, consideracións de tipo ambiental ou social).

##### **2. Proporcionalidade e límite cuantitativo.**

Estas penalidades deberán ser **proporcionais** á gravidade do incumprimento e a súa contía non poderá ser superior ao **10 %** do orzamento do contrato.

##### **3. Órgano competente para a súa adopción: O órgano de contratación.**

As penalidades impoñeranse por acordo do **órgano de contratación**, adoptado por proposta do responsable do contrato se se designase, que será inmediatamente executivo.

##### **4. Medios para facer efectivas as penalidades.**

Estas penalidades **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, constitúise, cando non se poidan deducir das mencionadas certificacións (co que a LCSP lle dá prioridade ao medio anterior).

## **B) INCUMPRIMENTO DOS PRAZOS DE EXECUCIÓN.**

### **1. Obriga de cumprir tanto o prazo total como os parciais.**

O contratista está obrigado a cumprir o contrato dentro do prazo **total** fixado para a súa realización, así como dos prazos **parciais** sinalados para a súa execución sucesiva (por exemplo, rematar o primeiro tramo de estrada en 6 meses).

### **2. Constitución en mora automática polo mero paso do tempo fixado.**

A constitución en mora do contratista **non precisará intimación previa** (requirimento previo) por parte da Administración (é dicir, prodúcese de forma automática polo mero paso do tempo fixado no contrato).

### **3. Incumplimento culpable do prazo total.**

Cando o contratista, por **causas imputables** a el, houber incorrido en demora respecto do 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 1.000 euros do prezo do contrato (así, se o prezo do contrato —importe de adxudicación— fose de 2 millóns de euros, a Administración poderíalle impoñer ao contratista penalidades diarias de 400 €).

O órgano de contratación poderá acordar a inclusión no **prego** de cláusulas administrativas particulares dunhas **penalidades distintas** ás enumeradas no parágrafo anterior (por exemplo, máis severas, con penalidades diarias de 0,30 euros por cada 1.000 euros do prezo do contrato) cando, atendendo ás especiais características do contrato (por exemplo, a imperiosa necesidade de acabar un estadio de atletismo antes do inicio dunhas olimpíadas), 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 %** do prezo do contrato (5 %, 10 %, 15 %, etc.; no suposto antes visto de que o prezo do contrato fose de 2 millóns de euros, sería o caso de que as penalidades acumuladas alcanzasen os 100.000 euros —5 % de 2 millóns

—, ou os 200.000 euros —10 % de 2 millóns—, ou os 300.000 euros —15 % de 2 millóns—, etc.), o órgano de contratación estará facultado para:

- Proceder á súa **resolución**, ou
- acordar a continuidade da súa execución con imposición de **novas penalidades**.

#### **4. Incumprimento dos prazos parciais.**

A Administración terá a mesma facultade a que se refire o apartado anterior (resolución ou continuar con novas penalidades) respecto do 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 el, 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, se determinen no prego de cláusulas administrativas particulares.

#### **5. Resolución do contrato por demora do contratista.**

No suposto a que se refire o artigo 196 da LCSP, se a Administración optase pola resolución, esta deberá ser acordada 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.

#### **6. Dereito do contratista a prorrogar o contrato en caso de demora non imputable.**

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 sinalara, a Administración concederalle un prazo que será, polo menos, igual ao tempo perdido, a non ser que o contratista pedise outro menor.

## **2. INDEMNIZACIÓN DE DANOS E PERDAS.**

### **A) OBRIGA DE INDEMNIZAR DO CONTRATISTA.**

Sinala o artigo 198 da LCSP que será obriga do **contratista** indemnizar todos os danos e perdas que se lles causen a terceiros como consecuencia das operacións que requira a execución do contrato.

### **B) OBRIGA DE INDEMNIZAR DA ADMINISTRACIÓN.**

#### **1. Orde da Administración.**

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.

#### **2. Vicios do proxecto elaborado pola Administración.**

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.

### **C) POSIBILIDADE DE REQUIRIMENTO PREVIO NO PRAZO DUN ANO.**

Os terceiros (por exemplo, o propietario dun coche sobre o que caeu un guindastre do contratista) **poderanlle requirir** previamente, dentro do **ano** seguinte á produción do feito, **ao órgano de contratación** que, 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.

### **D) PROCEDEMENTO.**

A reclamación daqueles será formulada, en todo caso, conforme o procedemento establecido na lexislación aplicable a cada suposto.

## **3. PRINCIPIO DE RISCO E VENTURA.**

### **A) O PRINCIPIO DE RISCO E VENTURA COMO REGRA XERAL.**

De acordo co artigo 199 da LCSP, “a execución do contrato realizarase a risco e ventura do contratista, sen prexuízo do establecido para o de obras no artigo 214, 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 vén establecer a **obriga do contratista de asumir o resultado económico do contrato**, de tal xeito 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 incluso lle ocasionou perdas), non lle poderá esixir por iso indemnización ningunha á Administración, a cal non garante en modo ningún 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.

## B) EXCEPCIÓNS.

Son excepcións ao principio de risco e ventura que o ordenamento xurídico entendeu como xustificadas todas as **técnicas de mantemento do equilibrio económico** do contrato, entre as que se atopan:

- As obrigas de indemnizar ao contratista polo exercicio de certas prerrogativas da Administración (que se verán máis adiante).
- A revisión de prezos (xa examinada).
- As cláusulas de repartición de risco que se inclúan nos contratos de colaboración entre o sector público e o privado (artigo 11 da LCSP).
- A forza maior.
- O *factum principis*.
- A teoría do risco impredecible.

Con respecto a estas tres últimas excepcións ao principio de risco e ventura, pódese apuntar o seguinte:

### 1. A forza maior.

O artigo 214 da LCSP, relativo aos contratos de **obras**, sinala que “en casos de forza maior e sempre que non exista actuación imprudente por parte do contratista, este terá dereito a unha indemnización polos danos e perdas que se lle tiveren producido”.

En canto á definición do que cómpre entender por “**forza maior**”, o apartado 2 deste artigo 214 da LCSP sinala que terán a consideración de casos de forza maior:

- a) Os incendios causados pola electricidade atmosférica.

b) Os fenómenos naturais de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupcións volcánicas, movementos do terreo, temporais marítimos, inundacións ou outros semellantes.

c) Os estragos ocasionados violentamente en tempo de guerra, roubos tumultuosos ou alteracións graves da orde pública.

Nestes casos, compróbase que a forza maior é inevitable, insuperable e irresistible, e ten unha orixe externa e estraña á actividade do contratista. Se a Administración non atendese aos danos sufridos nestes supostos, o contratista dilixente tería que asinar un contrato de seguro cunha compañía aseguradora para evitar estes riscos (pénsese que a destrución por un terremoto dunha presa a medio construír podería supoñer a ruína da empresa construtora). Os gastos da póliza de seguro teríaos que repercutir nos prezos da súa oferta, co que, indirectamente, sería a Administración a que estaría pagando eses gastos de cobertura de riscos. No canto de atender eses gastos en cada un dos miles de contratos de obras que asinan as Administracións, o ordenamento prevé que sexa a Administración a que indemnice ao contratista nos supostos de forza maior, o que economicamente sairalle moito máis rendible, na medida en que as primas destes contratos de seguro son moi altas, mentres que as posibilidades de que se dean estes supostos extraordinarios son relativamente baixas.

O artigo 225 da LCSP contén previsións semellantes sobre a forza maior referidas ao contrato de **concesión de obras públicas**, con particularidades relativas á posibilidade de prórroga e axuste do plan económico-financeiro, se se vise afectado pola forza maior.

Nos contratos de **subministración de fabricación**, que son aqueles polos que a cousa ou cousas que vaian ser entregadas polo empresario deban ser elaboradas conforme características peculiares fixadas previamente pola entidade contratante, mesmo cando esta se obrigue a proporcionar, total ou parcialmente, os materiais precisos, o órgano de contratación, de acordo co artigo 267 da LCSP, pode establecer no prego de cláusulas administrativas particulares que se lle apliquen as normas sobre a forza maior do contrato de obras.

No **resto de contratos**, non opera a excepción de forza maior fronte ao principio de risco e ventura do contratista.

## **2. Factum principis.**

Como sinala Santamaría Pastor, se o órgano de contratación toma unha decisión directamente encamiñada a modificar o contrato, estaremos ante o exercicio da prerrogativa de modificación do contrato, pero se o órgano de contratación ou outro órgano da Administración contratante

**adopta unha medida de calquera tipo que, sen referirse especificamente ao contrato, altera os seus termos, provocando unha maior onerosidade, unha dificultade especial xeradora de gastos, ou a imposibilidade de executar o contrato,** estaremos ante un *factum principis* que obriga a Administración a indemnizar ao contratista.

Martín Oviedo e Presedo Rey enumeran como requisitos do *factum principis*:

- Que a actuación causante do prexuízo derive **dun órgano da propia Administración contratante.**

- Que o prexuízo se cause por unha **actuación fundada no poder xeral de *imperium* da Administración,** como podería ser a decisión de pechar temporalmente as fronteiras, que impide a importación de produtos que lle van ser subministrados á Administración.

- Que se lle cause ao contratista un **dano ou perda certo e especial.**

- Que **non existan outros mecanismos de resarcimento** do dano no seo da relación contractual existente (como a revisión de prezos) ou estes resulten insuficientes (por exemplo, por ter pactado a non revisión dos prezos, ou porque non transcorrese máis dun ano, ou non se executase aínda o 20 % do orzamentos do contrato, que son requisitos xerais que establece o artigo 77 da LCSP para que proceda a revisión de prezos).

- Pola contra, **non** é necesario que a perda económica teña unha **especial relevancia** ou supere un **mínimo.**

A LCSP non recolle expresamente esta figura do *factum principis*, salvo a alusión do artigo 262.d), referida ao contrato de xestión de servizo público (é causa de resolución do contrato “a imposibilidade de explotación do servizo como consecuencia de acordos adoptados pola Administración con posterioridade ao contrato”), pero pódese deducir do principio xeral de **responsabilidade extracontractual** do artigo 106.2 da CE.

Malia ter un fundamento extracontractual, o *factum principis* **liquidase no seo do propio contrato que resulte afectado**, entendendo Martín Oviedo e Presedo Rey que é razoable admitir reclamacións nesta materia ata que torne firme a recepción e liquidación do contrato.

### **3. O risco imprevisible.**



Neste caso, como sinala Santamaría Pastor, estamos ante “actuacións ou medidas adoptadas **por outro ente público distinto do contratante, por outro Estado, ou mesmo polo acaecemento dun cambio profundo nas circunstancias económicas, políticas ou sociais** de orde xeral, internas ou internacionais, imprevistas e imprevisibles no momento de conclusión do contrato”, que provocan “unha subversión de facto da base do negocio, dos orzamentos económicos sobre os que se asentaba, facendo extraordinariamente oneroso o seu incumprimento ou mesmo inviable en termos económicos”.

O mellor exemplo proporcionao a resolución do 30 de marzo de 1916 ditada polo **Consello de Estado francés (arrêt Gaz de Bordeaux)**, primeira en acoller esta figura do risco imprevisible: O municipio de Bordeos contratou unha empresa para que prestase o servizo público de alumado e distribución de gas, que se obtiña a partir do carbón. No contrato fixouse unha correlación entre o prezo do gas e o do carbón, pero cun máximo no prezo do gas que non se podería superar por moito que subise o prezo do carbón. Ao comezar a primeira guerra mundial en 1914, os prezos do carbón disparáronse ata superar todo o imaxinable, e o tope fixado no contrato impediu que o prezo do gas se puidese corresponder co do carbón. Como resultado, a empresa concesionaria ameazou con quebra e a conseguinte interrupción na prestación do servizo público, o que abocaría en última instancia a un novo contrato cunha nova empresa a prezos actualizados. Para evitar esta situación, a empresa concesionaria solicitoulle ao municipio unha indemnización que compensase a suba do carbón. A negativa do municipio de Bordeos provocou o recurso da empresa concesionaria e a correspondente resolución do Consello de Estado francés, favorable ás súas pretensións, que recolleu a tese do risco imprevisible.

Con carácter xeral, para que un acontecemento se poida considerar indemnizable por risco imprevisible, débense reunir os seguintes **requisitos**:

- Débese tratar dun acontecemento **improbable, extraordinario e non imputable ao contratista nin á Administración contratante**.

- O trastorno económico provocado debe ser realmente **grave**.

- Débese dar a circunstancia de que a **revisión dos prezos** ou calquera outro medio de reequilibrio económico previsto polo ordenamento xurídico resulte **insuficiente** para lograr este reequilibrio.

En caso de cumprirse estes requisitos, a teoría do risco **poderá beneficiar ao contratista ou á Administración**, segundo cal fose a parte prexudicada, e, en todo caso, **ambas as partes deben**



**coparticipar nas consecuencias negativas** do cambio de circunstancias, sen que todas elas poidan recaer nunha soa.

#### **4. OBRIGA DA ADMINISTRACIÓN DE PAGAMENTO DO PREZO AO CONTRATISTA.**

A obriga de pagamento vén reflectida no artigo 200 da LCSP:

##### **A) DEREITO AO ABOAMENTO DA PRESTACIÓN.**

O contratista terá **dereito ao aboamento** da prestación realizada nos termos establecidos nesta lei e no contrato, conforme o prezo convindo.

##### **B) FORMAS DE PAGAMENTO.**

O pagamento do prezo poderase facer de maneira **total** (é a excepción) ou **parcial** (é a regra), mediante aboamentos á conta (anticipos que non supoñen visto bo do executado polo contratista) ou, no caso de contratos de tracto sucesivo (como un arrendamento), mediante pagamento en cada un dos vencementos que se estipulasen (por exemplo, mensualidades).

##### **C) OPERACIÓNS PREPARATORIAS.**

O contratista terá tamén dereito a percibir **aboamentos á 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. Estes adiantos teñen como finalidade facilitar o financiamento do contratista antes de comezar a execución da obra (por exemplo, para a compra de materiais de construción).

##### **D) PRAZO DO PAGAMENTO.**

#### **1. Regra xeral: 30 días.**

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 205.4 (prazo dun mes para aboar o saldo da liquidación do contrato, salvo no contrato de obras, que son 60 días).

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 a dita data de recepción ou prestación (artigo 200.4 da LCSP).

## **2. Demora da Administración no pagamento.**

### Xuros de demora e indemnización polos custos de cobramento.

Se a Administración se demora, deberalle aboar ao contratista, a partir do cumprimento do dito prazo de trinta días, os **xuros de demora** 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 (artigo 200.4 da LCSP).

### Procedemento para facer efectivas as débedas das administracións públicas.

Transcorrido o prazo de 30 días antes sinalado, os contratistas poderán **reclamarlle por escrito á Administración** contratante o cumprimento da obriga de pagamento e, de ser o caso, dos xuros de demora.

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 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 (artigo 200 *bis* da LCSP).

### Demora superior a catro meses: Facultade de suspensión do contrato.

Si a demora no pagamento for **superior a catro meses**, o contratista poderá proceder, de ser o caso, á suspensión do cumprimento do contrato, debéndolle comunicar á Administración, cun mes de antelación, tal circunstancia, para efectos do recoñecemento dos dereitos que se poidan derivar de devandita suspensión, nos termos establecidos nesta lei (artigo 200.5 da LCSP).

### Demora superior a oito meses: Facultade engadida de resolución e resarcimento de prexuízos.

Se a demora da Administración for **superior a oito meses**, o contratista terá dereito, así mesmo, a resolver o contrato e ao resarcimento dos prexuízos que como consecuencia diso se lle orixinen.

As comunidades autónomas poderán reducir os prazos referidos de trinta días, catro meses e oito meses, antes mencionados (artigo 200.6 da LCSP).

#### E) EMBARGO DOS ABOAMENTOS Á CONTA.

Os aboamentos á conta (anticipos, como se dixo, que lle entrega a Administración ao contratista), por unha banda, **non supoñen a aprobación** do executado polo contratista (polo que o contratista podería ter que devolver todo ou parte, en caso de mala execución), e, por outra, teñen a súa razón de ser en que o contratista lles vaia pagando aos seus **traballadores, subcontratistas e subministradores de material** mentres non remata de executar o contrato.

Por este motivo, o artigo 200.7 da LCSP establece que, sen prexuízo do establecido nas normas tributarias e da Seguridade Social, os aboamentos á conta que procedan pola execución do contrato só poderán ser **embargados**, precisamente:

a. Para o pagamento dos **salarios** acreditados polo persoal do contratista na execución do contrato e das cotas sociais derivadas deles.

b. Para o pagamento das obrigas contraídas polo contratista cos **subcontratistas e subministradores** referidas á execución do contrato.

### IV. MODIFICACIÓN DOS CONTRATOS.

#### 1. POTESTADE DE MODIFICACIÓN DO CONTRATO.

A potestade de modificación do contrato (*ius variandi*) é unha das prerrogativas da Administración mencionada no artigo 194 da LCSP.

A Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable, reformou a regulación desta potestade na LCSP, “de acordo coas prácticas recomendadas pola Unión Europea, e tendo en conta, especialmente, a postura manifestada pola Comisión sobre modificacións non previstas nos documentos de licitación e sobre o carácter de alteración substancial daquelas que excedan en máis dun 10 % o prezo inicial do contrato”, tal como reza a súa exposición de motivos.

De acordo con este espírito, o artigo 202 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 (artigos 92 *bis* a 92 *quinquies*), e de acordo co procedemento regulado no artigo 195 (xa examinado).

Nestes casos, as modificacións acordadas polo órgano de contratación serán obrigatorias para os contratistas.

Ademais, as modificacións do contrato deberanse formalizar conforme o disposto no artigo 140.

## **2. SUPOSTOS EN QUE CABE A MODIFICACIÓN DO CONTRATO.**

### **A) PRINCIPIO XERAL.**

Os contratos do sector público só se poderán modificar:

- Cando así se previse:
  - Nos **pregos** ou
  - no **anuncio de licitación** ou
- nos casos e cos límites establecidos no **artigo 92 quater** (referido ás modificacións non previstas na documentación que rexe a licitación, e que se verá máis adiante).

En calquera **outro suposto**, se fose necesario que a prestación se executase en forma distinta á pactada, inicialmente deberase proceder á **resolución** do contrato en vigor e á subscrición **doutro** baixo as condicións pertinentes. Este novo contrato deberase adxudicar de acordo co previsto no libro III.

### **B) SUPOSTOS NON CONSIDERADOS TECNICAMENTE “MODIFICACIÓN DO CONTRATO”.**

A LCSP non considera tecnicamente “modificación do contrato” a sucesión na persoa do contratista, a cesión do contrato, a revisión de prezos e a prórroga do prazo de execución, e exclúeos do principio xeral antes comentado.

### **C) FINALIDADES PROHIBIDAS.**

O artigo 92 bis.2 sinala que a modificación do contrato **non** se poderá realizar 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, deberase proceder a unha **nova contratación** da prestación correspondente.

### **3. MODIFICACIÓNS PREVISTAS NOS PREGOS OU NO ANUNCIO DE LICITACIÓN.**

Os contratos do sector público poderanse modificar sempre que nos **pregos** ou no **anuncio de licitación**:

- Se **advertise** expresamente desta posibilidade e
- se detallasen de forma clara, precisa e inequívoca:
  - As **condicións** en que se poderá facer uso dela,
  - o **alcance** e **límites** das modificacións que se poden acordar con expresa indicación da porcentaxe do prezo do contrato ao que como máximo poidan afectar, e
  - o **procedemento** que cómpre seguir para iso.

### **4. MODIFICACIÓNS NON PREVISTAS NOS PREGOS OU NO ANUNCIO DE LICITACIÓN.**

#### **A) SUPOSTOS PERMITIDOS.**

As modificacións non previstas nos pregos ou no anuncio de licitación só se poderán efectuar cando **se xustifique** suficientemente a concorrencia dalgunha das seguintes circunstancias:

a. **Inadecuación da prestación** contratada para satisfacer as necesidades que se pretenden cubrir mediante o contrato debido a erros ou omisións padecidos na redacción do proxecto ou das especificacións técnicas.

b. **Inadecuación do proxecto** ou das **especificacións** da prestación por causas obxectivas que determinen a súa falta de idoneidade, consistentes en circunstancias de tipo xeolóxico, hídrico, arqueolóxico, ambiental ou similares, postas de manifesto con posterioridade á adxudicación do contrato e que non fosen previsibles con anterioridade aplicando toda a dilixencia requirida de acordo cunha boa práctica profesional na elaboración do proxecto ou na redacción das especificacións técnicas.

c. **Forza maior** ou **caso fortuíto** que fixesen imposible a realización da prestación nos termos inicialmente definidos.

d. Conveniencia de incorporar á prestación **avances técnicos** que a melloren notoriamente, sempre que a súa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producise con posterioridade á adxudicación do contrato.

e. Necesidade de axustar a prestación a **especificacións técnicas**, ambientais, urbanísticas, de seguridade ou de accesibilidade **aprobadas con posterioridade** á adxudicación do contrato.

**B) LÍMITE: A ALTERACIÓN DAS CONDICIÓNS ESENCIAIS DA LICITACIÓN E ADXUDICACIÓN.**

A modificación do contrato acordada conforme o previsto neste artigo **non poderá alterar as condicións esenciais** da licitación e adxudicación (como a modificación do contrato que iguale ou exceda, en máis ou en menos o 10 % do prezo de adxudicación do contrato, como sinala, entre outros supostos, o artigo 92 *quater*.3 da LCSP), e deberase limitar a introducir as **variacións estritamente indispensables** para responder á causa obxectiva que a faga necesaria.

## **5. PROCEDEMENTO DE MODIFICACIÓN.**

**A) PROCEDEMENTO DAS MODIFICACIÓNS PREVISTAS NOS PREGOS OU NO ANUNCIO DE LICITACIÓN.**

De acordo co artigo 92 *quinquies*, neste suposto, as modificacións contractuais acordaranse na forma que se especificou no **anuncio** ou nos **pregos**.

**B) PROCEDEMENTO DAS MODIFICACIÓNS NON PREVISTAS NOS PREGOS OU NO ANUNCIO DE LICITACIÓN.**

Nestes casos, antes de proceder á modificación do contrato, deberáselle dar **audiencia** ao **redactor** do proxecto ou das especificacións técnicas, se estes fosen preparados por un **terceiro** alleo ao órgano de contratación en virtude dun contrato de servizos, para que, nun prazo non inferior a tres días, formule as consideracións que considere convenientes.

**C) APLICACIÓN DO PROCEDEMENTO XERAL DE EXERCICIO DE PRERROGATIVAS PREVISTO NO ARTIGO 195 DA LCSP.**

O disposto nos dous apartados anteriores enténdese sen prexuízo do establecido no artigo **195 da LCSP** para o caso de modificacións que afecten a contratos administrativos.

## **6. PROHIBICIÓN DOS REFORMADOS ANTICIPADOS.**

Están prohibidos os **reformados anticipados**, é dicir, a introdución de modificacións no contrato antes de que o órgano de contratación as aprobe, e tampouco cabe tramitar procedementos de modificación para regularizar modificacións de facto xa efectuadas (Informe do Consello de Estado 49/1994, do 21 de abril).

O Tribunal Supremo sinalou que nos casos en que o contratista **introduza de feito modificacións** na execución do contrato por orde, expresa ou tácita, da Administración, ou en casos en que esa modificación é absolutamente necesaria, a Administración ten a obriga de pagar esas modificacións no caso de que supoñan un “enriquecemento inxusto” (STS do 28 de marzo do 2005, entre outras). No ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, esas modificacións irregulares **son validadas** polo Consello da Xunta a través do artigo 102 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.

## **7. COMPENSACIÓN AO CONTRATISTA POLAS MODIFICACIÓNS.**

De acordo co principio de garantía do equilibrio económico do contrato, a Administración ten o deber de compensarlle ao contratista as modificacións que supoñan unha alteración económica do contrato. A indemnización terá un carácter integral, incluíndo, sempre que resulten probados, tanto o dano emerxente como o lucro cesante (artigo 241 e 268 da LCSP). García de Enterría e T.R. Fernández advirten de que o criterio de incluír o lucro cesante se rompe nos contratos de obra, xa que o artigo 217.1 da LCSP o nega en casos en que a modificación supoña redución ou supresión de unidades de obra. O mesmo caso se dá no artigo 272 da LCSP con respecto aos contratos de subministración.

## **8. SUSPENSIÓN DOS CONTRATOS.**

O artigo **203** da LCSP 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 “de a Administración acordar a suspensión do contrato ou esta ter lugar pola aplicación do disposto no artigo 200, levantarase unha acta en que se consignarán as circunstancias que a motivaron e a situación de feito na execución daquel”.

Xa que logo, tamén o **contratista** pode solicitar a suspensión (no caso de demora da Administración no pagamento superior a catro meses, con aviso previo dun mes, artigo 200.5 da LCSP), pero non como unha prerrogativa que o ordenamento xurídico lle concede en atención ao interese público, senón como mecanismo de defensa ante un incumprimento da Administración.



En ambos os casos, a suspensión débese, en última instancia, á actividade (decisión propia) ou inactividade (falta de pagamento por prazo superior a catro meses) da Administración, polo que o artigo 203.2 da LCSP sinala que “acordada a suspensión, a Administración aboaralle ao contratista os **danos e perdas** efectivamente sufridos por este”.

Como os danos e perdas derivan dunha relación contractual, o prazo para esixilos é de **4 anos** (artigo 25 da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria), contados desde que se levanta a suspensión.

Nos contratos de obras, subministración e servizos, o contratista ten **dereito a resolver** o contrato cando a suspensión supera determinado período de tempo (seis meses, oito meses ou un ano, segundo os casos, salvo en certos supostos en que o prego poida establecer outro prazo menor).

## **V. EXTINCIÓN DOS CONTRATOS.**

Tal como indica o artigo 204 da LCSP, “os contratos extinguiranse por **cumprimento** ou por **resolución**”. A estes dous supostos a doutrina engádelle a extinción por **invalidez** do contrato.

### **1. CUMPRIMENTO DOS CONTRATOS.**

#### **A) CONDICIÓN DE CUMPRIMENTO.**

Conforme o artigo 205.1 da LCSP, o contrato entenderase **cumprido** polo contratista unha vez que este realizase, de acordo cos termos daquel e á satisfacción da Administración, a **totalidade da prestación**.

#### **B) RECEPCIÓN OU CONFORMIDADE.**

En todo caso, a súa constatación esixirá por parte da Administración un acto formal e positivo de **recepción ou conformidade** (un “visto bo” ao executado polo contratista) nos seguintes prazos:

- 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 isto sexa preceptivo, a data e lugar do acto, para a súa eventual asistencia en exercicio das súas funcións de comprobación do investimento.

#### **C) PRAZO DE GARANTÍA.**



Nos contratos fixarase un **prazo de garantía** (que é un período de tempo de que dispón a Administración para advertir vicios ou defectos na obra, subministración ou servizo realizado), contando desde a 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 contados desde a recepción, artigo 219 da LCSP) 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 resulten infrutuosas, ou as dragaxes), o cal se deberá xustificar debidamente no expediente de contratación, consignándoo expresamente no prego.

#### D) LIQUIDACIÓN DO CONTRATO.

Excepto nos contratos de obras, que se rexerán polo disposto no artigo 218 da LCSP, dentro do prazo dun mes, contado desde a data da acta de recepción ou conformidade, deberá acordarse e serlle notificada ao contratista a **liquidación** correspondente do contrato e aboárselle, de ser o caso, o saldo resultante (co que a liquidación vén supoñer “resolver as contas” entre Administración e contratista).

De se producir **demora** no pagamento do saldo de liquidación, o contratista terá dereito a percibir os xuros de demora e mais 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.

Nos contratos de **obra** (artigo 218 da LCSP), dentro do prazo de quince días anteriores ao cumprimento do prazo de garantía, o director facultativo da obra redactará un informe sobre o estado das obras. Se este fose favorable, procederase á devolución ou cancelación da garantía, á liquidación do contrato e, de ser o caso, ao pagamento das obrigas pendentes.

## 2. RESOLUCIÓN.

#### A) CAUSAS DE RESOLUCIÓN.

De acordo co artigo 206 da LCSP, son causas de resolución do contrato:

a) A morte ou incapacidade sobrevida do **contratista individual** ou a extinción da personalidade xurídica da **sociedade contratista**, sen

prexuízo do previsto no artigo 73 *bis* (que regula os supostos de sucesión do contratista).

b) A declaración de **concurso** (que se corresponde co que ata a lei concursal era a quebra e a suspensión de pagamentos) ou a declaración de **insolvencia** en calquera outro procedemento (por exemplo, por imposibilidade de pagamento dunha sanción administrativa).

c) O **mutuo acordo** entre a Administración e o contratista.

d) A **demora** no cumprimento dos prazos por parte do contratista, e o incumprimento do prazo sinalado na letra c) do apartado 2 do artigo 96 (15 días hábiles para iniciar a execución do contrato, contados desde a formalización, en caso de tramitación de emerxencia).

e) A **demora no pagamento** por parte da Administración por prazo superior ao establecido no apartado 6 do artigo 200 (8 meses), ou o inferior que se fixase ao amparo do seu apartado 8 (por parte das comunidades autónomas).

f) O incumprimento das **restantes obrigas contractuais esenciais**, cualificadas como tales nos pregos ou no contrato.

g) A **imposibilidade** de executar a prestación nos termos inicialmente pactados ou a posibilidade certa de produción dunha **lesión grave** ao interese público de se continuar executando a prestación neses termos, cando **non sexa posible modificar** o contrato conforme o disposto no título V do libro I (artigos 92 *bis* a 92 *quiquies*).

h) As establecidas expresamente no **contrato**.

i) As que se sinalen **especificamente para cada categoría de contrato** na LCSP.

B) APLICACIÓN DAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN.

### **1. Necesidade de procedemento.**

A resolución do contrato será acordada polo órgano de contratación, de oficio ou por instancia do contratista, de ser o caso, seguindo o **procedemento** que se estableza nas normas de desenvolvemento da LCSP (artigo 109 do RXCAP).

### **2. Resolución obrigatoria ou opcional.**

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 ser instada** por aquela parte á cal non lle sexa imputable a circunstancia que dese lugar a ela, 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 LCSP).

### **3. Morte ou incapacidade sobrevida do contratista individual.**

Cando a causa de resolución sexa a morte ou incapacidade sobrevida do contratista individual a Administración poderá acordar a continuación do contrato cos seus **herdeiros** ou **sucesores**.

### **4. Resolución por mutuo acordo.**

A resolución por mutuo acordo só poderá ter lugar cando **non concorra outra causa de resolución** que sexa imputable ao contratista, e sempre que razóns de interese público fagan innecesaria ou inconveniente a permanencia do contrato.

### **5. Concurso, antes da apertura da fase de liquidación.**

En caso de declaración de concurso e mentres non se produza 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 presta as **garantías suficientes** a xuízo daquela para a súa execución.

### **6. Demora.**

No suposto de demora a que se refire a letra e) do artigo 206 da LCSP, se as **penalidades** a que dese lugar a demora no cumprimento do prazo alcanzasen un **múltiplo do 5 %** do importe do contrato, actuarase conforme o disposto no artigo 196.5 da LCSP (o órgano de contratación estará facultado para proceder á súa **resolución** ou acordar a continuidade da súa execución con imposición de **novas penalidades**).

### **7. Resolución por incumprimentos da Administración.**

Como antes se indicou, o incumprimento das obrigas derivadas do contrato por parte da Administración orixinará a resolución daquel só nos casos previstos na LCSP (como a demora no pagamento por prazo superior a oito meses, artigo 200.6 da LCSP).

## C) EFECTOS DA RESOLUCIÓN.

### 1. Resolución por mutuo acordo.

Cando a resolución se produza por mutuo acordo, os dereitos das partes acomodaranse ao **validamente estipulado** por elas.

### 2. Danos e perdas por incumprimento da Administración.

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 lle irroguen ao contratista.

### 3. Danos e perdas por incumprimento culpable do contratista.

Cando o contrato se resolva por **incumprimento culpable do contratista**, este deberalle indemnizar á Administración os **danos e perdas** ocasionados.

A indemnización farase efectiva, en primeiro lugar, sobre a garantía que, de ser o caso, se constituíse, sen prexuízo da subsistencia da responsabilidade do contratista no que se refire ao importe que exceda do da garantía incautada.

### 4. Indemnización do 3 % en caso de resolución do artigo 206.g).

Cando a resolución se acorde polas causas recollidas na **letra g)** do artigo **206** (imposibilidade de executar a prestación nos termos inicialmente pactados ou a posibilidade certa de produción dunha lesión grave ao interese público de se seguir 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.

## VIN. CESIÓN DOS CONTRATOS E SUBCONTRATACIÓN.

### 1. CESIÓN DOS CONTRATOS.

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 contratase a un científico polos seus vastos coñecementos nunha determinada materia).

Para que os adxudicatarios poidan ceder os seus dereitos e obrigas a terceiros deberanse cumprir os seguintes **requisitos**:

- a. Que o órgano de contratación **autorice**, de forma previa e expresa, a cesión.
- b. Que o cedente teña **executado** polo menos un 20 % do importe do contrato ou, cando se trate da xestión de servizo público, que efectúe 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 abra a fase de liquidación.
- c. Que o cesionario teña **capacidade** para contratar coa Administración e a **solvencia** que resulte esixible, debendo estar debidamente **clasificado** se tal requisito lle foi esixido ao cedente, e non estar incurso nunha causa de **prohibición de contratar**.
- d. 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.**

### **A) PRINCIPIO XERAL E LÍMITES.**

De acordo co artigo 210 da LCSP, 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.

### **B) REQUISITOS DA SUBCONTRATACIÓN.**

Os requisitos da subcontratación pódense **resumir** nos seguintes puntos:

- En todo caso, o adxudicatario deberalle **comunicar** anticipadamente e por escrito á Administración a intención de asinar os subcontratos (xa que logo, 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 lles vaia encomendar a súa realización. En caso de alteración destes datos, como principio xeral, deberase notificar a dita circunstancia e agardar o transcurso dun prazo de 20 días (naturais) antes de asinar os subcontratos.

#### C) PENALIDADES DE ATA O 50 % DO IMPORTE DO SUBCONTRATO.

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 (de ser o caso).

#### D) RESPONSABILIDADE DO CONTRATISTA PRINCIPAL FRONTE Á ADMINISTRACIÓN POLA ACTUACIÓN DOS SUBCONTRATISTAS.

Os subcontratistas quedarán obrigados só ante o **contratista principal** que asumirá, xa que logo, a total responsabilidade da execución do contrato (incluída a parte realizada polos subcontratistas) fronte á Administración, de estrita conformidade cos pregos de cláusulas administrativas particulares e cos termos do contrato.

#### E) PROHIBICIÓN DE SUBCONTRATACIÓN CON PERSOAS QUE INCORRAN EN PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR.

En ningún caso poderá concertar o contratista a execución parcial do contrato con persoas inhabilitadas para contratar de acordo co ordenamento xurídico ou comprendidas nalgún dos supostos do artigo **49 da LCSP** (prohibicións para contratar).

#### F) INFORMACIÓN AOS REPRESENTANTES DOS TRABALLADORES.

O contratista deberá informar os **representantes dos traballadores** da subcontratación, de acordo coa lexislación laboral.

#### G) IMPOSICIÓN DA OBRIGA DE SUBCONTRATAR.

Os órganos de contratación poderanlle impoñer 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 de seu** dentro do conxunto que as faga susceptibles de execución separada (por exemplo, a construción dun túnel polo que pasará a estrada adxudicada), por teren que ser realizadas por empresas que contén cunha determinada habilitación profesional ou podérselles atribuír a súa realización a empresas cunha clasificación adecuada para realizala.

As obrigas impostas conforme o previsto no parágrafo anterior consideraranse **condicións especiais de execución** do contrato para os efectos previstos nos artigos 196.1 (penalidades) e 206.g (realmente parece referirse á letra f, que sinala como causa de resolución as restantes obrigas contractuais esenciais, cualificadas como tales nos pregos ou no contrato).

#### H) PAGAMENTOS A SUBCONTRATISTAS E SUBMINISTRADORES.

O artigo 211 da LCSP sinala que o contratista (adxudicatario) se debe obrigarse a lles **aboar** 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 200.4 (**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 (para o que o adxudicatario dispón dun prazo tamén de 30 días desde a emisión da factura por parte do subcontratista ou subministrador), con indicación da súa data e do período a que corresponda.

### VII. RÉXIME DE INVALIDEZ E RECURSOS.

#### 1. SUPOSTOS DE INVALIDEZ.

De acordo co artigo 31 da LCSP, 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 os de **adxudicación**, por concorrer neles algunha das causas de dereito administrativo ou de dereito civil a que se refiren os artigos seguintes.

#### A) CAUSAS DE INVALIDEZ DE DEREITO ADMINISTRATIVO.

##### 1. Causas de nulidade de dereito administrativo.

Conforme o artigo 32 da LCSP, son causas de nulidade de dereito administrativo as seguintes:

a.- As indicadas no artigo **62.1** da **Lei 30/1992**, do 26 de novembro.

b.- A falta de **capacidade de obrar** ou de **solvencia** económica, financeira, técnica ou profesional, debidamente acreditada, do adxudicatario, ou o estar este incurso nalgunha das **prohibicións para contratar** sinaladas no artigo 49.

c.- 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**.

##### 2. Supostos especiais de nulidade

O artigo 37 da LCSP, trala redacción da Lei 34/2010, do 5 de agosto, prevé supostos especiais de nulidade:

- Para os **contratos suxeitos a regulación harmonizada** a que se refiren os artigos 13 a 17, ambos inclusive, desta lei, e

- para os contratos de **servizos** comprendidos nas **categorías 17 a 27** do anexo II de contía igual ou superior a 193.000 euros.

##### 3. Causas de anulabilidade de dereito administrativo.

De acordo co artigo 33 da LCSP, son causas de anulabilidade de dereito administrativo as **demais infraccións do ordenamento xurídico** e, en especial, as das regras contidas na presente lei, de conformidade co artigo 63 da Lei 30/1992, do 26 de novembro.

#### B) CAUSAS DE INVALIDEZ DE DEREITO CIVIL.

Segundo o artigo 36 da LCSP, 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:

### **1. Causas de nulidade de dereito civil.**

a.- A falta de **consentimento** (por exemplo, o contratista non presentou oferta, e aínda así, adxudícaselle o contrato).

b.- O carácter imposible, ilícito ou indeterminado do **obxecto** do contrato (contrátase o contratista para construír un estadio de fútbol no planeta Mercurio).

c.- A inexistencia ou ilicitude da **causa** (contrátase un ladrón para que roube un Picasso).

d.- A contravención dunha **lei** imperativa ou da orde pública (contrátase o contratista para a construción dunha edificación que vulnera a lei de costas).

e.- A insuficiencia de **poder** do asinante da proposición (unha persoa contrata en nome doutra da que non ten autorización ou representación legal).

### **2. Causas de anulabilidade de dereito civil.**

a.- A falta de **capacidade natural** do licitador (é dicir, perda de facultades mentais de persoas físicas non incapacitadas, causada, por exemplo, por embriaguez ou por alleamento mental transitorio).

b.- O **erro, dolo** (engano), **violencia** ou **intimidación**.

### **2. REVISIÓN DE OFICIO.**

#### **A) RÉXIME XURÍDICO.**

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 (artigos 102 a 106 da devandita lei).

## B) ÓRGANO COMPETENTE.

Sen prexuízo do que, para o ámbito das comunidades autónomas, establezan as súas normas respectivas que, en todo caso, deberanlle atribuír 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 lle 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 ostente 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.

## C) DELEGACIÓN DA COMPETENCIA PARA DECLARAR A NULIDADE OU A LESIVIDADE.

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 ela, en todo caso, o órgano delegante.

## D) SUSPENSIÓN DA EXECUCIÓN DOS ACTOS DOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN.

Nos supostos de nulidade e anulabilidade, e en relación coa suspensión da execución dos actos dos órganos de contratación, aplicárase o disposto na Lei 30/1992, do 26 de novembro (artigo 104 desta lei, que sinala que, iniciado o procedemento de revisión de oficio, o órgano competente para resolver poderá suspender a execución do acto, cando esta puidese causar prexuízos de imposible ou difícil reparación).

## 3. EFECTOS DA DECLARACIÓN DE NULIDADE.

### A) NULIDADE DE ACTOS PREPARATORIOS OU DE ADXUDICACIÓN.

De acordo co artigo 35 da LCSP, a declaración de nulidade dos actos **preparatorios** do contrato ou da **adxudicación**, cando sexa firme, **comportará en todo caso a do mesmo contrato**, que entrará en fase de liquidación, debendo restituírse as partes reciprocamente as cousas que recibisen en virtude del, e se isto non for posible devolverase o seu valor. A parte que resulte culpable deberá indemnizar a contraria dos danos e perdas que sufrise.

#### B) NULIDADE DO RESTO DE ACTOS.

A nulidade dos actos que non sexan preparatorios (ou de adxudicación) **só afectará 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).

#### C) CONTINUACIÓN DOS EFECTOS POR GRAVE TRASTORNO AO SERVIZO PÚBLICO.

De a declaración administrativa de nulidade dun contrato producir 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), poderase dispoñer no mesmo acordo a **continuación** dos efectos daquel e baixo os seus mesmas cláusulas, ata que se adopten as medidas urxentes para evitar o prexuízo.

#### D) SUPOSTOS ESPECIAIS.

A declaración de nulidade nos supostos especiais de nulidade contractual antes vistos (respecto dos contratos suxeitos a regulación harmonizada e contratos de servizos comprendidos nas categorías 17 a 27 do anexo II de contía igual ou superior a 193.000 euros), producirá, como principio xeral, os efectos do artigo 35.1 da LCSP antes examinado.

Así e todo, o órgano competente para declarar a nulidade **poderá non declarala** e acordar o **mantemento** dos efectos do contrato se, atendendo as circunstancias excepcionais que concorran, considera que existen **razóns imperiosas de interese xeral** que o esixan. Ademais, neste caso, a declaración de nulidade deberase substituír por certas **sancións alternativas** (todo iso, sen prexuízo das sancións de carácter disciplinario que corresponda impoñer ao responsable das infraccións legais).

### **4. RECURSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.**

**A) RÉXIME ESPECIAL EN RELACIÓN AO RÉXIME XERAL DE RECURSOS PREVISTOS NA LEI 30/1992, DO 26 DE NOVEMBRO.**

Tras a modificación da LCSP efectuada pola Lei 34/2010, do 5 de agosto, o **libro VI** engadido (artigos 310 a 320 da LCSP) regula o “réxime de revisión de decisións en materia de contratación e medios alternativos de resolución de conflitos”, substituíndo en canto ao contido os anteriores artigos 36 a 39.

Supón un réxime específico de recurso administrativo que busca **maior rapidez** na interposición e resolución do recurso, e que só se pode interpoñer **contra determinados actos de determinados tipos de contratos**, e sempre que non se tramite o procedemento por vía de emerxencia.

A **preferencia** do recurso especial sobre os ordinarios da Lei 30/1992 vén establecida no artigo 310.5 da LCSP, que sinala que non procederá a interposición de recursos administrativos ordinarios contra os actos enumerados neste artigo, salvo a excepción prevista para as comunidades autónomas, que poden prever a interposición de recurso administrativo previo ao especial contemplado no artigo 310.

No **resto de casos**, será de aplicación o **réxime xeral** previsto no capítulo II do título VII da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

En todo caso, non hai que esquecer que o recurso especial ten carácter **potestativo** (“opcional”), na medida en que para chegar aos tribunais, a través dun recurso contencioso-administrativo, non é necesario interpoñer previamente o recurso especial en materia de contratación.

**B) TIPOS DE CONTRATOS NOS QUE CABE O RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATOS.**

Cabe recurso especial en materia de contratación contra certos actos dos seguintes tipos de contratos que pretendan concertar as administracións públicas e as entidades que ostenten a condición de **poderes adxudicadores**:

**a)** 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**.

**b)** Contratos de **servizos** comprendidos nas categorías **17 a 27** do anexo II desta lei de contía igual ou superior a **193.000 euros**, e

c) contratos de **xestión de servizos públicos** en 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.

#### C) ACTOS RECORRIBLES.

Non todos os actos dos contratos citados poden ser obxecto deste recurso especial, senón só os seguintes:

a) Os **anuncios de licitación**, os **pregos** e os documentos contractuais que establezan as **condicións** que deban rexer a contratación,

b) 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.

c) Os acordos de **adxudicación** adoptados polos poderes adxudicadores.

#### D) ÓRGANO COMPETENTE PARA A RESOLUCIÓN DO RECURSO.

No ámbito da **Administración xeral do Estado**, o coñecemento e resolución dos recursos a que se refire o artigo anterior estaralle 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 310 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.

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**, debendo crear un **órgano independente**.

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.

#### E) SOLICITUDE DE MEDIDAS PROVISIONAIS.

Antes de interpoñer o recurso especial regulado neste libro VI, as persoas físicas e xurídicas, lexitimadas para iso conforme o disposto no artigo 312, 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.

#### F) PRAZO DE INTERPOSICIÓN.

O procedemento de recurso iniciárase mediante **escrito** que se deberá presentar 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 135.4.

Non obstante o disposto no parágrafo anterior:

a) 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 sexan recibidos ou postos a disposición dos licitadores ou candidatos para o seu coñecemento conforme se dispón no artigo 142 desta lei.

b) 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 tivese coñecemento da posible infracción.

c) Cando se interpoña contra o **anuncio de licitación**, o prazo comezará a contar a partir do día seguinte ao de publicación.

#### G) TRAMITACIÓN DO PROCEDIMENTO.

O procedemento para tramitar os recursos especiais en materia de contratación rexerase polas disposicións da **Lei 30/1992**, do 26 de novembro, coas **especialidades** que se recollen no artigo 316, tendentes a **abreviar** a dita tramitación.

#### H) RESOLUCIÓN.

Unha vez recibidas as alegacións dos interesados, ou transcorrido o prazo sinalado para a súa formulación, e o da proba, de ser o caso, o órgano competente deberá resolver o recurso dentro dos **cinco días hábiles** seguintes, **notificándoselles** a seguir a resolución a todos os interesados.

#### I) EFECTOS DA 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.

**Ricardo José Durán Rodríguez**

#### Bibliografía:

Calvo y Ruata, P.: *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos)*, Civitas, 1ª edición, 2010.

García de Enterría, E. e Fernández, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson Civitas, 14ª edición, Navarra, 2008.

Moreno Molina, J.A. e Pleite Guadamillas, F: *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, 3ª edición, 2011.

Parada Vázquez, R: *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, 18ª edición, Madrid, 2010.

Santamaría Pastor, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.

Vicente Iglesias, J.L.: *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, 2ª edición, 2011.

VV.AA.: *Contratos Públicos 2009-2010*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2009.





## **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:**

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 da 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 *Daseinsvorsorge* 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 mero principio programático, a declaración de Estado social obrigou a reconstruír as bases do dereito administrativo, onde a Administración asume un novo papel, neste caso orientado a garantir a efectividade dos dereitos de liberdade e igualdade dos individuos e dos grupos (artigo 9.2 da Constitución, que contén, ademais, o mandato expreso de adoptar as medidas necesarias para eliminar 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 se haberán de concretar 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 se debe entender 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 seguir 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, correspondéndolle ao lexislador converter o deber xenérico en obriga esixible e a mera 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 o interese xeral (artigo 103.1).

Que é o servizo público e que actividades se poden encadrar nesta 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 a través da chamada *publicatio* (MEILÁN).

O concepto de servizo público recóllese nalgúñas normas do ordenamento xurídico-administrativo, pero dificilmente se podería afirmar 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 adoptaren medidas de conflito colectivo, para recoñecer que aseguren o mantemento ou o funcionamento daqueles servizos. A mesma expresión se utiliza no artigo 128, cando sinala no seu apartado 2 que, mediante lei, se lle poderá 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 á facenda despréndese, para algún autor, que as prestacións encadrables deben ser necesariamente de carácter preferentemente económico (MEILÁN). Débese tratar, 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 seren consideradas imprescindibles ou moi relevantes para o correcto funcionamento do sistema social e económico: son as prestacións mediante as cales 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 co fin de garantir a súa efectiva realización. Tales prestacións son as actividades que, xenericamente, se coñecen como servizos públicos.

O concepto é tan lábil e difuso que a doutrina manifesta importantes desacordos e contradicións á hora de determinar cales son as notas esenciais da categoría.

Fronte a quen consideran inseparable da idea de servizo público a presenza dunha utilidade xeral que se ve satisfeita coa prestación do servizo, outros autores entenden que é indiferente que estas prestacións se dirixan a satisfacer primariamente necesidades colectivas (chamadas por iso servizos *uti universi*, dirixidos á utilidade xeral: por exemplo, os arquivos nacionais ou a estatística pública) ou necesidades individuais (como a sanidade, a educación ou o abastecemento domiciliario de auga: servizos *uti singuli*). Para SANTAMARÍA PASTOR, por exemplo, á parte de que todos os servizos satisfán ao mesmo tempo necesidades individuais e colectivas, o que é relevante é que, nun grado ou noutro, poidan ser obxecto de utilización individualizada por un ou máis suxeitos. Non se deben considerar servizos públicos, xa que logo, aqueles que carecen deste trazo, por estaren destinados a satisfacer exclusivamente necesidades internas da Administración (por exemplo, o Servizo Xurídico do Estado, ou o de mantemento das instalacións dunha Consellería).

Un importante sector doutrinal considera unha nota esencial do concepto de servizo público o acto solemne da *publicatio* (termo acuñado por VILLAR PALASÍ): é imprescindible que exista unha norma en virtude da cal se declare expresamente que unha determinada actividade é configurable como servizo público, norma que lle reserva a actividade ao sector público e lle atribúe á Administración unhas potestades de ordenación desa actividade económica das que antes carecía. Con todo, para outros autores, entre eles SANTAMARÍA PASTOR, a asunción destes servizos polos

poderes públicos non precisa dun acto formal de cualificación como tales (*publicatio*) nin de afirmación da responsabilidade pública sobre eles: a transformación de privadas en públicas das actividades en que consisten pode ser consecuencia dun proceso paulatino e moitas veces insensible, paralelo ao crecemento da sensación social de necesidade delas, que vai producindo a aparición dun control público e a súa intensificación.

Fronte á afirmación de que o monopolio era un trazo consubstancial do concepto de servizo público, afírmase que o monopolio é unha posibilidade, mais non a única, como pon de manifesto o réxime de prestación de importantes sectores da actividade considerados servizos públicos, en que a exclusividade é un elemento accesorio ou accidental, pero non necesario nin inescusable.

SANTAMARÍA PASTOR sinala como o equívoco máis importante e frecuente que complicou o estudo da categoría xurídica a suposición de que a cualificación dunha actividade como servizo público entraña necesariamente o seu desempeño directo en réxime de exclusividade por entes ou empresas públicas. Son múltiples os auténticos servizos públicos prestados por suxeitos privados, o cal non é só un fenómeno habitual, senón que nada se opón a iso, sempre que estes suxeitos estean sometidos ao control e dirección que son inescusables, porque a Administración é a responsable en última instancia do servizo. E este control e dirección supoñen, como mínimo: a regulación intensiva da actividade, isto é, non limitada aos seus aspectos externos (ou sexa, ás posibles anomalías que poden dar lugar a defectos na súa prestación), senón que afecta ao seu mesmo desenvolvemento en condicións de normalidade; a potestade pública de selección dos suxeitos privados habilitados para prestar o servizo, a limitación do seu número, cando sexa necesario, e a esixencia a estes suxeitos de requisitos especiais de idoneidade e rigor; e a vixilancia continua do desenvolvemento do servizo, con facultades de dirixir o desempeño da actividade (impartindo, xa que logo, instrucións vinculantes

aos suxeitos habilitados), de sancionar os seus comportamentos non satisfactorios e mesmo de privalos da habilitación de que gozan.

Desde outras posicións doutrinais, engádense outras notas complementarias que poden perfeccionar este concepto de servizo público. Por exemplo, a necesidade de adaptar o servizo ás circunstancias cambiantes para garantir o interese xeral (cláusula de progreso), como contrapartida á vantaxe ou o privilexio da exclusividade. A realización destes cambios é obrigatoria aínda que non estea expresamente prevista no contrato ou título concesional, para adaptar as condicións de prestación do servizo aos novos descubrimentos da ciencia e da técnica (MEILÁN).

Atendendo ás súas orixes históricas, adoita sinalarse como nota característica dos servizos públicos o seu sometemento ao dereito administrativo e o seu control a través da xurisdición contencioso-administrativa. Con todo, este trazo entra en quebra cando algúns servizos se empezan a prestar con suxeición ao servizo privado, fuxindo dos controis do dereito administrativo, no que se chamou a fuxida do dereito administrativo.

Por fin, un importante sector doutrinal (entre eles, BLANQUER) e, nalgunha medida, a xurisprudencia do Tribunal Supremo determinaron como nota característica do servizo público a regularidade e continuidade na súa prestación, verdadeiro “principio inmanente á natureza da institución” (STS do 22 de febreiro de 1982).

A todo o anterior é preciso engadirlle o impacto do dereito comunitario na teoría do servizo público. Como é sabido, o dereito comunitario 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 comunitario

reúna ordenamentos xurídicos moi diferentes, en que a categoría do servizo público xoga papeis moi diversos, obrigou a buscar solucións de compromiso que non só descafeinaron o concepto senón que provocaron vaivéns característicos dos diversos momentos políticos que atravesaba a Unión (MEILÁN).

O Tratado da UE refírese aos servizos públicos no artigo 73, ao mencionar as axudas públicas. O artigo 86.2 refírese, porén, aos “servizos de interese económico xeral”. Non aparece no Tratado a expresión “servizos de interese xeral”, inda 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 na xurisprudencia a expresión de “servizo universal”.

Á vista do exposto, débese concluír que non existe un único concepto de servizo público, que é de concepción doutrinal e de natureza cambiante. Máis importante que definir un concepto será, xa que logo, analizar o estatuto xurídico do usuario de servizos públicos.

## **2. O estatuto xurídico do usuario de 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 unha complexa estrutura de dereitos e obrigas que conforman o “estatuto do usuario dos servizos públicos”.

A relación xurídica que se establece entre o usuario e a entidade administrativa (ou privada, en caso de xestión contractual) que presta o servizo identifícase polos trazos seguintes, enunciados por SANTAMARÍA PASTOR:

a) É unha relación de natureza predominantemente obxectiva, no sentido de que a parte substancial do seu contido está excluída da autonomía da vontade das partes e definida de xeito imperativo e xeral por normas xurídicas: inda que o acceso ao servizo de transporte público, por exemplo, se efectúe mediante un contrato, os aspectos do servizo que se poden libremente contratar entre as partes son moi escasos; nunha altísima proporción, as características do servizo están definidas por normas administrativas. Por iso mesmo, estas normas poden ser libremente alteradas pola Administración titular do servizo, e, con elas, o contido da relación de prestación, sen que o usuario se poida resistir xuridicamente a iso.

b) É unha relación de natureza predominantemente pública, en que os elementos xurídico-privados son eventuais e, en todo caso, escasos; o dereito privado só opera no que afecta o acto constitutivo da relación, que pode ser un contrato (aínda que non sempre o é) e, en tal caso, só nalgunha das súas cláusulas ou contidos secundarios.

c) A constitución desta relación xurídica pódese efectuar mediante técnicas formais públicas ou privadas. Nuns casos, o acceso ao servizo lévase a cabo mediante un acto de dereito público: un acto administrativo unilateral de admisión (ou de imposición) que carece de natureza contractual (por exemplo, a matriculación nunha universidade). Noutros, pola contra, a

relación constitúese mediante un contrato, como sucede con boa parte dos servizos de carácter económico (por exemplo, abono ao servizo eléctrico ou de gas, ou de abastecemento de auga).

d) A relación xurídica así creada constitúe para o usuario unha situación especial de suxeición en que aquel se somete aos poderes de ordenación e disciplinarios do ente ou empresa prestadora do servizo.

Entre os dereitos do usuario dos servizos públicos atópanse os seguintes: o dereito ao establecemento do servizo; o dereito a acceder á prestación do servizo en condicións de igualdade; o dereito a gozar do servizo en condicións de regularidade e continuidade.

As súas obrigas básicas son: pagar pola prestación do servizo e usalo debidamente.

### **1º) O dereito ao establecemento do servizo:**

O artigo 26 da LBRL menciona os servizos municipais de prestación obrigatoria en todos os concellos, de maneira que os veciños teñen un dereito subxectivo a esixir o seu establecemento e a súa efectiva prestación (artigo 18.1.g da LBRL). Nesa liña de esixibilidade, os veciños poden impugnar os orzamentos municipais cando non inclúan unha consignación adecuada e suficiente para sufragar os servizos obrigatorios (artigos 170 e 171 do TRFL). Ademais, e en función do número de habitantes, a propia LBRL se refire a outro tipo de servizos obrigatorios, que BLANQUER resume no seguinte cadro:

<b>Todos os concellos</b>	<b>Concellos con máis de 5.000</b>	<b>Concellos con máis de</b>	<b>Concellos con máis de</b>
---------------------------	------------------------------------	------------------------------	------------------------------

	<b>habitantes</b>	<b>20.000 habitantes</b>	<b>50.000 habitantes</b>
Alumado público Cemiterio Recollida de residuos Limpeza viaria Abastecemento domiciliario de auga potable Rede de sumidoiros Acceso a núcleos de poboación Pavimentación das vías públicas Control de alimentos e bebidas	Parque público Biblioteca pública Mercado Tratamento de residuos	Protección civil Prestación de servizos sociais Prevención e extinción de incendios Instalacións deportivas de uso público	Transporte colectivo urbano de viaxeiros Protección do ambiente

A prestación destes servizos pode ser dispensada nos casos que establece a propia LBRL, no seu artigo 26.2:

“Os Municipios poderanlle solicitar á comunidade autónoma respectiva a dispensa da obriga de prestar os servizos mínimos que lles correspondan, segundo o disposto no número anterior cando, polas súas características peculiares, resulte *de imposible ou moi difícil cumprimento* o establecemento e prestación dos devanditos servizos polo propio concello”.

A imposibilidade ou grave dificultade non se pode equiparar, como dixo o Tribunal Supremo, á innecesiedade ou inconveniencia. En calquera caso, débese insistir na natureza de “dereito subxectivo” do usuario ao establecemento dos servizos, que poderá reclamar perante os tribunais de xustiza o seu cumprimento pola vía do artigo 29.1 da LXCA.

## **2º) O dereito ao acceso aos servizos públicos:**

Un dos principais dereitos subxectivos que lle corresponden ao usuario dos servizos públicos é o dereito de acceso aos xa establecidos. Este dereito débese poder exercer en condicións de igualdade ou non discriminación. Pero iso non significa que sexa un dereito de carácter absoluto ou ilimitado. GARRIDO FALLA analizou as diferentes formas de realización deste dereito de acceso:

- a) O acceso ao servizo prodúcese en ocasións de xeito automático en virtude do mero cumprimento dos requisitos establecidos de forma xeral e abstracta polas normas reguladoras do servizo.
- b) O acceso ao servizo pódese subordinar á posesión de certas condicións de aptitude, que a Administración prestadora debe comprobar mediante a práctica das probas correspondentes, cuxa non superación impide ao acceso ao servizo.
- c) O acceso ao servizo pódese ver condicionado pola afluencia dun número de usuarios superior á súa capacidade; nese caso a Administración debe seleccionar parte deles por criterios que, en todo caso, terán que ser obxectivos e, en última instancia, en virtude da simple prioridade cronolóxica na solicitude.
- d) O dereito de acceso ao servizo pódese ver substituído nalgúns casos por unha correlativa situación de deber, como ocorre nos servizos de utilización obrigatoria, como a educación obrigatoria, por exemplo.

SANTAMARÍA PASTOR, tocante ao principio de igualdade no acceso aos servizos públicos, recorda que a igualdade non se pode interpretar en termos absolutos. Polo mesmo que igualdade non é uniformidade, este

principio admite tratamentos diferenciados, sempre que:

1º) as situacións dos cidadáns aos que se lles aplica sexan realmente diversas (tamén é igualdade tratar desigualmente aos desiguais);

2º) os colectivos diferenciados sexan definidos en función de criterios obxectivos ou persigan a promoción de categorías de individuos afectados por deficiencias físicas, económicas ou sociais;

3º) a disparidade de tratamento reúna o requisito fundamental de ser razoable e non arbitraria.

### **3º) O dereito á regularidade e continuidade na prestación do servizo:**

A regularidade e a continuidade da prestación constitúen para BLANQUER un dos elementos do núcleo esencial do concepto de servizo público. Nunha das súas dimensións significa o dereito a que os servizos se presten sen interrupcións inxustificadas ou arbitrarias, o cal levou a delimitar o efecto que o exercicio do dereito de folga pode chegar a ter sobre os servizos públicos e cales son os seus límites constitucionais. A propia Constitución española de 1978, ao recoller este dereito con carácter de fundamental, sinala:

“A lei que regule o exercicio deste dereito establecerá as garantías precisas para asegurar *o mantemento dos servizos esenciais da comunidade*”.

A inexistencia de lei orgánica do dereito de folga non impediu a formación dunha sólida xurisprudencia constitucional que declara aplicable o Real decreto-lei 17/1977, do 4 de marzo e, en particular, a previsión contida no seu artigo 10.2, que recolle a potestade gobernativa para “acordar as

medidas necesarias para asegurar o funcionamento dos servizos”, entre elas a fixación de servizos mínimos.

Xunto a estas garantías constitucionais, existen no noso ordenamento xurídico outras de índole penal, ao terse configurado como delito a perturbación do normal funcionamento dos servizos, o abandono colectivo e manifestamente ilegal dun servizo público por parte de autoridades ou funcionarios e o furto de cousas destinadas a un servizo público.

Finalmente, a falta de continuidade do servizo pode carrexar sancións de natureza administrativa. En particular, a LBRL recolle como infraccións moi graves o impedimento do uso dun servizo público por outra ou outras persoas con dereito á súa utilización; o impedimento ou a grave e relevante obstrución ao normal funcionamento dun servizo público; e os actos de deterioración grave e relevante de equipamentos, infraestruturas, instalacións ou elementos dun servizo público (artigo 140 da LBRL).

Polo demais, os servizos públicos débense prestar nas condicións de calidade e cantidade axustadas aos estándares establecidos polas regras reguladoras deste. Ademais, os contratistas de servizos públicos deben prestar en cada momento o servizo de acordo cos niveis de innovación tecnolóxica adecuados (cláusula de progreso). Agora ben, como recorda SANTAMARÍA PASTOR, os usuarios do servizo non ostentan dereito subxectivo ningún a que a súa prestación se leve a cabo noutras condicións que as determinadas en cada momento polas normas reguladoras daquel; a súa situación fronte ao servizo é puramente legal ou regulamentaria, de tal forma que deben soportar os cambios que o servizo experimente por alteración das súas regras de prestación, sen que teñan dereito a esixir o mantemento do servizo (salvo cando este sexa dos legalmente declarados obrigatorios) ou das condicións de prestación existentes no momento da súa instauración (ou en calquera outro posterior).

#### **4º) Os deberes do usuario:**

Como se sinalou, os deberes do usuario dos servizos públicos son usalo adecuadamente e aboar o prezo.

SANTAMARÍA PASTOR refírese á observancia das regras do servizo establecidas nas súas normas reguladoras xustificando a súa imposición na relación especial de suxeición que se constitúe ao acceder ao uso do servizo e que lle confire á Administración un poder disciplinario que implica unha potestade represiva das condutas que infrinxan aquelas regras, en que as sancións se poden estender non só á privación temporal do uso do servizo (por exemplo, expulsión do transporte dos viaxeiros sen billete), senón mesmo á imposición de correctivos alleos ao servizo en si mesmo (por exemplo, multas).

O pagamento da contraprestación que estea establecida polo uso do servizo é a segunda obriga básica dos usuarios. Nos servizos *uti universo*, é habitual que se financie o custo do servizo con cargo aos recursos orzamentarios ordinarios do ente titular, isto é, sen percepción directa de cantidade ningunha aos usuarios en concepto de contraprestación (por exemplo, a defensa). Pero tal réxime pode ser aplicado a servizos *uti singuli* (por exemplo, o ensino obrigatorio), en virtude dunha decisión política que prefire repartir entre toda a poboación o custo dun servizo cun colectivo parcial de destinatarios. Pero é igualmente frecuente que os servizos se financien mediante contraprestacións do usuario. Estas, desde a perspectiva xurídica, suscitan dous tipos de problemas que analiza superficialmente SANTAMARÍA PASTOR:

1º) A natureza pública (tributaria) ou privada da contraprestación; en concreto, se se trata dunha taxa ou dun prezo, cuestión á que a doutrina (ENTERRÍA, ARIÑO) lle dedicou hai anos unha considerable atención. Este problema non admite unha resposta unitaria:

- Cando o prestador do servizo é o propio ente administrativo titular del, de acordo co establecido na lei 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 unha empresa, por exemplo, unha concesionaria), a contraprestación terá sempre carácter privado, considerándose como prezo dun servizo cuxo título é o contrato que celebra esta empresa co usuario (por exemplo, o billete de autobús ou de metro).

2º) Os criterios de determinación do importe da contraprestación por parte da Administración titular do servizo. Estes criterios 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).

## **II. FORMAS DE XESTIÓN DOS SERVIZOS PÚBLICOS: XESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA.**

A xestión dos servizos públicos pode ser directa ou indirecta. BLANQUER resume os modos de xestión co seguinte cadro:



<b>Xestión directa</b>	<b>Xestión indirecta</b>
Administración territorial	Concesión
Organismo autónomo	Xestión interesada
Entidade pública empresarial	Concerto
Sociedade mercantil	Sociedade mercantil mixta
exclusivamente pública	

Destaca o autor citado que a Administración ten unha ampla marxe de liberdade para elixir discrecionalmente a fórmula de xestión que considere máis conveniente ou oportuna. Agora ben, a selección dunha ou doutra fórmula ten consecuencias moi importantes. Como regra xeral, a *xestión directa* instruméntase mediante unha encomenda de xestión (mandato polo que a Administración territorial matriz lle encomenda á Administración institucional filial a prestación do servizo), negocio que non se rexe pola lexislación de contratos do sector público). Así e todo, a *xestión indirecta* instruméntase a través dun contrato de xestión de servizo público que se rexe pola lei de contratos do sector público do 2007. Mentres a xestión directa pon de manifesto unha relación interna (*in house*) que resulta do exercicio da potestade organizatoria, a xestión indirecta é unha relación externa de contido económico suxeita aos principios de publicidade, concorrência, igualdade e non discriminación.

### **1. A xestión directa dos servizos públicos:**

A xestión directa consiste na xestión dun servizo pola Administración titular deste. Baixo esta expresión compréndense tanto os supostos en que o servizo é prestado directamente polos órganos integrantes da persoa xurídica en que cada Administración se constitúe, como aqueloutros en que a súa prestación se lle confía a unha entidade instrumental da antedita Administración constituída con tal fin.

Para SANTAMARÍA PASTOR o primeiro destes supostos non suscita

problemas xurídicos máis aló dos puramente organizativos. Non obstante, da prestación mediante entidades instrumentais (contratación *in house*) non se pode dicir o mesmo, sobre todo a partir da transposición da normativa comunitaria sobre contratos públicos realizada pola LCSP do 2007. En relación cos servizos públicos de carácter económico, a LCSP tratou de evitar que a súa prestación se lle confíe de forma directa a entes administrativos distintos do titular (con independencia de que pertencen ou non ao mesmo grupo organizativo), excluindo da posibilidade de prestación empresas privadas que estivesen interesadas nela e que lle puidesen ofrecer ao ente titular unhas mellores condicións técnicas ou económicas. O resultado foi unha contractualización masiva de relacións xurídicas de prestación de servizos que antes quedaban dentro da órbita puramente interna das administracións.

SANTAMARÍA PASTOR resume a regulación actual nos seguintes puntos, que resultan da sistematización dos artigos 4.1 n) e 24.6 da LCSP do 2007:

1º) Só cabe confiarlle 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 da LCSP). Nos demais casos, a Administración titular deberá subscribir un contrato de xestión de servizos públicos, a cuxa licitación poderán concorrer, en igualdade, os entes públicos (ben sexan dos que se constitúen en forma pública ou privada, como as sociedades públicas) e as empresas privadas.

2º) 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 primeiro da LCSP).

- Esíxese, así mesmo, que a Administración titular ostente sobre o medio propio “un control análogo ao que poden exercer sobre os seus propios servizos”; entendéndose que existe este control só cando lles poida “conferir 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, parágrafos primeiro e segundo da LCSP).

- Imponse tamén o requisito formal de que a condición de medio propio e servizo técnico “se deberá recoñecer expresamente pola norma que as cree 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 se lles poderán adxudicar contratos (artigo 24.6, parágrafo terceiro da LCSP).

- Para rematar, as entidades que gocen desta condición non poderán participar nas licitacións que convoque a Administración da que dependan (artigo 24.6, parágrafo terceiro da LCSP); e os contratos que subscriban con terceiros para a execución dos servizos que se lle confíen deberanse axustar á LCSP, nos supostos en que esta é aplicable (artigo 4.1.n da LCSP).

## **2. A xestión indirecta dos servizos públicos:**

Regulada nos artigos 251 a 265 da LCSP e nas normas materiais reguladoras do concreto servizo público de que se trate (artigo 252 da LCSP), a contratación da xestión de servizos públicos resérvase para os servizos públicos de carácter económico ou, como di a LCSP, “que sexan susceptibles de explotación por particulares”; pola contra, non poderán ser obxecto deste contrato “os servizos que impliquen exercicio da autoridade inherente aos poderes públicos” (artigo 251.1 da LCSP).

Pois ben, tal e como dispón o artigo 253 da LCSP, a contratación da xestión dos servizos públicos poderá adoptar as seguintes modalidades:

a) *Concesión*, pola que o empresario xestionará o servizo ao seu propio risco e ventura.

Crítica a doutrina a imprecisión e inexactitude con que a LCSP 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, asumindo 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).

b) *Xestión interesada*, en virtude da cal 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 maneira 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.

c) *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 e na educación) é unha mostra da colaboración económica entre o sector público e o sector privado cuxos principais trazos característicos describe BLANQUER:

1º. Refírese a actividades económicas abertas á iniciativa privada.

2º. Esixencia de homologación previa da persoa que vaia prestar o servizo.

3º. Aproveitamento de infraestruturas preexistentes e, xa que logo, ausencia de reversión dos bens afectos á prestación do servizo.

4º. Prezo certo do negocio xurídico, non ligado ao risco e ventura.

5º. Duración limitada do vínculo, aínda que suxeito, polo xeral, á posibilidade de prórrogas.

d) *Sociedade de economía mixta* en que a Administración participe, por si mesma ou por medio dunha entidade pública, en concorrencia con persoas naturais ou xurídicas.

SANTAMARÍA PASTOR expón con claridade esta técnica en que a Administración titular do servizo precisa da colaboración dunha empresa privada que lle proporcione o capital ou o *know-how* e os medios tecnolóxicos para a prestación de servizos complexos, pero non precisa desentenderse da súa xestión inmediata; con ese fin, a Administración constitúe unha sociedade en cuxo capital participa, pero onde lle dá entrada a un socio privado que, ademais das súas contribucións en medios

ou diñeiro, se encarga materialmente da xestión do servizo, pero baixo o control directo da Administración titular, que está presente nos órganos sociais (e participa tamén, xa que logo, nos beneficios que pode producir a explotación do servizo). O autor citado critica, porén, que os perfís legais da sociedade de economía mixta son bastante confusos, e non responden a pregunta elemental de cal é o suxeito co que a Administración titular do servizo contrata a súa xestión: un pregunta de resposta problemática á vista da regulación da contratación *in house* que hoxe establecen os artigos 4.1.n) e 24.6 da LCSP. Ao configurala como unha modalidade autónoma do contrato de xestión de servizos públicos, distinta da concesión, poderíase pensar que a súa constitución respondería á seguinte hipótese: a Administración titular do servizo adxudícalle directamente a súa xestión 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 lle 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.

O contrato de xestión de servizos públicos é un negocio xurídico de longa duración, tal e como dispón o artigo 254 da LCSP:

“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 por xunto 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)”).

Respecto da execución do contrato de concesión, o artigo 255 da LCSP límitase a establecer dúas regras:

1º) O contratista está obrigado a organizar e prestar o servizo con estrita suxeición ás características establecidas no contrato e dentro dos prazos sinalados nel, e, se é o caso, á execución das obras conforme o proxecto aprobado polo órgano de contratación.

2º) En todo caso, a Administración conservará os poderes de policía necesarios para asegurar a boa marcha dos servizos de que se trate.

As obrigas legais do contratista son as seguintes (artigo 256 da LCSP):

a) Prestar o servizo coa continuidade convida e garantirlles aos particulares o dereito a utilizalo nas condicións que sexan establecidas e mediante o pagamento, de ser o caso, da contraprestación económica comprendida nas tarifas aprobadas.

b) Coidar da boa orde do servizo, podendo ditar as oportunas instrucións,

sen prexuízo dos poderes de policía a que se refire o artigo 255 da LCSP.

c) Indemnizar os danos que se lles causen a terceiros como consecuencia das operacións que requira o desenvolvemento do servizo, excepto cando o dano sexa producido por causas imputables á Administración.

d) Respetar o principio de non discriminación por razón de nacionalidade, respecto das empresas de Estados membros da Comunidade Europea ou signatarios do acordo sobre contratación pública da Organización Mundial do Comercio, nos contratos de subministración consecuencia do de xestión de servizos públicos.

Como contrapartida, o contratista ten dereito ás contraprestacións económicas previstas no contrato, entre as que se incluírá, para facer efectivo o seu dereito á explotación do servizo, unha retribución fixada en función da súa utilización que se percibirá directamente dos usuarios ou da propia Administración. Estas contraprestacións económicas pactadas serán revisadas, de ser o caso, na forma establecida no contrato (artigo 257 da LCSP).

A titularidade pública do servizo prestado determina a súa reversión á Administración cando finalice o prazo contractual do servizo, debendo o contratista entregar as obras e instalacións a que estea obrigado conforme o contrato e no estado de conservación e funcionamento adecuados. Durante un período prudencial anterior á reversión, que se deberá fixar no prego, o órgano competente da Administración adoptará as disposicións encamiñadas a que a entrega dos bens se verifique nas condicións convidadas (artigo 259 da LCSP).



**BIBLIOGRAFÍA:**

BLANQUER, D., *Derecho Administrativo*, II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GARCIA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas.

MEILÁN GIL, J.L., *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, 2006.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volume II, 1999 (sucesivas edicións).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Dereito Administrativo**  
**Universidade da Coruña**

# **27. AS SUBVENCÍONS PÚBLICAS. RÉXIME XURÍDICO DAS SUBVENCÍONS NA ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA.**

## **TEMA 27: AS SUBVENCÍONS PÚBLICAS: RÉXIMEN XURÍDICO DAS SUBVENCÍONS NA ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA.**

### **AS SUBVENCÍONS PÚBLICAS: RÉXIME XURÍDICO DAS SUBVENCÍONS NA ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA**

#### **1. Concepto e natureza xurídica da subvención:**

A subvención é definida por SANTAMARÍA PASTOR como “a donación dineraria de carácter modal destinada a promover fins ou actividades de interés público”. Os catro elementos deste concepto recóllense na Lei 38/2003, de 17 de novembro, Xeral de Subvencións estatal, e na Lei 9/2007, de 13 de xuño, de Subvencións de Galicia (LSG). Ésta última define a subvención no artigo 2, como como “*toda disposición dineraria 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 estea *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 resaltadas en cursiva fan referencia aos catro elementos do

concepto exposto: a referencia á donación reflíctese na expresión “sen contraprestación directa dos beneficiarios”; o calificativo de “dineraria” que acompaña á expresión donación permite excluír outro tipo de vantaxes ou prestacións non dinerarias; o carácter “modal” dedúcese da idea de que a entrega dineraria está suxeita ao cumprimento dun determinado obxectivo, a execución dun proxecto 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 mais amplo que aquél, 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 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 polo síndrome tóxico e as axudas sociais ás persoas con hemofilia ou outras coagulopatías conxénitas que teñan desenvolvido a hepatitis C reguladas na Lei 14/2002, de 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 beneficios na cotización á Seguridade Social; e o crédito oficial, salvo nos supostos nos que a Administración pública subvencione ao prestatario 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 dinerarias 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 dinerarias 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* senon 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 consonte o disposto no apartado primeiro deste artigo, con independencia da forma ou denominación que lle desen as partes”.

A natureza xurídica da subvención plantexou disquisicións doutrinais diversas, que van dende a 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 presupuestaria. Esta esixencia se recolle na LSG, que dispón no artigo 6.4, entre os “requisitos para o outorgamento da subvencións” “a existencia de crédito axeitado e suficiente para atender as obrigas de contido económico que derivan da subvención” (letra b).

2º) Carácter non lucrativo da subvención. Como regra xeral, establécese que o importe total da subvención non pode superar o custe da actividade a desenvolver polo beneficiario.

3º) A subvención non pode afectar no mercado. Neste sentido o artigo 87 do Tratado declara incompatibles co mercado común, na medida en que afecten aos intercambios comerciais entre os Estados membros, as axudas outorgadas polos estados ou mediante fondos estatais, baixo calquera forma, que falseen ou amenacen falsear a competencia, favoreciendo a determinadas empresas ou produccions.

## **2. Partes da relación subvencional:**

### *A. A Administración:*

Cando a LSG se refire á “Administración da Comunidade Autónoma” como entidade que outorga as subvencións, deben entenderse comprendidas na expresión a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e as entidades locais de Galicia, así como os seus respectivos organismos autónomos e entidades de dereito público. Debe terse en conta, a este respecto, a Lei 16/2010, de 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de

Galicia, que derroga o artigo 12 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 ao que se refire expresamente a LSG, e sinala respecto das axencias autonómicas (artigo 86) e ás sociedades mecarntís autonómicas (artigo 103) a suxeición á LSG.

A todos os restantes entes vinculados ou dependentes da Xunta de Galicia e das entidades locais galegas seránlles de aplicación os principios de xestión contidos no artigo 5.2 e a obriga de información establecida no artigo 16.3 LSG sobre as achegas dinerarias sen contraprestación que realicen. En todo caso, as achegas gratuítas terán relación directa co obxecto da actividade contido na norma de creación ou nos seus estatutos (artigo 3.2 LSG).

Finalmente, as subvencións establecidas pola Unión Europea, o Estado ou outro ente público, cuxa xestión lle 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, a LSG aplicarase con carácter supletorio respecto da normativa reguladora das subvencións financiadas pola Unión Europea (artigo 3.3 LSG).

No tocante aos órganos competentes para o outorgamento das subvencións, o artigo 7 LG dispón as seguintes regras:

“1. Os conselleiros, os 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 lle 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 correspóndelles aos órganos que a teñan atribuída na súa normativa específica”.

Segundo o establecido na lexislación estatal, la 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 previa entrega e distribución 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, os organismos ou entes de dereito público e as asociacións ás que se refire a disposición adicional quinta da Lei 7/1985, de 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 atopen na situación que fundamenta a concesión da subvención ou nas que 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 que conorra algunha das circunstancias seguintes, salvo que pola natureza da subvención se exceptúe pola súa normativa reguladora:
  - a) Ser condenadas mediante sentenza firme á pena de perda da posibilidade de obter subvencións ou axudas públicas.

b) Solicitar a declaración de concurso, ser declarados insolventes en calquera procedemento, acharse declarados en concurso, 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.

c) Dar lugar, por causa da que fosen declarados culpables, á resolución firme de calquera contrato subscrito coa administración.

d) 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.

e) Non acharse ao corrente 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.

f) Ter a residencia fiscal nun país ou territorio cualificado regulamentariamente como paraíso fiscal.

g) Non acharse ao corrente de pagamento de obrigas por reintegro de subvencións nos termos que regulamentariamente se determine.

h) Ser 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 apartados 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 que 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, en tanto non recaía resolución xudicial firme en cuxa virtude poida practicarse a inscrición no correspondente rexistro.

Conforme ao establecido no artigo 12 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 suscrito 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 gozo 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 devanditos 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 coma comunitarios, para o que se achegará canta información lle sexa requirida no exercicio das actuacións anteriores.

Entre a Administración e as entidades colaboradoras formalizarase un convenio de colaboración no que se regularán as condicións e obrigas asumidas por esta (artigo 13.2 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 por obxecto da colaboración resulte de aplicación plena da Ley de Contratos do Sector Público (artigo 13.4 LSG). Os convenios terán o contido mínimo recollido no artigo 13.2 LSG.

#### *B. Beneficiario:*

Consonte o artigo 8 LSG terá a consideración de beneficiario de subvencións a persoa que deba realizar a actividade que fundamentou o seu outorgamento ou que se atope na situación que lexitima 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 igualmente 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, aínda carecendo de personalidade xurídica, poidan levar a cabo os proxectos, as actividades ou os comportamentos ou se atopen na situación que motiva a concesión da subvención.

Cando se trate de agrupacións de persoas físicas ou xurídicas, públicas ou privadas sen personalidade, deberán facerse constar expresamente, tanto na

solicitud 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 igualmente 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 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 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 o gozo 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 coma estatais ou comunitarios, para o que se achegará tanta 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 fundamentasen a concesión da subvención. Esta comunicación deberá efectuarse no momento no 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 se encontra ao corrente 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 esixidos pola lexislación mercantil e sectorial aplicable ao beneficiario en cada caso, así como cantos estados contables e rexistros específicos sexan esixidos polas bases reguladoras das subvencións, coa finalidade de garantir o axeitado exercicio das facultades de comprobación e control.

g) Conservar os documentos xustificativos da aplicación dos fondos recibidos, incluídos os documentos electrónicos, en tanto poidan ser obxecto das actuacións de comprobación e control.

h) Adoptar as medidas de difusión contidas no apartado 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 contempladas para as entidades colaboradoras no artigo 10 LSG.

### **3. Principios do sistema subvencional:**

De acordo co disposto no parágrafo 2 do artigo 5, a xestión das subvencións

realizárase 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 riguroso mediante o que trata de asegurarse 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 a 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 supeditaránse, en todo caso, ao cumprimento dos obxectivos de estabilidade orzamentaria (artículo 5.1 LSG).
- b) Comunicación previa do proxecto de creación á Comunidade Europea: Naqueles casos nos que deban comunicarse 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 ven predeterminado no artigo 14 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 apartado 2 e segundo parágrafo do apartado 3 do artigo 8, prazo e forma de acreditarlos e prazo e forma nos que deben presentarse 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 no 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 que 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 poidan considerarse 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 graduación 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 vai reintegrar, e deberán responder ao principio de proporcionalidade.

ñ) Información aos interesados da existencia do Rexistro Público de

Subvencións e dos extremos 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 apartado 2 do artigo 15 desta Lei.

o) Expresión dos recursos que procedan contra a resolución da concesión, con indicación do órgano administrativo ou xudicial perante o que teñan que presentarse, prazo para interpoñelos e demais requisitos esixidos 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 deberán axustarse ás especificacións establecidas pola consellaría competente en materia de economía e facenda.

## **5. Procedementos de concesión da subvención:**

a) Porcedemento en réxime de concorrencia competitiva:

O atigo 19 LSG dispón que o *procedemento ordinario* de concesión de subvencións tramitarse en réxime de concorrencia 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 excepciónar 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 nos 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 nas que se acrediten

razóns de interese público, social, económico ou humanitario, ou outras debidamente xustificadas que dificulten a súa convocatoria pública.

## **6. Publicidade:**

A tenor do artigo 15 LSG, os órganos administrativos concedentes publicarán no Diario Oficial de Galicia as subvencións concedidas con expresión da convocatoria, o programa e crédito orzamentario ao que se imputen, o beneficiario, a cantidade concedida e a finalidade ou as 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 beneficiarios destas 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 do honor 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 ao Honor, á

intimidade persoal e familiar e á propia imaxe, e sexa previsto na súa normativa reguladora.

Os beneficiarios deberán dar a axeitada 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 LSG esixe 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 que 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. A 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 incorridos, e a súa presentación realizarase, como máximo, no prazo de tres meses desde a finalización do prazo para a realización da actividade (apartado 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 poderá efectuarse

mediante facturas electrónicas, sempre que cumpran os requisitos esixidos para a súa aceptación no ámbito tributario (apartado 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 reflictan as operacións relacionadas coa subvención concedida, elaboradas segundo normas de contabilidade recollidas nas disposicións aplicables (apartado 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 que foi concedida (apartado 5 do artigo 28 ).

Cando as actividades fosen financiadas, ademais de coa subvención, con fondos propios ou outras subvencións ou recursos, deberá acreditarse na xustificación o importe, a procedencia e a aplicación de tales fondos ás actividades subvencionadas (apartado 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 (apartado 7 do artigo 28).

Os membros das persoas xurídicas beneficiarias da subvención e das agrupacións de persoas físicas e xurídicas sen personalidade virán 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 apartado 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 puidesen establecerse para verificar a súa existencia (apartado 9 do artigo 28).

O incumprimento da obriga de xustificación da subvención nos termos establecidos neste capítulo ou a súa xustificación insuficiente levará aparellado o reintegro (apartado 10 do artigo 28), ao que se fará referencia mais adiante.

## **8. Gastos subvencionables:**

O artigo 29 LSG adica os seus diversos apartados a regular os gastos subvencionables, é dicir, “aqueles que de xeito 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 a contía de 30.000 euros no suposto de custo por execución de obra, ou de 12.000 euros no suposto de subministración de bens de equipo ou prestación de servizos por empresas de consultaría ou asistencia técnica, o beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes provedores, con carácter previo á contratación do compromiso para a prestación do servizo ou a entrega do

ben, salvo que polas especiais características dos gastos subvencionables non exista no mercado suficiente número de entidades que o subministren ou presten, ou salvo que o gasto se realizase con anterioridade á solicitude da subvención. A elección entre as ofertas presentadas, que deberán achegarse na xustificación, ou, se é o caso, na solicitude da subvención, realizarase de conformidade con criterios de eficiencia e economía, e deberá xustificarse expresamente nunha memoria a elección cando non recaia na proposta económica máis vantaxosa.

4º. No suposto de adquisición, construción, rehabilitación e mellora 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 que se concedeu a subvención, que non poderá ser inferior a cinco anos en caso de bens inscrites nun rexistro público, nin a dous anos para o resto de bens. No caso de bens inscrites nun rexistro público, deberá facerse constar na escritura esta circunstancia, así como o importe da subvención concedida, debendo ser obxecto estes extremos de inscrición no rexistro público correspondente.

b) O incumprimento da obriga de destino referida na letra anterior, que se producirá en todo caso co alleamento ou o gravame do ben, será causa de reintegro, quedando 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 que 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 inscribibles 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 axeitada 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, as recargas e as 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 imputasen 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 na que tales custos correspondan ao período no que efectivamente se realiza a actividade.

## **9. Comprobación de subvencións:**

O artigo 30 da LSG dispón que o órgano concedente comprobará a axeitada xustificación da subvención, así como a realización da actividade e o cumprimento da finalidade que determinen a concesión ou o gozo 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 polo órgano concedente, e quedará constancia no expediente mediante acta de conformidade asinada, tanto polo representante da administración coma polo

beneficiario. A comprobación material poderáselle encomendar a outro órgano distinto do 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. Reintegro da subvención:**

O reintegro da subvención procede nos casos de invalidez da mesma conforme ao disposto no artigo 32 LSG, ou nos casos expreamente previstos no artigo 33 LSG.

## 1º) Invalidez da resolución de concesión:

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.

Son causas de anulabilidade da resolución de concesión as demais infraccións do ordenamento xurídico e, en especial, das regras contidas nesta 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.

Cando o acto de concesión incorrese nalgún dos supostos mencionados nos apartados 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.

A declaración xudicial ou administrativa de nulidade ou anulación levará aparellada a obriga de devolver as cantidades percibidas.

## 2º) Outras causas de reintegro:

Tamén procederá o reintegro das cantidades percibidas e a esixencia do xuro de demora correspondente desde o momento do pagamento da subvención ata a data na que se acorde a procedencia do reintegro, nos seguintes casos:

- a) Obtención da subvención falseando as condicións requiridas para iso ou ocultando aquelas que o impedisen.
- 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 a 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 apartado 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 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 entes públicos ou privados, estatais, da Unión Europea ou de organismos internacionais.
- f) Incumprimento das obrigas impostas pola administración ás entidades colaboradoras e aos beneficiarios, así como dos compromisos por estes asumidos, con motivo da concesión da subvención, sempre que afecten ou se refiran ao modo no 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 por estes asumidos, 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 entes públicos ou privados, estatais, 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.

i) Nos demais supostos previstos na normativa reguladora da subvención.

As regras de competencia e o procedemento de reintegro regúlanse nos artigos 37 e seguintes da LSG.

## BIBLIOGRAFIA:

SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 1999 (sucesivas ediciones).

**Marta García Pérez**  
**Profesora Titular de Derecho Administrativo**  
**Universidad de A Coruña**

**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. INTRODUCCIÓN**

#### **I.1. O PATRIMONIO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS**

##### **1. Distinto concepto de “patrimonio” que no Dereito Privado. “Patrimonio” versus “Facenda Pública”**

Do mesmo xeito que os suxeitos privados son titulares de dereitos e obrigas de contido económico que forman o seu patrimonio, 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 foron atribuídos”. Mais, 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 tesourería” (artigo 3.2 LPAP, tamén *básico*). Todos estes elementos excluídos veñen corresponderse co que entendemos por “**Facenda Pública**”.

Conforme a esta definición legal, e en atención ás exclusións, pódese dicir que o patrimonio das Administracións Públicas estará formado polos **dereitos reais** (dereitos sobre as cousas —“reais” deriva do termo latino “res”, que significa ‘cousa’—), como a propiedade, o usufruto, as servidumes... e **certos dereitos de crédito** (tamén chamados “dereitos persoais”, que se centran na esixencia dun determinado comportamento dun terceiro), como o dereito de arrendamento de bens e títulos representativos de sociedades públicas.

#### **2. Cada Administración é titular do seu propio patrimonio**

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 atopen en relación de dependencia ou vinculación coa mesma”, 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, ás entidades que integran a Administración Local e aos seus organismos públicos, dependentes ou vinculados, en relación aos seus correspondentes patrimonios.

## **I.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

Aos **xuristas romanos** débemoslles a categoría de bens públicos, a distinción entre os destinados ao uso xeral (*res publicae in uso publico*) e os destinados aos fins públicos (*res publicae in pecunia populi*), a extracomercialidade das cousas públicas (que impide a súa apropiación polos particulares) e a conversión das cousas en bens públicos a través dun acto formal de vinculación a un fin público (chamado *dicatio*).

Na **Idade Media e Moderna**, os bens públicos pasan a considerarse patrimonio do Rei ou da Coroa. Para evitar as divisións dos reinos por vía hereditaria e os alleamentos de bens do Monarca (principalmente inmobles, produtores de rendas coas que se sostían os gastos públicos), as sociedades estamentais distinguiron entre o patrimonio persoal do Rei, do que podía dispoñer, e o dominio da Coroa, que resultaba indispoñible.

O primeiro impulso da **Revolución Francesa** foi o de levantar a prohibición de allear o dominio da Coroa (que pasou a ser propiedade da “Nación”, e os bens empezaron a chamarse “bens nacionais”) e favorecer a súa desamortización, pero posteriormente viuse a necesidade de recuperar as regras de inalienabilidade e imprescritibilidade para protexer estes bens, e así recolleuse no Código de Napoleón de 1804.

A **lexislación española** aceptou o concepto de bens de dominio público proveniente de Francia, pero engadiulle a categoría de bens patrimoniais, sendo estes, de acordo cos artigos 338 a 345 do Código Civil de 1889, os bens do Estado e das entidades locais non destinados ao uso público, servizo público ou fomento da riqueza nacional, isto é, os bens que non consistisen en murallas, fortalezas e demais obras de defensa do territorio, e as minas, namentres que non se outorgase a súa concesión.

Os **bens de dominio público** tiveron, durante todo o século XX, unha regulación xeral moi escasa, salvo os das comunidades autónomas, que foron ditando leis que regulan os seus patrimonios.

No caso dos **bens patrimoniais**, tras as desamortizacións do século XIX, que produciron o empobrecemento dos concellos e, paradoxalmente, a acumulación de bens polo Estado (provenientes de ordes relixiosas suprimidas e do clero secular), o século XX caracterizouse pola intervención do Estado na vida económica do país e o establecemento de políticas públicas sectoriais (repoboación forestal, reforma de estruturas agrarias, urbanismo, participación no accionariado de empresas...) que aumentaron de forma xeral o volume de bens nas mans das Administracións Públicas.

En relación con este fenómeno, aparecen regulacións dos bens patrimoniais das corporacións Locais e do Estado:

- Lei de réxime local de 1950.
- Decreto do 27 de maio de 1955, polo que se aproba o Regulamento de bens das corporacións locais.
- Decreto 1022/1964, do 15 de abril, polo que se aproba o texto articulado da Lei de bases do patrimonio do Estado.

A partir dos **anos 80** do século XX, sinala Santamaría Pastor que as necesidades económicas do Estado do benestar e o avance das políticas neoliberais provocarán unha especie de segunda desamortización, con especial incidencia no patrimonio empresarial e en certos tipos de propiedade inmoble.

### **I.3. A LEI DE PATRIMONIO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS (LPAP)**

A Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas (**LPAP**) veu substituír o **Decreto 1022/1964**, do 15 de abril, polo que se aproba o texto articulado da Lei de bases do patrimonio do estado, que foi durante catro décadas a disposición fundamental da lexislación estatal sobre patrimonio.

Segundo a Exposición de Motivos da LPAP, a **necesidade dunha nova Lei** en materia de patrimonio veu esixida por seis motivacións principais:

**a)** A aprobación da **Constitución de 1978**, a cal articula o Estado sobre a base de comunidades autónomas e cuxo artigo 132 esixe leis que regulen o Patrimonio do Estado e o réxime xurídico dos bens de dominio público.

**b)** O proceso xeral de **renovación normativa**, que afectou aos corpos legais básicos que pautan a actividade da Administración (como a Lei 30/1992, do 26 de novembro).



c) A **proliferación de réximes especiais** de xestión patrimonial (aínda que, como veremos máis adiante, a LPAP non conseguiu atallar este problema).

d) A notoria **ampliación do parque inmobiliario público**, especialmente polo que atinxe aos edificios destinados a usos administrativos, e do **sector público empresarial**.

e) A necesidade dunha **resposta integral** ás novas condicións en que debe desenvolverse a xestión patrimonial, que non se logra con modificacións parciais do Decreto 1022/1964.

f) A conveniencia de definir un **marco estatal** que sirva de referencia ás distintas administracións públicas en canto **lexislación básica** en materia de bens públicos.

Esta última necesidade apuntada pola Exposición de Motivos é unha das principais virtualidades da LPAP. A **Disposición Final 2.ª LPAP** fai unha listaxe dos artigos da propia LPAP que teñen un carácter *básico* e dos que son *de aplicación xeral*. Os primeiros poderán ser desenvolvidos polas comunidades autónomas nas súas propias normativas, pero sen contradicilos, namentres que os segundos se aplican directamente sen poder ser obxecto de tal desenvolvemento.

Neste tema é conveniente sinalar qué artigos son *básicos* ou *de aplicación xeral* fronte aos que non teñen ningunha destas características, para os efectos de entendelos aplicables a todas as administracións públicas (incluíndo á Comunidade Autónoma de Galicia e ao seu propio patrimonio) ou esencialmente á Administración Xeral do Estado. Cando se indique que o artigo é “non básico”, debe entenderse que non só non é básico, senón tampouco de aplicación xeral.

A LPAP 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 dúas disposicións **adicionais**, cinco **transitorias**, unha **derrogatoria** e seis  **finais**.

## **II. CLASES DE PROPIEDADES ADMINISTRATIVAS**

### **II.1. CLASIFICACIÓN LEGAL BÁSICA**

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 ao 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 atopen afectados ao uso xeral ou ao servizo público, así como aqueles aos que unha lei lles 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.

### **II.2. PUNTOS DÉBILES DESTA CLASIFICACIÓN LEGAL**

#### **1. Bens que non son nin demaniais nin patrimoniais**

De acordo coa clasificación que fan estes artigos 4, 5 e 7 LPAP, parecería que todos os bens e dereitos que conforman o patrimonio das administracións públicas son quer demaniais, quer patrimoniais.

Con todo, a doutrina distingue bens que non teñen nin o carácter de bens demaniais nin o de bens patrimoniais:

- O **Patrimonio Nacional**, regulado pola Lei 23/1982, do 16 de xuño.
- O **Patrimonio da Seguridade Social**, regulado polo Real decreto 1221/1992, do 9 de outubro.
- Os **bens comunais**, no ámbito das entidades locais.

## **2. Distintos réximes xurídicos en bens da mesma clasificación.**

A simplicidade da distinción legal invita a pensar nunha uniformidade de réxime dos bens demaniais, por unha banda, e dos bens patrimoniais, por outra.

Esta idea resulta radicalmente falsa no caso dos **bens demaniais**, xa que o artigo 5.4 LPAP indica que estes bens *se rexerán en primeiro lugar polas leis e disposicións especiais que lles sexan de aplicación*, con preferencia sobre a propia LPAP, o que significa que as augas terrestres se rexen en primeira instancia polo Real decreto lexislativo 1/2001, do 20 de xullo, polo que se aproba o texto refundido da Lei de augas, namentres que as estradas se rexen polo Decreto lexislativo 2/2009, do 25 de agosto, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de estradas, e así coa maioría dos bens demaniais, configurando réximes xurídicos completamente distintos segundo o ben de dominio público de que se trate.

Parecería que iamos atopar máis uniformidade entre os **bens patrimoniais**, na medida en que o artigo 7.3 LPAP sinala que o réxime de adquisición, administración, defensa e alleamento dos bens e dereitos patrimoniais será, en primeiro lugar, o previsto nesta lei e nas disposicións que a desenvolvan ou complementen, pero este artigo non é básico, de maneira que as comunidades autónomas con competencias na materia poden establecer un réxime distinto para os bens patrimoniais de seu.

## **3. Bens patrimoniais, materialmente afectados a un servizo público ou a unha función pública, que non adquiren a condición de demaniais**

O artigo 30.3 LPAP, non básico, parece contravir a definición de bens demaniais que dá o artigo 5.1 LPAP ao admitir a existencia de **bens patrimoniais que poidan estar materialmente afectados a un servizo público ou a unha función pública**, sen adquiriren por iso a condición de ben demanial.

Sería o caso previsto no artigo 8.4.b) do Real decreto 1372/1986, do 13 de xuño, polo que se aproba o Regulamento de bens das entidades locais, segundo o cal a conversión de bens patrimoniais en demaniais se produce automaticamente pola adscrición de bens patrimoniais por máis *de vinte e cinco anos* a un uso ou servizo público ou comunal. En canto non pasen eses vinte e cinco anos, estaríamos ante bens patrimoniais afectados a un servizo público ou a unha función pública, que non adquirirían aínda a condición de demaniais.

O mesmo sucede co artigo 66.2.a) LPAP, non básico, que establece que terá os mesmos efectos que a afectación expresa “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”. Deste xeito, se a utilización non é pública, non é notoria ou non é continuada, habemos ter un ben patrimonial materialmente vinculado ao uso xeral ou a un servizo público sen que adquiera por iso a condición de demanial.

### **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 habían rexer polas normas que o propio Código Civil prevía para os bens dos particulares, namentres 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 unha banda, no establecemento de limitacións que se lle impoñen á Administración para o manexo dos seus bens, como pode ser a inalienabilidade dos mesmos.

- Doutra banda, no outorgamento de **poderes privilexiados**, de natureza cuasixudicial, para a súa protección e defensa, como as potestades de deslinde, reintegro posesorio ou desafuizamento.

Non obstante, a lexislación posterior tamén lles 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, dándolles en xeral un tratamento unitario a ambas as clases de bens, e só distinguindo os bens patrimoniais ou demaniais en certos aspectos concretos (no caso dos demaniais para lles atribuír un réxime aínda máis exorbitante que aos bens patrimoniais).

No presente apartado, referente aos bens patrimoniais, veremos tanto as regras particulares dos bens patrimoniais como o réxime común aplicable a ambas as clases de bens, e no seguinte, as peculiaridades dos bens demaniais, coa excepción, nos dous apartados, do uso e explotación



dos bens e dereitos, que é obxecto propio e específico doutro tema do temario.

### **III.2. PARTICULARIDADES DO RÉXIME DOS BENS PATRIMONIAIS**

#### **1. Definición**

O artigo 7.1 LPAP, de *aplicación xeral*, presenta 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”.

#### **2. Bens patrimoniais da Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos.**

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 obrigas emitidas por estas.
- Os contratos de futuros e opcións (acordo de mercar 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 incorpóral (dereito de patente, dereitos de autor...), e
- Os dereitos de calquera natureza que se deriven da titularidade dos bens e dereitos patrimoniais.

#### **3. Réxime**

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, hanse aplicar





- 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 debe seguirse con ese fin, e

- As normas do **Dereito privado** (o Código Civil, principalmente) no que afecte aos **restantes** aspectos do seu réxime xurídico.

#### 4. Principios

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**:

- a. Eficiencia e economía (aforro) na súa xestión.
- b. Eficacia e rendibilidade na explotación destes bens e dereitos.
- c. Publicidade, transparencia, concorrencia e obxectividade na adquisición, explotación e alleamento destes bens.
- d. Identificación e control a través de inventarios ou rexistros adecuados.
- e. 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.

#### 5. Representación en actuacións relativas a bens e dereitos patrimoniais

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 lle 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 lle 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 corresponderá:

- Aos órganos que legal ou estatutariamente a teñan atribuída e,
- En defecto de atribución expresa, aos seus presidentes ou directores.

## **7. Disponibilidade dos bens e dereitos patrimoniais**

O artigo 30.2 LPAP, de *aplicación xeral*, establece que os bens e dereitos patrimoniais poderán ser **alleados** seguindo o procedemento e tras o 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 atopen materialmente afectados a un servizo público ou a 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 obrigas 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.

## **8. Recuperación posesoria de bens e dereitos patrimoniais**



A diferenza dos particulares, que en caso de despoxo 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 sexa notificada antes de que transcorra o prazo dun **ano**, contado desde o día seguinte ao da usurpación. Iso si, pasado o devandito prazo, para recuperar a posesión destes bens deberán exercitarse as accións correspondentes ante os órganos da **orde xurisdiccional civil**, como tería que facer calquera particular no mesmo caso.

## 9. Xestión patrimonial

Os artigos 110 a 154 LPAP regulan a xestión patrimonial dos bens patrimoniais.

### A) Disposicións xerais

O artigo 110.1 LPAP, non básico, establece que os **contratos, convenios e demais negocios xurídicos sobre bens e dereitos patrimoniais** se rexerán:

#### a) Tocante á súa **preparación e adxudicación**:

- Por esta lei 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 dereito privado.

Pola súa banda, o apartado 3, de *aplicación xeral*, deste artigo 110 LPAP dispón que a **orde xurisdiccional civil** será a competente para resolver as controversias que xurdan sobre estes contratos entre as partes. No entanto, considéranse 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-administrativa** de acordo coa súa normativa reguladora (de tal xeito 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).

#### B) Arrendamento de inmoables

O artigo 122 LPAP, non básico, indica que lle compete ao Ministro de Facenda **arrendar os bens inmoables** que a **Administración Xeral do Estado** precise para o cumprimento dos seus fins, a pedimento, de ser o caso, do departamento interesado. Igualmente, compételle ao Ministro de Facenda declarar a prórroga, novación, resolución anticipada ou cambio de órgano ou organismo ocupante. A instrución destes procedementos correspóndelle á Dirección Xeral do Patrimonio do Estado.

Unha vez concertado o arrendamento, correspóndelle ao departamento ou organismo que ocupe o inmoable o exercicio dos **dereitos e facultades** (o uso do inmoable, principalmente) e o cumprimento das **obrigas** propias do arrendatario (como, por exemplo, o pago da renda).

#### C) 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 compételle á Dirección Xeral do Patrimonio do Estado a través das Delegacións de Economía e Facenda.

#### D) Alleamento e gravame

O artigo 131 LPAP, non básico, sinala que os bens e dereitos patrimoniais do Patrimonio do Estado que **non sexan precisos** para o exercicio das competencias e funcións propias da Administración Xeral do Estado ou dos seus organismos públicos poderán ser alleados conforme ás normas establecidas neste capítulo (ademais de non seren 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 permítelle 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 se habiliten para o uso

dos bens alleados, simultáneos ao negocio de alleamento e sometidos ás mesmas normas de competencia e procedemento ca este.

O artigo 132 LPAP, non básico, indica que o alleamento dos bens e dereitos do Patrimonio do Estado poderá efectuarse en virtude de **calquera negocio xurídico translativo**, típico ou atípico, de carácter **oneroso**. O alleamento a título gratuito só será admisible nos casos en que se acorde a súa cesión conforme aos artigos 145 a 151 LPAP, referentes á cesión gratuita de bens ou dereitos.

De acordo co artigo 135.1 LPAP, non básico, o órgano competente para allear os bens **inmóbles** da **Administración Xeral do Estado** será o Ministro de Facenda. A incoación e tramitación do expediente corresponderá á Dirección Xeral do Patrimonio do Estado. Pola súa banda, o apartado 3, non básico, dese mesmo artigo indica que cando o valor do ben ou dereito, segundo taxación, exceda de 20 millóns de euros, o alleamento deberá ser autorizado polo Consello de Ministros, a proposta do Ministro de Facenda.

O alleamento dos inmóbles poderá realizarse mediante concurso, poxa ou adxudicación directa, sendo o concurso o procedemento ordinario, segundo rezan os apartados 1 e 2, non básicos, do artigo 137.

De acordo co artigo 142.1 LPAP, non básico, a competencia para allear os bens **móbles** do **Patrimonio do Estado** correspóndelle ao titular do departamento ou ao presidente ou director do organismo público que os tivese afectados ou adscritos ou que os viñese utilizando. Como sinala o artigo 143.1 LPAP, non básico, a forma normal de alleamento será a poxa pública (atendendo simplemente ao diñeiro ofrecido), aínda que en certos casos cabe o alleamento directo.

Tocante ao alleamento de dereitos de **propiedade incorporal** (dereitos de patente, autor, etc.), o artigo 144.1 LPAP, non básico, establece que o órgano competente para o alleamento dos dereitos de propiedade incorporal de titularidade da Administración Xeral do Estado será o Ministro de Facenda, a iniciativa, de ser o caso, do titular do departamento que os xerou ou que tivese encomendada a súa administración e explotación. A forma ordinaria de alleamento será a poxa pública, aínda que en certos casos cabe o alleamento directo (artigo 144.3 LPAP, non básico).

#### E) 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 serlles **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 serlles 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 só o seu **uso**. En ambos os casos, a cesión implicará para o cesionario a obriga 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 só poderán ser cesionarios as comunidades autónomas, entidades locais ou fundacións públicas.

Parada Vázquez denuncia a política de favores e discriminacións que pode chegar a producir a figura da cesión, na medida en que “a cesión faise sempre sen o menor respecto aos intereses económicos do Estado e do principio de igualdade dos aspirantes entre os aspirantes a beneficiarios da cesión, por contratación directa”.

#### F) 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 (xa que logo, 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 debe tramitarse como alleamento con pago de parte do prezo en especie (sería o caso en 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 que se van construír.

### **III.3. RÉXIME COMÚN DOS BENS PATRIMONIAIS E DEMANIAIS**

#### **1. Disposicións xerais sobre o Patrimonio do Estado**

A **definición** que ofrece o artigo 9.1 LPAP, non básico, abrangue tanto a 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 atopen en relación de dependencia ou vinculación con ela.

O artigo 10 LPAP, non básico, fai unha listaxe de competencias do Consello de Ministros, Comisión de Coordinación Financeira de Actuacións Inmobiliarias e Patrimoniais, Ministros de Facenda, Departamentos Ministeriais, Dirección Xeral do Patrimonio do Estado, e organismos públicos dependentes da Administración Xeral do Estado, tamén referidas a ambos os tipos de bens.

Tamén incluíriamos 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.

## **2. A adquisición de bens e dereitos**

### A) Encaixe no réxime común

A doutrina maioritaria, entre a que se encontra Chinchilla Marín e Parada Vázquez, entende que “**non hai modos de adquirir específicos para bens demaniais e patrimoniais**, xa que todo depende da afectación”, que se entende que é posterior á devandita dita adquisición.

Outro sector, no que se pode citar a Bayona de Perogordo, entende que os modos de adquirir deberían incluírse no **réxime específico dos bens patrimoniais**, xa que, como principio xeral, os bens e dereitos se entenden adquiridos co carácter de patrimoniais.

### B) Principio xeral

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.

Esta regra rexe “**agás disposición legal en contrario**”, como é o caso do artigo 24 LPAP, que indica que a afectación do ben ou dereito ao uso xeral, ao servizo público, ou a fins e funcións de carácter público, se entenderá implícita no caso de adquisición por **expropiación forzosa**.

### C) Modos de adquisición



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:

- a. Por atribución da lei.
- b. A título oneroso, con exercicio ou non da potestade de expropiación.
- c. Por herdanza, legado ou doazón.
- d. Por prescrición.
- e. 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 apartados 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 carecesen de dono** (son os chamados “bens vacantes”). A adquisición destes bens prodúcese por ministerio da lei, sen necesidade de que medie ningún acto ou declaración por parte da Administración Xeral do Estado.

De acordo coa Sentenza do Tribunal Constitucional 59/1982, a atribución *ex lege* da propiedade dos inmobles vacantes realízase a favor da **Administración Xeral do Estado**, e non cabe que por lei autonómica se faga unha atribución semellante en relación coa respectiva comunidade autónoma, pois para iso sería necesaria unha lei estatal.

O mesmo artigo 17 LPAP remata sinalando, nos seus apartados 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, se 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.

Esta regulación vén significar que os particulares poderán ocupar os bens inmobles vacantes e adquirir a súa propiedade a través da **prescrición adquisitiva** (“usucapión”) pola posesión durante dez anos entre presentes e vinte entre ausentes, con boa fe e xusto título, ou pola



súa posesión non interrompida durante trinta anos, sen necesidade de título nin de boa fe, e sen distinción entre presentes e ausentes (1957 e 1959 CC).

Outro suposto é o dos **saldos e depósitos abandonados**, recollido no artigo 18 LPAP, de *aplicación xeral*, que indica que lle 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, cartillas de aforro ou outros instrumentos similares abertos nestes establecementos, respecto dos cales non se practicase ningunha xestión polos interesados que implique o exercicio do seu dereito de propiedade no prazo de 20 **anos**.

Os obxectos físicos adquiridos en virtude deste precepto, como os que poidan estar depositados en caixas de seguridade, han converterse en bens patrimoniais, pero os saldos bancarios non terán esa consideración, xa que o diñeiro non entra dentro do concepto legal de patrimonio dunha Administración Pública, polo que se ingresarán sen máis no Tesouro.

#### ■ 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 atípicos (como o *leasing* ou arrendamento financeiro).

En canto á adquisición de inmobles ou dereitos sobre os mesmos, 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 eles correspóndelle 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 rexerase 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

se efectuará polo Ministro de Facenda, a proposta, de ser o caso, do titular do departamento interesado nela. O apartado 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), aplicarase 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 apartado 1, non básico, sinala que a aceptación das herdanzas, xa sexan 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 da mesma).

Os apartados 2 e 3, de *aplicación xeral*, deste artigo 20 LPAP, sinalan que cando unha disposición gratuíta se efectuou a favor dunha administración pública para o cumprimento de **fins ou a realización de actividades que sexan da competencia exclusiva doutra**, notificarase a existencia da tal disposición á administración competente a fin de que sexa aceptada, de ser o caso, por esta. Se a disposición se efectuou 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 á que puidese corresponder por razón do domicilio do causante.

O artigo 21 LPAP, non básico, sinala no seu apartado 1 que lle corresponde ao Ministro de Facenda **aceptar as herdanzas, legados e doazóns** a favor da Administración Xeral do Estado, agás os casos en que, con arranxo á Lei do patrimonio histórico español, a competencia lle estea atribuída ao Ministro de Educación, Cultura e Deporte. No entanto, as doazóns de bens mobles serán aceptadas polo ministro titular do departamento competente cando o doador 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) con arranxo ao 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 móbiles** (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...).

#### D) Procedementos xudiciais ou administrativos

Os artigos 25 e 26 LPAP, non básicos, pola súa banda, aluden a adxudicacións de bens e dereitos en **procedementos xudiciais ou administrativos**, que se producen en pagamento de débedas (normalmente, por impostos ou multas non pagadas).

### **2. Obriga 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. A 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 ese fin.

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 apartado 2, *básico*, engade que iguais obrigacións competen aos titulares de concesións e outros dereitos sobre os bens de dominio público.

### **3. Transacción e sometimento 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, a 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 os mesmos, senón mediante real decreto acordado en Consello de Ministros, a proposta do de Facenda, tras ditame do Consello de Estado en pleno.

Un exemplo de transacción témolo no Real decreto 243/2010, do 5 de marzo, polo que o Consello de Ministros transixiu en transferirle á

Comunidade Autónoma de Aragón, entre outras cousas, a totalidade da participación accionarial do Estado en «Expo Zaragoza Empresarial, S.A.»

#### **4. Inventario de bens e dereitos**

##### Obriga de formar inventario

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 coma 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 ao que están a ser dedicados.

O seu apartado 4, tamén *básico*, sinala que o inventario patrimonial das comunidades autónomas, entidades locais e entidades de Dereito público vinculadas ou dependentes delas incluírá, polo menos, os bens inmoables 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. Así que 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.

##### Inventario Xeral de Bens e Dereitos do Estado

O artigo 33.1 LPAP, non básico, sinala que o **Inventario Xeral de Bens e Dereitos do Estado** está a cargo do Ministerio de Facenda; levalo corresponderá á Dirección Xeral do Patrimonio do Estado e ás unidades con competencia en materia de xestión patrimonial dos departamentos ministeriais e organismos públicos vinculados á Administración Xeral do Estado ou dependentes dela, que actuarán como órganos auxiliares.

O seu apartado 4, non básico, indica que o Inventario Xeral de Bens e Dereitos do Estado **non ten a consideración de rexistro público**, e os datos reflectidos nel, así como os resultados da súa agregación ou explotación estatística, constitúen **información de apoio** para a xestión interna e a definición de políticas da Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos.

Estes datos **non terán efectos fronte a terceiros** nin poderán ser utilizados para facer valer dereitos fronte á Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos (con todo, como sinala Ramón Parada,

poden constituír un principio de proba por escrito, dado o valor probatorio xeral que se lles asigna aos documentos que elaboran os funcionarios — artigos 1216 e 1218 CC—).

A consulta por terceiros dos datos do Inventario Xeral só será procedente cando formen parte dun expediente e de conformidade coas regras xerais de acceso a estes.

## **5. O réxime rexistral**

Tras unha evolución histórica problemática, 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 devanditos rexistros. Non obstante, a inscrición será potestativa para as administracións públicas no caso de arrendamentos inscribibles conforme á lexislación hipotecaria.

## **6. Defensa dos patrimonios públicos**

As letras a), b) e c) do artigo 41 LPAP, *básico*, sinalan 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.

A letra d) deste artigo 41 LPAP inclúe a prerrogativa de desafiuzar en vía administrativa, pero só aos posuidores dos **inmobles demaniais** (non os patrimoniais) unha vez extinguido o título que amparaba a posesión.

O coñecemento das cuestións de natureza **civil** que se susciten con ocasión do exercicio pola Administración destas potestades corresponderá aos órganos desta orde xurisdiccional.

Para os efectos de exclusión do réxime común, tamén cómpre ter en conta que as **entidades públicas empresariais** dependentes da Administración Xeral do Estado (como Red.es, ADIF ou AENA) ou vinculadas a ela, e as entidades asimilables ás anteriores, vinculadas ás administracións das comunidades autónomas e corporacións locais, só

poderán exercer as potestades enumeradas no apartado 1 deste artigo para a defensa de bens que teñan o carácter de **demaniais**.

O artigo 42 LPAP, *básico*, indica que iniciado o procedemento para o exercicio das facultades e potestades expresadas no artigo anterior, o órgano competente para resolvelo poderá, de acordo co previsto no artigo 72 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, adoptar as **medidas provisionais** (como a paralización dunhas obras) que considere necesarias para asegurar a eficacia do acto que no seu momento poida ditarse.

Nos casos en que exista un perigo inminente de perda ou deterioración do ben, estas medidas provisionais poderán ser adoptadas, cos requisitos sinalados no artigo 72.2 da citada lei, **antes da iniciación do procedemento**.

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 exercite 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 a titularidades e dereitos de carácter **civil** só poderán ser recorridos ante a **xurisdición contencioso-administrativa** por infracción das normas sobre **competencia** (por exemplo, o órgano que practicou o deslinde 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 deslinde; ou no procedemento de recuperación de oficio, non se lle deu audiencia ao interesado ou non se lle deu un prazo de oito días para que cese na súa usurpación posesoria), tras esgotamento da vía administrativa.

Quen se considere prexudicado en canto ao seu dereito de propiedade ou outros de natureza civil polos devanditos actos poderá exercitar as accións pertinentes ante os órganos da **orde xurisdiccional civil**, tras reclamación en vía administrativa conforme ás normas do título VIII da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

Xa que logo, recorreremos á vía civil, por ser unha cuestión de propiedade (non de competencia ou procedemento), cando no deslinde dos



seus bens a Administración delimite como seus cincuenta metros cadrados de terreo que entendemos que son nosos.

### Facultade de investigación

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 a fin de determinar a súa titularidade cando esta non lles conste de modo certo.

### Potestade de deslinde

O artigo 384 do Código Civil sinala que todo propietario ten dereito a deslindar a súa propiedade (fixar os seus límites), con citación dos donos dos predios lindantes, e que a mesma facultade lles corresponderá aos que teñan dereitos reais (dereito de servidume —de paso, de vistas, etc.—, usufruto, etc.), pero en caso de discrepancia entre os titulares dos distintos dereitos, ningún se pode impoñer sobre os outros, senón que terán que acudir a un xuízo declarativo para que o xuíz sinala os límites correspondentes. Rexe, xa que logo, o principio de heterotutela (“hetero”: ‘outro’; ‘tutela doutro’, o xuíz).

En cambio, o principio de autotutela permite que a Administración poida impoñer provisionalmente o seu criterio no deslinde dos seus bens patrimoniais ou de dominio público, cun alcance en principio limitado, xa que só declara e constitúe a posesión da Administración sobre os bens deslindados, agás disposición legal en contrario (como sucede co artigo 13 da Lei de costas, que establece que o deslinde aprobado “declara a posesión e a *titularidade dominical* a favor do Estado”).

A LPAP alude a esta potestade de deslinde no artigo 50, de carácter *básico*, que establece que as administracións públicas poderán **deslindar** os bens inmobles 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 deslinde, e entremetres dure a súa tramitación, non se poderá instar procedemento xudicial con igual pretensión.

### Potestade de recuperación posesoria

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 apartados respectivos.

## **7. Cooperación na defensa dos patrimonios**

Os artigos 61 a 64 LPAP regulan a **cooperación na defensa** dos patrimonios públicos, destacando 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**

### **IV.1. CONCEPTO**

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 atopen afectados ao **uso xeral** ou ao **servizo público**, así como aqueles aos que unha **lei** lles outorgue expresamente o carácter de demaniais”.

O apartado 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 “uso xeral”, ou uso de todos, fose delimitando tradicionalmente na normativa a través de exemplos.

Así, 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 poboacións, 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 poboacións ou provincias”.

Pola súa banda, o artigo **74** do **Real decreto lexislativo 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.

Santamaría Pastor destaca a imprecisión destas listas, na medida en que non se dan regras de delimitación do que deba entenderse por “praia” ou “estrada”. Foi a lexislación sectorial (Lei de costas, Lei de estradas...) a que veu suplir esta deficiencia.

## **2. Afectados ao servizo público**

O termo “servizo público”, como sinala Parada Vázquez, seguiu unha evolución polo que atinxe ao seu significado:

- O **Código Civil de 1889** adoptou unha **concepción restritiva**, por canto só facía mención de bens afectados ao servizo público pertencentes ao **Estado** (e non a outras administracións), e o servizo público prestado só 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 coma **casas consistoriais, palacios provinciais** e, en xeral, **edificios** que sexan **sede** das mesmas, **matadoiros, mercados, lonxas, hospitais, hospicios, museos**, así coma 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 coma **casas consistoriais, palacios provinciais** e, en xeral, **edificios** que sexan sede das mesmas, **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 banda, non establece ningún condicionamento ao servizo público referido, co que asume unha **concepción ampla** que afecta, en canto á titularidade, a calquera administración, e en canto ao obxecto, á totalidade das funcións administrativas típicas, sen que se esixa 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 a os que unha lei lles 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 **praías**, o **mar territorial** e os **recursos naturais da zona económica** e a **plataforma continental**”.

Pola súa banda, o artigo **5.3 LPAP**, non básico, indica que “os **inmables** de titularidade da Administración Xeral do Estado ou dos organismos públicos vinculados a ela ou dependentes dela 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) consideraranse, en todo caso, bens de dominio público”, referencia quizais innecesaria, despois de 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 14 da Lei 27/1992, do 24 de novembro, de portos do estado e da mariña mercante, e Lei 48/2003, do 26 de novembro, de réxime económico e de prestación de servizos dos portos de interese xeral).

- 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 43 da Lei 32/2003, do 3 de novembro, xeral de telecomunicacións).

- O **dominio público ferroviario** (artigo 12 e 13 da Lei 39/2003, do 17 de novembro, do sector ferroviario).

- Os **montes de dominio público** (artigo 12.1 da Lei 43/2003, do 21 de novembro, de montes).

## **IV.2. NATUREZA XURÍDICA**

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.

Un exemplo desta corrente doutrinal témolo en **Proudhon**, que en 1833 afirmaba que o Estado só podía ser propietario dos seus bens patrimoniais, non dos de dominio público, partindo da tradición romana de entender os bens demaniais como *res nullius* (' cousas sen dono') ou como *res omnium communis* ('cousas de toda a comunidade'). En España, o grande administrativista Manuel Colmeiro habíase adherir a esta corrente.

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 *propiedade* do Estado que teñen a consideración de demaniais”, namentres que o artigo 5.1 **LPAP**, de *aplicación xeral*, fala de titularidade pública, na medida en que abarca tanto bens como dereitos.

En opinión de **Parada Vázquez**, ningunha tese resolve satisfactoriamente o debate, pero, ao seu xuízo, a que entende o dominio público como unha propiedade serviu tanto para establecer un réxime de protección e seguridade xurídica (acceso a rexistros, accións defensivas, deslinde...), encaixables no concepto de propiedade, como para que os particulares poidan levar cuestións de propiedade ante os tribunais civís (que son os exclusivamente competentes para tratar cuestións de propiedade, art. 9.4 LOPX).

Pola súa banda, **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 semellantes a outros bens de propiedade privada, coma 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 atribuírlles a súa titularidade aos entes públicos é a de excluír a súa apropiación por particulares e evitar a súa desnaturalización.

### **IV.3. ELEMENTOS**

#### **1. Suxeitos**

O noso **Código Civil**, de **1889**, só prevía, como titulares dos bens de dominio público, o Estado, as provincias e as poboacións, polo que a doutrina entendeu que só os entes territoriais (entre os que, hoxe en día, habería que incluír as 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** coma 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 os efectos da súa consideración como demaniais:

- En canto aos **bens**, estes poden ser tanto inmobles (un edificio administrativo ou unha estrada) coma 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 esixe 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**

##### **■ Clases de afectación**

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 pódese producir:

**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 atopamos tres supostos:

- Afectación **expresa**.

Tramítase un **procedemento administrativo directamente encamiñado a afectar** un ben a un uso xeral ou servizo público.

Sería o caso en que a Administración Xeral do Estado decide converter en biblioteca pública un edificio que non está destinado a nada en concreto (é un ben patrimonial) e tramita un procedemento administrativo para proceder a esa afectación.

O artigo 66.1 LPAP, non básico, alude a este tipo de afectación ao sinalar que, agás que a afectación derive dunha norma con rango legal, esta deberá facerse en virtude de acto **expreso** polo órgano competente, no que se indicará o ben ou dereito ao que se refira, o fin ao que se destina, a circunstancia de quedar aquel integrado no dominio público e o órgano ao que lle corresponda o exercicio das competencias demaniais, incluídas as relativas á súa administración, defensa e conservación.

Os pasos que cómpre 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 nos apartados 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 ningún procedemento administrativo**, pero prodúcese de feito unha vinculación dun ben a un uso xeral ou servizo público.

Exemplos desta modalidade de afectación atopámoslos nos apartados 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 determinaron a prescrición 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.

### ■ **Afectacións concorrentes**

O artigo 67.1 LPAP, non básico, sinala 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 pódese sinalar o suposto da estrada sobre a que pasan raís dun tranvía, podendo utilizarse, xa que logo, para transporte por estrada como para transporte ferroviario, ou o suposto en que por baixo da estrada se colocan tubaxes de auga.

### ■ **Mutacións demaniais**

Distínguense varias clases de mutacións demaniais:

#### **A) Mutacións obxectivas.**

Prodúcese unha **modificación do destino** do ben ou dereito, sen deixar de vincularse a un uso xeral ou servizo público.

Sería o suposto en que un terreo polo que pasaba unha vía férrea pasa a destinarse a estrada.

O artigo 71.1 LPAP, non básico, refírese 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) Mutacións **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.

O mesmo sucedería no suposto de transferencia de competencias dunha administración a outra (do Estado a unha Comunidade Autónoma, por exemplo), que implicase a transferencia da titularidade dos bens a través dos que se exerce a tal competencia.

- **Interna** (cambio de órgano no seo dunha mesma administración):

A este suposto refírese o artigo 71.3 LPAP, non básico, ao sinalar que “os casos de reestruturación orgánica se aterán, 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 previu nada sobre este particular, entenderase que os bens e dereitos continúan vinculados aos mesmos fins e funcións, considerándose afectados ao órgano ou organismo ao que se lle atribuíron as respectivas competencias sen necesidade de declaración expresa”.

### **■ Cese da afectación**

#### **A) Cese da afectación en caso de afectación **legal****

Neste caso, a desafectación poderíase producir:

- Por derogación ou modificación da norma legal.

- Por desnaturalización, é dicir, por perda das características físicas que facían que o ben encaixase na definición da norma legal (un río



que seca, ou unha praia que desaparece baixo o arborado e demais vexetación). Como sinala Santamaría Pastor, en certos supostos de desnaturalización, a lexislación sectorial esixe desafectación expresa, coma no da Lei de costas con respecto ás praias e costas, en canto que noutros, coma 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. Agás nos supostos previstos nesta lei, a desafectación deberá realizarse sempre de forma **expresa**”.

Malia o literal deste artigo, non só 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.

## **■ 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 se integrar 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.

#### **IV.4. RÉXIME XURÍDICO ESPECÍFICO ESTABLECIDO NA LPAP PARA OS BENS DEMANIAIS**

Así como antes vimos os preceptos da LPAP especificamente aplicables aos bens patrimoniais e os que podían aplicarse tanto a bens demaniais coma patrimoniais, queda por recoller os que se aplicarán de forma específica aos bens demaniais e que non se recolleron xa neste apartado IV.

##### **1. Réxime xurídico**

De acordo co artigo 5.4 LPAP, de *aplicación xeral*, os bens e dereitos de dominio público rexeranse:

**1)** Polas **leis e disposicións especiais** que lles sexan de aplicación (as augas, polo Real decreto legislativo 1/2001, do 20 de xullo, polo que se aproba o texto refundido da Lei de augas; a zona marítimo-terrestre, pola Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas, etc.).

**2)** A falta de normas especiais, pola **LPAP** e as disposicións que a desenvolvan ou complementen.

**3)** De forma supletoria, polas **normas xerais do dereito administrativo** (como a Lei 30/1992, do 26 de novembro, do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común),

**4)** Na súa falta, as normas do **dereito privado**.

Como indica a Exposición de Motivos da LPAP en relación a bens de dominio público, esta lei só se aplicará en primeiro grao a “aqueles bens demaniais por afectación que carecen dunha disciplina específica, nomeadamente, os **edificios administrativos**”.

## **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 (artigo 132.1 CE e 30 LPAP, que se explican máis adiante).

b. Adecuación e suficiencia dos bens para servir ao uso xeral ou ao servizo público ao 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 (seguridade nacional, perigo para as persoas, etc.).

d. Dedicación preferente ao uso común fronte ao seu uso privativo (se nunha beirarrúa estreita a instalación de mesas e cadeiras dun hostaleiro puidese impedir o tránsito dos viandantes, ou os puxese en perigo por obrigalos a utilizar a estrada, debería primar o uso común de todos sobre a beirarrúa antes que o privativo do hostaleiro, e debería revogarse ou limitarse a licenza).

e. Exercicio dilixente das prerrogativas (deslinde, recuperación posesoria, desafuizamento...) que a presente lei ou outras especiais lles 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 xeral 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 apartados 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 apartado 2 do artigo 54 da Lei do 16 de decembro de 1954, de expropiación forzosa: cando simultaneamente á desafectación do fin que xustificou a expropiación se acorde xustificadamente unha nova afectación a outro fin que sexa declarado de utilidade pública ou interese social, ou cando a afectación ao fin que xustificou a expropiación ou a outro declarado de utilidade pública ou interese social se prolongue durante dez anos desde a terminación da obra ou o establecemento do servizo.

- E no apartado 2 do artigo 40 da Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións: que o novo uso asignado estivese adecuadamente xustificado e fose igualmente dotacional público, que o uso dotacional que motivou a expropiación fose efectivamente implantado e mantido durante oito anos, ou que o novo uso consistise na construción de vivendas suxeitas a algún réxime de protección pública.

#### **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 apartado 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, agás 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 apartados 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 exercitarse



**en calquera tempo**, e non só durante o primeiro ano, coma 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.

Sería o caso en que, extinguido o contrato dunha empresa teleoperadora que a lexitimaba para ocupar dependencias administrativas, a empresa non quixese abandonar as instalacións.

## 7. Coordinación e optimización da utilización dos edificios administrativos da Administración Xeral do Estado e os seus organismos dependentes

O Título VIN, non básico, da LPAP, regula a coordinación e optimización da utilización dos edificios administrativos, que son bens demaniais.

Con respecto á definición legal dos edificios administrativos, o artigo 155 LPAP, non básico, establece que terán a consideración de **edificios administrativos** os seguintes:

- a. Os edificios destinados a oficinas e dependencias auxiliares dos órganos constitucionais do Estado e da Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos.
- b. Os destinados a outros servizos públicos que se determinen regulamentariamente.
- c. Os edificios do Patrimonio do Estado que fosen susceptibles de ser destinados aos fins expresados nos parágrafos anteriores, independentemente do uso a que estiveren sendo dedicados.

Para os efectos previstos neste título, asímílanse aos edificios administrativos os **terreos adquiridos** pola Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos **para a construción de inmobles** destinados a algún dos fins sinalados nos parágrafos a e b anteriores.

Indica o artigo 156 LPAP, non básico, que a xestión dos edificios administrativos pola Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos se inspirará no principio de adecuación **ás necesidades dos servizos públicos** e se realizará con suxeición aos seguintes criterios e principios:



- a. **Planificación** global e integrada das necesidades de inmoables de uso administrativo.
- b. **Eficiencia e racionalidade** na súa utilización.
- c. **Rendibilidade** dos investimentos, considerando o impacto das características dos inmoables na súa utilización polos cidadáns e na produtividade dos servizos administrativos vinculados a eles.
- d. De **imaxe unificada**, que evidencie a titularidade dos edificios, e que transmita os valores de austeridade, eficiencia e dignidade inherentes ao servizo público.
- e. De **coordinación polo Ministerio de Facenda** dos aspectos económicos dos criterios anteriores e de verificación polo devandito departamento do cumprimento dos mesmos.

**Ricardo José Durán Rodríguez**

Chinchilla Marín, C.: *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1.<sup>a</sup> edición, Madrid, 2004.

González García, J.: *Derecho de los Bienes Públicos*, Tirant lo Blanch, 2.<sup>a</sup> edición, 2009.

Mestre Delgado, J.F.: *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2.<sup>a</sup> edición, Valencia, 2010.

Palomar Olmeda, A., e Parejo Alfonso, L: *Derecho de los Bienes Públicos* (Tomos I, II e IV), Aranzadi, 1.<sup>a</sup> edición, 2009.

Parada Vázquez, R: *Derecho Administrativo III*, Marcial Pons, 12.<sup>a</sup> edición, Madrid, 2010.

Santamaría Pastor, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 2009.

**30. O PATRIMONIO DA  
COMUNIDADE AUTÓNOMA DE  
GALICIA. TRÁFICO XURÍDICO DO  
PATRIMONIO. FORMAS DE  
TRÁFICO ADMINISTRATIVO DOS  
BENS DEMANIAIS E REQUISITOS  
ESPECIAIS DO TRÁFICO DOS  
BENS PATRIMONIAIS.  
UTILIZACIÓN E  
APROVEITAMENTO DO  
PATRIMONIO. PROTECCIÓN E  
DEFENSA.**

**30. O PATRIMONIO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. TRÁFICO XURÍDICO DO PATRIMONIO. FORMAS DE TRÁFICO ADMINISTRATIVO DOS BENS DEMANIAIS E REQUISITOS ESPECIAIS DO TRÁFICO DOS BENS PATRIMONIAIS. UTILIZACIÓN E APROVETAMENTO DO PATRIMONIO. PROTECCIÓN E DEFENSA.**

## **I. O PATRIMONIO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

*Como sinala SANTAMARÍA PASTOR, “ao igual que os suxeitos privados, os entes públicos (tanto os entes territoriais como as súas personificacións instrumentais) son titulares de diversos tipos de posicións xurídicas de contido económico, de dereitos e obrigas. Todas estas posicións xurídicas, globalmente consideradas, integran o seu respectivo patrimonio. Cada Administración é titular, por tanto, dun patrimonio unitario que constitúe o sustrato da súa personalidade xurídica”<sup>1</sup>.*

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 régulase na Lei 5/2011, de 30 de setembro, do Patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia (DOG nº 203; 24 outubro 2011) (en adiante, LPG). Este réxime xurídico debe completarse necesariamente cos preceptos básicos que resulten de aplicación da Lei 33/2003, de 3 de novembro, do Patrimonio das Administracións Públicas (en adiante, LPAP), e do seu Regulamento, aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto. Igualmente deberá terse en conta o regulamento da Lei galega anterior (Lei 3/1985, de 12 de abril), aprobado por Decreto 50/1989, de 9 de marzo, na medida en que non sexa incompatible coa Lei 5/2011, e ata tanto 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, de 30 de setembro, que reitera o disposto con carácter básico no art. 2 LPAP e configura un concepto unitario de patrimonio<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> “Principios de derecho Administrativo General. Volumen Segundo”. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR. Editorial Iustel, Primeira Edición, 2004. Páx. 520.

<sup>2</sup> Como xa sinalamos, en palabras de SANTAMARÍA PASTOR: “Cada Administración é titular, por tanto, dun patrimonio unitario que constitúe o sustrato da súa personalidade xurídica”; neste mesmo sentido, analizando especificamente o artigo 2 LPAP, Gracia María LUCHENA MOZO sinala que “estamos ante un concepto de patrimonio único, global e omnicompreensivo con independencia da súa clasificación; a saber: bens de dominio público ou demaniais e bens patrimoniais que redundará, non obstante, nun réxime xurídico diverso”.



*“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, aos sos efectos da presente lei, o diñeiro e demais recursos financeiros da súa Facenda nin, en caso das entidades públicas instrumentais, os recursos que constitúen a súa tesourería.”*

Este precepto debe completarse co apartado 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, salvo 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, de 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”* (art. 2.3 Lei 5/2011). Esta clasificación ten indubidable transcendencia práctica por canto determina un réxime xurídico diferente en función da natureza demanial ou patrimonial do ben ou dereito contemplado. Agora ben, ambos os dous réximes foron converxendo co tempo como consecuencia da comunicabilidade de ambos os dous grupos de bens, como sinala SANTAMARÍA PASTOR<sup>3</sup>, de tal sorte que os autores e a xurisprudencia prefiren falar, non de dous réximes contrapostos, senón dun réxime xurídico básico común –aplicable tanto a bens e dereitos demaniais como aos patrimoniais- e dun réxime de

---

<sup>3</sup> “Con moi escasas excepcións, un ben demanial pode pasar a ser patrimonial (...) e á inversa; de modo que a diferenza entre uns e outros radica exclusivamente, en última instancia, no concreto fin público ao que respectivamente se destine, que pode variar co tempo”. “Principios de derecho Administrativo General. Volumen Segundo”. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR. Editorial Iustel, Primeira Edición, 2004. Páxs. 535-536.



protección cualificado, que non alcanza aos bens patrimoniais. En palabras de David BLANQUER, *“a Administración Pública está investida de potestades exorbitantes descoñecidas no dereito privado e das que non gozan os particulares, prerrogativas que a Administración pode exercer en réxime de autotutela (...). Agora ben, aínda que todos os bens públicos teñan un réxime exorbitante de privilexios, o estatuto dalgúns bens inclúe algunhas prerrogativas adicionais que reforzan a protección, “plus” de garantía que se establece en favor dos bens comunais e demaniais (pero que non alcanza aos bens patrimoniais). As garantías complementarias consisten na inalienabilidade, inembargabilidade, imprescritibilidade e as exencións tributarias de que gozan os bens comunais e os de dominio público. Singular importancia ten a imposición de servidumes sobre os predios lindantes con algúns bens de dominio público”*.<sup>4</sup>

De acordo coa Lei galega, *“son **bens e dereitos de dominio público** os que, integrando o patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia, se atopasen afectados ao uso xeral ou á prestación de servizos públicos de competencia da Comunidade Autónoma, así como aqueles aos que unha lei outorgue 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”* (art. 2.4).

Os **bens e dereitos patrimoniais**, pola súa parte, delimítanse cun criterio negativo. Así, *“son bens e dereitos patrimoniais que, sendo de titularidade da Comunidade Autónoma de Galicia, non tivesen o carácter de demaniais”*, precisando, a continuación, o texto legal que *“teñen a consideración de patrimoniais os seguintes bens e dereitos, salvo nos casos en que reúnan os requisitos previstos no apartado anterior:*

- a) *Os dereitos de arrendamento e outros de carácter persoal.*
- b) *Os valores e títulos representativos de accións e participacións no capital de sociedades mercantís ou de obrigas emitidas por estas, así como contratos de futuros e opcións cun activo subxacente constituído por accións ou participacións en sociedades mercantís.*
- c) *Os dereitos de propiedade incorporal.*
- d) *Os dereitos de calquera natureza que se 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:

---

<sup>4</sup> David BLANQUER, “Derecho Administrativo. 2º Los sujetos, la actividad, los principios”. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2010. Páxina 1031.

*“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, no seu defecto, 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 a 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 aos 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 que 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 suscripción 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, de 17 de decembro, de organización y funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico”* (art. 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 33/2003<sup>5</sup> e que, basicamente, supón lembrar 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 a un ben ou dereito patrimonial:

*“1. Os **bens e dereitos de dominio público** da Comunidade Autónoma de Galicia son inalienables, imprescritibles e inembargables, non podendo ser obxecto de gravame, carga, afección, transacción ou arbitraje.*

*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 se diten polos órganos xurisdiccionais e administrativos nos seguintes casos:*

- a) Cando se atopasen materialmente afectados a un uso, servizo ou función pública.*
- b) Cando os seus rendementos ou o produto do seu alleamento estivesen legalmente afectados a fins determinados.*
- c) Cando se tratase de valores ou títulos representativos do capital de sociedades mercantís autonómicas que executen políticas públicas ou presten servizos de interese económico xeral.”*

Para rematar 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 xurdisen sobre os mesmos, deben ser autorizados polo Consello da Xunta, a proposta da persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio ou do órgano unipersoal de goberno da entidade pública instrumental”.*

### **III. FORMAS DE TRÁFICO ADMINISTRATIVO DOS BENS DEMANIAIS E REQUISITOS ESPECIAIS DO TRÁFICO DOS BENS PATRIMONIAIS**

#### **A.- TRÁFICO ADMINISTRATIVO DOS BENS DEMANIAIS**

Como xa se indicou, a construción da categoría dos bens demaniais ou de dominio público realízase a partir da súa finalidade ou destino (“...

---

<sup>5</sup> 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 ditarse 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 ao uso xeral ou á prestación de servizos públicos...*", artigo 2.4 da Lei 5/2011). Partindo desta configuración funcional por razón do destino ou finalidade, SANTAMARÍA PASTOR distingue tres hipóteses nas alteracións de destino que poden experimentar os bens demaniais: afectación ao uso xeral ou ao servizo público, mutación demanial e desafectación<sup>6</sup>. A lei galega dedica o seu título I ao *"tráfico xurídico dos bens e dereitos demaniais"* (arts. 7 a 29), regulando estes tres supostos, e introducindo, ademais, a regulación das adscricións e desadscricións (que veremos no epígrafe relativo á utilización dos bens e dereitos demaniais) así como a transmisión de bens demaniais da Comunidade Autónoma galega a outras administracións públicas.

### **A.1.- A AFECTACIÓN (arts. 7 a 9)**

A afectación é *"o acto administrativo polo que un ben ou dereito de carácter patrimonial adquire a natureza xurídica de demanial ao destinarse ou vincularse ao uso xeral ou ao servizo público"*<sup>7</sup>.

De acordo co artigo 7.1 da lei 5/2011, *"a afectación determina a vinculación dos bens e dereitos patrimoniais a un uso xeral ou a un servizo público de competencia da Comunidade Autónoma de Galicia, e a súa conseguinte integración no dominio público"*.

Desde un punto de vista formal, a afectación pode clasificarse en:

- Afectación expresa, como suposto xeral (art. 7.2).
- Afectación legal (art. 7.2, segundo inciso).
- Afectación tácita, nos supostos taxados do artigo 7.3:

*"Producen os mesmos efectos que a afectación expresa os feitos e actos seguintes:*

*a) A utilización pública, notoria e continuada durante un ano, pola Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, as entidades públicas instrumentais ou os órganos estatutarios, de bens e dereitos da súa titularidade para un uso xeral ou para un servizo público de competencia da Comunidade Autónoma.*

---

<sup>6</sup> "As alteracións que poden experimentar os bens no seu concreto destino poden clasificarse en tres hipóteses: a súa afectación ao uso xeral ou ao servizo público, que confire aos bens a condición de demaniais, o que permite falar de **inicio da demanialidade** (a); a modificación do concreto fin de uso xeral ou de servizo público por outro de igual natureza, que dá lugar ás chamadas **mutacións demaniais** (b); e a retirada dos bens do fin de uso xeral ou de servizo público ao que se atopan destinados, que fai pasar a estes á categoría de patrimoniais e que se cualifica como desafectación ou, máis descritivamente, de **cesación da demanialidade**". Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "Principios de derecho Administrativo General II". Primeira edición. 2004. Editorial Iustel. Páxs. 547-548.

<sup>7</sup> Enrique LINDE PANIAGUA, "Fundamentos de derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos". Uned e Editorial Colex. Madrid 2009. Páxina 463.

- b) A adquisición de bens e dereitos por prescripción adquisitiva, de conformidade coas regras de dereito privado, cando os actos posesorios vinculasen o ben ou dereito ao uso xeral ou a un servizo público.*
- c) A adquisición de bens e dereitos por expropiación forzosa, suposto en que os bens ou dereitos adquiridos se entenderán afectados ao fin determinante da declaración de utilidade pública ou interese social, sempre que se destinasen de maneira efectiva ao cumprimento do mesmo.*
- d) A adquisición de bens e dereitos a título oneroso sen exercicio da potestade expropiatoria para o cumprimento dun fin de uso xeral ou de servizo público de competencia da Comunidade Autónoma de Galicia.*
- e) A adquisición de bens e dereitos a título gratuito baixo condición ou modo da súa afectación a un fin determinado de uso xeral ou de servizo público de competencia da Comunidade Autónoma de Galicia.*
- f) A aprobación polo Consello da Xunta de programas ou plans de actuación xeral, ou proxectos de obras ou servizos de competencia da Comunidade Autónoma de Galicia, cando dos mesmos resultase a vinculación de bens ou dereitos determinados a fins de uso xeral ou de servizo público de competencia da Comunidade Autónoma.*
- g) A adscrición de bens e dereitos patrimoniais a entidades públicas instrumentais, nos termos previstos na sección 4ª do capítulo II do presente título”.*

Porén, a lei parte do carácter irregular desta situación de afectación tácita ao impoñer, en todos estes casos, a obriga de comunicar estes feitos ou actuacións “á consellería competente en materia de patrimonio para a súa axeitada regularización”.

Debe terse en conta, por outra parte, que “en ningún caso se entenderá producida a afectación dos bens e dereitos pola simple cualificación urbanística dos usos dos mesmos” (art. 7.5).

A afectación compete, no ámbito da Administración xeral da Comunidade Autónoma, á persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio. No caso de entidades públicas instrumentais, a competencia corresponde, como regra xeral ao órgano unipersoal de goberno, salvo que os bens ou dereitos se destinasen ao cumprimento de fins ou funcións que non sexan da súa competencia, en cuxo caso corresponde a competencia para a súa afectación á persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio.

Como sinala David BLANQUER, *“a afectación pode referirse a un destino único e exclusivo, pero en ocasións o mesmo ben de dominio público pode ter varios fins ou destinos simultáneos compatibles entre si”*<sup>8</sup>. É o que na lei estatal 33/2003, se denomina “afectacións concorrentes” (art. 67 – precepto non básico) e na normativa galega “afectacións secundarias” (art. 9). Así, de acordo co artigo 9, cabe a concorrencia de afectacións respecto dun mesmo ben ou dereito, sempre que os diversos fins concorrentes fosen compatibles entre si. Esta concorrencia de afectacións non altera a adscrición orgánica esixida pola afectación principal, sen prexuízo do exercicio de competencias accesorias polas consellerías ou entidades públicas instrumentais titulares das afectacións secundarias. A tal efecto, a orde que acorda afectación secundaria, que compete á persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio, determinará as facultades que corresponden ás diferentes consellerías ou entidades públicas instrumentais respecto á administración, xestión, conservación e colaboración na protección e defensa dos bens e dereitos afectados. As discrepancias que poidan xurdir resolveranse polo Consello da Xunta.

Cabe concluir este punto mencionando un suposto de afectación legal, como é o previsto na Sección 4ª, do Capítulo II do Título I, baixo a rúbrica *“adscrición e desadscrición de bens e dereitos patrimoniais a entidades públicas instrumentais* (arts. 18 a 22). De acordo co artigo 18:

*“1. Os bens e dereitos patrimoniais da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia poderán ser adscritos ás entidades públicas instrumentais para a súa vinculación directa a un servizo da súa competencia ou para o cumprimento dos seus fins propios. En ambos casos, a adscrición leva consigo a afectación do ben ou dereito, que pasará a integrarse no dominio público.*

*2. Igualmente, os bens e dereitos propios dunha entidade pública instrumental poden ser adscritos ao cumprimento de fins propios doutra”.*

Esta adscrición, que leva consigo a afectación do ben o dereito e, en consecuencia, a súa integración no dominio público, acordarase pola persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio mediante orde, na que deberán precisarse a forma e condicións en que os bens adscritos deben destinarse ao cumprimento dos fins que motivaron a adscrición. Calquera alteración posterior destas condicións deberá autorizarse expresamente pola consellería competente en materia de patrimonio.

A desadscrición dos bens leva consigo a súa desafectación (art. 22), e producirase:

---

<sup>8</sup> David BLANQUER “Derecho Administrativo. 2º Los sujetos, la actividad, los principios”. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. Páxs.1056 e 1057.



- Por incumprimento do fin previsto ou das condicións previstas para a súa utilización (art. 20).
- Por innecesariedade dos bens ou dereitos para satisfacer o fin que motivou a adscrición (art. 21)

## **A.2.- A DESAFECTACIÓN (artigo 10)**

De acordo co artigo 10.1 da Lei 5/2011, *“os bens e dereitos demaniais perden esta condición, adquirindo a de patrimoniais, nos casos en que se producise a súa desafectación, por deixar de destinarse a un uso xeral ou a un servizo público de competencia da Comunidade Autónoma de Galicia”*.

A desafectación, como regra xeral, *“haberá de realizarse sempre de forma expresa”* (10.2).

A lei distingue segundo a natureza do ben demanial a efectos de determinar a quen corresponde acordar a desafectación e a subseguinte administración dos bens:

- Desafectación de bens inmoables e dereitos reais:

1) Se son da Administración xeral da Comunidade Autónoma, *“serán desafectados de oficio pola persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio mediante orde, a iniciativa propia, previo informe da consellería a que estivesen adscritos os bens ou dereitos, ou a petición desta”* **(10.3)**. A súa administración, xestión e conservación corresponderá entón á consellería competente en materia de patrimonio.

2) Se son de titularidade das entidades públicas instrumentais, *“serán desafectados polo órgano unipersoal de goberno”* (10.4). Cando non fosen necesarios para o cumprimento dos seus propios fins, incorporaranse ao patrimonio da Administración xeral, nos termos previstos no art. 26 da Lei.

- Desafectación dos bens mobles (10.5):

- 1) Se son da Administración xeral da Comunidade Autónoma, realizarase pola persoa titular da respectiva consellería, que continuará xestionándoos.
- 2) Se son de titularidade das entidades públicas instrumentais, acordarase polo órgano unipersoal de goberno, que continuará xestionandoos.

## **A.3.- MUTACIONES DEMANIAIS**

De acordo co artigo 23, *“a mutación demanial é o acto en virtude do cal se efectúa a desafectación dun ben ou dereito do patrimonio da Comunidade Autónoma, con simultánea afectación a outro uso xeral, fin ou servizo público”*.

A mutación demanial ha de efectuarse de forma expresa, por acordo do órgano competente, que será, como regra xeral, a persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio, salvo no caso de mutación demanial de bens mobles sen cambio de adscrición, en cuxo caso corresponde aos propios departamentos ou entidades interesadas na mesma (art. 24).

En canto aos efectos da mutación demanial, como sinala o artigo 23.2, *“implica a modificación dos fins específicos a que os bens ou dereitos se vinculan e, no seu caso, a alteración da adscrición orgánica dos mesmos, sen transferencia de titularidade nin cambio da súa cualificación xurídica”*.

#### **A.4.-TRANSMISIÓN DA TITULARIDADE DE BENS E DEREITOS DEMANIAIS A OUTRA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (art. 30)**

A Lei 5/2011 contempla a posibilidade de transmitir a titularidade de bens inmoables e dereitos demaniais da Comunidade Autónoma galega a outras administracións públicas<sup>9</sup> nos seus artigos 29 e 30. Os bens ou dereitos deben transmitirse para os mesmos fins determinantes da afectación ou para outros fins de uso xeral ou de servizo público de competencia da administración pública receptora dos bens ou dereitos, de tal sorte que, en caso de que deixasen de estar destinados ao fin de uso xeral ou de servizo público determinante da transmisión, procederá a reversión dos mesmos ao patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia.

A transmisión acordarase, previa depuración física e xurídica, a petición da administración interesada e previo informe da consellería ou entidade pública instrumental que tivese adscritos os bens ou dereitos, de non ser esta a competente para acordalo. A competencia determinarase de acordo coas normas da lei para o alleamento dos bens ou dereitos patrimoniais.

O cambio de titularidade formalizarase en documento administrativo a asinar entre un representante da consellería competente en materia de patrimonio e un da administración beneficiaria.

#### **B.- REQUISITOS ESPECIAIS DO TRÁFICO DOS BENS PATRIMONIAIS (Título III - “xestión patrimonial”)**

<sup>9</sup> Regula, así mesmo, a posibilidade da súa adscrición con ou sen mutación demanial; que analizamos no epígrafe relativo á utilización dos bens demaniais e non neste por non haber cambio na titularidade dos bens ou dereitos - arts. 17 e 25 Lei 5/2011.



O Título III da Lei 5/2011 regula o réxime xurídico dos bens e dereitos patrimoniais, contemplando tanto as peculiaridades do seu tráfico xurídico como a súa explotación. O capítulo IV regula a “explotación de bens e dereitos patrimoniais”, polo que deixaremos a súa análise para o epígrafe seguinte do tema (condicións de utilización), e centrarémonos nos seguintes aspectos regulados neste título III:

- Adquisicións, xa sexan a título oneroso, gratuito ou polo exercicio de potestades públicas.
- Arrendamento de bens inmobles.
- Alleamento e gravame.

Como punto de partida, o artigo 46 da LPG determina 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”. Os contratos que a tal efecto se celebren terán a consideración de contratos privados (art. 46.3 LPG) e están suxeitos ao principio de liberdade de pactos (art. 47 LPG), así como ás regras de formalización do artigo 48 LPG.*

*De acordo co artigo 46.2 LPG, “as adquisicións de bens e dereitos a título oneroso efectuaranse libres de toda carga, gravame ou afectación, se así o esixise o cumprimento directo dos fins determinantes da súa adquisición. Non obstante, poden subsistir aquelas limitacións a título de autorización ou concesión que tivesen un exercicio que resulte compatible co fin da adquisición”.*

## **B.1.- ADQUISICIÓNS:**

### **B.1.1- ADQUISICIÓNS A TÍTULO ONEROSO**

- **Adquisición de bens inmobles e dereitos sobre os mesmos a título oneroso:**

Na Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia “a competencia para adquirir a título oneroso bens inmobles e dereitos sobre os mesmos corresponde á consellería competente en materia de patrimonio”, ben por iniciativa propia ben a petición da consellería interesada (art. 50.1 LPG).

No caso das entidades públicas instrumentais, a adquisición efectuarase polos órganos superiores colexiados de goberno, cos requisitos legalmente previstos (art. 50 LPG).

Non obstante, “cando o importe da adquisición do ben ou dereito individualizado fose superior a 3.000.000 de euros, requirirá autorización do Consello da Xunta, a proposta da consellería competente en materia de patrimonio, ou da entidade pública instrumental que pretenda a adquisición” (art. 50.3 LPG).

A adquisición destes bens realizarase mediante

procedementos que garantan o respecto dos principios de igualdade, publicidade e concorrência, coas excepcións previstas na Lei (art. 51 LPG). Fóra dos casos de adquisición directa o inmovible deberá estar inscrito no Rexistro de propiedade, e aínda nestes casos de adquisición directa establecerase como condición resolutoria do negocio xurídico a imposibilidade de inscrición a nome da Comunidade Autónoma de Galicia.

A lei 5/2011 contén regras específicas para a adquisición de edificios en construción no seu artigo 52.

- **Adquisición de bens e dereitos por redución de capital ou fondos propios** (art. 53 LPG):

De acordo co artigo 53 LPG, “

a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e as entidades públicas instrumentais poden adquirir bens e dereitos por redución de capital de sociedades ou de fondos propios de entidades públicas instrumentais”.

- **Adquisición de bens mobles** (art. 54 LPG):

Réxese, por determinación do art. 54 LPG, pola lexislación de contratos do sector público, isto é, polo Texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro.

- **Adquisición de dereitos de propiedade incorporea** (art. 55 LPG):

Será acordada pola consellería ou entidade pública instrumental competente por razón da materia, previo informe favorable da consellería competente en materia de patrimonio, a quen deberá comunicarse a adquisición.

O seu réxime xurídico vén determinado na medida en que non sexa incompatible coa súa natureza polas regras previstas para a adquisición de inmovibles e dereitos sobre os mesmos. Porén, cando a adquisición destes dereitos se produza no marco dun contrato administrativo ou dun convenio aplicarase a normativa que rexe este tipo de instrumentos xurídicos.

### **B.1.2.- ADQUISICIÓNS A TÍTULO GRATUITO (arts. 56 e 57)**

- Órgano competente para a súa aceptación (56.2):

Na Administración Xeral da Comunidade Autónoma:

- As herdanzas testadas, legados e doazóns a favor da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, aceptaranse mediante orde pola persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio, salvo o disposto na lexislación especial.
- As herdanzas intestadas deferidas a favor da Comunidade Autónoma entenderanse aceptadas directamente por imposición da lei.
- As doazóns de bens mobles afectas a un determinado fin aceptaranse polo titular da consellería competente por razón da materia.

No caso das entidades públicas instrumentais, son competentes para aceptar as disposicións a título gratuito os órganos unipersoais de goberno.

- Réxime de adquisición:

O artigo 56 establece as seguintes regras básicas sobre a adquisición a título gratuito:

- A aceptación de herdanzas entenderase realizada sempre a título de inventario.
- Só poden aceptarse as herdanzas testadas, legados ou doazóns que supoñan gastos ou estean sometidos a condición ou modo onerosos, cando o valor do gravame non excede do valor do adquirido.
- Se os bens ou dereitos se adquiren baixo condición ou modo de afectación permanente, esta entenderase cumprida e consumada aos trinta anos de servir a tales destinos.

- Finalmente a Lei 5/2011 dedica o seu artigo

57 ás reversións e retrocesións.

### **B.1.3.- ADQUISICIÓNS POR EXERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS**

A Lei 5/2011 regula as adquisicións derivadas do exercicio da potestade expropiatoria, que *“se rexerán pola súa normativa específica”* (art. 58) e as adquisicións derivadas de adxudicacións acordadas en procedementos de execución, que requiren de *“autorización expresa do centro directivo competente en materia de patrimonio”* (art. 59).

## **B.2.- ARRENDAMENTO DE BENS INMOBLES**

O mesmo que para a adquisición de bens inmobles a título oneroso, o arrendamento de inmobles no ámbito da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia corresponde á consellería competente en materia de patrimonio, ben por iniciativa propia ben a petición da consellería interesada (art. 60 LPG). No suposto das entidades públicas instrumentais, porén, o arrendamento é competencia “do órgano unipersoal de goberno” (art. 60.2 LPG).

*En cualquiera caso “a concertación dun aluguer por importe superior a 40.000 euros mensuais, impostos incluídos, requirirá autorización do Consello da Xunta, a proposta da consellería competente en materia de patrimonio ou da entidade pública instrumental que pretendese o aluguer”.*

Os arrendamentos de inmobles concertaranse mediante procedementos que garantan o respecto dos principios de igualdade, publicidade e concorrência, coas excepcións previstas na Lei, que permiten a concertación directa (art. 61 LPG).

A Lei contén regras específicas sobre a utilización do ben arrendado (art. 62), así como os supostos en que a consellería ou entidade pública instrumental que ocupe o inmovible prevexa deixalo libre con anterioridade ao cumprimento do prazo pactado ou das prórrogas legais ou contractuais (art. 63).

## **B.3.- ALLEAMENTO E GRAVAME (arts. 69 a 87; Cap. V Título III LPG)**

Son alleables os bens e dereitos patrimoniais da Comunidade Autónoma de Galicia que non sexan necesarios, sen prexuízo de que, excepcionalmente, cando resultase conveniente para o interese público, a Lei permita o alleamento de bens do patrimonio autonómico con reserva de uso temporal dos mesmos (art. 69 LPG).

A venda dos bens e dereitos patrimoniais da Comunidade requirirá unha taxación pericial previa (art. 72) así como a súa depuración física e xurídica nos termos do artigo 73.

A lei admite a venda con prezo aprazado sempre que o sexa por un período non superior a 10 anos e coas debidas garantías (art. 70).

Por outra parte, asimila a imposición de cargas ou gravames sobre os bens ou dereitos patrimoniais á súa venda a efectos dos requisitos esixibles (art. 71).

A lei regula a continuación as regras específicas aplicables ao alleamento ben en función dos bens alleados ben por razón do negocio xurídico empregado para o alleamento:

- **Alleamento de bens inmobles ou dereitos reais** (arts. 74 a 78)

O mesmo que para a adquisición de bens inmobles a título oneroso, o alleamento de inmobles no ámbito da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia corresponde á consellería competente en materia de patrimonio e, no suposto das entidades públicas instrumentais, son competentes os órganos superiores colexiados de goberno, como regra xeral. Non obstante, cando o valor do ben ou dereito, segundo taxación, excedese de 3.000.000 de euros, o alleamento debe autorizarse polo Consello da Xunta, a proposta da persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio, ou da entidade pública instrumental (art. 74).

O alleamento dos bens inmobles ou dereitos reais pode realizarse mediante poxa pública, por concurso ou adxudicación directa, podendo efectuarse por bens individualizados ou mediante lotes (arts. 75, 76 e 77). Ademais a lei establece regras específicas para o alleamento de bens e dereitos litixiosos no artigo 78 de acordo co que *“a asunción polo adquirente das consecuencias e riscos derivados do litixio figurará necesariamente na escritura pública en que se formalice o alleamento”*.

- **Alleamento doutros bens e dereitos** (arts. 79 a 80)

- a) O alleamento de bens mobles (art. 79):
  - e)

a competencia para o seu alleamento corresponde ao titular da consellería que os tivese adscritos ou ao órgano unipersonal de goberno da entidade pública instrumental. A resolución de alleamento implica a súa desafectación.

- b) Alleamento de dereitos de propiedade incorporal (art. 80): a competencia para o seu alleamento corresponde á consellería ou entidade pública instrumental competente por razón da materia. Agora ben, se o

valor do dereito excede de 3.000.000 euros, debe autorizarse polo Consello da Xunta.

Tanto no caso dos mobles como no dos dereitos de propiedade incorporal, o alleamento terá lugar, ordinariamente, mediante poxa pública, aplicándose supletoriamente as normas que rexen as poxas dos bens inmobles. Non obstante, poderá efectuarse de forma directa nos mesmos casos en que esta posibilidade estea admitida para os bens inmobles.

- **Permuta de bens e dereitos** (art. 81)

O artigo 81 admite a permuta de

bens e dereitos do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia cando sexa conveniente para o interese público e a diferenza de valor entre os bens ou dereitos que se trate de permutar non fose superior ao 50% dos que o teñan maior. Se a diferenza fose maior, o expediente tramitarase como adquisición ou alleamento segundo o caso, con pagamento de parte do prezo en especie. As normas reguladoras do alleamento serán de aplicación á permuta de bens e dereitos. La diferenza de valor entre os bens a permutar pode ser aboada en metálico ou mediante a entrega doutros bens ou dereitos de natureza distinta.

- **Cesión gratuita de bens e dereitos** (art. 82 a 87)

De acordo co artigo 82 da LPG, “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 estimase previsible”. Porén, “as entidades públicas instrumentais só poden ceder gratuitamente os bens ou dereitos da súa propiedade cando tivesen atribuídas facultades para o seu alleamento e non se estimase procedente a súa incorporación ao patrimonio da Administración xeral da Comunidade Autónoma”.

A cesión, como regra xeral, pode ter por obxecto a propiedade do ben ou dereito, o seu usufruto ou só o seu uso, e implica para o cesionario a obriga de destinar os bens ao fin causa da cesión.

A Lei regula nos artigos 82 a 87 a cesión gratuita de bens e dereitos, distinguindo os órganos competentes para a cesión, o procedemento a seguir, a vinculación ao fin dos bens ou dereitos cedidos así como as causas de resolución da cesión. Cabe destacar que nos supostos en que a

cesión teña por obxecto a propiedade de bens inmobles ou dereitos reais, só poderán ser cesionarios o Estado e as entidades locais.

## **IV. 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”* (arts. 31 a 45), partindo da necesidade de contar cun título habilitante para ocupar ou utilizar os devanditos bens e dereitos (art. 31.1):

*“Ninguén 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 do dereito de uso que, no seu 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 (arts. 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, arts. 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 á 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” (art. 32.1.a). O uso común pode ser, como dicíamos, xeral ou especial:

- É uso común XERAL cando non concorran “*circunstancias singulares*” (art. 32.2.a). De acordo co artigo 33.1, este tipo de uso “non está suxeito a autorización, podendo 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”.
- 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” (art. 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 utilización do mesmo por outros interesados” (art. 32.1.b).

De acordo co art. 33.3 “o uso privativo require o previo outorgamento dun título axeitado á súa natureza, de conformidade coas seguintes regras:

- a) Cando a ocupación se efectuase unicamente con instalacións desmontables ou bens mobles e a súa duración inicial non fose superior a catro anos, estará suxeito a autorización.
- b) Cando a ocupación se efectuase 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 dos mesmos. Así, baixo a rúbrica “reservas demaniais”, o artigo 34 dispón:

- “1. A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia pode reservarse o uso exclusivo de bens da súa titularidade destinados ao uso xeral para a realización de fins da súa competencia, cando existisen razóns de utilidade pública ou interese xeral que o xustifiquen.
2. A duración da reserva limitárase ao tempo preciso para o cumprimento dos fins para os que se acordase.
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 consigo a declaración de utilidade pública e a necesidade de ocupación, a efectos expropiatorios, dos dereitos preexistentes que resultasen incompatibles coa mesma”.*

De acordo con LINDE PANIAGUA “a reserva demanial podería definirse como a potestade xurídico administrativa que corresponde ás persoas públicas titulares dun ben de dominio público, susceptible de utilización polos operadores xurídicos, de reter para si, en tanto non exista dereito subxectivo a favor de terceiro, o uso especial ou privativo de todo ou parte do mesmo, todo iso con fins de estudo, investigación ou explotación, durante un prazo axeitado para iso”<sup>10</sup>. A reserva demanial caracterízase polas seguintes notas:

- É unha facultade inherente á titularidade demanial que non esixe acto constitutivo previo, senón tan só unha declaración cos requisitos legalmente previstos.
- Implica que un ben demanial apto para uso xeral quede excluído do uso por particulares.
- A reserva está supeditada ás razóns de utilidade pública ou interese xeral que a xustifican, de maneira que a desaparición da causa que lexitime a reserva determina a extinción da mesma.

## **A.2.- UTILIZACIÓN DOS BENS DEMANIAIS DESTINADOS A UN SERVIZO PÚBLICO (Capítulo III do Título II, arts. 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 contempla dous supostos excepcionais:

- 1) A **ocupación por terceiros de espazos en edificios administrativos** (art. 36), para dar soporte a servizos dirixidos ao persoal destinado nos mesmos e ao público visitante (como cafeterías, 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 á utilización do inmovible polos órganos ou unidades aloxados no mesmo, e que estea amparada polo correspondente título habilitante (autorización, se se efectuase con bens móbiles ou instalacións desmontables; concesión, se se producise por medio de instalacións fixas; ou, no seu caso, un contrato que permita a ocupación,

---

<sup>10</sup> Enrique LINDE PANIAGUA, “Fundamentos de derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos”. Uned e Editorial Colex. Madrid 2009. Páxina 465.

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** (art. 37): que implican autorización para o uso temporal dos bens do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia nos seguintes casos:

- por prazo inferior a un mes,
- para a organización de conferencias, seminarios, presentacións ou outros eventos análogos,
- 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 resultasen contraditorias coa afectación do ben.

Estas autorizacións *“entenderanse outorgadas en precario, podendo revogarse libremente en calquera momento, sen que o interesado teña dereito a indemnización ningunha”*. As súas condicións e a contraprestación que, no seu 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 tivesen afectados ou adscritos os bens.

### **A.3.- AUTORIZACIÓNS E CONCESIÓN DEMANIAIS (Capítulo IV do Título II, arts. 38 a 45)**

- Normas comúns para as autorizacións e concesións demaniais:

- A competencia para o seu outorgamento corresponde, en defecto de norma legal, á persoa titular da consellería a que se atopen adscritos, ou ben ao órgano unipersoal de goberno da entidade pública instrumental titular ou a que se atopen adscritos os bens ou dereitos, nos termos do artigo 41 Lei 5/2011. Agora ben, a lei contempla 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 han de rexer o outorgamento de categorías determinadas de autorizacións e concesións. En defecto destas, deberán axustarse ás condicións aprobadas polo titular da consellería a que se atopen adscritos organicamente os bens ou de que dependan as entidades públicas instrumentais que sexan os seus titulares ou os teñan adscritos, previo informe favorable da consellería competente en materia de patrimonio (art. 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, previa indemnización ou revogación unilateral da autorización.*
- e) Renuncia do titular.*
- f) Falta de pagamento da taxa ou calquera outro incumprimento grave das obrigas do titular, declarado polo órgano que outorgou a autorización ou concesión.*
- g) Desaparición do ben ou esgotamento do aproveitamento.*
- h) Desafectación do ben, en cuxo caso se procederá á liquidación da autorización ou concesión de acordo co previsto na presente lei.*
- i) Mutuo acordo.*
- j) Calquera outras causas previstas nas condicións xerais ou particulares polas que se rexan”.*

- A lei regula, ademais, o destino das obras construídas polo concesionario unha vez se extinga a concesión (art. 43), a liquidación das autorizacións e concesións no caso de desafectación dos bens sobre os que existan (art. 44), e recoñece un dereito de adquisición preferente para os seus titulares nos supostos de alleamento oneroso dos bens ou dereitos correspondentes (art. 45).

- A diferenza conceptual entre as concesións e autorizacións demaniais resulta, como sinala David BLANQUER, borrosa, vindo determinada pola “intensidade do uso” do ben demanial e pola “importancia dos investimentos” a realizar (maiores nas concesións e menores nas autorizacións). En palabras do citado autor, “a dificultade estriba en medir obxectivamente a intensidade do uso ou a importancia do investimento, e partindo deses parámetros cuantitativos, construír unha diferenza cualitativa entre o concepto de concesión e a noción de autorización. Nesas circunstancias parece razoable aceptar que non hai unha fronteira teórica ou conceptual clara e rigorosa, e que a distinción entre autorizacións e concesións a establece o Dereito positivo utilizando criterios convencionais e pragmáticos”<sup>11</sup>

- **Autorizacións demaniais** (art. 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 iso non fose procedente por non ter que valorarse condicións especiais nos

---

<sup>11</sup> “Derecho Administrativo. “2º - Los sujetos, la actividad y los principios”. David BLANQUER. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. Páxina 1072.

*solicitantes, mediante sorteo, se outra cousa non estivese establecida nas condicións polas que se rexen” (art. 39.1).*

Caracterízanse polas seguintes notas:

- Duración limitada: outorgaranse por tempo determinado, cun prazo máximo de duración de 4 anos, incluídas as prórrogas.
- Poden ser gratuitas, concederse con contraprestación ou con condicións, on mesmo, estar suxeitas á taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial de bens de dominio público prevista na Lei 6/2003, de 9 de decembro.
- Son transmisibles salvo que se tivesen outorgado en atención a circunstancias persoais do autorizado ou en número limitado, sen prexuízo de que as condicións xerais a que estean suxeitas poidan dispoñer outra cousa.
- Como regra xeral, poderanse revogar unilateralmente, e en calquera momento, polo órgano que as outorgou cando concorran *“razóns de interese público, sen xerar dereito a indemnización, cando resultasen incompatibles con condicións xerais aprobadas con posterioridade, producisen danos no dominio público, impedisen a utilización do ben para actividades de maior interese público ou menoscabasen o uso xeral”* (39.4).

- **Concesións demaniais** (art. 40)

Outorgaranse en réxime de concorrencia, como regra xeral, se ben poderá acordarse o seu outorgamiento 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, do prazo máximo de duración de setenta e cinco anos, ou o prazo menor establecido nas normas especiais que resulten de aplicación.
- Poden ser gratuitas, 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, de 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- ADSCRICIONES E DESADSCRICIONES**

Cómpre 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 (art. 12), así como no seu caso, a desadscrición acordarase pola persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio (art. 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 art. 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 cómpre 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, se ben, neste caso, para outros usos ou servizos públicos de competencia da outra administración pública, o que leva consigo a correspondente mutación demanial pero non afecta á titularidade nin na cualificación xurídica dos bens ou dereitos.

En ambos os dous supostos, tanto a simple adscrición (suposto do art. 17) como a mutación demanial e correspondente adscrición (suposto do art. 25) acordaranse de oficio pola persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio mediante orde, a petición do órgano competente da administración interesada, e previo informe da consellería ou entidade pública instrumental que tivese 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 os mesmos xeren serán de 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*” (arts. 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 (art. 64).

A explotación pode ser directa ou indirecta (art. 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 (art. 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, se ben se admite excepcionalmente a adxudicación directa (art. 67). A duración destes contratos está limitada a un prazo máximo de 20 anos, incluídas prórrogas, regulando a lei as condicións en que se admite a subrogación dun terceiro nos dereitos e obrigas do adxudicatario e admitindo expresamente os contratos de arrendamento con opción a compra sobre inmobles patrimoniais da Comunidade autónoma (art. 67).

A lei refírese expresamente ao réxime de explotación das propiedades incorporais no seu artigo 68, que se xestionarán no ámbito da Administración xeral pola 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 art. 68.3, *“a utilización de propiedades incorporais que, por aplicación da lexislación especial, entraran no dominio público non percibirá dereito ningún a favor da Administración xeral da Comunidade Autónoma”*.

Procede concluir este epígrafe, relativo á utilización e 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 a tal efecto consagran os principios que deben rexer a xestión destes edificios e que non son senón os *“principios de eficacia, eficiencia, racionalización e sostenibilidade, procurando a optimización dos investimentos e avaliando,*



*en cada actuación, a incidencia ou impacto que a súa implantación podería xerar no desenvolvemento urbano e a calidade dos servizos a prestar”.*

## **V. PROTECCIÓN E DEFENSA**

Como sinala David BLANQUER, *“os bens dos particulares (cidadáns, empresas, asociacións, fundacións) protéxense con técnicas de Dereito Privado. En caso de conflito ou controversia, o exercicio destas fórmulas de defensa e protección requiren a intervención dos tribunais (“heterotutela xudicial”). O peculiar dos bens de titularidade administrativa é que ademais desas mesmas técnicas de protección rexidas polo Dereito Privado, as Administracións Públicas gozan doutros medios complementarios de defensa e protección, que se poden exercer en réxime de “autotutela administrativa”, é dicir, sen necesidade de previa intervención xudicial”*<sup>12</sup>.

A Lei 5/2011, de 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:

- O primeiro deles, ten un carácter xeral, e regula a obriga 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 tivesen ao seu cargo bens ou dereitos do patrimonio autonómico-, así como o deber de colaboración na protección e defensa do patrimonio autonómico (Capítulo I - *“Obriga de protexer e defender o patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia”* - arts. 104 a 105).
- Os outros dous dedícanse, especificamente, á protección dos bens e dereitos públicos (Capítulo II - *“Medios de protección dos bens e dereitos públicos”* - arts. 106 a 112), e á súa defensa (Capítulo III - *“Defensa dos bens e dereitos do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia”* - arts. 113 a 125).

### **A.- PROTECCIÓN DOS BENS E DEREITOS PÚBLICOS (Cap. II, Título VII Lei 5/2011):**

---

<sup>12</sup> “Derecho Administrativo. 1º El fin, los medios y el control”. David BLANQUER. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. Páxina 1031.

A lei distingue os seguintes medios de protección do patrimonio autonómico:

- Inventario xeral de bens e dereitos.
- Réxime rexistral do patrimonio.
- O seu réxime de aseguramento.

### **A1.- INVENTARIO XERAL DE BENS E DEREITOS** (arts. 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):

- Os bens e dereitos que fosen adquiridos co propósito de devolvelos ao tráfico xurídico patrimonial de acordo cos seus fins peculiares ou para cumprir cos requisitos sobre provisións técnicas obrigatorias,
- Os bens de natureza consumible de vida útil inferior a un ano.
- Aqueles bens mobles que tivesen un valor unitario inferior ao límite que se fixe pola consellería competente en materia de patrimonio.

O Inventario xeral de bens e dereitos non ten a consideración de rexistro público e os datos reflectidos no mesmo 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.

Está suxeito ás seguintes regras de funcionamento:

- a) O labor de inventario comprende a valoración dos bens e dereitos inventariados, determinada de acordo co establecido polo artigo 49 da presente lei.
- b) As operacións patrimoniais relativas aos bens e dereitos que deben formar parte do Inventario xeral de bens e dereitos da Comunidade Autónoma terán constancia na contabilidade pública de forma individual ou agregada, segundo dispuxera a normativa contable.



- c) As accións e os títulos representativos do capital de sociedades mercantís propiedade da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e das entidades públicas instrumentais quedarán reflectidos na correspondente contabilidade patrimonial, de acordo cos principios e normas que lles sexan de aplicación, incluíndose nun inventario de carácter auxiliar que haberá de estar coordinado co sistema de contabilidade patrimonial.

Polo demais, a formación e actualización do Inventario xeral de bens e dereitos da Comunidade Autónoma de Galicia corresponde á consellería competente en materia de patrimonio, actuando as consellerías e as entidades públicas instrumentais como órganos auxiliares, e suxeitando o seu funcionamento ao disposto no artigo 107 da Lei 5/2011, que se complementa co disposto no artigo 108 en canto á custodia de títulos.

## **A2.- RÉXIME REXISTRAL** (arts. 109 a 111)

O artigo 109 impón, con carácter xeral, a obriga de inscribir todos os bens e dereitos do patrimonio susceptibles de inscrición, sen distinción en función da súa natureza demanial ou patrimonial, establecendo, porén, o carácter potestivo da inscrición *“en caso de arrendamentos inscribibles de acordo coa 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** (art. 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 viñese establecido legalmente, así como cando se estimase 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 Lei 5/2011 - arts. 113 a 125)

De acordo co artigo 113, apartado 1 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 fosen pertinentes para a defensa do seu patrimonio, dispoñendo das seguintes facultades e prerrogativas:*

- a) Inspeccionar os bens e dereitos dos seus patrimonios e investigar a situación daqueles que presumiblemente lles pertencesen.*
- b) Deslindar en vía administrativa os inmobles da súa titularidade.*
- c) Recuperar de oficio a posesión sobre os seus bens e dereitos.*
- d) Desafiuizar en vía administrativa aos posuidores dos inmobles demaniais, unha vez extinguido o título que ampara a súa tenza”.*

A continuación recóllense 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 apartado 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 contempladas na Lei de axuizamento civil, podendo só ser recorridos ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa por infracción das normas sobre competencia e procedemento, despois de terse esgotado a vía administrativa”.*
- Por outra parte, de acordo co apartado 3, *“os que polo exercicio destas potestades se considerasen prexudicados no seu dereito de propiedade ou outros de natureza civil poderán interpoñer as accións pertinentes ante a xurisdición civil, despois de ter presentado a reclamación previa en vía administrativa contemplada na normativa básica estatal en materia de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común”.*
- O derradeiro apartado esixe informe do órgano competente para a súa defensa (órgano determinado no artigo 114) cando na tramitación de calquera procedemento administrativo resultasen implicados bens ou dereitos do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia. O incumprimento deste trámite leva consigo 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 numeradas no artigo anterior para a defensa dos seus bens e dereitos demaniais”* (art. 114.3).

### **B.1.- INSPECCIÓN E INVESTIGACIÓN DE BENS E DEREITOS (arts. 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 formasen parte do mesmo, en orde a determinar a súa titularidade, de non constarlles de modo certo”*. A tal efecto deberán seguir os procedementos de inspección e de investigación regulados nos artigos 116 e 117 respectivamente.

### **B.2.- DESLINDE (art. 119 a 121)**

De acordo co artigo 119.1 lei 5/2011, *“a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e as entidades públicas instrumentais poden deslindar os bens inmoables dos seus patrimonios doutros pertencentes a terceiros, cando os límites entre eles fosen imprecisos”*. A tal efecto seguirán o procedemento previsto no artigo 120 e procederán á inscrición do deslinde ou á inmatriculación do ben no rexistro da propiedade nos termos do artigo 121.

Unha vez iniciado o procedemento administrativo de deslinde, e en tanto dure a súa tramitación, non poderá instarse procedemento xudicial con igual pretensión, de acordo co previsto no artigo 50 da Lei 33/2003, de 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, apartado 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 fose perdida polo seu anterior titular”*.

Esta potestade puede exercitarse 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 exercitarse *“en calquera momento”* (art. 122.2); pero se se trata de bens e

dereitos patrimoniais, o prazo para o seu exercicio é dun ano. Ao respecto dispón o art. 122.3:

*“Se se tratase de bens e dereitos patrimoniais, a recuperación da posesión en vía administrativa require que a iniciación do procedemento tivese sido notificada antes de que transcorrese o prazo dun ano, a contar desde o día seguinte ao da usurpación. Pasado ese prazo, para recuperar a posesión destes bens deberán exercerse as accións correspondentes ante os órganos da orde xurisdiccional civil”.*

O procedemento de recuperación posesoria regúlase no artigo 123. Iniciarase de oficio, sendo o prazo máximo para resolver de seis meses. A resolución pola que se acorde a recuperación posesoria é inmediatamente executiva.

#### **B.4.- DESAFIUZAMENTO ADMINISTRATIVO (arts. 124 a 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 decaesen ou desaparecesen o título, as condicións ou as circunstancias que lexitimaban a súa ocupación por terceiros. Tamén poderán exercer esta potestade sobre bens e dereitos que se incorporen aos seus patrimonios por sucesión na posición xurídica do transmitente, cando a posesión se perdesa polo seu anterior titular”.

Para o exercicio da potestade de desafiuamento requírese, en todo caso, a previa declaración da extinción ou caducidade do título que outorgaba o dereito de utilización dos bens de dominio público.

O procedemento de desafiuamento regúlase no artigo 125. Iníciase de oficio, debéndose resolver no prazo máximo de seis meses. A resolución pola que se acorde a recuperación posesoria é inmediatamente executiva.

Isabel Torralba Mena  
Letrado da Xunta de Galicia

#### **BIBLIOGRAFÍA**

- Lei 5/2011, de 30 de setembro, do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia (DOG nº 203; luns, 24 de outubro de 2011; base de datos: westlawinsignis).
- *"El Régimen Jurídico General del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre"*. Director: Juan Francisco MESTRE DOGADO. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley). Grupo Wolters Kluwer. 2ª Edición, 2010.
- *"Principios de derecho Administrativo General. Volumen Segundo"*. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR. Editorial Iustel, Primera Edición, 2004.
- *"EL Patrimonio de las Administraciones Públicas: reflexiones sobre su régimen tributario"*, Gracia María LUCHENA MOZO. Universidad de Castilla-La Mancha CIEF (Colaboración pechada a finais do mes de xuño de 2010). Civitas Revista española de Derecho Financiero num. 149/2011 parte Estudios
- *"Derecho Administrativo. 1º - El fin, los medios y el control" y "2º - Los sujetos, la actividad y los principios"*. David BLANQUER. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010.
- *"Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos"*. Enrique Linde Paniagua. Uned e Editorial Colex. Madrid 2009.

**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 149.1º.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 103.3º 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 adiante, Estatuto Básico).

O Estatuto Básico, segundo indica a súa Exposición de Motivos, establece os principios xerais aplicables ao conxunto das **relacións de emprego público**. Contén aquilo que é común ao conxunto dos funcionarios de todas as Administracións Públicas, máis as normas legais específicas aplicables ao persoal laboral ao seu servizo.

Partindo do principio constitucional de que o réxime xeral do emprego público no noso país é o funcional, reconece e integra a evidencia do papel crecente que no conxunto de Administracións Públicas vén desempeñando a contratación de persoal conforme á lexislación laboral para o desempeño de determinadas tarefas. Nese sentido, o Estatuto sintetiza aquilo que diferencia a quen traballa no sector público administrativo, sexa cal sexa a súa relación contractual, de quen o fai no sector privado.

Continúa sinalando que a organización burocrática tradicional, creada esencialmente para o exercicio de potestades públicas en aplicación das leis e regulamentos, fragmentouse nunha pluralidade de entidades e organismos de moi diverso tipo, dedicadas unhas á prestación de servizos directos á cidadanía e outras ao exercicio de renovadas funcións de regulación e control. Esta diversidade de organizacións contribuíu igualmente á heteroxeneidade actual dos rexímenes de emprego público. A manifestación máis significativa desa tendencia á diversidade vén sendo o recurso por moitas Administracións Públicas á contratación de persoal conforme á lexislación laboral.





Esta dualidade de rexímenes suscita non obstante algúns problemas xurídicos e de xestión de persoal, que non poden deixar de contemplarse e regularse, nos seus aspectos esenciais, por unha lei que aspira a ordenar o sistema de emprego público no seu conxunto. Por iso, sen merma da aplicación da lexislación laboral xeral no que proceda e seguindo as recomendacións dos expertos, convén regular no mesmo texto legal que articula a lexislación básica do Estado sobre a función pública aquelas peculiaridades da relación laboral de emprego público. O Estatuto Básico contén pois tamén as normas que configuran esta relación laboral de emprego público, en virtude da competencia que lle atribúe ao Estado o artigo 149.1º.7) da Constitución Española.

**Ata a entrada en vigor do Estatuto Básico**, a situación a nivel normativo era a seguinte:

- o **A Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública**, que establece no seu artigo 1.3º que se considerarán 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 149.1º.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 1.5º 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 1.3º, esta lei é de aplicación supletoria no resto do seu articulado.
- o **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 2.3º.
- o **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 dela dependentes, así como das súas Asembleas Lexislativas e órganos institucionais (artigo 2.b).
- o 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 ás mesmas 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 do 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 ata ese momento vixentes. Así, a súa disposición derogatoria única establece que quedan derogadas co alcance establecido na disposición final cuarta as seguintes disposicións:

- o **Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública:** parte do seu articulado. En concreto, quedan derogados os artigos que o artigo 1.3º da Lei 30/1984 considera bases do réxime estatutario dos funcionarios públicos ditados ao abeiro do artigo 149.1º18) da Constitución Española.
- o **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.
- o **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, agás o artigo 7, e coa excepción prevista na disposición transitoria quinta do Estatuto Básico, que se refire ao procedemento electoral.

Na súa **Exposición de Motivos**, o Estatuto Básico fai unha referencia aos artigos 103.3º e 149.1º.18) da Constitución, e sinala que, pese a estas previsións constitucionais, non se aprobou ata a data unha lei xeral do Estado que, en cumprimento delas, regule dunha maneira completa as bases do dito réxime estatutario. Esta carencia explícase sobre todo pola dificultade que entraña abordar unha reforma lexislativa do sistema de emprego público de alcance xeral, habida conta da diversidade de Administracións e de sectores, de grupos e categorías de funcionarios aos que está chamada a aplicarse, xa sexa de maneira directa ou, cando menos, supletoria.

Despois da Constitución viron a luz reformas do réxime legal dos empregados públicos. A dispersión da lexislación básica en varios textos aconsellaba dende hai tempo a súa refundición no marco dun modelo

coordinado para as políticas de persoal, tendo en conta ademais a profunda transformación que sufriron as Administracións Públicas dende a lexislación dos anos oitenta.

O Estatuto Básico do Empregado Público conta con 11 disposicións adicionais, 8 disposicións transitorias, 1 disposición derogatoria e 4 disposicións finais, e ten a seguinte **estrutura**:

- o Título I: Obxecto e ámbito de aplicación (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto): artigos 1 a 7.
- o Título II: Clases de persoal ao servizo das Administracións Públicas (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto): artigos 8 a 13.
  - o Subtítulo I: Persoal directivo.
- o Título III: Dereitos e deberes. Código de conduta dos empregados públicos: artigos 14 a 54.
  - o Capítulo I: Dereitos dos empregados públicos (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).
  - o Capítulo II: Dereito á carreira profesional e á promoción interna. A avaliación do rendemento (producirá efectos a partir da entrada en vigor das Leis de Función Pública que se diten en desenvolvemento deste Estatuto).
  - o Capítulo III: Dereitos retributivos (producirá efectos a partir da entrada en vigor das Leis de Función Pública que se diten en desenvolvemento deste Estatuto, agás o artigo 25.2º, aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).
  - o Capítulo IV: Dereito á negociación colectiva, representación e participación institucional. Dereito de reunión (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).
  - o Capítulo V: Dereito á xornada de traballo, permisos e vacacións (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).
  - o Capítulo VI: Deberes dos empregados públicos. Código de conduta (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).
- o Título IV: Adquisición e perda da relación de servizo: artigos 55 a 68.
  - o Capítulo I: Acceso ao emprego público e adquisición da relación de servizo (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).
  - o Capítulo II: Perda da relación de servizo (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).
- o Título V: Ordenación da actividade profesional: artigos 69 a 84.
  - o Capítulo I: Planificación de recursos humanos (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).
  - o Capítulo II: Estruturação do emprego público (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).
  - o 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).



- o Título VI: Situacións administrativas (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto): artigos 85 a 92.
- o Título VII: Réxime disciplinario (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto): artigos 93 a 98.
- o 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 final primeira, dítanse ao abeiro dos seguintes artigos da Constitución: 149.1º.18), constituíndo aquelas bases do réxime estatutario dos funcionarios; 149.1º.7), polo que se refire á lexislación laboral; e 149.1º.13 ), bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica.

E na súa disposición final 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 final cuarta, fixouse no prazo dun mes a partir da súa publicación no Boletín Oficial do Estado. Sen embargo, a entrada en vigor de parte do seu articulado diferiuse ata a aprobación das leis de función pública das Administracións Públicas que se diten en desenvolvemento del. Ata 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 tanto non se opoñan ao establecido nel.

Como sinala o Estatuto Básico na súa Exposición de Motivos, o réxime da función pública non pode configurarse hoxe sobre a base dun sistema homoxéneo que teña como modelo único de referencia á Administración do Estado. Pola contra, **cada Administración debe poder configurar a súa propia política de persoal**, sen merma dos **necesarios elementos de cohesión e dos instrumentos de coordinación conseguintes**. Polo tanto, a densidade da lexislación básica en materia de función pública debe reducirse hoxe en día, en comparación con épocas pasadas, tendo en conta en todo caso as determinacións dos Estatutos de Autonomía e a doutrina establecida polo Tribunal Constitucional.

## **2. RÉXIME LEGAL E COMPETENCIAS DA XUNTA DE GALICIA**

O marco xurídico no 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 a favor do Estado no artigo 149.1º.18), sinalado antes, así como do artigo 103.3º do texto constitucional.

En consonancia con esta reserva constitucional, o artigo 28.1º da **Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, do Estatuto de Autonomía de Galicia**, establece que *“é competencia da Comunidade Autónoma galega o desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación do Estado no termos que a mesma 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:

- Texto Refundido da Lei da función pública de Galicia, aprobado polo Decreto lexislativo 1/2008, do 13 de marzo (en adiante, Lei da Función Pública de Galicia)
- Lei 2/2007, do 28 de marzo, do traballo en igualdade das mulleres de Galicia
- Lei 7/2004, do 16 de xullo, galega para a igualdade de mulleres e homes
- 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
- Decreto 93/1991, do 20 de marzo, polo que se aproba o regulamento de provisión de postos de traballo, promoción profesional e promoción interna
- 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

- Decreto 95/1991, do 20 de marzo, polo que se aproba o regulamento de selección de persoal da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia
- V Convenio Colectivo Único para o persoal laboral da Xunta de Galicia

Ata a aprobación da actual Lei da Función Pública de Galicia, a lei que regulaba esta materia era a **Lei 4/1988, do 26 de maio, da función pública de Galicia**. Esta lei recollía na súa exposición de motivos, que, de acordo co novo concepto da organización territorial do Estado contida no Título VIII da Constitución Española, facíase sentir a necesidade imperiosa de organizar e estruturar a función pública de Galicia. Engadía que esta estrutura debía realizarse dentro do marco sinalado pola Lei 30/1984, de acordo co artigo 149.1º.18) da Constitución Española, respectando o espírito do artigo 103 da mesma, e conforme á capacidade e competencia autoorganizativa da comunidade expresada no artigo 28.1º do Estatuto de Autonomía de Galicia, recoñecendo a escasa marxe que a lexislación estatal lle deixaba á autonomía da comunidade.

Esta lei era a principal norma autonómica reguladora da materia, regulación que foi completada polos regulamentos de desenvolvemento da mesma do ano 1991, xa citados. Non obstante, a Lei 4/1988 sufriu numerosas modificacións por distintas normas como a Lei 4/1991, a Lei 8/1992, a Lei 3/1995, e as sucesivas leis de acompañamento aos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia.

A última modificación da Lei 4/1988 foi a realizada pola Lei 13/2007, do 27 de xullo (Diario Oficial de Galicia núm. 165, do 27 de agosto de 2007). Na súa disposición derradeira primeira establecíase que o Goberno, no prazo de seis meses a partir da entrada en vigor desta lei, aprobaría un decreto lexislativo no que se procedería a refundir a normativa de rango legal vixente en materia de función pública, para o que se formularía un texto único que recollese as sucesivas modificacións habidas desde a publicación da Lei 4/1988.

En uso da dita autorización, polo **Decreto lexislativo 1/2008, do 13 de marzo, aprobouse o Texto Refundido da Lei da Función Pública de Galicia** (Diario Oficial de Galicia núm. 114, do 13 de xuño de 2008). A autorización non incluía a facultade de regularizar, aclarar e harmonizar os textos legais que debían ser refundidos. En consecuencia, o texto refundido incorpora ao texto inicial da Lei 4/1988 as modificacións sufridas dende a súa entrada en vigor, así como algunhas actualizacións terminolóxicas e correccións gramaticais que non inciden no fondo da disposición.

Esta norma ten un artigo único (no que se aproba o texto refundido da Lei da función pública de Galicia), unha disposición adicional (relativa ás remisións normativas á Lei 4/1988), unha disposición derradeira (na que se establece que entrará en vigor o día seguinte ao da súa publicación no

Diario Oficial de Galicia), e unha disposición derogatoria (na que, entre outras, se derroga a Lei 4/1988).

O Texto Refundido da Lei da Función Pública de Galicia ten 21 disposicións adicionais, 15 disposicións transitorias e 1 disposición derradeira, e a seguinte **estrutura**:

- Título I: Obxecto e ámbito de aplicación (artigos 1 a 4).
- Título II: Persoal ao servizo da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia (artigos 5 a 11).
- Título III: Órganos da función pública (artigos 12 a 20).
- Título IV: Organización da función pública (artigos 21 a 46).
  - o Capítulo I: Corpos de persoal funcionario.
  - o Capítulo II: O rexistro de persoal.
  - o Capítulo III: Relación de postos de traballo, provisión, plans de emprego e oferta de emprego público.
  - o Capítulo IV: O acceso á función pública.
  - o Capítulo V: Mobilidade do persoal funcionario das diversas Administracións Públicas.
- Título V: Réxime xurídico da función pública (artigos 47 a 79).
  - o Capítulo I: Adquisición e perda da condición de funcionaria ou funcionario.
  - o Capítulo II: Situacións administrativas.
  - o Capítulo III: A carreira administrativa.
  - o Capítulo IV: Réxime retributivo.
  - o Capítulo V: Licenzas, vacacións e permisos.
  - o Capítulo VI: Seguridade Social.

Sinala no seu **artigo 1** que ten por **obxecto** ordenar e regular todo o persoal ao servizo da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, en desenvolvemento do seu Estatuto de Autonomía e no marco da lexislación básica do Estado.

E no seu **artigo 3** dispón que lle é **aplicable** a todo o persoal ao servizo da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia e dos seus organismos autónomos, sinalando que o persoal laboral se rexerá pola lexislación laboral e polos preceptos desta lei que lle sexan aplicables.

Así mesmo, sinala que, no que non estea reservado á lexislación do Estado, aplicaráselle esta lei ao persoal da Administración Local. Ao persoal que está ao servizo do Parlamento de Galicia, regulado polo seu estatuto de persoal previsto no Regulamento da Cámara, así como ao adscrito a órganos creados e dependentes do Parlamento, aplicaráselle con carácter supletorio esta lei. Queda excluído do seu ámbito de aplicación o persoal do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. Esta lei e a súa normativa de



desenvolvemento seralle de aplicación supletoria ao persoal de administración e servizos das universidades galegas.

As modificacións sufridas por esta lei foron as realizadas pola Lei 2/2009, do 23 de xuño (Diario Oficial de Galicia núm. 122, do 24 de xuño de 2009), que afecta ao artigo 35, e pola Lei 15/2010, do 28 de decembro, de medidas fiscais e administrativas (Diario Oficial de Galicia núm. 250, do 30 de decembro de 2010).

Pola súa banda, 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**:

- Capítulo I: Ámbito do convenio (artigos 1 e 2).
- Capítulo II: Órgano de vixilancia (artigo 3).
- Capítulo III: Estabilidade no emprego e incompatibilidades (artigos 4 e 5).
- Capítulo IV: Provisión de vacantes e acceso á condición de persoal laboral (artigos 6 a 14).
- Capítulo V: Organización e dirección do traballo (artigos 15 a 17).
- Capítulo VI: Xornada, horario de traballo, descanso e vacacións (artigos 18 a 20).
- Capítulo VII: Licenzas e excedencias (artigos 21 a 24).
- Capítulo VIII: Condicións económicas (artigos 25 a 30).
- Capítulo IX: Beneficios sociais (artigos 31 a 38).
- Capítulo X: Seguridade e hixiene (artigos 39 a 42).
- Capítulo XI: Mobilidade (artigo 43).
- Capítulo XII: Dereitos sindicais (artigos 44 a 46).
- 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 dende a súa entrada en vigor) as clases de persoal ao servizo das Administracións Públicas. No seu artigo 8 considera **empregados públicos** aos que desempeñen funcións retribuídas nas Administracións Públicas ao servizo dos intereses xerais, e clasifícaa en:

- o Funcionarios de carreira.
- o Funcionarios interinos.
- o Persoal laboral, xa sexa fixo, por tempo indefinido ou temporal.
- o Persoal eventual.

Pola súa banda, a Lei da Función Pública de Galicia clasifica no seu artigo 5 ao **persoal ao servizo da Administración Pública da Comunidade Autónoma de Galicia** cunha denominación moi similar:

- o Persoal funcionario.
- o Persoal eventual.
- o Persoal interino.
- o Persoal laboral.

#### **3.1. Funcionarios de carreira**

De acordo co Estatuto Básico (artigo 9), son **funcionarios de carreira** os 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 corresponden exclusivamente aos funcionarios públicos, nos termos que na lei de desenvolvemento de cada Administración Pública se estableza.

A Lei da Función Pública de Galicia (artigo 6) define ao **persoal funcionario** como aquel que, en virtude de nomeamento legal, estea



incorporado á Administración da Comunidade Autónoma de Galicia mediante relación profesional de carácter permanente regulada estatutariamente e suxeita a dereito público, ocupe prazas dotadas nos Presupostos da Comunidade ou se encontre nalgunha das situacións administrativas previstas nesta lei.

### **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:

- o A existencia de prazas vacantes cando non sexa posible a súa cobertura por funcionarios de carreira.
- o A substitución transitoria dos titulares.
- o A execución de programas de carácter temporal.
- o O exceso ou acumulación de tarefas por prazo máximo de seis meses, dentro dun período de doce meses.

A selección de funcionarios interinos haberá de realizarse 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 axeitado á natureza da súa condición, o réxime xeral dos funcionarios de carreira.

A Lei da Función Pública de Galicia dispón no seu artigo 8 que é **persoal interino** o que, con carácter transitorio, por razóns de necesidade ou de urxencia, debidamente xustificada e emitido o informe preceptivo pola Comisión de Persoal, é nomeado para prestar servizos en prazas e postos de traballo vacantes reservados aos funcionarios e dotados presupostariamente, mentres non sexan ocupados por aqueles.

A Lei 13/2007, do 27 de xullo, modificou a antiga Lei 4/1988, do 26 de maio, da Función Pública de Galicia, engadindo un novo parágrafo que se mantén no actual texto refundido, e no que se dispón que por mor da acumulación de tarefas reservadas a persoal funcionario, con carácter excepcional e logo de informe favorable das consellerías competentes en materia de función pública e economía, poderase nomear persoal funcionario interino sen adscrición a praza dotada orzamentariamente. Os nomeamentos durarán un máximo de seis meses dentro dun período

máximo de doce. No caso das administracións públicas distintas da autonómica, o informe favorable previo corresponderalles aos seus órganos competentes.

Os nomeamentos por esta causa non poderán superar, en ningún caso, o 20% do total do persoal funcionario do centro directivo, nin o 3% do persoal funcionario da Xunta de Galicia.

### **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 actual artigo 10 da Lei da Función Pública de Galicia incorpora a modificación efectuada na antiga Lei 4/1988, do 26 de maio, pola Lei 13/2007, do 27 de xullo, e establece que é **persoal laboral** aquel que, en virtude de contrato de natureza laboral, que se deberá formalizar, en todo caso, por escrito, ocupe postos de traballo destinados a persoal desta natureza ou ben, con carácter excepcional, postos reservados a persoal funcionario.

A Lei 15/2010, do 28 de decembro, modifica o punto 2º deste artigo 10, que indica que a selección do persoal laboral se efectuará de acordo coa oferta de emprego público, mediante convocatoria pública e a través do sistema de oposición, de concurso ou de concurso-oposición libre, na que se garantan, en todo caso, os principios constitucionais de igualdade, mérito, capacidade e publicidade, sen prexuízo do disposto na alínea 1 do artigo 37 da Lei 7/2004, do 16 de xullo, para a igualdade de mulleres e homes (relativo aos casos de infrarrepresentación do sexo feminino). Engade que, cando o sistema de acceso sexa o de concurso, nas convocatorias establecerase unha puntuación mínima para superalo. En ningún caso o número de seleccionados poderá exceder o número de prazas convocadas.

A modificación efectuada no seu día pola Lei 13/2007 á Lei 4/1988 engadiu neste parágrafo como sistema de selección a oposición.

Non obstante, dentro do ámbito da negociación colectiva, o artigo 8 do V Convenio Colectivo Único para o Persoal Laboral da Xunta de Galicia sinala que o acceso ás distintas categorías de persoal laboral fixo da Xunta de Galicia realizarase, logo de convocatoria pública realizada para o efecto, mediante concurso-oposición. O órgano competente para convocar as probas de acceso será a consellería competente en materia de función pública.

A 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, citada antes, deulle unha nova redacción ao artigo 8.3º, que queda coa seguinte redacción: *“O órgano competente para convocar as probas de acceso será a consellería competente en materia de función pública; as bases das convocatorias negociaranse no órgano competente oída/as a/s proposta/s do grupo de traballo técnico.”*

O artigo 10 da Lei da Función Pública de Galicia continúa sinalando que para a realización de traballos de carácter temporal e conxuntural, no caso de vacante ou por razóns de necesidade ou urxencia, que deberán ser debidamente motivadas, poderase contratar persoal laboral de carácter non permanente de conformidade coa lexislación laboral vixente. O contrato deberase formalizar necesariamente por escrito.

E no seu artigo 11 dispón que nin a prestación de servizos en réxime interino nin a contratación de persoal temporal constituirán mérito preferente para o acceso á condición de funcionario ou de persoal laboral fixo, respectivamente. Non obstante, o tempo de servizos prestados poderá ser computado nos supostos de concurso-oposición e sempre que os servizos correspondan ás prazas convocadas.

### **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, sendo 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 dispoñer deste tipo de persoal. O número máximo establecerase polos respectivos órganos de goberno. Este número e as condicións retributivas serán públicas.

O nomeamento e cesamento serán libres. En todo caso o cesamento terá lugar cando se produza o da autoridade á que lle 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 axeitado á natureza da súa condición, o réxime xeral dos funcionarios de carreira.

A Lei da Función Pública de Galicia, no seu artigo 7, incorpora o texto da Lei 4/1988, do 26 de maio, logo da modificación efectuada pola Lei 13/2007, do 27 de xullo. Esta modificación inclúe que a consellería competente en materia de función pública levará un rexistro público no cal figuren as titulacións académicas e as remuneracións percibidas polo **persoal eventual**.

O artigo 7 establece que é persoal eventual aquel que, en virtude de libre nomeamento das persoas membros do Consello de Goberno da comunidade autónoma e con carácter non permanente, ocupa un posto de traballo expresamente cualificado de confianza ou de asesoramento especial, que non estea reservado a persoal funcionario e que figure nas correspondentes relacións de postos de traballo.

O persoal eventual realiza tarefas de confianza e asesoramento especial, particularmente de apoio ao desenvolvemento polos membros do Consello de Goberno do seu labor político, así como para o cumprimento das súas tarefas de carácter parlamentario e de relación coas institucións e as organizacións administrativas. Non poderá adoptar, en ningún caso, resolucións que lles correspondan legalmente aos órganos da Administración da Comunidade Autónoma ou das organizacións a ela adscritas.

A prestación de servizos en calidade de persoal eventual nunca poderá ser considerada como mérito para o acceso á condición de persoal funcionario, de persoal interino ou laboral nin tampouco para a promoción interna.

### **Persoal directivo**

Á marxe da clasificación dos empregados públicos, o Estatuto Básico regula no Subtítulo I deste Título II ao **persoal directivo**, sinalando 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:

- o É persoal directivo o que desenvolve funcións directivas profesionais nas Administracións Públicas, definidas como tales nas normas específicas de cada Administración.
- o A súa designación atenderá aos principios de mérito e capacidade e a criterios de idoneidade, e realizarase mediante procedementos que garanten a publicidade e concorrência.

- o O persoal directivo estará suxeito a avaliación de acordo cos criterios de eficacia e eficiencia, responsabilidade pola súa xestión e control de resultados en relación cos obxectivos que lles foran fixados.
- o 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.

Pola súa banda, a disposición adicional décimo novena da Lei da Función Pública de Galicia recolle que o persoal funcionario ou estatutario que acceda ao desempeño de postos directivos, será declarado no seu posto de orixe na situación administrativa de servizos especiais. O desempeño dos servizos prestados nos citados postos será computado para os procesos de selección e provisión como prestados na praza de orixe, así como para os efectos de trienios e determinación do grao de desenvolvemento profesional.

## **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 23.2º e 103.3º, o **Estatuto Básico** regula no Capítulo I do Título IV (aplicable dende a entrada en vigor do Estatuto) o acceso ao emprego público e a adquisición da relación de servizo.

Comeza este capítulo sinalando que todos os cidadáns teñen dereito ao acceso ao emprego público de acordo cos principios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade. Engade que as Administracións Públicas, entidades e organismos aos que lles é de aplicación esta norma seleccionarán ao seu persoal funcionario e laboral mediante procedementos nos que se garantan os **principios** constitucionais sinalados, así como os seguintes:

- Publicidade das convocatorias e das súas bases.
- Transparencia.
- Imparcialidade e profesionalidade dos membros dos órganos de selección.
- Independencia e discrecionalidade técnica na actuación dos órganos de selección.
- Adecuación entre o contido dos procesos selectivos e as funcións ou tarefas a desenvolver.
- Axilidade, sen prexuízo da obxectividade, nos procesos de selección.

A continuación, regúlanse os requisitos xerais, o acceso de nacionais doutros Estados, de funcionarios españois de Organismos Internacionais e de persoas con discapacidade, así como os órganos de selección.

Unha das principais novidades que introduce este Estatuto Básico respecto dos requisitos de acceso é o relativo á idade, xa que a idade mínima para poder participar nos procesos selectivos sitúase nos dezaseis anos.

Continúa coa regulación dos sistemas selectivos, respecto dos cales o artigo 61 dispón que terán carácter aberto e garantirán a libre concorrência, sen prexuízo do establecido para a promoción interna e das medidas de discriminación positiva previstas neste Estatuto. Os órganos de selección velarán polo cumprimento do principio de igualdade de oportunidades entres sexos.

Finalmente, en relación coa **adquisición da condición de funcionario de carreira**, o artigo 62 do Estatuto Básico prevé o cumprimento sucesivo dos seguintes requisitos:

- o Superación do proceso selectivo.
- o Nomeamento polo órgano ou autoridade competente, que será publicado no Diario Oficial correspondente.
- o Acto de acatamento da Constitución e, no seu caso, do Estatuto de Autonomía correspondente e do resto do ordenamento xurídico.
- o Tomar posesión dentro do prazo que se estableza.

Pola súa parte, a **Lei da Función Pública de Galicia** adica o Capítulo IV do seu Título IV ao acceso á función pública. Nel regúlanse temas como os requisitos de participación nas probas selectivas, as convocatorias, as probas selectivas, os tribunais ou os programas. Hai que ter en conta que o artigo 38.2º, relativo á valoración de méritos nos procesos selectivos, foi obxecto de modificación pola Lei 15/2010, do 28 de decembro.

O desenvolvemento da lei nesta materia realizouse a través do **Decreto 95/1991**, do 20 de marzo, polo que se aproba o regulamento de selección de persoal da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia.

A Lei da Función Pública de Galicia regula nos artigos 36 e seguintes os sistemas de acceso. Sinala que o acceso á función pública e aos seus corpos ou escalas realizarase mediante concurso, oposición ou concurso-oposición libre, convocados publicamente e baseados nos principios de igualdade, mérito e capacidade, sen prexuízo do que sobre a carreira administrativa se dispón nesta lei. Na convocatoria cumprirá ter en conta o mandado do artigo 37 da Lei 7/2004, do 16 de xullo, para a igualdade de mulleres e homes (relativo ás actuacións especiais en casos de infrarrepresentación).

E no artigo 43 dispón que, cando a convocatoria o estableza e unha vez aprobadas as probas selectivas, as persoas aspirantes ao ingreso na función pública deberán superar un **curso de selección ou formación** na Escola Galega de Administración Pública adaptado á natureza de cada corpo ou escala ou un período de prácticas nunha unidade administrativa. Durante este período serán nomeados funcionarias e funcionarios en prácticas cos dereitos económicos que se sinalen, e o tempo que permanezan nesta situación computaráselles para todos os efectos.

Ademais, tendo en conta a cooficialidade lingüística da nosa comunidade autónoma, e respecto do **coñecemento da lingua galega**, o Texto Refundido da Lei da Función Pública de Galicia foi obxecto de modificación no seu artigo 35 pola Lei 2/2009, do 23 de xuño (Diario Oficial de Galicia núm. 122, do 24 de xuño de 2009).

En canto aos **tribunais ou órganos de selección**, as súa regulación atópase no artigo 34.2º, que sinala que na súa composición debe atenderse ao artigo 36 da Lei 7/2004, do 16 de xullo, para a igualdade de mulleres e homes (relativo á composición paritaria dos tribunais).

En canto ao **acceso ao emprego público das persoas con discapacidade**, o artigo 33.2º sinala que nas convocatorias se terán en conta as condicións especiais de ingreso das persoas con discapacidade na función pública. Esta regulación complétase coas previsións da disposición adicional sétima. A nivel estatal, o Real decreto 2271/2004, do 3 de decembro, regula o acceso ao emprego público e a provisión de postos de traballo das persoas con discapacidade.

En relación coa **adquisición da condición de funcionario de carreira**, a Lei da Función Pública de Galicia dispón no seu artigo 47 que se produce polo cumprimento dos seguintes requisitos:

- Superar as probas selectivas ou os cursos de selección ou formación que sexan procedentes.
- Nomeamento conferido pola autoridade competente e publicado no Diario Oficial de Galicia.  
Neste punto hai que ter en conta o disposto no artigo 14.2.9. da Lei da Función Pública de Galicia, que sinala que lle corresponde ao titular da consellería competente en materia de función pública nomear ao persoal funcionario e interino, así como expedir os correspondentes títulos, agás persoal docente, investigador ou sanitario.
- Xurar ou prometer fidelidade á Constitución, ao Estatuto de Autonomía de Galicia e obediencia ás leis, así como desempeñar con imparcialidade o exercicio da función pública.



- Tomar posesión no prazo dun mes a partir da publicación do nomeamento.  
Este é o momento que fai nacer a condición de funcionario, é a data a partir da cal produce efectos o nomeamento.

Polo que respecta ao **persoal laboral**, o artigo 8 do **V Convenio Colectivo Único para o Persoal Laboral da Xunta de Galicia** sinala que o acceso ás distintas categorías de persoal laboral fixo da Xunta de Galicia realizarase, logo de convocatoria pública realizada para o efecto, mediante concurso-oposición.

Neste punto, hai que salientar que a 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), citada antes, dou a seguinte redacción ao artigo 8.3º: *“O órgano competente para convocar as probas de acceso será a consellería competente en materia de función pública; as bases das convocatorias negociaranse no órgano competente oída/as a/s proposta/s do grupo de traballo técnico.”*

En canto ás **convocatorias**, no artigo 10 recolle unha serie de extremos que hai que incluír, eliminando do contido mínimo a composición do tribunal (recollida no IV Convenio Colectivo Único).

Conforme co artigo 12, concluído o proceso selectivo, o tribunal remitiralle ao órgano convocante a **proposta de aspirantes** que o superaron para proceder ao seu nomeamento, que a elevará a definitiva e a publicará no Diario Oficial de Galicia. A continuación, abrírase un prazo de 20 días para presentar a **documentación** acreditativa de cumprir os requisitos esixidos na convocatoria.

Rematado o prazo, o órgano convocante resolverá o seu **nomeamento** como persoal laboral da Xunta de Galicia, publicándose a dita resolución no DOG.

O prazo para a **toma de posesión** é dun mes (artigo 13).

Así mesmo, o artigo 14 prevé un **período de proba**: tres meses (categorías dos grupos I e II), dous meses (categorías do grupo III), e un mes (categorías dos grupos IV e V). Durante o período de proba a traballadora ou o traballador terá os mesmos dereitos e obrigas que o persoal fixo do cadro de persoal da súa mesma categoría profesional, agás os derivados da resolución da relación laboral, que se poderá producir por



petición de calquera das partes durante o seu transcurso. As situacións de IT interrompen o período de proba. En caso de non superación do dito período de proba, a Administración notificarallo á traballadora ou ao traballador por escrito motivado, dando coñecemento ao comité de empresa ou ás delegadas ou delegados de persoal. A rescisión durante este período non dará dereito a indemnización ningunha.

#### **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. O artigo 63 recolle as *causas de perda da condición de funcionario de carreira*:

- o A renuncia á condición de funcionario.
- o A perda da nacionalidade.
- o A xubilación total do funcionario.
- o A sanción disciplinaria de separación do servizo que tivera carácter firme.
- o A pena principal ou accesoria de inhabilitación absoluta ou especial para cargo público que tivera carácter firme.

A *renuncia* voluntaria á condición de funcionario haberá de ser manifestada por escrito e será aceptada expresamente pola Administración. Non poderá ser aceptada a renuncia cando o funcionario estea suxeito a expediente disciplinario ou fose ditado na súa contra auto de procesamento ou de apertura de xuízo oral pola comisión dalgún delito. A renuncia á condición de funcionario non inhabilita para ingresar de novo na Administración Pública a través do procedemento de selección establecido (artigo 64).

A *perda da nacionalidade* española ou a de calquera outro Estado membro da Unión Europea ou a daqueles Estados aos que, en virtude de tratados internacionais celebrados pola Unión Europea e ratificados por España, lles sexa de aplicación a libre circulación de traballadores, que fora tida en conta para o nomeamento, determinará a perda da condición de funcionario agás que simultaneamente se adquira a nacionalidade dalgún dos ditos Estados (artigo 65).

A *pena principal ou accesoria de inhabilitación absoluta* cando adquirise firmeza a sentenza que a impoña produce a perda da condición de funcionario respecto de todos os empregos ou cargos que tivese. A *pena principal ou accesoria de inhabilitación especial* cando adquirise firmeza a sentenza que a impoña produce a perda da condición de funcionario respecto daqueles empregos ou cargos especificados na sentenza (artigo 66).

O artigo 67 regula a *xubilación* dos funcionarios, que poderá ser:

- o *Voluntaria*, a solicitude do funcionario. Procederá sempre que o interesado reúna os requisitos e condicións establecidos no réxime de Seguridade Social que lle sexa aplicable. Por lei das Cortes Xerais, con carácter excepcional e no marco da planificación dos recursos humanos, poderanse establecer condicións especiais das xubilacións voluntaria e parcial.
- o *Forzosa*, ao cumprir a idade legalmente establecida (os sesenta e cinco anos de idade). Non obstante, nos termos das leis de función pública que de diten en desenvolvemento do Estatuto, poderase solicitar a prolongación da permanencia no servizo activo como máximo ata que se cumpra setenta anos de idade. A Administración Pública competente deberá resolver de forma motivada a aceptación ou denegación da prolongación.
- o 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 incapacidade permanente total en relación co exercicio das funcións do seu corpo ou escala.
- o *Parcial*, a solicitude do interesado. Procederá sempre que o interesado reúna os requisitos e condicións establecidos no réxime de Seguridade Social que lle sexa aplicable.

O artigo 68 regula a *rehabilitación da condición de funcionario*, establecendo que, en caso de extinción da relación de servizos como consecuencia de perda da nacionalidade ou xubilación por incapacidade permanente para o servizo, o interesado, unha vez desaparecida a causa obxectiva que a motivou, poderá solicitar a rehabilitación da súa condición de funcionario, que lle será concedida.

Os órganos de goberno das Administracións Públicas poderán conceder, con carácter excepcional, a rehabilitación, a petición do interesado, de quen perdera a condición de funcionario por ter sido condenado á pena principal ou accesoria de inhabilitación, atendendo ás circunstancias e entidade do delito cometido. Se transcorrido o prazo para ditar a resolución, non se producise de forma expresa, entenderase desestimada a solicitude.

Pola súa banda, a **Lei da Función Pública de Galicia** sinala no seu artigo 48 que a condición de funcionario pérdese por algunha das causas seguintes:

- o Renuncia expresa, que non inhabilita para novo ingreso na función pública.
- o Separación do servizo, por resolución firme recaída en expediente disciplinario ou inhabilitación absoluta ou especial para cargo público acordada como pena principal ou accesoria en sentenza xudicial de carácter definitivo.

- o Perda da nacionalidade española, tendo en conta, non obstante, a Lei 17/1993, do 23 de decembro, sobre o acceso a determinados sectores da función pública da poboación nacional dos demais Estados membros da Unión Europea.
- o Xubilación forzosa (regulada no artigo 49) ou voluntaria (regulada no artigo 50).

A Lei 13/2007, que modificou a antiga Lei 4/1988, suprimiu o número 5 deste artigo, que recollía como causa de perda da condición de funcionario a falta de petición de reingreso ao servizo activo dentro do período de excedencia voluntaria por interese particular.

A Lei 15/2010, do 28 de decembro, engade á Lei da Función Pública de Galicia un novo artigo 50.bis), que indica que nos casos de extinción da relación de servizo como consecuencia de perda da nacionalidade ou de xubilación por incapacidade permanente para o servizo, a persoa interesada, unha vez desaparecida a causa obxectiva que a motivou, pode solicitar a rehabilitación da súa condición de persoal funcionario, que lle será concedida.

Continúa sinalando que, se a rehabilitación se producise antes de que transcorresen dous anos desde a extinción da relación de servizo como consecuencia de xubilación por incapacidade permanente para o servizo, o persoal funcionario reincorporarase ao último posto de traballo que ocupase con carácter definitivo, o que lle quedará reservado durante ese período de tempo.

Finaliza indicando que o Consello da Xunta de Galicia, logo do informe favorable da Asesoría Xurídica e oída a comisión de persoal, poderá conceder de forma motivada, con carácter excepcional e por solicitude da persoa interesada, a rehabilitación de quen perdese a condición de persoal funcionario por condena á pena principal ou accesoria de inhabilitación, atendendo ás circunstancias e á entidade do delito cometido. Se a resolución non se ditase de forma expresa nin se lle notificase á persoa interesada no prazo de tres meses, a solicitude de rehabilitación poderase entender desestimada.

## **5. RÉXIME DISCIPLINARIO**

A **responsabilidade disciplinaria** é aquela que se desenvolve no interior da relación de servizo e en garantía do cumprimento dos deberes e obrigas do funcionario, con sancións que inciden, unicamente, nos seus dereitos. O Tribunal Constitucional ten manifestado que lle son aplicables ao procedemento polo que se esixe a responsabilidade disciplinaria os principios inspiradores da orde penal, se ben con matizacións, de legalidade e tipicidade.

### **5.1. Regulación estatal**

O Título VII do **Estatuto Básico** regula o réxime disciplinario. Este título é aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto.

No artigo 93 dispónse que os funcionarios públicos e o persoal laboral quedan suxeitos ao réxime disciplinario establecido neste título e nas normas que as leis de función pública diten en desenvolvemento deste Estatuto.

Os funcionarios públicos ou o persoal laboral que induciran a outros á realización de actos ou condutas constitutivos de falta disciplinaria incorrerán na mesma responsabilidade que estes. Igualmente incorrerán en responsabilidade os funcionarios públicos ou persoal laboral que encubran as faltas consumadas moi graves ou graves, cando dos ditos actos se derive dano grave para a Administración ou os cidadáns.

O réxime disciplinario do persoal laboral rexerase, no non previsto neste título, pola lexislación laboral.

O artigo 94 sinala que as Administracións Públicas corrixirán disciplinariamente as infraccións do persoal ao seu servizo cometidas no exercicio das súas funcións e cargos, sen prexuízo da responsabilidade patrimonial ou penal que puidera derivarse de tales infraccións.

A potestade disciplinaria exercerase de acordo cos seguintes principios:

- o Principio de legalidade e tipicidade das faltas e sancións, a través da predeterminación normativa ou, no caso do persoal laboral, dos convenios colectivos.
- o Principio de irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables e de retroactividade das favorables ao presunto infractor.
- o Principio de proporcionalidade, aplicable tanto á clasificación das infraccións e sancións como á súa aplicación.
- o Principio de culpabilidade.
- o Principio de presunción de inocencia.

Cando da instrución dun procedemento disciplinario resulte a existencia de indicios fundados de criminalidade, suspenderase a súa tramitación poñéndoo en coñecemento do Ministerio Fiscal. Os feitos declarados probados por resolucións xudiciais firmes vinculan á Administración.

No artigo 95 clasifícanse as faltas disciplinarias en moi graves, graves e leves, e no artigo 96 recóllense as sancións. O artigo 97 regula a prescrición das faltas e sancións.

De conformidade co establecido na Resolución do 21 de xuño de 2007, da Secretaría Xeral para a Administración Pública, pola que se publican as Instrucións do 5 de xuño de 2007 para a aplicación do Estatuto Básico do Empregado Público no ámbito da Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos, considéranse faltas moi graves do persoal funcionario e do persoal laboral os seguintes supostos non recollidos na actual normativa:

- o O acoso moral, sexual e por razón de sexo.
- o O abandono do servizo, así como non facerse cargo voluntariamente das tarefas ou funcións que teñen encomendadas.
- o A publicación ou utilización indebida da documentación que teñan ou tiveran acceso por razón do seu cargo ou función.
- o O notorio incumprimento das funcións esenciais inherentes ao posto de traballo ou funcións encomendadas.
- o A desobediencia aberta ás ordes ou instrucións dun superior.
- o A prevalencia na condición de empregado público para obter un beneficio indebido para si ou para outro.
- o A incomparecencia inxustificada nas comisións de investigación das Cortes Xerais e das Asembleas Lexislativas das Comunidades Autónomas.
- o O acoso laboral.

Así mesmo, incorpórase o traslado forzoso sen cambio de localidade de residencia como nova sanción disciplinaria.

Modifícanse os prazos de prescrición das faltas: infraccións moi graves (3 anos), graves (2 anos) e leves (6 meses). Fíxanse os prazos de prescrición das sancións: por faltas moi graves (3 anos), graves (2 anos) e leves (1 ano ). Os ditos prazos de prescrición de faltas e sancións aplícanse co carácter de disposición legal de dereito necesario ao persoal laboral.

O cómputo do prazo de prescrición no caso de faltas continuadas iníciase desde o cesamento da súa comisión.

Durante o tempo en que se permaneza en situación de suspensión provisional percibirase a totalidade das retribucións básicas e as prestacións familiares por fillo a cargo. Será obrigatoria a devolución ou restitución do percibido cando a suspensión provisional se eleve a definitiva.

A Resolución do 21 de xuño de 2007, citada antes, recolle expresamente que sigue vixente o regulamento de réxime disciplinario dos funcionarios da Administración Xeral do Estado, aprobado por Real decreto 33/1986, do 10 de xaneiro, así como os convenios colectivos de persoal laboral en todo

o que non resulten incompatibles co disposto no Título VII do Estatuto Básico.

No artigo 98 do Estatuto Básico regúlase o procedemento disciplinario e as medidas provisionais. Comeza sinalando que non poderá impoñerse sanción pola comisión de faltas moi graves ou graves senón mediante o procedemento previamente establecido. A imposición de sancións por faltas leves realizarase por procedemento sumario con audiencia ao interesado.

O procedemento disciplinario que se estableza en desenvolvemento do Estatuto estruturarase atendendo aos principios de eficacia, celeridade e economía procesual, con pleno respecto aos dereitos e garantías de defensa do presunto responsable. No procedemento quedará establecida a debida separación entre a fase instrutora e a sancionadora, encomendándose a órganos distintos.

En canto ás medidas provisionais, establece que cando así estea previsto nas normas que regulen os procedementos sancionadores poderán adoptarse mediante resolución motivada, e co fin de asegurar a eficacia da resolución final que puidera recaer.

O mesmo artigo regula a suspensión provisional, que poderá adoptarse como medida cautelar na tramitación dun expediente disciplinario e que non poderá exceder de 6 meses, salvo en caso de paralización do procedemento imputable ao interesado. Poderá acordarse tamén durante a tramitación dun procedemento xudicial, e manterase polo tempo a que se estenda a prisión provisional ou outras medidas decretadas polo xuíz que determinen a imposibilidade de desempeñar o posto de traballo. Neste caso, se a suspensión provisional excedera de seis meses non suporá perda do posto de traballo. O funcionario suspenso provisional terá dereito a percibir durante a suspensión as retribucións básicas e, se é o caso, as prestacións familiares por fillo a cargo.

Cando a suspensión provisional se eleve a definitiva, o funcionario deberá devolver o percibido durante o tempo de duración desta. Se a suspensión provisional non chegara a converterse en sanción definitiva, a Administración deberá restituír ao funcionario a diferenza entre os haberes realmente percibidos e os que debera percibir se se encontrase con plenitude de dereitos. O tempo de permanencia en suspensión provisional será de aboamento para o cumprimento da suspensión firme. Cando a suspensión non sexa declarada firme, o tempo de duración desta computarase como de servizo activo, debendo acordarse a inmediata reincorporación do funcionario ao seu posto de traballo, con recoñecemento de todos os dereitos económicos e demais que procedan desde a data de suspensión.

## **5.2. Regulación na normativa galega**

A nivel autonómico, a **Lei da Función Pública de Galicia** sinala no seu artigo 79 que se fai extensivo ás persoas funcionarias da Comunidade Autónoma de Galicia o réxime disciplinario establecido pola normativa do Estado. Para tal fin un regulamento disciplinario regulará o procedemento sancionador, no que se terán basicamente en conta os principios de eficacia e garantía.

Na súa virtude, ditouse o **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 nº139, do 20 de xullo).

Constitúe falta administrativa calquera incumprimento dos deberes a que o funcionario está suxeito. As faltas clasifícanse en moi graves, graves e leves.

Os funcionarios que se atopen en situación distinta da de servizo activo poderán incurrir en responsabilidade disciplinaria polas faltas previstas no regulamento que poidan cometer dentro das súas peculiares situacións administrativas. De non ser posible o cumprimento da sanción no momento no que se dite resolución, por encontrarse o funcionario en situación administrativa que o impida, esta farase efectiva cando o cambio de situación o permita, agás que transcorrese o prazo de prescrición. Non poderá esixirse responsabilidade disciplinaria por actos posteriores á perda da condición de funcionario. A perda desta condición non libera de responsabilidade civil ou penal contraída por faltas cometidas durante o tempo no que se mantivo a dita condición.

Poderán impoñerse as seguintes sancións pola comisión de faltas disciplinarias:

- o Separación do servizo, pola comisión de faltas moi graves.
- o Suspensión de funcións, pola comisión de faltas moi graves (non superior a 6 anos nin inferior a 3) ou graves (non excederá de 3 anos).
- o Traslado con cambio de residencia, pola comisión de faltas moi graves (imposibilidade de obter novo destino por ningún procedemento na localidade desde a que foron trasladados durante 3 anos) ou graves (a dita imposibilidade durante 1 ano).
- o Apercibimento, pola comisión de faltas leves.

A prescrición das faltas é a seguinte: 3 anos para as faltas moi graves, 1 ano para as graves, e 1 mes para as leves. O prazo comeza a contarse desde que se cometeu a falta.



En canto ás sancións, a súa prescrición é a seguinte: 3 anos para as sancións por faltas moi graves, 1 ano para as impostas por faltas graves, e 1 mes para as impostas por faltas leves. O prazo comeza a contarse desde o día seguinte a aquel en que adquira firmeza a resolución pola que se impón a sanción, ou desde que se quebrantou o cumprimento da sanción, se xa comezara.

A prescrición interromperase polo comezo do procedemento. Para este efecto, a resolución de incoación do expediente disciplinario deberá ser debidamente rexistrada e volverá a correr o prazo se o expediente permanece paralizado durante máis de seis meses por causa non imputable ao funcionario suxeito ao procedemento.

Non se poderán impoñer sancións por faltas graves ou moi graves máis que en virtude de expediente instruído para o efecto, de acordo co procedemento establecido no regulamento. Para a imposición de sancións por faltas leves non será preceptiva a instrución previa de expediente, agás o trámite de audiencia ao interesado, que deberá realizarse en todo caso.

O procedemento iniciárase sempre de oficio, por acordo motivado do órgano competente, ben por propia iniciativa, ben como consecuencia de orde superior, moción razoada dos subordinados ou denuncia. De producirse por denuncia, deberá comunicárselle o acordo ao denunciante.

Son órganos competentes para ordenar a incoación do expediente disciplinario o secretario xeral de cada consellería e os directores dos organismos autónomos e entes públicos de oficio, ou, se é o caso, por proposta dos delegados provinciais e territoriais con relación aos funcionarios deles dependentes.

Na resolución pola que se incoe o procedemento nomearase un instrutor, que deberá ser un funcionario pertencente a un corpo ou escala de igual ou superior grupo ao do inculpado. Cando a complexidade ou transcendencia dos feitos así o esixan, procederase ao nomeamento dun secretario, que debe ter en todo caso a condición de funcionario.

A incoación do procedemento co nomeamento do instrutor e do secretario notificaráselle ao funcionario suxeito a expediente, así como aos designados para exercer os ditos cargos.

A recusación contra o instrutor e o secretario poderá exercerse desde o momento no que o interesado teña coñecemento de quen son. A abstención e recusación promoveranse ante a autoridade que acordou o nomeamento, que deberá resolver no prazo de tres días.



O instrutor ordenará a práctica de cantas dilixencias sexan adecuadas para a determinación e comprobación dos feitos e en particular de cantas probas poidan conducir ao seu esclarecemento e á determinación das responsabilidades susceptibles de sanción. As primeiras actuacións do instrutor serán recibir declaracións do presunto inculpado e evacuar cantas dilixencias se deduzan da comunicación ou denuncia que motivou a incoación do expediente.

No prazo non superior a un mes, contado desde a incoación do procedemento, o instrutor formulará o correspondente prego de descargos ou proposta de sobresemento. No primeiro caso, incluírá os feitos impugnados, con expresión se é o caso da falta presuntamente cometida e das sancións que poidan impoñerse.

O prego notificaráselle ao inculpado, concedéndolle un prazo de 10 días para que efectúe as alegacións o que estime conveniente e presente cantos documentos considere de interese para a súa defensa. Neste trámite debe, se está interesado, solicitar a práctica das probas. O instrutor poderá acordar a práctica das probas que xulgue oportunas. Para a súa práctica dispónse do prazo de un mes.

Do expediente daráselle vista ao inculpado para que, no prazo de 10 días, alegue o que considere conveniente para a súa defensa e achegue cantos documentos considere de interese.

O instrutor formulará proposta de resolución dentro dos 10 días seguintes, na que fixará con precisión os feitos probados, a valoración xurídica dos feitos, determinando se procede a falta cometida, a responsabilidade do funcionario e a sanción que xulgue procedente. A proposta notificaráselle ao interesado para que no prazo de 10 días alegue ante o instrutor o que considere necesario para a súa defensa.

O expediente completo remitiráselle ao órgano que acordou a incoación do procedemento, o cal o remitirá ao órgano competente para que proceda a ditar resolución, ou lle ordene ao instrutor a práctica das dilixencias que considere necesarias.

A resolución que poña fin ao procedemento disciplinario deberá adoptarse no prazo de 10 días, agás no caso de separación do servizo, e resolverá todas as cuestións xurdidas no expediente. A resolución será motivada, e non se poderán aceptar feitos distintos daqueles que serviron de base ao prego de cargos e á proposta de resolución, sen prexuízo da súa distinta valoración xurídica. O prazo máximo no que deberá ditarse e notificarse a resolución non poderá exceder de seis meses desde a data do acordo de iniciación.

Na resolución deberá determinarse con toda precisión a falta que se considere cometida, sinalando os preceptos en que aparece recollida a clase de falta, o funcionario responsable e a sanción que se impón.

A resolución debe ser notificada ao inculpado, con expresión dos recursos que poden impoñerse, o órgano ante o que deben presentarse e o prazo para interpoñelos.

Son órganos competentes para a imposición das sancións:

- o O Consello da Xunta, a proposta do conselleiro de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, para impoñer a sanción de separación do servizo.
- o Os titulares da consellería na que estea destinado o funcionario, ou os secretarios xerais por delegación daqueles, para impoñer as sancións por faltas graves ou 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 correspóndelle ao conselleiro competente en materia de función pública.
- o Os directores xerais e os delegados provinciais, respecto do persoal dependente deles, para a imposición de sancións por faltas leves.

As sancións disciplinarias executaranse no prazo máximo de un mes, agás que por causas xustificadas se estableza outro distinto na dita resolución. Estas sancións anotaranse no rexistro de persoal, con indicación das faltas que as motivaron. A cancelación destas anotacións producirase de oficio ou por instancia do interesado. As sancións canceladas nunca se computarán para efectos de reincidencia.

En canto á extinción da responsabilidade disciplinaria, prodúcese polo cumprimento da sanción, por morte, por prescripción da falta ou da sanción, por indulto e por amnistía.

Se durante a substanciación do procedemento sancionador se produce a perda da condición de funcionario do inculpado, ditarase unha resolución na que, con invocación da causa, declararase extinguido o procedemento sancionador, sen prexuízo da responsabilidade civil ou penal que lle poida ser esixida, e ordenarase o arquivo das actuacións, agás que por parte interesada se inste a continuación do expediente. Ao mesmo tempo, deixaranse sen efecto cantas medidas de carácter provisional se adoptasen con respecto ao funcionario inculpado.

O réxime disciplinario do **persoal laboral** aparece regulado no **Capítulo XIII do V Convenio colectivo único para o persoal laboral da Xunta de Galicia**.



XUNTA  
DE GALICIA



ESCOLA GALEGA  
DE ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA

Eduarda Varela Castro  
Funcionaria do corpo superior da Administración da Xunta de Galicia

**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 CONDUCTA.**

## **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 adiante, 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.

Tal como sinala a súa Exposición de Motivos, inclúese un listado de dereitos básicos e comúns dos empregados públicos, diferenciando iso si o máis específico dereito dos funcionarios de carreira á inamobilidade na súa condición, que non debe contemplarse como un privilexio corporativo senón como a garantía máis importante da súa imparcialidade. O Estatuto Básico actualiza ese catálogo de dereitos, distinguindo entre os de carácter individual e os dereitos colectivos, e incorporando aos máis tradicionais outros de recente recoñecemento, como os relativos á obxectividade e transparencia dos sistemas de avaliación, ao respecto da súa intimidade persoal, especialmente fronte ao acoso sexual ou moral, e á conciliación da vida persoal, familiar e laboral.

O artigo 14 do Estatuto Básico enumera unha serie de dereitos de carácter individual que os empregados públicos teñen en correspondencia coa natureza xurídica da súa relación de servizo. E no seu artigo 15 o Estatuto Básico regula os dereitos individuais dos empregados públicos exercidos colectivamente.

Hai que salientar que o Estatuto Básico foi obxecto de modificación pola Disposición Final Vixésimo Terceira da Lei 39/2010, do 22 de decembro, de Orzamentos Xerais do Estado para o ano 2011 (Boletín Oficial do Estado núm. 311, do 23 de decembro de 2010). Con efectos do 1 de xaneiro de 2011 e vixencia indefinida, modifícase o Estatuto Básico no sentido de engadir unha nova letra e) ao artigo 49, que recolle o permiso por coidado de fillo menor afectado por cancro ou outra enfermidade grave.

Na **Lei da Función Pública de Galicia**, o Texto Refundido da cal foi aprobado polo Decreto lexislativo 1/2008, do 13 de marzo, (en adiante, Lei da Función Pública de Galicia), non hai nin un título nin un capítulo dedicado aos dereitos dos funcionarios públicos, senón que estes están dispersos polo articulado. O mesmo sucede respecto do persoal laboral co V Convenio Colectivo Único para o persoal laboral da Xunta de Galicia.

A continuación, analizaremos os **dereitos dos empregados públicos**, clasificados polo Estatuto Básico como **individuais e colectivos**. Dentro dos individuais, realizaremos unha diferenciación entre **os que teñen un contido estritamente económico e aqueles que non o teñen**.

## **1. Dereitos individuais de contido económico**

### **1.1. Dereito a percibir as retribucións e as indemnizacións por razón do servizo**

O Estatuto Básico establece no seu artigo 14 o **dereito a percibir as retribucións e as indemnizacións por razón do servizo**, e regula no Capítulo III (que producirá efectos a partir da entrada en vigor das Leis de Función Pública que se diten en desenvolvemento deste Estatuto) do Título III os dereitos retributivos. Este Capítulo comeza sinalando que as contías das retribucións básicas e o incremento das contías globais das retribucións complementarias dos funcionarios, así como o incremento da masa salarial do persoal laboral, deberán reflectirse para cada exercicio presupostario na correspondente lei de orzamentos (artigo 21).

As **retribucións dos funcionarios de carreira**, segundo o artigo 22, clasifícanse en básicas e complementarias. Así mesmo, este artigo sinala que **non se poderá percibir** participación en tributos ou en calquera outro ingreso das Administracións Públicas como contraprestación de calquera servizo, participación ou premio en multas impostas, aínda cando estivesen normativamente atribuídas aos servizos.

As **retribucións básicas** son as que retribúen ao 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 pola súa antigüidade nel. Dentro delas están comprendidas os compoñentes do soldo e trienios das pagas extraordinarias. Segundo o artigo 23, están integradas única e exclusivamente por:

- a) O *soldo* asignado a cada subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña subgrupo.
- b) Os *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.

As pagas extraordinarias serán dúas ao ano, cada unha polo importe dunha mensualidade de retribucións básicas e da totalidade das retribucións complementarias, salvo ás que se refire o artigo 24.c) e d) do Estatuto.

As **retribucións complementarias** son as que retribúen as características dos postos de traballo, a carreira profesional ou o desempeño, rendemento ou resultados alcanzados polo funcionario. Segundo o artigo 24, a súa contía e estrutura estableceranse polas correspondentes leis de cada Administración Pública atendendo, entre outros, aos seguintes factores:

- a) A progresión alcanzada polo funcionario dentro do sistema de carreira administrativa.
- b) A especial dificultade técnica, responsabilidade, dedicación, incompatibilidade esixible para o desempeño de determinados postos de traballo ou as condicións nas que se desenvolve o traballo.
- c) O grao de interese, iniciativa ou esforzo co que o funcionario desempeña o seu traballo e o rendemento ou resultados obtidos.
- d) Os servizos extraordinarios prestados fóra da xornada normal de traballo.

Así mesmo, o artigo 28 establece que os funcionarios percibirán as **indemnizacións correspondentes por razón do servizo**.

As Administracións Públicas poderán destinar cantidades a financiar achegas a plans de pensións de emprego ou contratos de seguro colectivos que inclúan a cobertura da continxencia de xubilación, para o persoal incluído nos seus ámbitos, de acordo co establecido na normativa reguladora dos plans de pensións, e que terán a consideración de **retribución diferida** (artigo 29).

Sen prexuízo da sanción disciplinaria que poida corresponder, a parte de xornada non realizada dará lugar á **dedución proporcional de haberes**, que non terá carácter sancionador (artigo 30).

Este Capítulo III do Título III recolle tamén unha referencia ás retribucións dos funcionarios interinos e dos funcionarios en prácticas.

Respecto dos primeiros, o artigo 25 dispón que os **funcionarios interinos** percibirán as retribucións básicas e as pagas extraordinarias correspondentes ao subgrupo ou grupo de adscrición, no suposto de que este non teña subgrupo. Percibirán, así mesmo, as retribucións complementarias ás que se refire o artigo 24.b), c) e d) e as correspondentes á categoría de entrada no corpo ou escala no que se lle nomee.

O segundo apartado deste artigo, que produce efectos coa entrada en vigor do Estatuto Básico (Disposición Final Cuarta), sinala que se recoñecerán os

trienios correspondentes aos servizos prestados antes da entrada en vigor do Estatuto, que terán efectos retributivos unicamente a partir da entrada en vigor del. A Resolución do 21 de xuño de 2007, da Secretaría Xeral para a Administración Pública, pola que se publican as Instrucións do 5 de xuño de 2007 para a aplicación do Estatuto Básico do Empregado Público no ámbito da Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos (BOE núm. 150, do 23 de xuño de 2007), dispón que para o recoñecemento dos trienios aplicaranse as normas da Lei 70/1978, do 26 de decembro, de recoñecemento de servizos previos na Administración Pública e a súa normativa de desenvolvemento.

En canto aos **funcionarios en prácticas**, o artigo 26 establece que as Administracións Públicas determinarán as súas retribucións que, como mínimo, se corresponderán ás do soldo do subgrupo ou grupo, no suposto de que este non teña subgrupo, en que aspiren a ingresar.

As **retribucións do persoal laboral** determinaranse de acordo coa lexislación laboral, o convenio colectivo que sexa aplicable e o contrato de traballo (artigo 27).

Polo que respecta á **Lei da Función Pública de Galicia**, debemos acudir ao capítulo IV (“Réxime retributivo”) do título V (“Réxime xurídico da función pública”). Este capítulo IV regula as retribucións ás que teñen dereito os funcionarios, e que se dividen entre básicas e complementarias (artigo 69). Este artigo 69, no apartado relativo aos trienios, foi obxecto de modificación pola Lei 15/2010, do 28 de decembro, de medidas fiscais e administrativas (Diario Oficial de Galicia núm. 250, do 30 de decembro de 2010).

As **retribucións básicas** son:

- a) O *soldo*, que se fixa atendendo a cada un dos grupos nos que se organizan os corpos e escalas de funcionarios da comunidade.
- b) Os *trienios*, consistentes nunha cantidade, que será igual para o subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña subgrupo, por cada tres anos de servizo no corpo ou na escala.

Nos casos nos 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. Así mesmo, cando o persoal funcionario cambie de adscrición de subgrupo ou grupo antes de completar un trienio, a fracción de tempo transcorrido considerarase como tempo de servizos prestados no novo subgrupo ou grupo.



- c) As *pagas extraordinarias*, que serán dúas ao ano, por un importe mínimo dunha mensuralidade de soldo e trienios cada unha delas. Percibiranse os meses de xuño e decembro.

O artigo 70 establece que as contías das retribucións básicas correspondentes ao soldo e trienios serán iguais para cada un dos grupos nos que se clasifican os corpos ou as escalas. Así mesmo, as contías das pagas extraordinarias serán iguais para cada un dos grupos de clasificación segundo o nivel do complemento de destino que perciban.

O soldo dos funcionarios do grupo A non poderá exceder en máis de tres veces o soldo dos funcionarios do grupo E.

A contía das retribucións básicas, dos complementos de destino asignados a cada posto de traballo e dos complementos específicos e de produtividade, se é o caso, deberá reflectirse para cada exercicio presupostario na correspondente lei de presupostos da comunidade autónoma.

De acordo coa nova redacción dada ao apartado de trienios do artigo 69 pola Lei 15/2010 sinalada, o persoal interino da Xunta de Galicia que acceda á condición de persoal funcionario en prácticas e/ou de carreira terá dereito a seguir percibindo os trienios que teña recoñecidos como persoal interino ou en prácticas.

Con anterioridade, por Orde da Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, do 9 de maio de 2007, ditáronse normas relativas ao recoñecemento de trienios ao persoal funcionario interino ao servizo da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia. En aplicación do disposto no artigo 25.2º do Estatuto Básico do Empregado Público, ao persoal funcionario interino que teña servizos prestados na Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, e que estea prestando servizos nesta Administración no momento da entrada en vigor do dito estatuto, recoñeceránselle os trienios correspondentes por cada tres anos de servizos prestados.

Así mesmo, o persoal funcionario interino que pase a prestar servizos na Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, con posterioridade á entrada en vigor do estatuto, tamén terá dereito ao recoñecemento de trienios.

Son **retribucións complementarias** (artigo 69):

- a) O *complemento de destino*, que é o correspondente ao nivel do posto que se desempeña (que figura na relación de postos de traballo) e é igual para todos os postos do mesmo nivel.



- b) O *complemento específico*, mediante o que se retribúen as condicións particulares dalgúns postos de traballo en atención á súa especial dificultade técnica, dedicación, responsabilidade, incompatibilidade, perigosidade ou penosidade.  
Este complemento está asignado na actualidade en función do nivel do posto que se ocupe, de forma que os funcionarios que ocupen un posto do mesmo nivel perciben o mesmo complemento específico.
- c) O *complemento de produtividade*, que retribúe o especial rendemento, a actividade extraordinaria, o interese ou iniciativa con que o funcionario desempeña o seu traballo.  
A súa asignación realizarase conforme a criterios obxectivos establecidos regulamentariamente coa necesaria información e participación dos membros representantes do persoal. Para iso terase en consideración a cualificación emitida pola Comisión de Avaliación do desempeño respecto da unidade administrativa de que se trate.  
En calquera caso, as cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de coñecemento público dos demais funcionarios do departamento e organismo interesado, así como dos representantes sindicais.
- d) As *gratificacións por servizos extraordinarios*, realizados fóra da xornada normal, que non poderán ser fixas na súa contía e periódicas na súa percepción.

O artigo 71 dispón que os postos de traballo que esixan o mesmo nivel de titulación e que teñan no seu exercicio similar grao de dificultade terán os mesmos complementos de destino e específico se son semellantes as condicións de traballo.

Os funcionarios tamén perciben **indemnizacións por razón do servizo**, ás que se refire o artigo 69.4º da Lei da Función Pública de Galicia, e que se regulan a través do Decreto 144/2001, do 7 de xuño, sobre indemnizacións por razón do servizo ao persoal con destino na Administración autonómica de Galicia. No Diario Oficial de Galicia nº 250, do 30 de decembro de 2005, publicouse a Resolución do 29 de decembro de 2005, pola que se ordena a publicación do acordo do Consello da Xunta de Galicia do 29 de decembro de 2005, sobre a revisión da contía da indemnización por uso de vehículo particular e a das axudas de custo en territorio nacional, establecidas no Decreto 144/2001. Así mesmo, no Diario Oficial de Galicia nº 103, do 30 de maio de 2011, publicouse o Decreto 96/2011, do 5 de maio, polo que se modifica o Decreto 144/2001. No Diario Oficial de Galicia nº 105, do 1 de xuño de 2011, publicouse unha corrección de erros do citado Decreto 96/2011.

O artigo 72 da Lei da Función Pública dispón que o **persoal laboral** será retribuído conforme o previsto na súa normativa e nos convenios colectivos, procurándose mediante un convenio-marco ou outros

instrumentos a igualdade de retribucións para as tarefas que supoñan unhas mesmas condicións de preparación e unhas mesmas funcións.

A **Lei 2/2007, do 28 de marzo, do traballo en igualdade das mulleres de Galicia** incluíu un novo artigo 67 bis na antiga Lei 4/1988, do 26 de maio, da Función Pública de Galicia, e que se incorporou ao texto refundido como o actual artigo 73, que sinala que no desenvolvemento e aplicación dos preceptos incluídos neste capítulo, así como nos de toda a política retributiva da Xunta de Galicia, deberanse ter en conta os artigos 39 e 40 da Lei 7/2004, do 16 de xullo, galega para a igualdade de mulleres e homes (relativos á igualdade retributiva no emprego público).

### **1.2. Dereito á xubilación e ás prestacións da Seguridade Social correspondentes ao réxime que lles sexa de aplicación**

Os dereitos individuais de contido económico aos que nos referimos ata agora están unidos á prestación do traballo por parte do funcionario. Sen embargo, hai outros dereitos individuais de contido económico, que son percibidos cando remata a relación de servizo do funcionario. O artigo 14 do Estatuto Básico refírese ao **dereito á xubilación e ás prestacións da Seguridade Social correspondentes ao réxime que lles sexa de aplicación**.

Hai que partir necesariamente da previsión que fai a Constitución Española nos seus artigos 41 e 50. Pola súa banda, o Estatuto Básico fai unha mención á xubilación dos funcionarios na disposición adicional sexta.

O capítulo VI do título V da Lei da Función Pública de Galicia refírese á Seguridade Social no seu artigo 78. De acordo con esta regulación, hai que acudir ao réxime correspondente da Seguridade Social, onde nos atopamos coas distintas prestacións ás que se pode ter dereito (pensión de xubilación, de viudedade, de orfandade, etc). Os funcionarios de novo ingreso das Comunidades Autónomas están incluídos no réxime xeral da Seguridade Social, de acordo co artigo 97 do Real decreto legislativo 1/1994, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei Xeral da Seguridade Social.

## **2. Dereitos individuais de contido non estrictamente económico**

En canto a estes dereitos, seguindo ao **Estatuto Básico** (artigo 14), e de acordo co previsto na **Lei da Función Pública de Galicia**, a regulación actual é a seguinte:

### **2.1. Dereito á inamobilidade na condición de funcionario de carreira**

O artigo 14 do Estatuto Básico establece como un dereito de carácter individual dos empregados públicos, en correspondencia coa natureza xurídica da súa relación de servizo, a inamobilidade na condición de funcionario de carreira.

O Estatuto derroga expresamente o artigo 63 da Lei de funcionarios civís do Estado, que establecía que o Estado asegura aos funcionarios de carreira o dereito ao cargo e, sempre que o servizo o consinta, a inamobilidade na residencia.

O dereito ao cargo, denominado no Estatuto Básico como dereito á inamobilidade na condición de funcionario de carreira, é un dos máis importantes para o funcionario, xa que lle garante a súa permanencia na relación funcional, que só pode extinguirse por algunha das causas establecidas. Como sinala na súa Exposición de Motivos o Estatuto Básico, non se debe entender como un privilexio, senón como a garantía máis importante da súa imparcialidade.

## **2.2. Dereito ao desempeño efectivo das funcións ou tarefas propias da súa condición profesional e de acordo coa progresión alcanzada na súa carreira profesional**

## **2.3. Dereito 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**

Con respecto aos dereitos recollidos nestes dous apartados (2.2 e 2.3), hai que sinalar que o Capítulo II do Título III do **Estatuto Básico** dedícase integramente ao dereito á carreira profesional e á promoción interna, xunto coa avaliación do rendemento. Este capítulo, de conformidade coa disposición final cuarta, producirá efectos a partir da entrada en vigor das Leis de Función Pública que se diten en desenvolvemento del.

O artigo 16 do Estatuto Básico recolle o dereito á **promoción profesional**. E define a **carreira profesional** como o conxunto ordenado de oportunidades de ascenso e expectativas de progreso profesional conforme os principios de igualdade, mérito e capacidade. A tal obxecto, as Administracións Públicas promoverán a actualización e perfeccionamento da cualificación profesional dos seus funcionarios de carreira.

As leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste Estatuto regularán a carreira profesional aplicable en cada ámbito que poderán consistir, entre outras, na aplicación illada ou simultánea dalgunha ou algunhas das seguintes **modalidades**:



- o Carreira horizontal: consiste na progresión de grao, categoría, escalón ou outros conceptos análogos, sen necesidade de cambiar de posto de traballo e de conformidade co establecido na letra b) do artigo 17 e no artigo 20.3º (relativo á avaliación do desempeño).
- o Carreira vertical: consiste no ascenso na estrutura de postos de traballo polos procedementos de provisión establecidos no Capítulo III do Título V.
- o Promoción interna vertical: 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, segundo o establecido no artigo 18.
- o Promoción interna horizontal: consiste no acceso a corpos ou escalas do mesmo subgrupo profesional, de acordo co disposto no artigo 18.

As leis de función pública que se diten en desenvolvemento do Estatuto poderán regular, de acordo co disposto no artigo 17, a **carreira horizontal** dos funcionarios de carreira, podendo aplicar, entre outras as seguintes regras:

- o Articularase un sistema de graos, categorías ou escalóns de ascenso fixándose a remuneración a cada un deles. Os ascensos serán consecutivos con carácter xeral, salvo naqueles supostos excepcionais nos que se prevexa outra posibilidade.
- o Deberase valorar a traxectoria e actuación profesional, a calidade dos traballos realizados, os coñecementos adquiridos e o resultado da avaliación do desempeño. Poderán incluírse así mesmo outros méritos e aptitudes por razón da especificidade da función desenvolvida e a experiencia adquirida.

Respecto da **carreira vertical**, o Capítulo III do Título V regula a provisión de postos de traballo, recollendo os procedementos de concurso e de libre designación con convocatoria pública.

A **promoción interna** (artigo 18) realizarase mediante procesos selectivos que garantan o cumprimento dos principios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade, así como os previstos no artigo 55.2º (principios reitores no acceso ao emprego público).

Os funcionarios deberán posuír os requisitos esixidos para o ingreso, ter unha antigüidade de, polo menos, dous anos de servizo activo no inferior subgrupo, ou grupo de clasificación profesional no suposto de que este non teña subgrupo, e superar as correspondentes probas selectivas.

Neste apartado hai que salientar a regulación que realiza o Capítulo II do Título V do Estatuto Básico, relativa á estruturación do emprego público. De acordo co 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. E no artigo 76 regúlase a nova clasificación profesional do persoal funcionario de carreira. Os corpos e escalas clasifícanse, de acordo coa titulación esixida para o acceso a eles, nos seguintes grupos:

- o Grupo A, dividido en dous Subgrupos: A1 e A2, para o acceso aos cales esixírase estar en posesión do título universitario de grao.
- o Grupo B, para o acceso ao cal será necesario ter o título de técnico superior.
- o Grupo C, dividido en dous Subgrupos: C1 (para o que é necesario o título de bacharel ou técnico) e C2 (para o que é necesario o título de graduado en educación secundaria obrigatoria).

A Disposición Adicional Sétima prevé as agrupacións profesionais sen requisito de titulación.

Transitoriamente, os grupos de clasificación existentes á entrada en vigor do Estatuto integraranse nos novos, de acordo coas seguintes equivalencias:

- o Grupo A: Subgrupo A1.
- o Grupo B: Subgrupo A2.
- o Grupo C: Subgrupo C1.
- o Grupo D: Subgrupo C2.
- o Grupo E: Agrupacións Profesionais ás que se refire a Disposición Adicional Sétima.

Os funcionarios do subgrupo C1 que reúnan a titulación esixida poderán promocionar ao grupo A sen necesidade de pasar polo novo grupo B.

Respecto do **persoal laboral**, o artigo 77 do Estatuto Básico dispón que se clasificará de conformidade coa lexislación laboral.

En canto á carreira profesional e promoción do persoal laboral, o artigo 19 dispón que o persoal laboral terá dereito á promoción profesional. A carreira profesional e a promoción do persoal laboral farase efectiva a través dos procedementos previstos no Estatuto dos Traballadores ou nos convenios colectivos.

A Disposición Transitoria Segunda sinala que o persoal laboral fixo que á entrada en vigor do Estatuto Básico estea desempeñando funcións de persoal funcionario, ou pase a desempeñalos en virtude de probas de selección ou promoción convocadas antes da dita data, poderán seguir desempeñándoos.

Así mesmo, poderá participar nos procesos selectivos de promoción interna convocados polo sistema de concurso-oposición, de forma independente ou conxunta cos procesos selectivos de libre concorrência, naqueles corpos e escalas aos que figuren adscritos as funcións ou os postos que desempeñe, sempre que posúa a titulación necesaria e reúna os restantes requisitos esixidos, valorándose a estes efectos como mérito os servizos efectivos prestados como persoal laboral fixo e as probas selectivas superadas para acceder a esta condición.

Este capítulo do Estatuto Básico remata co artigo 20 dedicado á **avaliación do desempeño**, que é o procedemento mediante o cal se mide e valora a conduta profesional e o rendemento ou o logro de resultados.

Os sistemas de avaliación do desempeño adecuaranse, en todo caso, a criterios de transparencia, obxectividade, imparcialidade e non discriminación e aplicaranse sen menoscabo dos dereitos dos empregados públicos.

As Administracións Públicas determinarán os efectos da avaliación na carreira profesional horizontal, a formación, a provisión de postos de traballo e na percepción das retribucións complementarias previstas no artigo 24 do Estatuto.

A continuidade nun posto de traballo obtido por concurso quedará vinculada á avaliación do desempeño de acordo cos sistemas de avaliación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia ao interesado, e pola correspondente resolución motivada.

A aplicación da carreira profesional horizontal, das retribucións complementarias derivadas do artigo 24.c) deste Estatuto Básico (trata das retribucións complementarias ligadas ao grao de interese, iniciativa ou esforzo con que o funcionario desempeña o seu traballo e o rendemento ou resultados obtidos), e o cesamento do posto de traballo obtido polo procedemento de concurso requirirán a aprobación previa de sistemas obxectivos que permitan avaliar o desempeño.

Pola súa banda, a **Lei da Función Pública de Galicia** regula no Capítulo III do Título V a **carreira administrativa**, que consiste en (artigo 63):

- A promoción desde o corpo ou escala dun determinado grupo ao doutro inmediatamente superior (**promoción interna vertical**)
- ascenso dentro dos **graos** asignados ao mesmo corpo ou escala
- acceso a outro corpo ou escala do mesmo grupo (**promoción interna horizontal**)



Esta lei desenvolveuse neste apartado a través do **Decreto 93/1991**, do 20 de marzo, polo que se aproba o regulamento de provisión de postos de traballo, promoción profesional e promoción interna.

A continuación detállase a regulación autonómica nesta materia.

### **Promoción interna vertical**

O artigo 63 da Lei da Función Pública de Galicia sinala que nas convocatorias das probas selectivas **reservarase** un mínimo dun 25% das vacantes convocadas para persoal funcionario pertencente a corpos ou escalas do grupo inmediatamente inferior que, posuíndo a titulación esixida e os demais requisitos inherentes á vacante que se vai cubrir, prestase servizos efectivos durante polo menos dous anos no corpo ou na escala de pertenza. Coa modificación efectuada na antiga Lei 4/1988 pola Lei 13/2007 eliminouse deste punto a previsión de que o máximo das vacantes que se reservasen para esta quenda fose o 50%.

As devanditas **probas**, nas cales se deberán respectar os **principios** de igualdade, mérito e capacidade, poderanse realizar en convocatorias independentes das de ingreso cando, por conveniencia da planificación xeral dos recursos humanos, así o autorice o Consello da Xunta de Galicia.

Así mesmo, inclúese a posibilidade de **participar** nos procesos de promoción interna para o acceso ao corpo administrativo da Xunta de Galicia (grupo C) do persoal funcionario do corpo auxiliar da Xunta de Galicia (grupo D) que, aínda que careza da titulación esixida para pertencer ao grupo C, acredite unha antigüidade mínima de dez anos no grupo D ou ben teña unha antigüidade mínima de cinco anos e supere os cursos de formación que regulamentariamente se determinen. Estas remisións aos grupos de clasificación deberán actualizarse na lei de desenvolvemento do Estatuto Básico que se aprobe de acordo coa nova clasificación profesional, polo que as referencias serán aos novos subgrupos C1 e C2 .

Establécese a **preferencia** das persoas que accedan a outros corpos ou escalas polo sistema de promoción interna para cubrir os postos vacantes ofertados sobre as persoas aspirantes que non procedan desta quenda, así como a posibilidade de tomar posesión da praza que xa viñesen desempeñando con carácter definitivo cando o nivel desta se encontre incluído no intervalo de niveis do corpo e grupo a que accedan. As prazas reservadas a esta quenda que non se cubran acumularanse ás de provisión libre.

Así mesmo, inclúese a **conservación do grao persoal** xa consolidado no corpo ou na escala de procedencia, sempre que estea incluído no intervalo de niveis correspondente ao novo corpo ou escala, e o tempo de servizos



prestados naqueles será aplicable, se é o caso, para a consolidación do grao persoal neste.

De acordo co **artigo 23 do regulamento**, o ascenso por promoción interna efectuarase mediante o sistema de oposición ou concurso-oposición. Os funcionarios que participen poden quedar exentos do exame daquelas materias das que teñan coñecementos suficientemente acreditados polo exame esixido no seu día para acceder ao posto que veñan desempeñando.

Cando o sistema de acceso sexa o de concurso-oposición, na fase de concurso, que non terá carácter eliminatorio, valoraranse, entre outros méritos, a antigüidade do funcionario no corpo ou na escala á que pertenza, o seu grao persoal, o traballo desenvolvido, no que se terá en conta a similitude entre as actividades habitualmente desempeñadas polos funcionarios e as dos integrantes do corpo ou escala á que opta, os cursos de formación e perfeccionamento realizados en relación con estas últimas, e, se é o caso, o tempo de permanencia en postos de traballo de cada nivel.

En ningún caso, a puntuación obtida na fase de concurso poderá aplicarse para superar os exercicios da fase de oposición.

### **Promoción interna horizontal**

O artigo 64 da Lei da Función Pública de Galicia sinala que as persoas funcionarias poderán **acceder** a outros corpos ou escalas encadradas no mesmo grupo que teñan asignadas funcións substancialmente coincidentes no seu contido profesional e no seu nivel técnico, sempre que estean na posesión da titulación esixida en cada caso e superen as probas selectivas.

Prevé a posibilidade de **eximir** dalgunha das probas a aquelas persoas funcionarias que procedan da mesma área de especialidade profesional que a correspondente ao corpo ou escala a que se pretende ascender.

Pola súa banda, este punto recóllese no **artigo 24 do regulamento**, que dispón que o acceso a corpos ou escalas do mesmo grupo de titulación deberá efectuarse con respecto aos principios de mérito e capacidade entre funcionarios que desempeñen actividades substancialmente coincidentes ou análogas no seu contido profesional e no seu nivel técnico.

O Consello da Xunta, por proposta do conselleiro competente en materia de función pública, poderá **determinar**, cando se deriven vantaxes para a xestión dos servizos, os corpos ou escalas da Administración autonómica aos que se pode acceder por este procedemento, logo de iniciativa do departamento ao que estiveran adscritos.

O conselleiro competente en materia de función pública establecerá os **requisitos** e as **probas** que haberá que superar. Para participar nelas, esixírase, en todo caso, estar en posesión da titulación académica requirida con carácter xeral para o acceso aos corpos ou escalas de que en cada caso se trate.

Nas convocatorias para o acceso a corpos ou escalas por este procedemento deberá establecerse a **exención** de probas encamiñadas a acreditar os coñecementos xa esixidos no corpo ou escala de orixe.

### **Grao persoal**

De acordo cos artigos 65 da Lei da Función Pública de Galicia e 18 do regulamento, toda persoa funcionaria posúe un grao persoal que corresponderá a un dos **30 niveis** en que se clasifiquen os postos de traballo.

O grao persoal **adquírese** polo desempeño dun ou máis postos de nivel correspondente durante dous anos continuados ou durante tres con interrupción. Se durante o tempo en que a persoa funcionaria desempeña un posto se modifícase o nivel destes, o tempo do desempeño computarase no nivel máis alto con que tal posto estivese clasificado.

Malia isto, as persoas funcionarias que obteñan un posto de traballo superior en máis de dous niveis ao correspondente ao seu grao persoal consolidarán cada dous anos de servizos continuados o grao superior en dous niveis ao que posúisen, sen que en ningún caso poidan superar o correspondente ao do posto desempeñado nin o intervalo de niveis correspondente ao seu corpo ou escala.

As persoas funcionarias de **novo ingreso** comezarán a consolidar o grao correspondente ao nivel de complemento de destino do primeiro posto a que sexan adscritos, de forma provisional ou definitiva, trala superación do proceso selectivo.

O **recoñecemento** do grao persoal será efectuado de oficio ou por instancia de parte polo conselleiro competente en materia de función pública, que ditará, para o efecto, a oportuna resolución comunicándolla ao rexistro de persoal no prazo de tres días. En relación coas persoas funcionarias pertencentes a corpos ou escalas adscritos ao seu departamento, o recoñecemento será feito polo titular da consellería á que estea adscrita a persoa funcionaria, e deberá así mesmo comunicarllo ao rexistro de persoal no antedito prazo.

A adquisición e os cambios de grao **inscribíranse** no rexistro de persoal logo de recoñecelos o órgano competente.

Os graos superiores dos corpos ou escalas poderán coincidir cos inferiores no corpo ou escala inmediatamente superior.

As persoas funcionarias terán dereito, calquera que sexa o posto de traballo que desempeñen, a **percibir** polo menos o complemento de destino dos postos de nivel correspondente ao seu grao persoal. Non obstante, a percepción do complemento específico será sempre a que lle corresponda ao posto realmente desempeñado.

A Lei 15/2010, do 28 de decembro, deu unha nova redacción ao punto 4º do artigo 65 da Lei da Función Pública de Galicia, coa que, entre outras cousas, se corríxen unha serie de imprecisións existentes no dito artigo. De conformidade con ela, as persoas funcionarias que **cesen** nun posto de traballo sen obter outro polos sistemas de provisión previstos no artigo 29 desta lei quedarán ao dispor da persoa titular da consellería, que procederá á súa adscrición provisional a un posto de traballo correspondente ao seu corpo e/ou escala na mesma localidade que a do posto que viñan desempeñando con carácter definitivo. Garantíraselles, en todo caso, as retribucións que lles correspondan polo seu grao persoal consolidado e un complemento específico non inferior en máis de dous niveis ao do devandito grao. A consellería competente en materia de función pública autorizará esta adscrición cando implique cambio de consellería ou de localidade, coa conformidade, neste último caso, do persoal funcionario afectado.

Con esta nova redacción desaparece a previsión de atribuír o desempeño dun posto provisional correspondente ao corpo ou escala, dentro da mesma localidade, non inferior en máis de dous niveis ao do grao persoal, en tanto non se obteña outro con carácter definitivo, con efectos do día seguinte á data do cesamento e de acordo co procedemento que fixe a consellería competente en materia de función pública. O que se garante coa nova redacción é a adscrición provisional a un posto de traballo así como as retribucións que correspondan polo grao persoal consolidado e o complemento específico non inferior en máis de dous niveis ao do dito grao.

O artigo 65.4º continúa sinalando que, sen prexuízo do disposto no primeiro parágrafo deste punto 4º, quen cese nun posto provisto por libre designación ou por alteración do contido ou supresión do seu posto definitivo na relación de postos de traballo, mentres non obteña outro posto con carácter definitivo, e durante un prazo máximo de tres meses, percibirá, en todo caso, as retribucións complementarias correspondentes ao posto que viña desempeñando con carácter definitivo. Na nova redacción hai que salientar a esixencia do carácter definitivo do posto.

Outra novidade desta nova redacción do artigo 65.4º é a relativa a que o persoal funcionario ao dispor da persoa titular da consellería ou adscrito

provisionalmente a un posto de traballo está obrigado a participar nos concursos de provisión que se convoquen para postos adecuados ao seu corpo e/ou escala e a solicitar, á súa elección, todos os postos situados na localidade da do posto que ocupase con carácter definitivo, ou ben na localidade onde estivese adscrito provisionalmente. O incumprimento das obrigas establecidas neste parágrafo determinará a declaración da situación de excedencia voluntaria por interese particular.

Nos concursos de traslados computarase o período de tempo nesta situación, de ser o caso, coma se se desempeñase un posto inferior en dous niveis ao do grao persoal consolidado, desde o día seguinte ao do cesamento do posto que ocupase con carácter definitivo e de acordo co que dispoñan as bases da convocatoria.

O tempo de permanencia na situación de **servizos especiais** será computado, para efectos de consolidación do grao persoal, como prestado no último posto desempeñado en situación deservizo activo ou no que posteriormente se obtivese por concurso.

O artigo 55 da Lei da Función Pública, relativo á situación de servizos especiais, inclúe no apartado 4º unha referencia a que a administración pública velará para que non haxa menoscabo no dereito á carreira profesional do persoal funcionario público que fose nomeado alto cargo, membro do poder xudicial ou doutros órganos constitucionais ou estatutarios ou que fose elixido alcaldesa ou alcalde, retribuído e con dedicación exclusiva, presidenta ou presidente de deputacións ou institucións equivalentes, deputada, deputado, senador ou senadora das Cortes Xerais e membro das asembleas lexislativas das comunidades autónomas. Como mínimo, este persoal funcionario recibirá o mesmo tratamento na consolidación do grao e no conxunto de complementos que o que se estableza para o que fose directora ou director xeral e outros cargos equivalentes ou superiores da correspondente administración pública.

Pola súa banda, a disposición adicional décimo sétima, na nova redacción dada pola modificación efectuada pola Lei 15/2010, do 28 de decembro, recolle que o persoal funcionario de carreira que a partir da entrada en vigor do Estatuto de Autonomía de Galicia desempeñe ou desempeñase durante máis de dous anos continuados, ou tres con interrupción, cargos públicos incluídos no ámbito de aplicación da Lei de incompatibilidades de altos cargos da Administración autonómica, exceptuados os de persoal eventual, agás as persoas que ocupen as xefaturas de gabinete do presidente e dos membros do Consello da Xunta de Galicia, percibirá desde a súa reincorporación ao servizo activo e mentres se manteña esta situación o complemento de destino correspondente ao posto de traballo que desempeñe ou, se é o caso, ao do seu grao persoal, incrementado na cantidade necesaria para igualalo ao valor do complemento de destino ou

concepto equivalente que a Lei de orzamentos xerais do Estado fixe para as directoras e os directores xerais. A suma de ambos os dous conceptos non poderá ser inferior ao importe do complemento de destino que perciban as persoas funcionarias que acrediten o nivel máximo establecido legalmente.

O artigo 13.6º da Lei da Función Pública sinala que lle corresponde ao Consello da Xunta determinar os **intervalos dos niveis de postos de traballo** que lles corresponderán aos corpos ou escalas do persoal funcionario. Como xa se sinalou antes, os graos superiores dos corpos ou escalas poderán coincidir cos inferiores no corpo ou escala inmediatamente superior. Tal como establece o artigo 19 do regulamento, os intervalos de niveis de postos de traballo que correspondan a cada corpo ou escala, de acordo co grupo en que se encontren clasificados, serán os seguintes:

Corpos ou escalas	Nivel mínimo	Nivel máximo
Grupo A	20	30
Grupo B	16	28
Grupo C	14	25
Grupo D	12	20
Grupo E	10	14

En ningún caso os funcionarios poderán desempeñar postos de traballo non incluídos nos niveis do intervalo correspondente ao grupo no que figura clasificado o seu corpo ou escala.

De conformidade co artigo 67 da Lei da Función Pública de Galicia, pódense adquirir graos superiores tamén mediante a **superación de cursos de formación** ou outros requisitos obxectivos que determine a Xunta, de conformidade co disposto no artigo 13.11º, no que se establece que se fundarán exclusivamente en criterios de mérito e capacidade.

### **Avaliación do desempeño**

Finalmente, sinalar que o artigo 68 da Lei da Función Pública de Galicia dispón que a Administración pública galega establecerá sistemas que permitan a **avaliación do desempeño** das súas empregadas e empregados, e determinará os seus efectos na carreira profesional, na formación, na provisión de postos de traballo, e na percepción das retribucións complementarias correspondentes.

A avaliación do desempeño é o procedemento a través do que se mide e valora a conduta profesional e máis o rendemento ou o logro de resultados.

Os sistemas de avaliación do desempeño adecuaranse, en todo caso, a criterios de transparencia, obxectividade, imparcialidade e non

discriminación, e aplicaranse sen menoscabo dos dereitos das empregadas e empregados públicos.

A administración pública galega determinará os efectos da avaliación na carreira profesional, na formación, na provisión de postos de traballo, e na percepción das retribucións complementarias correspondentes.

A Xunta de Galicia articulará un sistema que, entre outros factores, terá en conta necesariamente:

- a) O grao de satisfacción da cidadanía respecto dos servizos que lle presten.
- b) A boa xestión e organización da estrutura administrativa, para o cal promoverá a utilización por parte do persoal directivo dos datos derivados da xestión para a toma de decisións.
- c) A implicación en procesos innovadores e de boas prácticas a prol da excelencia.
- d) A normalización e a racionalización de procesos.
- e) O grao de cumprimento do Plan de normalización lingüística.

Nomearase unha comisión de avaliación do desempeño, regulándose a súa composición e funcionamento por decreto do Consello da Xunta, por proposta da consellería competente en materia de función pública. Poderase nomear máis dunha comisión de avaliación do desempeño cando así se considere necesario.

Os efectos da avaliación do desempeño no réxime retributivo recóllense no artigo 69, que dispón en relación co complemento de produtividade (que é o destinado a retribuír o especial rendemento, a actividade extraordinaria, o interese ou a iniciativa con que a persoa funcionaria desempeñe o seu traballo) que a súa asignación se realizará conforme criterios obxectivos establecidos regulamentariamente coa necesaria información e participación das persoas representantes do persoal. Para isto terase especialmente en consideración a cualificación emitida pola comisión de avaliación do desempeño respecto da unidade administrativa de que se trate.

### **Persoal laboral**

En relación co **persoal laboral**, o **V Convenio Colectivo Único para o Persoal Laboral da Xunta de Galicia** regula no seu artigo 9 a quenda de promoción interna e cambio de categoría, sinalando que nas convocatorias de acceso se reservará un mínimo do 50% das vacantes ofertadas para cubrir pola quenda de promoción interna. Neste punto, o IV Convenio Colectivo Único engadía que naquelas categorías nas que se ofertara unha única vacante, reservárase a promoción interna. O V Convenio Colectivo Único sinala a continuación que a administración adoptará as medidas

necesarias para promover a composición equilibrada entre sexos no persoal laboral.

Os requisitos para participar nesta quenda son:

- posuír polo menos dous anos de antigüidade *como persoal laboral fixo da Xunta de Galicia* na categoría desde a que se accede, *no caso de persoal fixo descontinuo os períodos de suspensión do contrato contarase como antigüidade para estes efectos* (o sinalado en cursiva supón unha novidade na redacción do V Convenio Colectivo Único); e
- os demais que, con carácter xeral, se fixen na correspondente convocatoria.

Neste punto, o IV Convenio Colectivo Único engadía como requisito pertencer a unha categoría integrada no grupo inmediato superior ou inferior ao que se pretendía acceder, para o suposto de promoción interna vertical, ou do mesmo grupo para a promoción interna horizontal.

O V Convenio Colectivo Único prevé a realización de convocatorias distintas e separadas e a exención dalgunha das probas previstas para a quenda libre. As vacantes non cubertas por esta quenda acumularanse á quenda de acceso libre.

De acordo coa disposición adicional 5ª do V Convenio Colectivo Único, aos/as traballadores/as fixos/as que no momento da entrada en vigor do primeiro convenio único prestasen servizo na Xunta de Galicia, non se lles poderá esixir título académico para a súa promoción profesional, excepto para o seu ascenso aos grupos I e II e *para o acceso a aquelas categorías que teñan unha titulación regrada específica ou habilitante* (o sinalado en cursiva supón unha novidade na redacción do V Convenio Colectivo Único).

Neste punto, o IV Convenio Colectivo Único engadía que, así mesmo, no caso de posuír a titulación esixida para o desempeño dun determinado posto de traballo, a promoción interna poderíase realizar con independencia da pertenza ou non aos grupos inmediatos superior ou inferior.

A disposición adicional 8ª do V Convenio Colectivo Único prevé que a participación na fase de promoción interna poderá realizarse con independencia da pertenza ou non aos grupos inmediatos superior ou inferior, e que a convocatoria se negociará expresamente coas organizacións sindicais.

Este punto hai que poñelo en relación co artigo 9 (relativo aos requisitos esixidos para participar nesta quenda), xa que esta disposición adicional supoñía unha excepción ao requisito esixido no IV Convenio Colectivo Único de 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.

Hai que ter en conta tamén que a Lei da Función Pública de Galicia, logo da modificación efectuada pola Lei 15/2010, do 28 de decembro, conta cunha nova disposición adicional, a vixésimo primeira, que prevé que o persoal laboral fixo que estea desempeñando postos de traballo ou realice funcións de persoal funcionario, e que así se determine nas relacións de postos de traballo que serán aprobadas polo Consello da Xunta, logo da súa valoración, clasificación e determinación, será obxecto do correspondente proceso selectivo de promoción interna, convocado de forma independente aos procesos selectivos de libre concorrência naqueles corpos da Administración da Xunta de Galicia aos que figuren adscritos as funcións ou os postos que desempeñen.

Este persoal deberá posuír a titulación necesaria e reunir os restantes requisitos esixidos. Para estes efectos valoraranse como méritos os servizos efectivos prestados como persoal laboral fixo e as probas selectivas superadas para acceder a esta condición.

Ao persoal que supere este proceso selectivo adxudicaráselle destino no mesmo posto que viña desempeñando con carácter definitivo, e adquirirá a condición de persoal funcionario de carreira.

#### **2.4. Dereito a participar na consecución dos obxectivos atribuídos á unidade onde preste os seus servizos e a ser informado polos seus superiores das tarefas que hai que desenvolver**

Este dereito está previsto nos termos sinalados no artigo 14 do Estatuto Básico, norma que derroga expresamente o artigo 64 da Lei de funcionarios civís do Estado, que dispoñía que ao incorporarse ao seu posto de traballo, os funcionarios serán informados polos seus xefes inmediatos dos fins, organización e funcionamento da unidade administrativa correspondente, e en especial da súa dependencia xerárquica e das atribucións, deberes e responsabilidades que lles incumben.

#### **2.5. Dereito á defensa xurídica e protección da Administración Pública nos procedementos que se sigan ante calquera orde xurisdiccional como consecuencia do exercicio lexítimo das súas funcións ou cargos públicos.**

O Decreto 343/2003, do 11 de xullo, polo que se aproba o regulamento orgánico da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia, dispón no seu artigo 43 que os letrados da Xunta de Galicia asumirán, nos termos previstos nese capítulo, a asistencia, representación e defensa dos funcionarios, autoridades ou persoal ao servizo da Administración ou entes asistidos cando estes poidan ser parte en procedementos ante calquera orde



xurisdiccional, calquera que sexa a súa posición procesual e sempre que este procedemento se suscite en virtude de actos ou omisións no exercicio lexítimo da súa función ou cando cumprisen orde da autoridade competente.

## **2.6. Dereito á formación continua e á actualización permanente dos seus coñecementos e capacidades profesionais, preferentemente en horario laboral.**

Hai que salientar neste punto que nos permisos por parto e por adopción ou acollemento, tanto preadoptivo como permanente ou simple, regulados polo actual artigo 76 da Lei da Función Pública de Galicia, na redacción da Lei 4/1988, do 26 de maio, trala modificación efectuada pola Lei 13/2007, do 27 de xullo, prevese que durante o gozo destes permisos poderase participar nos cursos de formación que convoque a administración.

A Lei 2/2007, do 28 de marzo, do traballo en igualdade das mulleres de Galicia, engade un artigo 37 bis á Lei 7/2004, do 16 de xullo, para a igualdade de mulleres e homes. Neste artigo 37 bis regúlanse as accións positivas nas actividades formativas, recollendo que nos cursos, nas xornadas ou noutras actividades formativas organizadas ou financiadas pola Administración pública galega reservárase un cincuenta por cen das prazas para mulleres que reúnan os requisitos esixidos na convocatoria, que accederán á quenda reservada só se non houberse suficientes solicitudes de participación de mulleres.

## **2.7. Dereito 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.**

A Constitución Española, dentro da Sección 1ª do Capítulo II do Título I, dedicada aos dereitos fundamentais e ás liberdades públicas, sinala no seu artigo 18 que se garante o dereito ao honor, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe.

O artigo 14 do Estatuto Básico recolle este dereito, e así mesmo esta norma derroga expresamente o artigo 63 da Lei de funcionarios civís do Estado, que prevía que o Estado dispensará aos funcionarios a protección que requira o exercicio dos seus cargos, e outorgaralles os tratamentos e consideración sociais debidos á súa xerarquía e á dignidade da función pública. Este artigo 63 continuaba sinalando que os funcionarios terían dereito ao respecto da súa intimidade e á consideración debida á súa dignidade, comprendida a protección fronte a ofensas verbais ou físicas de natureza sexual.

A Lei 7/2004, do 16 de xullo, para a igualdade de mulleres e homes, dedica o Capítulo IV do Título II (as condicións de emprego na Administración

pública galega) ás medidas de prevención e de sanción do acoso sexual. E o Capítulo V recolle a erradicación do acoso moral por razón de xénero.

## **2.8. Dereito á non discriminación por razón de nacemento, orixe racial ou étnico, xénero, sexo ou orientación sexual, relixión ou convicións, opinión, discapacidade, idade ou calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social.**

O artigo 14 da Constitución Española inicia o Capítulo II do Título I, dedicado aos dereitos e liberdades, sinalando que os españois son iguais perante a lei, sen que poida prevalecer discriminación algunha por razón de nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra condición persoal ou social.

## **2.9. Dereito á adopción de medidas que favorezan a conciliación da vida persoal, familiar e laboral.**

O Estatuto Básico prevé neste sentido no artigo 49 unha serie de permisos por motivos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral (permiso por parto, permiso por adopción ou acollemento, tanto preadoptivo como permanente ou simple, permiso de paternidade polo nacemento, acollemento ou adopción dun fillo, e permiso por razón de violencia de xénero sobre a muller funcionaria).

Pola súa banda, a Lei da Función Pública de Galicia recolle no seu artigo 76 permisos similares, e engade no seu apartado 2º que se poderá conceder permiso polo tempo indispensable para o cumprimento dun deber inescusable de carácter público ou persoal ou por deberes relacionados coa conciliación da vida familiar e laboral.

Así mesmo, a Lei 7/2004, do 16 de xullo, para a igualdade de mulleres e homes, regula no seu artigo 38 a promoción do exercicio dos dereitos de conciliación, sinalando que cando as probas de promoción interna comprendan a valoración de méritos dos candidatos e das candidatas establecerase ao seu favor que, sexan mulleres ou sexan homes, estean utilizando ou utilizasen, nos últimos cinco anos, unha licenza de maternidade, un permiso de paternidade, unha redución de xornada ou unha excedencia para o coidado de familiares, unha puntuación específica que se graduará en función do tempo utilizado no exercicio deses dereitos.

E, dentro do seu Título II (as condicións de emprego na Administración pública galega), o Capítulo III da Lei 7/2004 dedícase aos dereitos de conciliación do emprego e da vida familiar. No artigo 41 dispón que a Administración pública galega garantirá o exercicio polo persoal ao seu servizo dos dereitos de conciliación recoñecidos na normativa aplicable, incluídas as melloras recoñecidas nos artigos seguintes, e para estes efectos realizaranse campañas de concienciación tendentes á valoración

positiva do persoal ao seu servizo que exercite eses dereitos de conciliación.

## **2.10. Dereito á liberdade de expresión dentro dos límites do ordenamento xurídico.**

O artigo 20 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 e protexe o dereito a expresar e difundir libremente os pensamentos, ideas e opinións, mediante a palabra, o escrito ou calquera outro medio de reprodución.

## **2.11. Dereito a recibir protección eficaz en materia de seguridade e saúde no traballo.**

Ademais da previsión do Estatuto Básico, o artigo 14 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, establece que os traballadores teñen dereito a unha protección eficaz 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. Este deber de protección 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, nos termos previstos na presente lei, forman parte dos dereitos dos traballadores a unha protección eficaz en materia de seguridade e saúde no traballo.

## **2.12. Dereito ás vacacións, descansos, permisos e licencias**

Este dereito regúlase nun punto específico do tema.

## **2.13. Dereito á libre asociación profesional.**

O artigo 22 da Constitución Española, dentro da Sección 1ª do Capítulo II do Título I, dedicado aos dereitos fundamentais e ás liberdades públicas, sinala que *“se recoñece o dereito de asociación. As asociacións que persigan fins ou empreguen medios tipificados como delito son ilegais. As asociacións constituídas ao abeiro deste artigo deberanse inscribir nun rexistro para os únicos efectos de publicidade. As asociacións só poderán ser disoltas ou suspendidas nas súas actividades en virtude de resolución xudicial motivada. Prohíbense as asociacións secretas e as de carácter paramilitar”*.

## **3. Dereitos colectivos**

Ademais dos dereitos individuais dos funcionarios, existen tamén os dereitos colectivos, que son os que lle corresponden como membro dun colectivo. Estes dereitos, seguindo o artigo 15 do Estatuto Básico, e de conformidade coa regulación da Lei da Función Pública de Galicia, son os seguintes:

### **3.1. Dereito á liberdade sindical.**

O artigo 28.1º 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 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 ás mesmas. Ninguén poderá ser obrigado a afiliarse a un sindicato”*.

O artigo 103.3º 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 como 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.

### **3.2. 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 103.3º da Constitución, o Goberno remitira ás Cortes un proxecto de lei que regulara os órganos de

representación dos funcionarios das Administracións Públicas. Na súa virtude, ditouse 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, regulando 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), o Estatuto Básico regula o dereito á negociación colectiva, representación e participación institucional, xunto co dereito de reunión.

Tal como se sinala no libro “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, da Editorial Lex Nova, *“todo o persoal das distintas Administracións Públicas (laboral e funcional), coas excepcións dos xuíces, maxistrados e fiscais, os membros das Forzas Armadas e da Garda Civil, os membros dos Corpos e Forzas de Seguridade (agás os Corpos da Policía Local) teñen hoxe recoñecido o dereito de negociación colectiva. O fundamento constitucional e legal do dereito de negociación colectiva do persoal laboral e funcional é, sen embargo, moi distinto. Mentres o dereito de negociación colectiva do persoal laboral ten o seu fundamento no artigo 37.1 da Constitución Española e no título III do Estatuto dos Traballadores, o dereito de negociación colectiva do persoal funcional, segundo a xurisprudencia do Tribunal Constitucional (...) é un <<dereito de configuración legal>>, tendo a súa base antes na LORAP (a Lei 9/1987) e agora no EBEP, se ben unha vez recoñecido legalmente formará parte do <<contido adicional>> do dereito de liberdade sindical dos funcionarios públicos, permitindo a súa tutela pola vía do recurso de amparo (...). Precisamente pola súa configuración legal a xurisprudencia constitucional (...) e ordinaria (...) negaron a posibilidade dunha negociación colectiva fóra da prevista expresamente na Lei, análoga á <<negociación colectiva extraestatutaria>> do sector privado.”*

Pola súa banda, o artigo 13 da Lei da Función Pública de Galicia, sinala que lle corresponde ao Consello da Xunta de Galicia determinar as instrucións ás que deberán aterse os representantes da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia na negociación coa representación sindical do persoal funcionario público das súas condicións de traballo, así como darlles validez e eficacia aos acordos acadados mediante a súa aprobación expresa e formal, establecendo as condicións de traballo para os casos en que non se produza acordo na negociación.

### **3.3. Dereito ao exercicio da folga, coa garantía do mantemento dos servizos esenciais da comunidade.**

O artigo 28.2º 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”*.

Á 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, de 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 consagrou a lexitimidade do dereito á folga, sempre que se observaran os requisitos de fondo e de forma que o propio texto legal contiña. A dinámica social e os cambios políticos puxeron de releve a necesidade de substitución desas normas por outras nas que quedara consagrada a folga como dereito, se alixeirara o procedemento para o seu exercicio e se fixaran 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 por tanto en conta ao estudar este dereito.

O Real decreto legislativo 1/1995, do 24 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da lei do estatuto dos traballadores, establece no seu artigo 4, dentro dos dereitos laborais dos traballadores, o da folga.

O artigo 28.2º 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 exerciten o dereito de folga non devengarán nin percibirán as retribucións correspondentes ao tempo no que permaneceran nesa situación, sen que a dedución de haberes que se efectúe teña, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria nin afecte ao réxime respectivo das súas prestacións sociais.

O Estatuto Básico, no seu artigo 30, recolle esta mesma previsión. En correspondencia con isto, o artigo 77 da Lei da Función Pública de Galicia, dispón que as persoas funcionarias que exerciten o dereito de folga non



terán dereito a percibir nin percibirán as retribucións correspondentes ao tempo que permanezan nesa situación, sen que a dedución de haberes que se efectúe teña, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria nin afecte ao réxime respectivo das súas prestacións sociais.

O Real decreto-lei 17/1977 sinala no seu artigo 4 que, cando a folga afecte a empresas encargadas de calquera clase de servizos públicos, o preaviso do comezo da folga ao empresario e á autoridade laboral haberá de ser, polo menos, de dez días naturais.

O exercicio do dereito de folga non extingue a relación de traballo, nin pode dar lugar a sanción ningunha, agás que o traballador, durante a mesma, incorrera en falta laboral. Durante a folga o traballador non terá dereito ao salario (artigo 6 do Real decreto-lei 17/1977).

Considéranse faltas moi graves a participación en folgas por quen o teña expresamente prohibido pola lei, o incumprimento das obrigas 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).

**3.4. 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 reconece 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 que se asegure o funcionamento dos servizos esenciais da comunidade”*.

Neste apartado, hai que salientar que o artigo 40.2º 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 banda, o artigo 45 do mesmo texto legal regula a solución extraxudicial de conflitos colectivos, a través dos procedementos de mediación e arbitraje.

En relación con este punto, o libro “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, da Editorial Lex Nova, indica que *“parecía oportuno avanzar na introducción de procedementos extraxudiciais de solución de conflitos colectivos de traballo para os funcionarios públicos e aproximarse á lexislación laboral, moito máis avanzada neste punto. Neste sentido, o artigo 45 do EBEP, aceptando as suxerencias do Informe da Comisión de Expertos, vén a establecer dous procedementos extraxudiciais distintos para a solución de conflitos colectivos:*

*1º) En primeiro lugar, lémbrese que nos conflitos xurídicos de aplicación e interpretación dos pactos e acordos colectivos poderán intervir, se as partes negociadoras lles atribúsen esta facultade, as comisións paritarias de seguimento (artigo 45.1).*

*2º) En segundo lugar, o EBEP prevé a posibilidade de que as Administracións Públicas e as Organizacións Sindicais acorden a creación de sistemas de solución extraxudicial de conflitos colectivos (artigo 45.1) que se axusten aos seguintes criterios xerais:*

*a) Poderán pactarse dous tipos de procedemento (artigo 45.3):*

*- Ben unha mediación obrigatoria (cando o solicite unha das partes), se ben as propostas de solución do mediador ou mediadores poderán ser libremente aceptadas ou rexeitadas polas partes.*

*- Ben un arbitraxe voluntario, aínda que comprometéndose de antemán a aceptar o contido do laudo arbitral.*

*b) O ámbito obxectivo destes procedementos extraxudiciais abranguerá tanto os conflitos de intereses (<<os derivados da negociación>>) como os conflitos xurídicos (<<os derivados da aplicación e interpretación dos pactos e acordos>>). En todo caso, a Lei establece unha lóxica excepción para os conflitos de intereses e xurídicos derivados da negociación daquelas materias nas que exista <<reserva de lei>> (artigo 45.2). ”*

### **3.5. 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.

Este dereito regulábase no capítulo V da Lei 9/1987, hoxe derogada.

De acordo co artigo 46 do Estatuto Básico, están lexitimados para convocar unha reunión, ademais das organizacións sindicais, directamente ou a través dos delegados sindicais, os delegados de persoal, as xuntas de persoal, os comités de empresa, e os empregados públicos das Administracións respectivas en número non inferior ao corenta por cento do colectivo convocado.

As reunións no centro de traballo autorizaranse fóra das horas de traballo, agás acordo entre o órgano competente en materia de persoal e quen estea lexitimado para convocar as reunións.



A realización da reunión non prexudicará a prestación dos servizos e os seus convocantes serán responsables do normal desenvolvemento dela.

En relación con este punto, o libro “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, da Editorial Lex Nova, sinala que *“o EBEP, con bo criterio, aceptando as suxerencias do Informe da Comisión de Expertos, optou por unificar o réxime xurídico do dereito de reunión de ambos tipos de persoal no seu artigo 46, inclinándose por aplicar a todos os empregados públicos o réxime funcional e non o laboral, pola súa modernidade e por estar pensado máis para as Administracións Públicas que o do Estatuto dos Traballadores.”*

A regulación do artigo 46 do Estatuto Básico non é tan minuciosa como a da normativa anterior. Deste xeito, tal como se indica no libro sinalado no parágrafo anterior, *“dáse <<cancha>> ás lexislacións inferiores de desenvolvemento do EBEP e á negociación colectiva nesta materia.”*

## **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, o capítulo V do título V da Lei da Función Pública de Galicia regula as licencias, vacacións e permisos.

### **2.1. Xornada de traballo**

O artigo 47 do **Estatuto Básico** dispón que as Administracións Públicas establecerán a xornada xeral e as especiais de traballo dos seus funcionarios públicos. A xornada de traballo poderá ser a tempo completo ou a tempo parcial.

Ao longo deste capítulo V prevense posibilidades de redución da xornada, como nos casos de permisos por lactancia, garda legal, coidado dun familiar de primeiro grao por razóns de enfermidade, por violencia de xénero sobre a muller funcionaria, ou por coidado de fillo menor afectado por cancro ou outra enfermidade grave (hai que lembrar que este último permiso citado foi introducido na modificación efectuada no Estatuto Básico pola Disposición Final Vixésimo Terceira da Lei 39/2010).

Hai que ter en conta a previsión do Estatuto Básico relativo a que un dos factores aos que hai que atender para establecer a contía e estrutura das retribucións complementarias dos funcionarios son os servizos extraordinarios prestados fóra da xornada normal de traballo (artigo 24).

Así mesmo, o artigo 30 dispón que, sen prexuízo da sanción disciplinaria que poida corresponder, a parte de xornada non realizada dará lugar á dedución proporcional de haberes, que non terá carácter sancionador.

## **2.2. Vacacións**

Polo que respecta ás vacacións, o artigo 50 do **Estatuto Básico** sinala que os funcionarios públicos terán dereito a gozar, como mínimo, durante cada ano natural, dunhas vacacións retribuídas de vintedous días hábiles, ou dos días que correspondan proporcionalmente se o tempo de servizo durante o ano foi menor. Para estes efectos, non se considerarán como días hábiles os sábados, sen prexuízo das adaptacións que se establezan para os horarios especiais.

O artigo 68 da Lei de funcionarios civís do Estado, que regulaba as vacacións, foi derogado expresamente polo el. Sen embargo, mantense vixente ata que se aprobe a Lei de Función Pública da Administración Xeral do Estado, en tanto non se opoña ao Estatuto Básico, de conformidade coa Resolución do 21 de xuño de 2007 da Secretaría Xeral para a Administración Pública, xa citada. De acordo con este artigo, todos os funcionarios terán dereito, por ano completo de servizos, a gozar dunha vacación retribuída de un mes natural ou de vintedous días hábiles anuais, ou aos días que corresponda proporcionalmente ao tempo de servizos efectivos.

Segue tamén vixente o artigo 68.2º, na redacción dada pola Lei 53/2002, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e de orde social, polo que, en consecuencia, terán dereito a un día hábil adicional ao cumprir quince anos de servizo, engadíndose un día hábil máis ao cumprir os vinte, vintecinco e trinta anos de servizo, respectivamente, ata un total de vinteseis días hábiles por ano natural.

A nivel autonómico, régulase no artigo 75 da **Lei da Función Pública de Galicia**, que dispón que o persoal funcionario terá dereito, por ano completo de servizos, a gozar de vacacións retribuídas dun mes natural ou de vinte e dous días hábiles anuais ou dos días que correspondan proporcionalmente ao tempo de servizos efectivos.

Así mesmo, terá dereito a un día hábil adicional ao cumprir quince anos de servizo, ao que lle engadirá un día hábil máis ao cumprir os vinte, vinte e cinco e trinta anos de servizo, respectivamente, ata un total de vinte e seis días hábiles por ano natural.

Este dereito farase efectivo a partir do ano natural seguinte ao do cumprimento dos anos de servizo sinalados no parágrafo anterior.

Para os efectos previstos neste artigo, non se considerarán como días hábiles os sábados, sen prexuízo das adaptacións que se establezan para os horarios especiais.

No caso de que o período de vacacións coincida co permiso previsto no número 4 do artigo 76, a persoa interesada terá dereito á fixación dun período alternativo.

O calendario de vacacións elaborárase anualmente, tendo en conta as necesidades dos servizos, oídos os órganos de representación das persoas funcionarias.

Recoñécese o dereito á elección do período de vacacións a favor das mulleres xestantes e a preferencia de elección de mulleres e homes con fillas ou fillos menores de doce anos ou maiores dependentes ao seu coidado.

Os permisos de maternidade, paternidade e lactación, así como os períodos de incapacidade temporal derivados do embarazo, poderanse acumular ao período de vacacións, mesmo despois do remate do ano natural a que aquelas correspondan.

### **2.3. Permisos**

Para o estudo dos permisos no Estatuto Básico hai que acudir aos artigos 48 e 49 (este último modificado, como xa se sinalou, pola Disposición Final Vixésimo Terceira da Lei 39/2010, do 22 de decembro, de Orzamentos Xerais do Estado para o ano 2011). Pola súa banda, a Resolución do 21 de xuño de 2007 da Secretaría Xeral para a Administración Pública, xa citada, fai tamén referencia aos permisos e vacacións, sinalando as novidades introducidas polo Estatuto Básico.

En canto á normativa autonómica, o artigo 76 da Lei da Función Pública de Galicia regula os seguintes permisos:

- o Por **falecemento, accidente ou enfermidade grave dun familiar dentro do primeiro grao de consanguinidade ou afinidade**: tres días hábiles cando o suceso se produza na mesma localidade, e cinco días hábiles cando sexa en localidade distinta.  
Cando se trate do **falecemento, accidente ou enfermidade grave dun familiar dentro do segundo grao de consanguinidade ou afinidade**: dous días hábiles cando o suceso se produza na mesma localidade, e catro días hábiles cando sexa en localidade distinta.
- o **Por traslado de domicilio sen cambio de residencia**: un día na mesma localidade e dous días se hai cambio de localidade. Se a unidade familiar está composta por dous ou máis membros, o



permiso será de dous días sen cambio de localidade e de catro se existe cambio.

- o ***Para realizar funcións sindicais, de formación sindical ou de representación do persoal***, nos termos legalmente establecidos.

Neste apartado a Resolución da Secretaría de Estado do 14 de decembro de 1992, que recolle o Manual de Procedementos de Xestión de Recursos Humanos en materia de vacacións, permisos e licencias, comisións de servizos e reingresos ao servizo activo, distingue estas modalidades: permisos para realizar funcións sindicais de carácter permanente nas estruturas do propio sindicato relacionadas coa Administración do Estado, permisos para realizar funcións sindicais de carácter permanente no propio centro de traballo ou de representación de persoal, e o permisos para realizar actividades de formación sindical ou funcións sindicais ou representativas de carácter ocasional, non especificadas na lei.

- o ***Para concorrer a exames finais e demais probas definitivas de aptitude***: durante os días da súa realización.

Seguindo a Resolución da Secretaría de Estado do 14 de decembro de 1992, xa citada, os exames e probas deben ter lugar en centros oficiais. Así mesmo, indica que no caso de exames que se realicen, necesariamente e non por opción do funcionario, fóra da súa localidade de destino, o permiso pode estenderse ao tempo de realización do exame, agregando o necesario para o desprazamento ao lugar do exame. Engade que, se os exames se celebran na mesma localidade e en día inhábil ou fóra do horario de traballo do funcionario solicitante, non resulta procedente a concesión do permiso.

De acordo coa Sentenza do Tribunal Supremo do 28 de xuño de 1996, a finalidade da norma non é recoñecer un día enteiro.

- o ***Permiso por lactación dunha filla ou fillo menor de doce meses***: A funcionaria cunha filla ou un fillo menor de doce meses terá dereito a unha hora de ausencia do traballo. Este período de tempo poderá dividirse en dúas fraccións ou substituírse por unha redución da xornada normal en media hora ao inicio e ao final da xornada ou ben nunha hora ao inicio ou ao final da xornada. Este dereito poderá ser exercido indistintamente polas persoas proxenitoras, no caso de que ambas traballen.

Igualmente, poderá substituírse o tempo de lactación por un permiso retribuído que acumule en xornadas completas o tempo correspondente ou ben por un crédito de horas, podéndose aproveitar, en ambos os casos, en calquera momento, despois do gozo do permiso de maternidade.

A cantidade de horas incluídas no crédito será o resultado de contabilizar o total de horas ás que se tería dereito se se dispuxese do permiso de lactación na súa modalidade dunha hora de ausencia.

Este permiso incrementarase proporcionalmente nos casos de parto múltiple.



Nos supostos de adopción ou acollemento, este dereito computarase durante o primeiro ano desde a resolución xudicial ou administrativa de adopción ou acollemento.

- o **Por nacemento de fillas e fillos prematuros ou que por calquera outra causa deban permanecer no hospital a continuación do parto:** a funcionaria ou o funcionario terá dereito a ausentarse do traballo durante un máximo de dúas horas diarias e percibirá as retribucións íntegras.
- o **Por razóns de garda legal,** cando o persoal funcionario teña o coidado directo dalgún menor de doce anos, de persoa maior que requira especial dedicación ou dunha persoa con discapacidade que non desempeñe actividade retribuída, terá dereito a unha redución dun terzo ou un medio da xornada de traballo, coa diminución proporcional das súas retribucións.  
Terá o mesmo dereito o persoal funcionario que 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.
- o As **funcionarias embarazadas** terán dereito a ausentarse do traballo para a realización de **exames prenatais e técnicas de preparación ao parto**, polo tempo necesario para a súa práctica e logo de xustificación da súa necesidade da realización dentro da xornada de traballo.
- o O persoal funcionario terá dereito a 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. Se fose necesario o desprazamento, o permiso será de dous días.
- o Para **acompañar a súa ou o seu cónxuxe ou parella en análoga relación de afectividade a tratamentos de fecundación asistida, a exames prenatais e a técnicas de preparación ao parto**, o persoal funcionario terá dereito a un permiso retribuído en idénticos termos e condicións de exercicio que os previstos para estes permisos.
- o Nos supostos de **accidente ou enfermidade moi grave da ou do cónxuxe, parella en análoga relación de afectividade, familiares en primeiro grao, persoas acollidas ou familiares que convivan na mesma casa, e para atender ao seu coidado**, o persoal funcionario terá dereito a un permiso retribuído cunha duración máxima de trinta días naturais. Cada accidente ou enfermidade xerará un único permiso, que, dentro da duración máxima de trinta días, se poderá utilizar de maneira separada ou acumulada.
- o Por ser preciso **atender o coidado dun familiar de primeiro grao**, o persoal funcionario terá dereito a solicitar unha **redución de ata o 50% da xornada laboral**, con carácter retribuído, por razóns



de enfermidade moi grave e polo prazo máximo dun mes, prorrogable en circunstancias excepcionais e atendendo á extrema gravidade da enfermidade padecida, ata un período máximo de dous meses.

Se houbese máis dunha persoa titular deste dereito polo mesmo feito causante, o tempo de gozo desta redución poderase ratear entre elas, respectando en todo caso o prazo máximo dun mes ou, se é o caso, o de dous meses.

- o O persoal funcionario terá ***dereito a ausentarse para acompañar ás revisións médicas as fillas e os fillos e as persoas maiores ao seu cargo*** polo tempo necesario, con aviso previo e xustificación da necesidade de realización dentro da xornada de traballo.
- o Poderase conceder permiso polo tempo indispensable para o cumprimento dun ***deber inescusable de carácter público ou persoal e por deberes relacionados coa conciliación da vida familiar e laboral***.

A Resolución da Secretaría de Estado do 14 de decembro de 1992, xa citada, establece que se entende por deber inescusable a obrigaón que lle incumbe a unha persoa o cumprimento da cal lle xera unha responsabilidade de índole civil, penal ou administrativa. Deben incluírse tamén os deberes de carácter cívico como a participación en procesos electorais e o exercicio do dereito de sufraxio. Ante o carácter potestativo que a norma sinala para a concesión deste permiso, indícase que, se existe unha norma que impoña un deber inescusable e este non pode cumprirse fóra do horario de traballo, a Administración, logo de xustificación destes extremos polo interesado, concederá o permiso polo tempo indispensable.

Pódese citar como exemplo de deber inescusable a pertenza a un xurado ou a comparecencia nun proceso en calidade de testemuña ou perito.

Ante o concepto xurídico indeterminado de “deber inescusable de carácter público ou persoal”, nalgúñas administracións públicas estase optando pola enumeración de supostos. Neste sentido, pódese citar a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid do 26 de novembro de 2002, que declara conforme a dereito a enumeración dos supostos considerados como deber inescusable realizada por un concello, sinalando que, posto que o punto 2 do artigo 30 da Lei 30/1984 (a norma nese momento vixente) non menciona casos específicos a que aplicar tal permiso, debe entenderse que o concello está poñendo en coñecemento dos funcionarios aqueles supostos en que o concederá expoñendo un criterio unicamente aplicable aos funcionarios do mesmo que non vulnera norma ningunha porque non se definiron cales deben ser tales deberes.

- o Poderase dispoñer de ***ata nove días ao ano***, como máximo, de ***permiso para asuntos persoais sen xustificación***, atendendo sempre ás necesidades do servizo. Así mesmo, terase dereito ao gozo de ***dous días adicionais ao cumprir o sexto trienio, que se***





***incrementará nun día adicional por cada trienio cumprido a partir do oitavo.***

A Resolución da Secretaría de Estado do 14 de decembro de 1992, xa citada, establece que a autorización para gozar o permiso está sempre subordinada ás necesidades do servizo, pero non é preciso alegar razóns para solicitalo nin presentar xustificación. Estes días non poden acumularse ás vacacións anuais retribuídas, de xeito que non pode autorizarse un día de permiso coincidindo cun venres se o inicio das vacacións anuais comeza o luns seguinte. Igualmente entre a finalización do período de vacacións e o goce deste permiso debe mediar algún día hábil. Os días festivos non rompen a continuidade.

- o No suposto de **parto**, a duración do permiso será de dezaseis semanas ininterrompidas. Este permiso ampliarase en dúas semanas máis no suposto de discapacidade da filla ou fillo, e por cada filla ou fillo a partir do segundo, nos supostos de parto múltiple. O permiso distribuirase a opción da funcionaria sempre que seis semanas sexan inmediatamente posteriores ao parto. No caso de falecemento da nai, a outra persoa proxenitora poderá facer uso da totalidade ou, se é o caso, da parte que reste do permiso.

Malia o anterior, e sen prexuízo das seis semanas inmediatas posteriores ao parto de descanso obrigatorio para a nai, no caso de que ambos os proxenitores traballen, a nai, ao iniciarse o período de descanso por maternidade, poderá optar porque a outra persoa proxenitora goce dunha parte determinada e ininterrompida do período de descanso posterior ao parto, ben de forma simultánea ou sucesiva co da nai. A outra persoa proxenitora poderá seguir gozando do permiso de maternidade inicialmente cedido, aínda que no momento previsto para a reincorporación da nai ao traballo esta se atope en situación de incapacidade temporal.

Nos casos de gozo simultáneo dos períodos de descanso, a suma destes non poderá exceder as dezaseis semanas ou as que correspondan no caso de discapacidade da filla ou fillo ou de parto múltiple.

Este permiso poderá gozarse a xornada completa ou a tempo parcial, cando as necesidades do servizo o permitan e nos termos que regulamentariamente se determinen.

Nos casos de parto prematuro e naqueles en que, por calquera outra causa, a neonata ou neonato deba permanecer no hospital a continuación do parto, este permiso ampliarase en tantos días como a neonata ou neonato permaneza no hospital, cun máximo de trece semanas adicionais.

Durante o gozo deste permiso poderase participar nos cursos de formación que convoque a Administración.

- o Nos supostos de **adopción ou acollemento**, tanto preadoptivo coma permanente ou simple, o permiso terá unha duración de dezaseis semanas ininterrompidas, ampliables en dúas semanas máis no suposto de discapacidade da ou do menor adoptado ou acollido e



por cada filla ou fillo, a partir da ou do segundo, nos supostos de adopción ou acollemento múltiple. O cómputo do prazo contarase a elección da persoa funcionaria, a partir da decisión administrativa ou xudicial do acollemento ou a partir da resolución xudicial pola que se constitúa a adopción, sen que un mesmo menor poida dar, en ningún caso, dereito a varios períodos de gozo deste permiso.

No caso de que ambos os proxenitores traballen, o permiso distribuirase a opción dos interesados, que poderán gozalo de forma simultánea ou sucesiva, sempre en períodos ininterrompidos.

Nos casos de gozo simultáneo de períodos de descanso, a suma deles non poderá exceder as dezaseis semanas ou as que correspondan no caso de adopción ou acollemento múltiple e de discapacidade da ou do menor en adopción ou en acollida.

Este permiso poderá gozarse a xornada completa ou a tempo parcial, cando as necesidades do servizo o permitan e nos termos que regulamentariamente se determinen.

Se fose necesario o desprazamento previo das persoas proxenitoras ao país de orixe da ou do menor en adopción ou acollida, nos casos de **adopción ou acollemento internacional**, terase dereito ademais a un permiso de ata tres meses de duración, e durante este período percibiranse exclusivamente as retribucións básicas, podendo gozarse delas de forma fraccionada, sempre que non se superen os tres meses.

Con independencia deste permiso de ata tres meses previsto no parágrafo anterior e para o suposto previsto no devandito parágrafo, o permiso por adopción ou acollemento, tanto preadoptivo como permanente ou simple, poderá iniciarse ata catro semanas antes da resolución xudicial pola que se constitúa a adopción ou a decisión administrativa ou xudicial de acollemento.

Durante o gozo deste permiso poderase participar nos cursos de formación que convoque a Administración.

Os supostos de adopción ou acollemento, tanto preadoptivo como permanente ou simple previstos neste artigo, serán os que así se establezan na normativa aplicable na Comunidade Autónoma de Galicia, e o acollemento simple deberá ter unha duración non inferior a un ano.

O Decreto 158/2004, do 7 de xullo, desenvolvía o desfrute a tempo parcial dos permisos incluídos no antigo artigo 70.4º da Lei 4/1988. Aínda que este apartado do artigo 70, logo da modificación efectuada pola Lei 13/2007, do 27 de xullo, recollía máis supostos, no momento de ditarse do Decreto 158/2004 só se refería aos permisos por parto e por adopción ou acollemento, tanto preadoptivo como permanente.

- o **Permiso por paternidade polo nacemento, acollemento ou adopción dunha filla ou fillo**: terá unha duración de vinte e nove días naturais, que gozará o pai funcionario a partir da data de nacemento, da decisión administrativa ou xudicial de acollemento ou da resolución xudicial pola que se constitúa a adopción. No caso de





parto, acollemento ou adopción múltiple, o permiso será de trinta e cinco días naturais.

Nos supostos de adopción ou acollemento, se ambas as persoas proxenitoras fosen persoal ao servizo da administración pública galega, o permiso poderase distribuír a opción da parte interesada, que poderán gozalo de forma simultánea ou sucesiva, sempre en períodos ininterrompidos, respectando en todo caso o prazo de duración.

Este permiso é independente do gozo compartido dos dous permisos anteriores (o de parto e o de adopción ou acollemento).

A nai poderá gozar deste permiso de paternidade a continuación dos permisos previstos nos dous apartados anteriores (o de parto e o de adopción ou acollemento), nos seguintes supostos:

- Cando o pai falecese antes da utilización íntegra deste permiso.
- Se a filiación paterna non estivese determinada.
- Cando as persoas proxenitoras non estivesen casadas nin estivesen unidas de feito en análoga relación de afectividade.
- Cando en resolución xudicial ditada en proceso de nulidade, separación ou divorcio, iniciado antes da utilización do permiso, se lle recoñecese á nai a garda da filla ou do fillo que acaba de nacer.

No suposto de matrimonio de mulleres ou de unións de feito en análoga relación de afectividade, ao ser unha delas a nai biolóxica, a que non o sexa terá dereito ao permiso de paternidade nos termos fixados.

Coa modificación da antiga Lei 4/1988, do 26 de maio, pola Lei 13/2007, do 27 de xullo unifícase a duración deste permiso de paternidade, que antes era diferente segundo se tratara de parto ou de adopción ou acollemento.

Nos supostos de permiso por parto, por adopción ou acollemento, e por paternidade, o tempo transcorrido durante o gozo destes permisos computarase como de servizo efectivo para todos os efectos, garantíndose a plenitude de dereitos económicos do persoal funcionario durante todo o período de duración do permiso, e, se é o caso, durante os períodos posteriores ao gozo deste, se, de acordo coa normativa aplicable, o dereito a percibir algún concepto retributivo se determina en función do período de gozo do permiso.

As persoas funcionarias que fixesen uso do permiso por parto ou maternidade, paternidade e adopción ou acollemento terán dereito, así que finalice o período de permiso, a reintegrarse ao seu posto de traballo nos termos e nas condicións que non lles resulten menos favorables ao gozo do permiso, así como a beneficiarse de calquera mellora nas condicións de traballo a que puidesen ter dereito durante a súa ausencia.

- o **Permiso por razón de violencia de xénero sobre o persoal funcionario:** as faltas de asistencia do persoal funcionario vítima de



violencia de xénero, totais ou parciais, terán a consideración de xustificadas polo tempo e nas condicións en que así o determinen os servizos sociais de atención ou de saúde, segundo proceda.

Así mesmo, o persoal funcionario vítima de violencia de xénero, para facer efectiva a súa protección ou o seu dereito á asistencia social integral, terá dereito á redución da xornada coa diminución proporcional da retribución, 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 lle poida ser aplicable, nos termos que para estes supostos estableza a Administración da Comunidade Autónoma de Galicia.

O artigo 30 da Lei 30/1984 (derogado polo Estatuto Básico) incluía, como consecuencia da Lei orgánica 1/2004, do 28 de decembro, de medidas para a protección integral contra a violencia de xénero, este permiso para os casos de funcionarias vítimas de violencia de xénero. O antigo artigo 70 da Lei 4/1988, do 26 de maio, logo da modificación efectuada pola Lei 13/2007, do 27 de xullo, refírese en xeral ao persoal funcionario.

## 2.4. Licencias

O Capítulo V do Título III do Estatuto Básico non regula as licencias. A Lei de funcionarios civís do Estado regulaba as licencias nos seus artigos 69 e seguintes. De acordo coa Resolución do 21 de xuño de 2007, da Secretaría Xeral para a Administración Pública, xa citada, dentro dos preceptos da normativa da función pública que, ao abeiro da disposición final cuarta do Estatuto Básico, continúan vixentes ata que se aprobe a Lei de Función Pública da Administración Xeral do Estado, en tanto non se opoña ao Estatuto Básico, está o artigo 71 da Lei de funcionarios civís do Estado, sobre licencia de quince días por matrimonio.

Dentro do capítulo V do título V da Lei da Función Pública de Galicia, no artigo 74 regúlanse as seguintes licencias:

- o **Por matrimonio**, neste caso a persoa funcionaria terá dereito a unha licencia retribuída de quince días naturais ininterrompidos. De acordo coa Resolución da Secretaría de Estado do 14 de decembro de 1992, xa citada, os quince días de duración da licencia han de entenderse como días naturais e poden ser inmediatamente anteriores ou posteriores en todo ou en parte a aquel no que se celebre o matrimonio. O seu desfrute pode ser continuado ou partido, distribuíndo neste caso os quince días en dous períodos, antes e despois da data do matrimonio.
- o **Por embarazo**, nas condicións e duración previstas na lexislación xeral. Esta licencia regúlase como permiso no artigo 76 da Lei da Función Pública de Galicia.



- o **Por asuntos propios**, podendo conceder licencia sen retribución dunha duración acumulada que non poderá exceder de tres meses cada dous anos, subordinándose a súa concesión ás necesidades do servizo.

A Resolución da Secretaría de Estado do 14 de decembro de 1992, xa citada, sinala respecto desta licencia que, aínda que non existe limitación en canto ao número mínimo de días que pode abranguer esta licencia, é recomendable a súa utilización para períodos de tempo non inferiores a sete días. Os días de duración da licencia enténdense días naturais. O período de licencia abrangue dende o primeiro día no que deixa de traballar a persoa funcionaria ata o día no que se incorpore efectivamente ao traballo.

- o **Por enfermidade**, de acordo co réxime da Seguridade Social ao que pertenza a persoa funcionaria.

Neste apartado, a Resolución da Secretaría de Estado do 14 de decembro de 1992, xa citada, dende unha perspectiva procedimental distingue tres supostos: a enfermidade de duración non superior a tres días (na que non cabe falar de procedemento senón de constatación e xustificación da ausencia ao inmediato superior), a enfermidade de duración superior aos tres días e non superior aos tres meses (que da lugar a licencias de ata tres meses cada ano natural, con plenitude de dereitos económicos, debendo acreditarse a enfermidade a través do correspondente parte médico), e enfermidade de duración superior aos tres meses (que da lugar a prórrogas mensuais das licencias concedidas por tres meses).

- o **Para a realización de estudos sobre materias directamente relacionadas coa Administración Pública**, logo de informe favorable da persoa xerarquicamente superior. Neste caso a persoa funcionaria terá dereito a percibir as retribucións básicas e mais o complemento familiar.

A Resolución da Secretaría de Estado do 14 de decembro de 1992, xa citada, sinala neste punto que só poderán concederse para realizar estudos directamente relacionados coas funcións e actividades do posto de traballo que se ocupa e co fin de consolidar, aumentar ou actualizar a formación necesaria para un máis eficaz exercicio.

### 3. DEBERES DOS EMPREGADOS PÚBLICOS; CÓDIGO DE CONDUCTA

En relación cos deberes dos funcionarios, ata agora había que acudir á Lei de funcionarios civís do Estado (sección 1ª do capítulo VII do título III). Ao tratarse dunha norma preconstitucional, parte dos seus preceptos foron derogados tanto pola propia Constitución Española como por normas postconstitucionais, como a Lei 30/1984.

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.

Tal como se establece na Resolución do 21 de xuño de 2007, da Secretaría Xeral para a Administración Pública, xa citada, o código de conduta, integrado polos deberes, principios éticos e principios de conduta recollidos nos artigos 52, 53 e 54, é de directa aplicación ao persoal funcionario e ao persoal laboral. Tamén lle é de aplicación directa ao persoal ao servizo das entidades do sector público estatal.

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 entorno cultural e medioambiental, 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 informarán 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 como sinala o Estatuto Básico na súa Exposición de Motivos, por primeira vez se establece 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, a infracción das cales pode ter consecuencias disciplinarias. Pois a condición de empregado público non só comporta dereitos, senón tamén unha especial responsabilidade e obrigas específicas para cos cidadáns, a propia Administración e as necesidades do servizo.

A Lei da Función Pública de Galicia non dedica ningún apartado específico a regular os deberes dos funcionarios, nin tampouco os regulamentos que a desenvolven. No seu artigo 2, dispón 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.

Pódense, así mesmo, deducir unha serie de deberes dos funcionarios a través dos regulamentos de desenvolvemento da Lei da Función Pública de Galicia, especialmente da tipificación de faltas que realiza o 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.

Non hai que esquecer, para rematar, que no momento no que se inicia a relación entre a Administración e o funcionario, no momento no que este adquire a condición de funcionario, debe cumprir para adquirir esa condición cunha serie de requisitos sinalados no artigo 47 da Lei da Función Pública de Galicia, un dos cales é *“xurar ou prometer fidelidade á Constitución, ao Estatuto de Autonomía de Galicia e obediencia ás leis, así como desempeñar con imparcialidade o exercicio da función pública”*.

Eduarda Varela Castro  
Funcionaria do corpo superior da Administración da Xunta de Galicia

### **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 Nova, S.A., 2007.

**33. ORDENACIÓN DA  
ACTIVIDADE PROFESIONAL;  
ESPECIAL REFERENCIA Á  
PROVISIÓN DE POSTOS.  
SITUACIÓNS ADMINISTRATIVAS.  
RÉXIME DE  
INCOMPATIBILIDADES. CLASES  
PASIVAS. O MUTUALISMO  
ADMINISTRATIVO.**

## **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**

Tal como sinala a **Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto Básico do Empregado Público** (en adiante, Estatuto Básico), na súa Exposición de Motivos, cada Administración debe poder configurar a súa propia política de persoal, sen merma dos necesarios elementos de cohesión e dos instrumentos de coordinación conseguintes. E regula a ordenación da actividade profesional no seu Título V, estruturado en tres capítulos:

- o Capítulo I: Planificación de recursos humanos (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto Básico).
- o Capítulo II: Estruturação do emprego público (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto Básico).
- o 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 Básico).

##### **1.1. Planificación de recursos humanos**

A planificación dos recursos humanos é unha actividade que consiste en analizar os medios humanos dos que dispón unha organización e que son necesarios para a consecución dos seus obxectivos. Hai que partir polo tanto da determinación dos seus obxectivos por parte da Administración Pública de que se trate, para a consecución dos cales se fixarán os medios persoais necesarios, é dicir, se realizará a correspondente planificación de recursos humanos.

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 axeitada dos seus efectivos, a súa mellor distribución, formación, promoción profesional e mobilidade.

Os obxectivos da planificación son polo tanto de dous tipos:

- o A eficacia na prestación dos servizos.
- o A eficiencia na utilización dos recursos dispoñibles.

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:

- o Análise das dispoñibilidades e necesidades de persoal, tanto desde o punto de vista do número de efectivos, como do dos perfís profesionais ou niveis de cualificación deles.  
Trátase de determinar por unha banda se o número de efectivos cos que conta a organización son os que necesita (análise cuantitativo) e por outra banda se teñen o perfil profesional e o nivel de cualificación necesarios (análise cualitativo).
- o Previsións sobre os sistemas de organización do traballo e modificacións de estruturas de postos de traballo.  
A análise sobre os recursos humanos pode prever a conveniencia de modificar os sistemas de organización do traballo e as estruturas de postos de traballo, para o que se determinarán os procedementos que hai que seguir, xa que a planificación non determina por si soa estes cambios.
- o 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.  
Cando da análise se deduce que cuantitativamente os efectivos cos que conta unha organización son suficientes, unha medida axeitada sería a suspensión de incorporacións de persoal externo. Acudiríase á convocatoria de concursos de provisión cando o reparto dos efectivos supón a insuficiencia deles nalgúns ámbitos, polo que é conveniente a súa recolocación.
- o Medidas de promoción interna e de formación do persoal e de mobilidade forzosa de conformidade co disposto no Capítulo III deste Título.  
A través das medidas de promoción interna e de formación conséguese dar satisfacción non só ao persoal co que se conta, senón tamén ás propias necesidades da organización. A medida de mobilidade forzosa responde a una reorganización dos efectivos que a organización considera necesaria.
- o A previsión da incorporación de recursos humanos a través da oferta de emprego público.  
Esta medida responde á insuficiencia de efectivos cos que conta a organización, o que supón a necesidade de incorporar persoal externo.

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 deban proverse 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 deberá desenvolverse dentro do prazo improrrogable de tres anos.

A oferta de emprego público ou instrumento similar, que se aprobará 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.

Este artigo prevé como instrumento de planificación a oferta de emprego público, pero deixa aberta a posibilidade de acudir a outro instrumento similar. O instrumento de xestión que se utilice é o que sinala as necesidades de recursos humanos que hai que prover a través da incorporación de persoal de novo ingreso e recollerá o número de prazas comprometidas, para a cobertura das cales será necesario convocar os correspondentes procesos selectivos. Como novidade na redacción dada polo estatuto pódese salientar o feito de incluír un prazo máximo de tres anos para a execución da oferta ou instrumento similar.

Pola súa banda, o establecemento dun número de prazas supón un compromiso para o que é necesario contar coa correspondente dotación orzamentaria. Non hai que esquecer que o artigo 70 fala de necesidades de recursos humanos con asignación presupostaria.

O Estatuto Básico recolle a previsión de que no suposto de que os órganos de selección propuxeran o nomeamento de igual número de aspirantes que o de prazas convocadas, e co fin de asegurar a cobertura destas, cando se produzan renuncias dos aspirantes seleccionados, antes do seu nomeamento ou toma de posesión, o órgano convocante poderá requirir do órgano de selección relación complementaria dos aspirantes que sigan aos propostos, para o seu posible nomeamento como funcionarios de carreira (artigo 61.8º). Esta regulación ten como finalidade garantir a cobertura de todas as prazas convocadas para conseguir satisfacer a necesidade de incorporación de novos efectivos.

O capítulo dedicado á planificación de recursos humanos remata co **artigo 71**, relativo aos **rexistros de persoal e xestión integrada de recursos humanos**. Establécese que cada Administración Pública constituirá un

registro no que se inscribirán os datos relativos ao persoal contemplado nos artigos 2 (ámbito de aplicación) e 5 (persoal da sociedade estatal Correos y Telégrafos) do presente estatuto e que terá en conta as peculiaridades de determinados colectivos.

Os rexistros poderán dispoñer tamén da información agregada sobre os restantes recursos humanos do seu respectivo sector público.

Mediante convenio de conferencia sectorial se establecerán os contidos mínimos comúns dos rexistros de persoal e os criterios que permitan o intercambio homoxéneo da información entre Administracións, con respecto ao establecido na lexislación de protección de datos de carácter persoal.

As Administracións Públicas impulsarán a xestión integrada de recursos humanos.

Cando as Entidades Locais non contén coa suficiente capacidade financeira ou técnica, a Administración Xeral do Estado e as Comunidades Autónomas cooperarán con aquelas para os efectos previstos neste artigo.

A nivel autonómico, a Lei 15/2010, do 28 de decembro, de medidas fiscais e administrativas (Diario Oficial de Galicia núm. 250, do 30 de decembro) engade o artigo 30.bis ao Texto Refundido da **Lei da función pública de Galicia**, aprobado polo Decreto lexislativo 1/2008, do 13 de marzo (en adiante, Lei da Función Pública de Galicia). Este artigo prevé, dentro do marco da planificación de recursos humanos, a posibilidade de traslado do persoal funcionario. Así mesmo, recolle a posibilidade de aprobación polo Consello da Xunta de Galicia dun plan de ordenación de recursos humanos.

## **1.2. Estruturación 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** de acordo coas normas que regulan a selección, a promoción profesional, a mobilidade e a distribución de funcións e conforme ao 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 estruturación 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 axeitadas á súa

clasificación, grado ou categoría, cando as necesidades do servizo o xustifiquen sen mingua nas retribucións.

Os postos de traballo poderán agruparse 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 abranguerán, cando menos, a denominación dos postos, os grupos de clasificación profesional, os corpos ou escalas, se é o caso, a que estean adscritos, os sistemas de provisión e as retribucións complementarias. Os ditos instrumentos serán públicos.

Polo que se refire á natureza xurídica das relacións de postos de traballo, a sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 19 de decembro de 2003 destaca que a xurisprudencia do Tribunal Supremo estableceu a vocación normativa das relacións de postos de traballo para xustificar que, a pesar de merecer a cualificación de cuestións de persoal, sen embargo se consideraran apelables (máis tarde susceptibles de recurso de casación), dándolles así, “desde un punto de vista estritamente procesual”, o tratamento propio das disposicións xerais, pero sen que por iso descoñecera que materialmente a súa verdadeira substancia xurídico administrativa é a de actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de onde vén aquela vocación normativa, pero excluindo en todo caso que sexan auténticos regulamentos.

De acordo co 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 suprímense por lei das Cortes Xerais ou das Asembleas Lexislativas das Comunidades Autónomas.

Cando no estatuto se fai referencia a corpos e escalas entenderase abranguida igualmente calquera outra agrupación de funcionarios.

A tradicional clasificación en corpos, escalas e categorías supón unha agrupación referida ás tarefas ou funcións que se desenvolven neles unidas ás titulacións requiridas para o acceso.

O artigo 76 recolle os **grupos de clasificación profesional do persoal funcionario de carreira**. De acordo con este artigo, os corpos e escalas clasifícanse, de acordo coa titulación esixida para o acceso a eles, nos seguintes grupos:



- o Grupo A, dividido en dous Subgrupos: A1 e A2.  
Para o acceso aos corpos ou escalas deste grupo esixirase estar en posesión do título universitario de grao. Naqueles supostos nos que a lei esixa outro título universitario será este o que se teña en conta. A clasificación dos corpos e escalas en cada subgrupo estará en función do nivel de responsabilidade das funcións que hai que desempeñar e das características das probas de acceso.
- o Grupo B. Para o acceso a este grupo será necesario ter o título de técnico superior.
- o Grupo C, dividido en dous Subgrupos: C1 e C2.  
A división dos subgrupos responde á titulación esixida 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.

Neste apartado, hai que ter en conta que a Disposición Adicional Sétima prevé as **agrupacións profesionais sen requisito de titulación**, sinalando que ademais dos grupos clasificatorios descritos antes, as Administracións Públicas poderán establecer outras agrupacións diferentes, nas que non se esixa para o acceso estar en posesión de ningunha das titulacións previstas no sistema educativo. Os funcionarios que pertencen a estas agrupacións cando reúnan a titulación esixida poderán promocionar de acordo co establecido no artigo 18.

Na Disposición Transitoria Terceira dispónse que, ata que non se xeneralice a implantación dos novos títulos universitarios, para o acceso á función pública seguirán sendo válidos os títulos universitarios oficiais vixentes á entrada en vigor do Estatuto.

Transitoriamente, os grupos de clasificación existentes á entrada en vigor do Estatuto integraranse nos novos, de acordo coas seguintes equivalencias:

- o Grupo A: Subgrupo A1.
- o Grupo B: Subgrupo A2.
- o Grupo C: Subgrupo C1.
- o Grupo D: Subgrupo C2.
- o Grupo E: Agrupacións Profesionais ás que se refire a Disposición Adicional Sétima.

Os funcionarios do subgrupo C1 que reúnan a titulación esixida poderán promocionar ao grupo A sen necesidade de pasar polo novo grupo B.

Respecto do **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 (producirá efectos a partir da entrada en vigor das Leis de Función Pública que se diten en desenvolvemento del).

Tal como se sinala no libro “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, da Editorial Lex Nova, *“o concurso tradicional é un concurso no que predomina esencialmente a antigüidade dos empregados públicos; (...) o que preocupaba aos xestores era a irreversibilidade do nomeamento porque como vimos indicando o problema non era unicamente o do recrutamento senón esencialmente o das súas consecuencias entre as que, esencialmente, destacaba o carácter intanxible do posto de traballo obtido mediante este procedemento”*. Por iso, *“os retos aos que se sometía o EBEP eran claros: a necesidade de compaxinar o sistema de provisión de postos de traballo coa de dotar ás Administracións Públicas de elementos de mobilidade que permitan a optimización do persoal mediante técnicas ou sistemas de redistribución real que permitan que unhas unidades perdan efectivos que lles sobran e outras as obteñan cando o xuízo de planificación o demande. Este mesmo criterio é mantido no Informe da Comisión de Expertos cando sinala que <<(…) non obstante todo o anterior, a existencia dun réxime correcto de provisión de postos de traballo constitúe tamén un elemento decisivo en calquera modelo de recursos humanos (...)>>.”*

O artigo 78 dispón que as Administracións Públicas proverán os postos de traballo mediante **procedementos** baseados nos **principios de igualdade, mérito, capacidade e publicidade**. Estes principios, garantidos pola Constitución Española (artigo 103.3º) en relación co acceso ao emprego público, esténdense agora aos procedementos de provisión de postos de traballo.

A provisión de postos de traballo en cada Administración Pública realizarase 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 ao que 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 deles.

Deste xeito, o Estatuto Básico recolle como formas de provisión en todo caso o concurso e a libre designación, deixando ás 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, se é o caso, aptitudes dos candidatos por 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.

No caso de supresión ou remoción dos postos obtidos por concurso deberá asignarse un posto de traballo conforme ao sistema de carreira profesional propio de cada Administración Pública e coas garantías inherentes do dito sistema.

En relación con este punto, o libro “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, da Editorial Lex Nova, indica que *“na nosa tradición de función pública e máis alá das habilitacións legais a que nos acabamos de referir o certo é que a figura clave sobre a que xira o procedemento de avaliación non é outro que o da primación das bases do concurso. Desta forma e para os efectos de determinar a escala de fontes aplicable podemos establecer un degradado normativo que sitúa en primeiro termo ao EBEP, en segundo ás leis de desenvolvemento del e que deben determinar se se opta e en que porcentaxe pola triloxía de méritos ou se mantén nos dous que parecen configurarse como esenciais e non dispoñibles (méritos e capacidades), e, finalmente, o terceiro nivel, que se concreta na correspondente base da convocatoria que é a que determina para o suposto concreto como opera o nivel e a valoración dos méritos incluídos nela.”* E, respecto das comisións de valoración, recolle que *“se trata da regulación que pode considerarse máis novedosa e segundo a cal se introducen na composición das Comisións os principios de profesionalidade e especialización, xunto co principio de paridade entre homes e mulleres. (...) É evidente que son as leis chamadas ao desenvolvemento do EBEP as que deben, seguidamente, establecer as pautas centrais nas que se concreta a profesionalización e a especialización.”*

Da regulación do artigo 79 do Estatuto Básico poden salientarse os seguintes puntos:





- o O procedemento normal de provisión é o concurso.
- o A valoración que debe realizarse nos concursos afecta necesariamente aos méritos e capacidades, e só se así se prevé ás aptitudes dos candidatos.
- o As comisións de valoración deben ser órganos colexiados de carácter técnico. Para a súa composición atenderase a dous principios: o de profesionalidade e o de especialización dos seus membros.  
Neste sentido, hai que salientar a importancia que adquiren estes principios en relación con aqueles concursos nos que a comisión debe valorar aptitudes dos candidatos, fronte a aqueles nos que a valoración de méritos e capacidades redúcese a unha aplicación práctica do previsto nas bases da convocatoria.
- o A composición destas comisións de valoración adecuarase ao criterio de paridade entre muller e home.  
Esta previsión enlaza directamente co previsto na Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes.
- o As regras principais ás que se debe axustar o funcionamento das comisións de valoración son a imparcialidade e a obxectividade.
- o Realízase unha remisión ás leis de desenvolvemento do estatuto para fixar o prazo mínimo de ocupación dun posto obtido por concurso para poder participar noutro concurso.  
Este apartado supón unha novidade na regulación do concurso de traslados porque ata agora estaba fixado con carácter xeral o prazo de dous anos.
- o A remisión nos casos de supresión ou remoción dos postos obtidos por concurso ao sistema de carreira profesional propio de cada Administración Pública para asignar un posto de traballo, coas garantías dese sistema.  
Hai que ter tamén en conta o previsto no artigo 20.4º, no que se recolle que a continuidade nun posto de traballo obtido por concurso quedará vinculada á avaliación do desempeño de acordo cos sistemas de avaliación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia ao interesado, e pola correspondente resolución motivada.

De acordo coa **Resolución do 21 de xuño de 2007, da Secretaría Xeral para a Administración Pública, pola que se publican as Instrucións do 5 de xuño de 2007 para a aplicación do Estatuto Básico do Empregado Público no ámbito da Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos**, no relativo á provisión de postos de traballo, dispónse que continúan vixentes os procedementos de provisión de postos, que seguirán rexéndose pola Lei 30/1984 e o Real Decreto 364/1995, tendo en conta o seguinte:



- Concurso de provisión de postos de traballo de persoal funcionario de carreira (artigo 79): A composición dos órganos colexiados de carácter técnico encargados da valoración dos méritos e capacidades e, se é o caso, aptitudes dos candidatos, responderá ao principio de profesionalidade e especialización dos seus membros e adecuarase ao criterio de paridade entre muller e home.
- Mantense o requisito de permanencia mínima en cada posto de traballo de destino definitivo de dous anos para poder participar nos concursos de provisión, agás as excepcións previstas na normativa de función pública vixente.

### 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 esixidos 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 poidan cubrirse por este procedemento. O órgano competente para o nomeamento poderá recabar 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, deberá asignárselles un posto de traballo conforme ao sistema de carreira profesional propio de cada Administración Pública e coas garantías inherentes do dito sistema.

Desta regulación extraíanse estes criterios de aplicación:

- o A libre designación require convocatoria pública.
- o O órgano competente realiza unha apreciación de tipo discrecional.
- o A dita apreciación discrecional refírese á idoneidade dos candidatos en relación cos requisitos esixidos para o desempeño dun posto.
- o Os postos que se poden cubrir por este sistema determínanse en función duns criterios fixados polas leis de desenvolvemento do Estatuto Básico.
- o Estes postos deben ser postos de especial responsabilidade e confianza.
- o O órgano competente pode contar co criterio de especialistas á hora de valorar a idoneidade dos candidatos.
- o O cesamento nestes postos é discrecional.

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, na sentenza do 13 de xuño de 1997, recolle que “*no que respecta á falta*





*de previa audiencia, eran atendibles as razóns que sobre ese particular expuxo a Administración, ao afirmar que podía decidirse a remoción sen expediente contradictorio ningún, ou previa audiencia ao interesado, xa que a esencia mesma do sistema de libre designación é contraria a esa necesidade, dado que segundo se dixo, nin sequera é necesario que as razóns do cesamento se exterioricen cando se decide este”.*

- o A remisión no caso de cesamento ao sistema de carreira profesional propio de cada Administración Pública para asignar un posto de traballo, coas garantías do dito sistema

Non hai que esquecer, así mesmo, que a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, en sentenza do 13 de xullo de 2005, sinalou que *“facendo unha síntese da normativa reseñada pode afirmarse que o sistema de libre designación previsto na lei difire substancialmente dun sistema de libre arbitrio, xa que o seu perfil vén delimitado polos seguintes elementos: a) ten carácter excepcional, na medida que completa o método normal de provisión que é o concurso: b) aplícase a postos determinados en atención á natureza das súas funcións; c) só entran en tal grupo os postos directivos e de confianza que a lei relaciona (secretarías de altos cargos e os de especial responsabilidade); d) a obxectivación dos postos desta última clase (“especial responsabilidade”) está incorporada ás relacións de postos de traballo, que deberán incluír, en todo caso, a denominación e características esenciais dos postos e serán públicas, coa consecuencia facilitación do control”.*

Así se recolle no libro “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, da Editorial Lex Nova, que indica que *“a posición da xurisprudencia pode ser resumida e encaixada (...) entre quen considera que se trata dun sistema excepcional que só pode ser realizado coas debidas garantías. (...) A regulación que propón o EBEP sitúase, precisamente, no cumprimento dos requisitos que a xurisprudencia vén admitindo para esta forma de provisión.”*

**A Resolución do 21 de xuño de 2007, da Secretaría Xeral para a Administración Pública, pola que se publican as Instrucións do 5 de xuño de 2007 para a aplicación do Estatuto Básico do Emprego Público no ámbito da Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos,** no relativo á provisión de postos de traballo, dispónse que continúan vixentes os procedementos de provisión de postos, que seguirán rexéndose pola Lei 30/1984 e o Real Decreto 364/1995, tendo en conta o seguinte:

- Cesamento nos postos de libre designación, supresión e remoción de postos obtidos por concurso: Continuarán vixentes as regras sobre asignación de postos de traballo nos supostos de cesamento, supresión ou remoción dos postos, contidos no Regulamento xeral de

ingreso, provisión de postos e promoción profesional e na Resolución do 15 de febreiro de 1996.

### **1.3.1.3. Persoal laboral**

O artigo 83 establece que a provisión de postos do **persoal laboral** realizárase de conformidade co que establezan os convenios colectivos que sexan de aplicación e, no seu defecto, polo sistema de provisión de postos do persoal funcionario de carreira.

### **1.3.2. Regulación autonómica**

A **Lei da Función Pública de Galicia** regula no Capítulo III do seu Título IV, entre outras materias, a provisión de postos de traballo. Hai que ter en conta a modificación da Lei da Función Pública de Galicia realizada pola Lei 15/2010, do 28 de decembro, de medidas fiscais e administrativas (Diario Oficial de Galicia núm. 250, do 30 de decembro).

A regulación complétase co establecido no **Decreto 93/1991**, do 20 de marzo, polo que se aproba o regulamento de provisión de postos de traballo, promoción profesional e promoción interna.

O artigo 29 da lei e o 2 do regulamento regulan como sistemas de provisión de postos de traballo o concurso e a libre designación. E no artigo 7 do regulamento a redistribución de efectivos. Como consecuencia dun plan de emprego prevese a reasignación de efectivos. Así mesmo, a Lei de funcionarios civís do Estado regula a permuta. Ademais, con carácter provisional, atopamos as adscricións provisionais e as comisións de servizo.

A continuación, analizamos os distintos sistemas de provisión de postos de traballo.

#### **1.3.2.1. Concurso de traslados**

O **concurso** constitúe o sistema normal de provisión. Nel teranse en conta unicamente os méritos esixidos na correspondente convocatoria, entre os que figurarán os adecuados ás características de cada posto de traballo, así como a posesión dun determinado grao persoal, a valoración do traballo desenvolvido en anteriores postos, os cursos de formación e perfeccionamento superados que teñan relación cos postos de traballo que se van cubrir e a antigüidade.

Esíxese un **mínimo de dous anos** en cada posto de traballo de destino definitivo obtido por concurso para poderen participar nos concursos de provisión, a non ser por supresión do posto de traballo. Non hai que esquecer neste punto que o Estatuto Básico indica que as Leis de Función Pública que se diten en desenvolvemento del establecerán o prazo mínimo

de ocupación dos postos obtidos por concurso para poder participar noutros concursos de provisión de postos de traballo. Polo tanto, aínda que a actual Lei da Función Pública de Galicia sinale dous anos, cando se dite a lei de desenvolvemento do Estatuto Básico poderase establecer outro prazo distinto.

Así mesmo, establécese que os concursos deberán ser convocados cunha **periodicidade** anual e resoltos en seis meses, desde a publicación das listas definitivas de persoas admitidas e excluídas. A Administración da Xunta de Galicia garantirá a existencia de medios materiais e persoais propios que fagan posible esta periodicidade e garantan a axilidade da resolución dos procedementos.

Remítese ao regulamento para determinar a composición e funcionamento das comisións de valoración, nas que se garante a presenza da representación dos traballadores.

As **convocatorias** e **resolucións** que se ditén para prover postos de traballo por concurso, de acordo co artigo 29 da Lei da Función Pública de Galicia, serán anunciadas no Diario Oficial de Galicia pola autoridade competente para efectuar os nomeamentos.

De acordo co artigo 8 do regulamento, o conselleiro competente en materia de función pública, por iniciativa das restantes consellerías, aprobará as **bases** que rexerán as convocatorias dos concursos, oída a Comisión de Persoal. No mesmo sentido se pronuncia o artigo 14.2º.6) da Lei da Función Pública de Galicia, que o establece como unha competencia da conselleira ou conselleiro competente en materia de función pública, e iso tendo en conta o disposto no artigo 17.7º.a) da mesma lei, que atribúe ás conselleiras ou conselleiros, en relación co persoal funcionario pertencente a corpos ou escalas adscritos ao seu departamento, a convocatoria e resolución dos concursos de traslados.

Nas **convocatorias** de concursos deberán incluírse, en todo caso, os seguintes datos e circunstancias:

- a denominación, nivel e localización do posto;
- os requisitos indispensables para desempeñalo;
- baremo para puntuar os méritos; e
- a puntuación mínima para a adxudicación das vacantes convocadas.

Todos os funcionarios, calquera que sexa a súa situación administrativa, agás os suspensos en firme, poderán **tomar parte** nos concursos, sempre que reúnan as condicións e requisitos esixidos na convocatoria na data na que remate o prazo de presentación de instancias.

Concederáse un **prazo** mínimo de quince días hábiles para presentar **solicitudes**, contado desde a publicación da convocatoria no Diario Oficial de Galicia. Tales instancias dirixiranse ao órgano convocante, con indicación se procede da orde de preferencia cando sexan varios os destinos solicitados.

No suposto de estaren interesados nas vacantes que se anuncian nun determinado concurso para a mesma localidade dous funcionarios que reúnan os requisitos esixidos, poderán condicionar a súa petición, por razóns de **convivencia familiar**, a que ambos os dous obteñan o dito destino, xuntando cada un fotocopia da outra petición.

Continúa a regulación cos **criterios para a valoración de méritos**, sinalando ademais que a **puntuación** de cada un destes conceptos non poderá exceder, en ningún caso, do 40% da puntuación máxima total, nin ser inferior ao 10% dela. Os criterios son os seguintes:

- Só poderán valorarse os *méritos específicos* adecuados ás características de cada posto que se determinen nas respectivas convocatorias.
- O *grao persoal consolidado* valorarase en razón directa á proximidade do nivel do posto pedido, cando así se especifique na convocatoria.
- A valoración do *traballo desenvolvido* cuantificarase en relación cos anos de destino, contido e especialización dos postos de traballo anteriormente desempeñados.
- Unicamente se valorarán os *cursos de formación e perfeccionamento* expresamente incluídos nas convocatorias, que deberán versar sobre materias directamente relacionadas coas funcións propias dos postos de traballo.
- O *nivel de coñecemento da lingua galega* será valorado en función de que se considere adecuado á natureza do posto e das funcións que se van desempeñar.
- A *antigüidade* valorarase por anos de servizo, computándose para estes efectos os recoñecidos que se prestasen con anterioridade á adquisición da condición de funcionarios.

O **destino previo do cónxuxe funcionario**, obtido mediante convocatoria pública na localidade onde estea o posto ou postos de traballo solicitados, poderase valorar como máximo coa puntuación que resulte da antigüidade, sempre que acceda desde localidade distinta.

O artigo 11 do regulamento prevé que cando **en atención á natureza dos postos** que hai que cubrir así se determine nas convocatorias, os **concursos** poderán constar de **dúas fases**, fixando as convocatorias as puntuacións máximas e mínimas delas:



- Na primeira fase valoraranse os méritos correspondentes ao grao persoal consolidado, o traballo desenvolvido e o nivel de coñecemento da lingua galega.
- A segunda fase consistirá na comprobación e valoración dos méritos específicos adecuados ás características dos postos, mediante a delimitación dos coñecementos profesionais, estudos, experiencia necesaria, titulación, se é o caso, e demais condicións que garantan a adecuación para o desempeño do posto.  
Poderá establecerse para iso a elaboración de memorias ou a realización de entrevistas. A memoria consistirá, se é o caso, nunha análise das tarefas do posto e dos requisitos, condicións e medios necesarios para o seu desempeño a xuízo do candidato, baseada na descrición contida na convocatoria. As entrevistas versarán sobre os méritos específicos adecuados ás características do posto, de acordo co previsto na convocatoria e, se é o caso, sobre a memoria.

En canto ás **comisións de valoración**, o artigo 12 do regulamento establece que estarán formadas por:

- Un presidente, que será o director xeral da Función Pública ou persoa en quen delegue.
- Tres representantes da Administración autonómica nomeados polo órgano convocante.
- Dous representantes designados polas organizacións sindicais presentes na Mesa Xeral de Negociación.
- Un secretario, con voz pero sen voto, que deberá ser un funcionario designado polo órgano convocante.

Todos os vogais e o secretario deberán ter a condición de funcionarios.

As comisións propoñerán ao candidato que obtivese maior puntuación, e as ditas propostas terán o carácter de vinculantes para o órgano encargado da resolución da convocatoria do concurso.

Segundo co regulamento, o **prazo para a resolución do concurso** será de dous meses desde o día seguinte ao do remate da presentación de instancias, agás que, en supostos excepcionais, a propia convocatoria estableza outro distinto.

Neste apartado hai que lembrar a previsión da lei dunha periodicidade anual das convocatorias e a súa resolución en seis meses desde a publicación das listas definitivas de persoas admitidas e excluídas.

O **prazo para tomar posesión** do novo destino obtido será de tres días hábiles se o posto de traballo se atopa na mesma localidade, ou de un mes se radica en localidade distinta. Este prazo comezará a computarse a partir

do día seguinte ao do **cesamento**, que, no suposto de que o funcionario estea desempeñando algún posto de traballo, deberá efectuarse dentro dos tres días hábiles seguintes ao da publicación da resolución do concurso no Diario Oficial de Galicia. Se a resolución comporta o reingreso no servizo activo, o prazo de toma de posesión deberá computarse desde a dita publicación.

Inclúese a posibilidade de **diferir o cesamento** por necesidades do servizo, ata vinte días hábiles. Pódese, así mesmo, **aprazar a data do cesamento** ata un máximo de tres meses, excepcionalmente, por proposta da consellería, por esixencias do normal funcionamento dos servizos apreciadas en cada caso pola Dirección Xeral da Función Pública.

Recóllese a previsión dunha **prórroga de incorporación** ata un máximo de vinte días hábiles, se o destino se atopa en distinta localidade e así o solicita o interesado por razóns xustificadas.

O **cómputo dos prazos posesorios** iniciarase cando rematen os permisos ou licencias que, se é o caso, fosen concedidos aos interesados. Nos supostos de baixa temporal ou transitoria, o cómputo do prazo iniciarase a partir da correspondente alta. Para todos os efectos, o prazo posesorio considerarase como de servizo activo, comezando os efectos económicos no novo destino desde a data de cesamento no de procedencia.

Unha vez transcorrido o prazo de presentación de instancias, as **solicitudes** presentadas son **vinculantes** para o petitionario e os **destinos adxudicados irrenunciabiles**, salvo que se obtivese outro destino mediante convocatoria pública antes de rematar o prazo de toma de posesión. Os destinos adxudicados consideraranse de **carácter voluntario** e, en consecuencia, **non xerarán dereito ao aboamento de indemnización** por concepto ningún, sen prexuízo das excepcións previstas no réxime de indemnizacións por razón do servizo.

As persoas funcionarias que accedan a un posto de traballo polo procedemento de concurso poderán ser **removidas** por causas sobrevidas, derivadas dunha alteración no contido do posto de traballo, realizada a través das relacións de postos de traballo que modifiquen os supostos que serviron de base á convocatoria, ou dunha falta de capacidade sobrevida para o seu desempeño, manifestada por rendemento insuficiente que non comporte inhibición e que impida realizar con eficacia as funcións atribuídas. A remoción efectuarase logo de expediente contradictorio mediante resolución motivada do órgano que realizou o nomeamento, oída a Xunta de Persoal correspondente.

As persoas funcionarias afectadas seralles aplicable o disposto no artigo 65.4º da Lei da Función Pública de Galicia, que foi obxecto de nova redacción na modificación efectuada pola Lei 15/2010, do 28 de decembro.



Así mesmo, o regulamento prevé no seu artigo 15.5º que aos funcionarios removidos atribuíráselles un destino provisional, de acordo co previsto no artigo 20 do regulamento.

### **1.3.2.2. Libre designación**

Polo sistema de **libre designación** con convocatoria pública cubriranse aqueles postos que así se determinen nas relacións de postos de traballo.

Para o desempeño de postos de traballo de libre designación que así se determinen nas relacións de postos de traballo, atendendo á función que se vai desempeñar, será requisito necesario estar en posesión do diploma de directiva ou directivo expedido pola Escola Galega de Administración Pública ou equivalente dado por outras institucións públicas que habilite para o exercicio do posto de traballo de que se trate.

O artigo 30 da Lei da Función Pública de Galicia, modificado pola Lei 15/2010, do 28 de decembro, establece que se proverán polo sistema de libre designación, con convocatoria pública entre persoal funcionario de carreira, os postos de traballo de carácter directivo ou de especial responsabilidade e aqueles que requiran unha confianza persoal para exercer as súas funcións. En todo caso, mediante este procedemento, proveranse as subdireccións xerais ou equivalentes, xefaturas de servizo ou equivalentes, as secretarías de altos cargos, así como, excepcionalmente, outros de nivel inferior que, como tales, se determinen nas relacións de postos de traballo, segundo os criterios que se establezan, neste último caso, logo da negociación coas organizacións sindicais.

Os postos clasificados como de libre designación estarán sometidos a dispoñibilidade horaria nos termos que se establezan regulamentariamente.

De acordo con esta modificación, a Lei 15/2010, do 28 de decembro, tamén engade unha nova disposición adicional, a vixésima, á Lei da Función Pública de Galicia, coa que se prevé a modificación de oficio das relacións de postos de traballo como consecuencia do cambio de adscrición dos postos de traballo pola aplicación do disposto no artigo 30, citado antes.

Así mesmo, a disposición transitoria segunda da Lei da Función Pública de Galicia recolle que o persoal funcionario que ocupe postos que, antes da entrada en vigor desta lei, estivesen clasificados como de libre designación e que, posteriormente, deixen de ter esta forma de cobertura seguirá a ocupar os mesmos postos de traballo ata a provisión destes, aínda que se poderá dispoñer discrecionalmente o seu cesamento antes da devandita provisión. No caso de cesamento, poderase cubrir o posto de traballo con outra empregada ou empregado público de xeito provisional, mediante

adscripción ou comisión de servizos, que rematará cando se provexa definitivamente a praza.

As **convocatorias** e **resolucións** que se diten para prover postos de traballo por libre designación, de acordo co artigo 29 da Lei da Función Pública de Galicia, serán anunciadas no Diario Oficial de Galicia pola autoridade competente para efectuar os nomeamentos.

O artigo 16 do regulamento sinala que os titulares de cada consellería están facultados para prover prazas polo sistema de libre designación, podendo cubrirse polo dito sistema as que así figuren nas relacións de postos de traballo.

A libre designación realizarase logo da convocatoria pública na que figurarán condicións xerais e específicas do posto que se cubrirá. As **convocatorias** para a provisión de postos de **libre designación** incluírán necesariamente os seguintes datos:

- denominación, nivel e localización do posto,
- os requisitos indispensables para desempeñalo.

Concederase un **prazo** mínimo de quince días hábiles para presentar **solicitudes**, contado a partir do día seguinte ao da publicación da convocatoria, que se remitirán ao órgano convocante, quen resolverá nun prazo máximo de dous meses. Os nomeamentos de libre designación requirirán o informe previo da persoa titular do centro orgánico ou da unidade a que figure adscrito o posto convocado.

A **toma de posesión** e **prazos** serán **os mesmos que no procedemento do concurso**.

As persoas funcionarias adscritas a un posto de traballo polo procedemento de **libre designación** poderán ser **removidos** del con **carácter discrecional**, nas condicións reguladas no artigo 65.4º da Lei da Función Pública de Galicia. Hai que lembrar que este artigo 65.4º foi obxecto de modificación pola Lei 15/2010, do 28 de decembro.

### **1.3.2.3. Redistribución de efectivos**

O regulamento prevé no seu artigo 7 que os funcionarios que ocupen postos non singularizados, entendendo por tales os que non se individualicen ou distingan dos restantes postos de traballo nas correspondentes relacións polo seu contido ou condicións específicas para o seu exercicio, poderán ser **adscritos por necesidades do servizo** a outros da mesma natureza, nivel de complemento de destino e complemento específico, sempre que, para a provisión dos ditos postos, estea establecido semellante procedemento e sen que iso supoña cambio



de localidade. Destas adscricións darase coñecemento á Xunta de Persoal respectiva.

Cando a adscrición se realice dentro do ámbito dos servizos centrais ou nunha mesma delegación provincial ou servizo e supoña cambio de destino, será limitada a súa duración ata a resolución do seguinte concurso.

#### **1.3.2.4. Reasignación de efectivos**

O artigo 31 da Lei da Función Pública de Galicia establece que a Xunta de Galicia poderá elaborar **plans de emprego**, referidos tanto a persoal funcionario como laboral, que conterán de forma conxunta as actuacións que se deben desenvolver para a óptima utilización dos recursos humanos no ámbito a que afecten, dentro dos límites orzamentarios e de acordo coas directrices de política de persoal.

As actuacións previstas para o persoal laboral nos plans de emprego desenvolveranse conforme a normativa específica do ordenamento xurídico laboral e o establecido nos convenios colectivos aplicables.

Os plans de emprego poderán conter as seguintes previsións e medidas:

- Previsións sobre modificación de estruturas organizativas e de postos de traballo.
- Suspensión de incorporacións de persoal externo ao ámbito afectado, tanto as derivadas de oferta de emprego como de procesos de mobilidade.
- Reasignación de efectivos de persoal.
- Establecemento de cursos de formación e capacitación.
- Autorización de concursos de provisión de postos limitados ao persoal dos ámbitos que se determinen.
- Medidas específicas de promoción interna.
- Prestación de servizos a tempo parcial.
- Necesidades adicionais de recursos humanos, que deberán integrarse, se é o caso, na oferta de emprego público.
- Outras medidas que procedan en relación cos obxectivos do plan de emprego.

As memorias xustificativas dos plans de emprego conterán as referencias temporais que procedan, respecto das previsións e medidas establecidas neles.

O persoal afectado por un plan de emprego poderá ser reasignado voluntariamente noutras administracións públicas nos termos que establezan os convenios que, para tal efecto, se promovan e subscriban con elas.

Os plans de emprego poderán afectar a unha ou varias consellerías, organismos ou áreas administrativas concretas, e serán aprobados pola consellería competente en materia de función pública, logo de informe favorable da Consellería de Economía e Facenda.

A iniciativa para a súa elaboración corresponderalles á consellería ou ao organismo afectado ou, conxuntamente, ás consellerías competentes en materia de función pública e de Economía.

A Xunta de Galicia poderá adoptar, ademais dos plans de emprego, outras medidas de racionalización de efectivos, así como incentivos á excedencia voluntaria e á xubilación anticipada.

As persoas funcionarias que ocupen un posto que sexa obxecto de supresión, como consecuencia dun plan de emprego, poderán ser destinadas a outro posto de traballo polo procedemento de **reasignación de efectivos**, tal como establece o artigo 29.6º da Lei da Función Pública de Galicia. Esta reasignación efectuarase aplicando criterios obxectivos relacionados coas aptitudes, formación, experiencia e antigüidade que nel se concretarán. A adscrición ao posto adxudicado por reasignación terá carácter definitivo.

A persoa funcionaria que, como consecuencia de reasignación de efectivos no marco dun plan de emprego, vexa modificado o seu lugar de residencia terá dereito a unha indemnización, que consistirá no aboamento dos gastos de viaxe, incluídos os da súa familia, nunha indemnización de tres axudas de custo do titular e cada membro da súa familia que efectivamente se traslade e no pagamento dos gastos de transporte de mobles e equipamento, así como nunha indemnización de tres mensualidades da totalidade das súas retribucións, excepto o complemento de produtividade, cando se produza cambio de concello. Isto sen prexuízo doutras axudas que no propio plan de emprego poidan establecerse. Os mesmos dereitos recoñeceránselle ás persoas funcionarias en excedencia forzosa ás cales se lles asigne destino no marco do dito plan.

A reasignación de efectivos producirase en tres fases:

- A reasignación de efectivos dentro da consellería onde estivese destinada a persoa funcionaria, efectuarase a consellería competente en materia de función pública, logo de informe daquela, no prazo máximo de seis meses, contados a partir da supresión do posto. Terá carácter obrigatorio para postos no mesmo concello e voluntario para postos que radiquen en distinto concello, que serán, en ambos os dous casos, de similares características, funcións e retribucións. Durante esta fase percibiranse as retribucións do posto de traballo que se desempeñaba.



- Se na primeira fase as persoas funcionarias non obteñen posto na consellería onde estivesen destinadas, poderán ser asignadas pola consellería competente en materia de función pública, no prazo máximo de tres meses, a postos doutras consellerías e dos seus organismos adscritos, nas condicións anteriores, percibindo durante esta segunda fase as retribucións do posto de traballo que desempeñaban.  
Durante as dúas fases citadas poderán encomendárselles ás persoas funcionarias afectadas tarefas axeitadas ao seu corpo ou escala de pertenza.
- As persoas funcionarias que, tralas anteriores fases de reasignación de efectivos, non obtivesen posto adscribíranse á consellería competente en materia de función pública, a través de relacións específicas de postos en reasignación, na situación de expectativa de destino definida nos artigos 51.g) e 59 desta lei, e poderán ser reasignadas por esta a postos de similares características e retribucións doutras consellerías e dos seus organismos adscritos, con carácter obrigatorio cando estean situados no mesmo concello e con carácter voluntario cando radiquen en distinto concello.

#### 1.3.2.5. Permuta

A permuta como forma de provisión non está prevista na normativa autonómica. Sen embargo, permanece vixente o **artigo 62 do Decreto 315/1964, do 7 de febreiro, polo que se aproba o texto articulado da lei de funcionarios civís do Estado**, no que se dispón que se poderán autorizar excepcionalmente **permutas** de destinos entre funcionarios en activo, ou en excedencia especial, sempre que os postos de traballo sexan de igual natureza e corresponda idéntica forma de provisión, que os funcionarios que pretendan a permuta contén respectivamente cun número de anos de servizo que non difira entre si en máis de cinco, e que se emita informe previo dos xefes dos solicitantes.

No prazo de dez anos a partir da concesión dunha permuta non poderá autorizarse outra a calquera dos interesados. Así mesmo, non poderá autorizarse permuta entre funcionarios cando a algún deles lle falten menos de dez anos para cumprir a idade de xubilación forzosa.

Serán anuladas as permutas se nos dous anos seguintes á data en que teñan lugar se produce a xubilación voluntaria dalgún dos permutantes.

#### 1.3.2.6. Adscripción provisional

##### 1.3.2.6.1. Adscripción por motivos de saúde:

O artigo 29.7º da actual Lei da Función Pública de Galicia indica que a Administración da Xunta de Galicia poderá **adscribir** as persoas

funcionarias a postos de traballo en distinta unidade ou localidade, logo de solicitude baseada en motivos de saúde ou rehabilitación da funcionaria ou funcionario, da súa ou seu cónxuxe ou da persoa unida por análoga relación de afectividade, das fillas e fillos ao seu cargo ou das persoas ascendentes no primeiro grao de consanguinidade, cando concorran os seguintes requisitos:

- Informe previo favorable do servizo médico oficial legalmente establecido.
- Existencia de postos vacantes con asignación orzamentaria.
- Que o nivel de complemento de destino e específico do posto de destino non sexa superior ao do posto de orixe.
- Que a persoa funcionaria reúna os requisitos para o seu desempeño.
- No caso das persoas ascendentes, que a funcionaria ou funcionario conviva con elas.

Esta adscrición terá, sen prexuízo da aplicación da normativa sobre riscos laborais, **carácter provisional**, e o posto de traballo de orixe da persoa funcionaria, sempre que o ocupase con carácter definitivo, reserváraselle mentres se manteña a causa que motiva a adscrición. Coa periodicidade que regulamentariamente se determine, e, en todo caso, cada ano, deberase comprobar que persisten as circunstancias que deron lugar á adscrición. A negativa á adscrición por causa de saúde será sempre motivada.

#### **1.3.2.6.2. Adscrición por reingreso ao servizo activo:**

Ademais da posibilidade prevista no artigo 61 da Lei da Función Pública de Galicia de reingreso ao servizo activo mediante a participación nas convocatorias de concurso ou de libre designación, o reingreso poderá efectuarse por **adscrición** a un posto, que terá necesariamente o carácter de **provisional**, condicionado ás necesidades do servizo e sempre que se reúnan os requisitos para o desempeño do posto.

De acordo coa nova redacción dada a este artigo 61, no seu apartado 3º, pola Lei 15/2010, do 28 de decembro, o posto asignado con carácter provisional convocarase para a súa provisión definitiva no prazo máximo dun ano, no caso de estar vacante, e a persoa funcionaria reingresada terá a obriga de participar nos concursos de traslados que se convoquen para todos os postos de traballo do seu corpo ou da súa escala da localidade onde estivese adscrita provisionalmente. Se non obtivese destino definitivo, quedará ao dispor da persoa titular da consellería, e o órgano competente procederá á súa adscrición provisional a un posto de traballo correspondente ao seu corpo e/ou escala.

No suposto de incumprir a obriga de participar no concurso no que se inclúa o posto que ocupa provisionalmente, será declarada de oficio na situación de excedencia voluntaria.

O artigo 62 da lei establece que as que estean en situación de excedencia forzosa ou de suspensión de funcións en firme (ao cumpriren o tempo de suspensión) están obrigadas a solicitar o reingreso, que lles será concedido, de existiren vacantes, con carácter provisional e ata que obteñan destino con carácter definitivo a través do concurso de traslados. Quedan obrigadas a participar en todos os que se convoquen ata que iso se produza, e de non facelo serán declaradas na situación de excedencia voluntaria por interese particular.

Pola súa banda, o artigo 4 do regulamento prevé que os funcionarios reingresados no servizo activo, que non teñan reserva de praza e destino, serán adscritos con carácter provisional, a un posto de traballo vacante dotado presupostariamente, quedando obrigados a participar no primeiro concurso para a provisión de postos, sempre que reúnan os requisitos esixidos. A praza cuberta provisionalmente incluírase necesariamente no primeiro concurso que se convoque.

#### **1.3.2.6.3. Adscripción por cesamento ou supresión do posto:**

O artigo 65.4º da Lei da Función Pública de Galicia, na nova redacción dada pola Lei 15/2010, do 28 de decembro, indica que as persoas funcionarias que **cesen** nun posto de traballo sen obter outro polos sistemas de provisión previstos no artigo 29 desta lei quedarán ao dispor da persoa titular da consellería, que procederá á súa **adscripción provisional** a un posto de traballo correspondente ao seu corpo e/ou escala na mesma localidade que a do posto que viñan desempeñando con carácter definitivo. Garantíraselles, en todo caso, as retribucións que lles correspondan polo seu grao persoal consolidado e un complemento específico non inferior en máis de dous niveis ao do devandito grao. A consellería competente en materia de función pública autorizará esta adscripción cando implique cambio de consellería ou de localidade, coa conformidade, neste último caso, do persoal funcionario afectado.

Continúa sinalando que, sen prexuízo do disposto no primeiro parágrafo deste punto 4º, quen cese nun posto provisto por libre designación ou por alteración do contido ou supresión do seu posto definitivo na relación de postos de traballo, mentres non obteña outro posto con carácter definitivo, e durante un prazo máximo de tres meses, percibirá, en todo caso, as retribucións complementarias correspondentes ao posto que viña desempeñando con carácter definitivo. Na nova redacción hai que salientar a esixencia do carácter definitivo do posto.

O persoal funcionario ao dispor da persoa titular da consellería ou adscrito

provisionalmente a un posto de traballo está obrigado a participar nos concursos de provisión que se convoquen para postos adecuados ao seu corpo e/ou escala e a solicitar, á súa elección, todos os postos situados na localidade da do posto que ocupase con carácter definitivo, ou ben na localidade onde estivese adscrito provisionalmente. O incumprimento das obrigas establecidas neste parágrafo determinará a declaración da situación de excedencia voluntaria por interese particular.

Nos concursos de traslados computarase o período de tempo nesta situación, de ser o caso, coma se se desempeñase un posto inferior en dous niveis ao do grao persoal consolidado, desde o día seguinte ao do cesamento do posto que ocupase con carácter definitivo e de acordo co que dispoñan as bases da convocatoria.

Pola súa banda, o artigo 20 do regulamento prevé o desempeño provisional dun posto de traballo do nivel correspondente ao seu corpo ou escala aos funcionarios cesados nun posto de libre designación ou ben por supresión de postos de traballo ou removidos dos obtidos por concurso.

### **1.3.2.7. Comisión de servizos**

O artigo 52 da Lei da Función Pública de Galicia sinala que as persoas funcionarias están en situación de servizo activo cando estean en **comisión de servizos** de carácter temporal, conferida pola consellería competente en materia de función pública.

O artigo 6 do regulamento prevé que, cando un posto de traballo quede vacante, o órgano competente en cada caso, segundo a Lei da Función Pública de Galicia (que é o conselleiro competente en materia de función pública, tal como establece o artigo 14.2º.12) da lei), pode, no suposto de urxente ou inaprazable necesidade, proceder a cubri-lo en **comisión de servizos**, durante un **prazo máximo de un ano**, con outro funcionario que reúna os requisitos esixidos para desempeñalo, de acordo coa relación de postos de traballo.

As vacantes cubertas en comisión de servizos convocaranse no concurso máis próximo, podendo, se o posto continúa vacante, prorrogarse a dita comisión ata a resolución do seguinte concurso e, en todo caso, **un ano máis como máximo**.

O artigo 53 da lei prevé que por necesidade do servizo, debidamente xustificada e de acordo cos criterios e as condicións que se determinen regulamentariamente, oída a Comisión de Persoal, os órganos competentes poderán destinar a funcionaria ou funcionario en **comisión de servizos de carácter forzoso e por tempo non superior a tres meses** a un posto de traballo distinto do de destino, e, se supuxese cambio de localidade, a funcionaria ou funcionario terá dereito ás indemnizacións establecidas



reglamentariamente. Quedan excluídas desta comisión forzosa as persoas que exerzan os dereitos das letras e) e f) do artigo 76.1º (artigo 70.1º da antiga Lei 4/1988), así como as funcionarias embarazadas. Reglamentariamente estableceranse dereitos de oposición á comisión forzosa derivados do coidado de familiares.

A letra e) do artigo 70.1º da antiga Lei 4/1988, referíase ao permiso de lactación e a letra f) á diminución da xornada por motivos de garda legal. Sen embargo, logo da modificación efectuada pola Lei 13/2007, a letra f) pasou a referirse ao nacemento de fillas e fillos prematuros ou que por calquera outra causa deban permanecer no hospital a continuación do parto, pasando a garda legal a recollerse na letra g). Actualmente a Lei da Función Pública de Galicia mantén no artigo 76.1º a numeración outorgada pola Lei 13/2007 nestes puntos.

O regulamento prevé que a comisión de servizos que supoña **traslado forzoso con cambio de localidade** cubrirase cun funcionario da mesma consellería que resida na localidade máis cerca e con menos cargas familiares. Noutro caso recorrerase ao de menor antigüidade, debendo ser previamente informada a Comisión de Persoal, a súa duración **non poderá pasar de tres meses**.

O **tempo de servizos prestados** en tales comisións terase en conta para os efectos da **consolidación do grao persoal** correspondente ao nivel do posto desempeñado anteriormente, salvo que se obtivese mediante a oportuna convocatoria destino definitivo no posto de traballo desempeñado en comisión de servizos ou noutro do mesmo nivel, caso no que se consolidará este último grao.

Por Resolución do 27 de marzo de 2006, da Dirección Xeral da Función Pública, ditáronse instrucións sobre a cobertura temporal de postos de traballo mediante comisión de servizos, modificada pola Resolución do 21 de novembro de 2008.

Neste punto hai que ter en conta o novo artigo 30.bis da Lei da Función Pública de Galicia, logo da modificación efectuada pola Lei 15/2010, do 28 de decembro. A posibilidade de **traslado** do persoal funcionario de carreira que prevé este artigo, para o suposto de sectores prioritarios da actividade pública con necesidades específicas de efectivos, é de carácter voluntario e a través de **comisión de servizos**. Neste caso atribuiráselle ao persoal funcionario ou ben un posto de traballo distinto ao de orixe, para o que reúna os requisitos establecidos na relación de postos de traballo, ou ben funcións ou tarefas propias da súa condición profesional que, por motivo de maior volume ou razóns conxunturais, non poidan ser atendidas con suficiencia polo persoal que preste servizos nas unidades de que se trate.

Nestes casos percibirán as retribucións do posto de traballo que realmente desempeñen, ou as do posto de orixe, no caso de que a devandita comisión sexa por atribución de tarefas.

Esta comisión de servizos terá unha duración de seis meses, prorrogable excepcionalmente por outros seis no caso de que se manteñan as necesidades de servizo ou funcionais. Os postos de traballo vacantes, cubertos temporalmente por esta comisión de servizos, incluíranse nos correspondentes concursos de traslados.

## **2. SITUACIÓNS ADMINISTRATIVAS**

### **2.1. Regulación estatal**

O **Estatuto Básico** regula no seu Título VI (aplicable desde a súa entrada en vigor) 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. Sen embargo, 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 nas que se poden atopar os funcionarios de carreira:

- servizo activo (regulada no artigo 86),
- servizos especiais (artigo 87),
- servizo noutras Administracións Públicas (artigo 88),
- excedencia (artigo 89) e
- 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 ou por outros sistemas de acceso, a outros corpos ou escalas e non lles corresponda quedar nalgunha 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 levar consigo garantías de índole retributiva ou impoñer dereitos ou obrigas en relación co reingreso ao servizo activo.

Polo que respecta ao reingreso ao servizo activo, sinala no seu artigo 91 que regulamentariamente se regularán os prazos, procedementos e condicións, segundo as situacións administrativas de procedencia, para solicitar o reingreso ao servizo activo dos funcionarios de carreira, con respecto ao dereito á reserva do posto de traballo nos casos nos que proceda segundo o estatuto.

Respecto do persoal laboral, o artigo 92 dispón que se rexerá polo Estatuto dos Traballadores e polos convenios colectivos que lles 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 da Función Pública de Galicia** regula no Capítulo II do seu Título V as situacións administrativas. Na lei que se dite en desenvolvemento do Estatuto Básico deberán contemplarse as distintas características que se establecen respecto das situacións administrativas no Título VI do Estatuto Básico, que é aplicable dende a súa entrada en vigor, sen esquecer así mesmo a previsión de que estas leis poidan regular outras situacións administrativas.

O artigo 51 da Lei da Función Pública enumera as situacións administrativas nas que poden estar as persoas funcionarias:

- a) Servizo activo.
- b) Servizos especiais.
- c) Servizos noutras administracións públicas.
- d) Excedencia voluntaria.
- e) Excedencia forzosa.
- f) Suspensión de funcións.
- g) Expectativa de destino.
- h) Excedencia forzosa aplicable a funcionarias e funcionarios en expectativa de destino.
- i) Excedencia voluntaria incentivada.
- j) Excedencia por razón de violencia sobre a muller funcionaria. Esta denominación modificouse no artigo 57.6º da Lei da Función Pública de Galicia pola Lei 15/2010, do 28 de decembro, pasando a ser excedencia por razón de violencia de xénero.

Pola súa banda, os artigos 61 e 62 regulan o reingreso ao servizo activo.

O regulamento que desenvolve a lei nesta materia é o **Decreto 92/1991**, do 20 de marzo, polo que se aproba o regulamento de situacións administrativas.

### **2.3. Servizo activo**

O Estatuto Básico regula no seu artigo 86 esta situación e dispón que os funcionarios de carreira en servizo activo gozan de todos os dereitos inherentes á súa condición e quedan suxeitos aos deberes e responsabilidades derivados dela.

O artigo 52 da Lei da Función Pública de Galicia enumera os seguintes supostos nos que se está en situación de servizo activo:

1. Cando ocupen unha praza dotada orzamentariamente dun corpo ou escala e desempeñen un posto de traballo, en virtude da súa pertenza a aqueles.  
Este é o suposto habitual no que a persoa funcionaria ocupa un posto de traballo determinado.
2. Cando estean en comisión de servizo de carácter temporal conferida pola consellería competente en materia de función pública.
3. Cando queden a disposición do órgano que regulamentariamente se determine de acordo co establecido no artigo 65.4º.  
Neste suposto a persoa funcionaria non ocupa ningún posto de traballo determinado, polo que a lei debía prever en que situación quedaba.
4. Nos supostos establecidos no artigo 54 (que regula a situación de servizos especiais) en que a persoa funcionaria opte por permanecer nesta situación.

Respecto das comisións de servizo, o artigo 53 da lei dispón que por necesidade do servizo, debidamente xustificada e de acordo cos criterios e as condicións que se determinen regulamentariamente, oída a comisión de persoal, os órganos competentes poderán destinar a funcionaria ou funcionario en comisión de servizos de carácter forzoso e por tempo non superior a tres meses a un posto de traballo distinto do de destino e, se supuxese cambio de localidade, a funcionaria ou funcionario terá dereito ás indemnizacións establecidas regulamentariamente. Quedan excluídas desta comisión forzosa as persoas que exerzan os dereitos das letras e) e f) do artigo 76.1º (relativos aos permisos de lactación, nacemento de fillas e fillos prematuros ou hospitalización a continuación do parto), así como as funcionarias embarazadas. Regulamentariamente estableceranse dereitos de oposición á comisión forzosa derivados de coidado de familiares.

Este artigo 53 foi modificado na antiga Lei 4/1988, pola Lei 2/2007, do 28 de marzo, do traballo en igualdade das mulleres de Galicia.

Pero non só existen as comisións de servizos de carácter forzoso. O Decreto 92/1991 regula no seu artigo 3 o servizo activo, e no artigo 4 as comisións de servizo.

## **2.4. Servizos especiais**

O Estatuto Básico enumera 12 supostos de situación administrativa de servizos especiais no seu artigo 87.

Pola súa banda, o artigo 54 da Lei da Función Pública de Galicia regula os servizos especiais, enumerando 20 supostos nos que a persoa funcionaria pasará a esta situación administrativa. Estes supostos son os seguintes:

1. Cando sexa autorizado para realizar unha misión por período superior a 6 meses en organismos internacionais, gobernos ou entidades públicas estranxeiras ou en programas de cooperación internacional.
2. Cando adquira a condición de persoal funcionario ao servizo de organizacións internacionais ou de carácter supranacional.
3. Cando sexa nomeado integrante do Goberno ou dos órganos de goberno das Comunidades Autónomas ou altos cargos deles que non deban ser provistos necesariamente por persoal funcionario público.
4. Cando sexa elixido polas Cortes Xerais para formar parte dos órganos constitucionais ou doutros que lles corresponda ás cámaras elixir.
5. Cando sexa adscrito aos servizos do Tribunal Constitucional ou do Defensor do Pobo.
6. Cando acceda á condición de deputada, deputado, senadora ou senador das Cortes Xerais.
7. Cando acceda á condición de deputada ou deputado do Parlamento galego, de membro das Asambleas lexislativas das Comunidades Autónomas ou cando forme parte de órganos que lle corresponda elixir ao Parlamento galego, se percibe retribucións periódicas polo desempeño da función.  
Cando non perciba tales retribucións poderán optar entre permanecer na situación de servizo activo ou pasar á de servizos especiais, sen prexuízo da normativa que diten as Comunidades Autónomas sobre incompatibilidades das persoas integrantes de Asambleas lexislativas.
8. Cando desempeñe cargos electivos retribuídos e de dedicación exclusiva nas entidades locais, cando desempeñe responsabilidades de órganos superiores e directivos municipais e mais cando se desempeñen responsabilidades de persoas integrantes dos órganos locais para o coñecemento e a resolución das reclamacións económico-administrativas. Exceptúanse as persoas funcionarias da Administración local con habilitación de carácter estatal, cando



- desempeñen postos reservados a elas, que se rexerán pola súa normativa específica, quedando na situación de servizo activo.
9. Cando preste servizo nos gabinetes da Presidencia do Goberno, das ministras e ministros e das secretarías e secretarios de Estado e non opte por permanecer na situación de servizo activo na súa Administración de orixe.
  10. Cando sexa nomeado para calquera cargo de carácter político de que derive incompatibilidade para exercer a función pública.
  11. Cando cumpra o servizo militar ou a prestación substitutoria equivalente.
  12. Cando preste servizo nos gabinetes da Presidencia da Xunta ou dos conselleiros e non opte por permanecer na situación de servizo activo na súa Administración de orixe.
  13. Cando desempeñe postos de traballo de carácter directivo no Gabinete da Presidencia do Parlamento.
  14. Cando sexa adscrito aos servizos do Valedor do Pobo, nos termos previstos na lei reguladora da dita institución.
  15. Cando sexa nomeado membro do Consello de Contas de Galicia.
  16. Cando pase a desempeñar os postos de traballo de presidenta ou presidente, conselleira ou conselleiro delegado, directora ou director xerente nas sociedades públicas a que fai alusión o artigo 12 da Lei 11/1992, do 7 de outubro, de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, e así o determine o Consello da Xunta.
  17. Cando sexa nomeado como titular de subsecretarías, secretarías xerais técnicas ou direccións xerais da Administración xeral do Estado.
  18. Cando sexa nomeado como titular das subdelegacións do Goberno nas provincias ou das direccións insulares da Administración xeral do Estado e non opte por permanecer na situación de servizo activo na súa Administración de orixe.
  19. Cando sexa nomeado para desempeñar postos nas áreas funcionais da alta inspección de educación, funcionaria ou funcionario dos corpos docentes ou das escalas en que se ordena a función pública docente.
  20. Cando pase a desenvolver cargos directivos nas empresas públicas, nos entes públicos, nas sociedades ou nas fundacións públicas en que a Xunta de Galicia, directa ou indirectamente, participe ou achegue máis do 50% do capital ou do patrimonio, cando os devanditos cargos sexan designados logo de acordo do Consello da Xunta de Galicia ou polos seus propios órganos de goberno.

A Lei da Función Pública de Galicia continúa sinalando, respecto dos servizos especiais, no seu artigo 55 que ás persoas funcionarias nesta situación computaráselles o tempo que permanezan nela para os efectos de ascensos, trienios e dereitos pasivos e terán dereito á reserva de praza e destino que ocupasen, que poderá ser desempeñada mentres a persoa

funcionaria estea en situación de servizos especiais ben en comisión de servizos, ben por persoal interino. En todos os casos percibirán as retribucións do posto ou cargo efectivo que desempeñen e non as que lles correspondan como persoal funcionario, sen prexuízo do dereito á percepción dos trienios que puidesen ter recoñecidos como funcionarias ou funcionarios.

As deputadas, deputados, senadoras, senadores e persoas integrantes das asembleas legislativas das Comunidades Autónomas que perdan tal condición por disolución das correspondentes Cámaras ou finalización do mandato destas poderán permanecer na situación de servizos especiais ata a súa nova constitución.

O disposto neste artigo 55 relativo ao cómputo do tempo de permanencia na situación de servizos especiais, para os efectos de ascensos, trienios e dereitos pasivos, non será de aplicación ás funcionarias e funcionarios públicos que, logo de ingresaren ao servizo das institucións comunitarias europeas ou ao de entidades e organismos asimilados, exerzan o dereito de transferencia establecido no artigo 11.2 do anexo VIII do Estatuto dos funcionarios das Comunidades Europeas, aprobado polo Regulamento 259/1968 do Consello, do 29 de febreiro, modificado polo Regulamento 571/1992, do Consello, do 2 de marzo, sen prexuízo dos efectos económicos que poidan derivar dos ascensos e trienios consolidables ata o momento do exercicio deste dereito.

Como xa se sinalou no apartado do grao persoal, a Administración pública velará para que non haxa menoscabo no dereito á carreira profesional do persoal funcionario público que fose nomeado alto cargo, membro do poder xudicial ou doutros órganos constitucionais ou estatutarios ou que fose elixido alcaldesa ou alcalde, retribuído e con dedicación exclusiva, presidenta ou presidente de deputacións ou institucións equivalentes, deputada, deputado, senador ou senadora das Cortes Xerais e membro das asembleas legislativas das comunidades autónomas. Como mínimo, este persoal funcionario recibirá o mesmo tratamento na consolidación do grao e no conxunto de complementos que o que se estableza para o que fose directora ou director xeral e outros cargos equivalentes ou superiores da correspondente Administración Pública.

Este apartado 4º do artigo 55 foi incluído na antiga Lei 4/1988, do 26 de maio, pola modificación efectuada pola Lei 13/2007, do 27 de xullo. Esta modificación realizouse en consonancia co establecido no Estatuto Básico do Empregado Público (artigo 87.3º), que sinala ademais que quen se atope nesta situación de servizos especiais terá dereito, polo menos, a reingresar ao servizo activo na mesma localidade, nas condicións e coas retribucións correspondentes á categoría, nivel ou escalón da carreira consolidados, de acordo co sistema de carreira administrativa vixente na Administración Pública á que pertenzan. Terán, así mesmo, os dereitos que

cada Administración Pública poida establecer en función do cargo que orixinara o pase á mencionada situación.

## **2.5. Servizos noutras Administracións Públicas**

Esta situación administrativa regúlase no Estatuto Básico no artigo 88. Neste punto hai que ter en conta o establecido nesta norma respecto da mobilidade, en especial o sinalado no artigo 84.3º, no que se dispón que os funcionarios de carreira que obteñan destino noutra Administración Pública a través dos procedementos de mobilidade quedarán respecto da súa Administración de orixe na situación administrativa de servizo noutras Administracións Públicas. Nos supostos de cesamento ou supresión do posto de traballo, permanecerán na Administración de destino, que deberá asignarlles un posto de traballo conforme aos sistemas de carreira e provisión de postos vixentes nesa Administración.

Respecto desta previsión hai que ter en conta a previsión do artigo 44 da Lei da Función Pública de Galicia de integración só do persoal que mediante transferencia pasara a ocupar postos de traballo da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia con carácter definitivo. De conformidade con isto, o persoal que accedera a un posto de traballo na Administración da Comunidade Autónoma de Galicia con carácter definitivo por concurso ou libre designación non se integraba nesta Administración, pero segundo o Estatuto Básico se este persoal cesaba ou se suprimía o seu posto permanecería nesta Administración.

A modificación da Lei da Función Pública de Galicia pola Lei 15/2010, do 28 de decembro, engade unha nova disposición transitoria, a décimo quinta, que indica que o persoal funcionario da Administración do Estado, das comunidades autónomas e das corporacións locais que no momento da entrada en vigor desta disposición se atope ocupando un posto con carácter definitivo nesta Administración, en virtude dos sistemas de provisión de concurso ou de libre designación establecidos no artigo 29, ou ben se atope na situación prevista no artigo 65.4.º, como consecuencia dunha destitución dun posto provisto por libre designación ou por alteración do contido ou supresión do posto, que ocupase con carácter definitivo, integrárase no correspondente corpo ou escala desta Administración, con efectos da entrada en vigor desta disposición.

A situación administrativa de servizos noutras administracións públicas vén regulada na Lei da Función Pública de Galicia no artigo 56. Este artigo dispón que as persoas funcionarias da comunidade que, por medio dos sistemas de concurso, de libre designación, transferencia ou adscrición provisional, se é o caso, pasen a ocupar postos de traballo noutras administracións públicas someteranse ao réxime estatutario vixente na administración en que estean destinadas e seralles aplicable a lexislación en materia de función pública desta, pero conservarán a súa condición de



funcionarias ou funcionarios da comunidade en situación de servizo noutras administracións públicas. No suposto de estaren incursas en expediente disciplinario, a imposición da sanción de separación do servizo corresponderalles aos órganos competentes da comunidade autónoma.

## **2.6. Excedencia voluntaria**

O artigo 57 da Lei da Función Pública de Galicia regula estes supostos de excedencia voluntaria:

### **2.6.1. Por prestación de servizos no sector público**

O apartado 1º do artigo 57 da Lei da Función Pública de Galicia, que é o que regula esta excedencia, foi modificado pola Lei 15/2010, do 28 de decembro.

Sen prexuízo do disposto na normativa sobre incompatibilidades, procede declarar, de oficio ou por solicitude da persoa interesada, nesta situación:

- a) ao 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) ao persoal funcionario de carreira que pase a prestar servizos como persoal laboral fixo en calquera administración pública ou en organismos, axencias ou entidades do sector público. Para estes efectos, considéranse incluídas no sector público as sociedades mercantís e fundacións que reúnan os requisitos esixidos pola lexislación aplicable segundo a administración pública á que estean vinculadas ou da que dependan.

A excedencia desta alínea non é aplicable ao persoal funcionario de carreira que pase a prestar servizos en calquera administración pública, organismo, axencia ou entidade do sector público como persoal funcionario interino ou como persoal laboral con contrato temporal ou declarado indefinido por sentenza xudicial firme nin ao que pase a prestar servizos en entidades que queden excluídas da consideración do sector público para os efectos do previsto nesta letra b).

Nestes supostos, o persoal funcionario de carreira será declarado na situación de excedencia por interese particular, sen que lle sexa esixible o requisito de que prestase un tempo mínimo de servizos previos nin o prazo de permanencia nesa situación.

As persoas que se atopen nesta situación de excedencia por prestación de servizos no sector público non devengarán retribucións nin lles será computable o tempo que permanezan nesa situación para efectos de

ascensos, trienios e dereitos no réxime de Seguridade Social que lles sexa aplicable.

Malia isto, no suposto regulado na letra b) anterior, o tempo de servizos prestados en organismos, axencias ou entidades do sector público computarase só para os efectos de antigüidade, unha vez que se reingrese ao servizo activo.

### **2.6.2. Por interese particular**

Concederase esta excedencia a toda persoa funcionaria que o solicite por interese particular. Para solicitar o pase a esta situación, será preciso ter prestado servizos efectivos en calquera das administracións públicas durante os cinco anos inmediatamente anteriores e nela non se poderá permanecer menos de dous anos continuados.

Procederá declarala tamén ao persoal funcionario público cando, rematada a causa que determinou o pase a unha situación distinta á de servizo activo, incumpra a obriga de solicitar o reingreso no prazo establecido regulamentariamente.

Así mesmo, será declarado nesta situación, sen que lle sexan aplicables os prazos de permanencia nela, o persoal funcionario público que preste servizos en organismos ou entidades que quede excluído da consideración do sector público para os efectos da declaración de excedencia voluntaria por incompatibilidade.

As persoas funcionarias que cesasen na situación de servizos especiais e non solicitasen o reingreso no servizo activo no prazo de trinta días desde tal cesamento, agás no suposto do parágrafo in fine do artigo 55, serán declaradas nesta situación. Ao excedente voluntario por interese particular ao que, solicitado o reingreso, non se lle conceda por falta de posto vacante con dotación orzamentaria continuará na situación de excedencia voluntaria ata que se produza este.

Pola súa banda, o Estatuto Básico regula esta situación no seu artigo 89.2º. Require ter prestados servizos efectivos en calquera das Administracións Públicas durante un período mínimo de cinco anos inmediatamente anteriores. Engade que, non obstante, as leis de función pública que se diten en desenvolvemento do estatuto poderán establecer unha duración menor. A Lei da Función Pública de Galicia ten establecido o mesmo período mínimo de cinco anos inmediatamente anteriores, pero na lei que se dite en desenvolvemento do Estatuto Básico poderá establecerse outro período mínimo.

### **2.6.3. Por agrupación familiar**



O antigo artigo 55 da antiga Lei 4/1988, sinalaba que se podería conceder esta excedencia, cunha duración mínima de dous anos e máxima de quince, aos funcionarios cando o seu cónxuxe resida noutro municipio por ter obtido e estar desempeñando un posto de traballo de carácter definitivo como funcionario de carreira ou como laboral en calquera Administración Pública ou Organismo autónomo. Este apartado foi derrogado pola disposición derogatoria única.2 da Lei 2/2007, do 28 de marzo, do traballo en igualdade das mulleres de Galicia, sen prexuízo da conservación dos dereitos recoñecidos na lexislación vixente cando se teña solicitado esta excedencia, e, en particular, do dereito ao reingreso, a favor de quen teña solicitado ou estea aproveitando tal excedencia na entrada en vigor da Lei 2/2007.

O apartado 3 do actual artigo 57 só recolle que as persoas funcionarias excedentes por esta causa non percibirán retribucións nin lles será computado o tempo permanecido en tal situación para efectos de ascensos, trienios e dereitos pasivos.

O Estatuto Básico do Empregado Público sinala no seu artigo 89.3º que se poderá conceder esta situación administrativa sin o requisito de ter prestados servizos efectivos en calquera das administracións públicas durante o período establecido aos funcionarios o cónxuxe dos cales resida noutra localidade por ter obtido e estar desempeñando un posto de traballo de carácter definitivo como funcionario de carreira ou como laboral fixo en calquera das administracións públicas, organismos públicos e entidades de dereito público dependentes ou vinculados a elas, nos órganos constitucionais ou do poder xudicial e órganos similares das comunidades autónomas, así como na Unión Europea ou en organizacións internacionais.

Así mesmo, especifica que quen se atope nesta situación non devengará retribucións, nin lle será computable o tempo que permaneza en tal situación para os efectos de ascensos, trienios e dereitos no réxime de Seguridade Social que lle sexa de aplicación.

#### **2.6.4. Para o coidado de fillos e familiares**

As persoas funcionarias de carreira terán dereito a un período de excedencia, de duración non superior a tres anos, para coidar cada filla ou fillo, tanto cando sexa por natureza como por adopción ou acollemento permanente ou en proceso de adopción, que se contará desde a data de nacemento ou, se é o caso, da resolución xudicial ou administrativa.

Tamén terán dereito a un período de excedencia, de duración non superior a tres anos, para o coidado dunha persoa familiar que estea ao seu cargo, ata o segundo grao inclusive de consanguinidade ou afinidade, que por razóns de idade, accidente, enfermidade ou discapacidade non se poida valer por si mesma e non desempeñe actividade retribuída.

O período de excedencia será único por cada persoa causante. Cando unha nova persoa causante dese orixe a unha nova excedencia, o inicio do período desta poñerá fin ao que se viñese gozando.

Esta excedencia constitúe un dereito individual das persoas funcionarias. No caso de que dúas persoas funcionarias xerasen o dereito a gozala pola mesma persoa causante, a administración poderá limitar o seu exercicio simultáneo por razóns xustificadas relacionadas co funcionamento dos servizos.

O tempo de permanencia nesta situación será computable para os efectos de trienios, carreira e dereitos no réxime da seguridade social que sexa aplicable. O posto de traballo desempeñado reservarase, cando menos, dous anos. Ao trascorrer ese período, a devandita reserva será a un posto na mesma localidade e de igual retribución. As persoas funcionarias nesta situación poderán participar nos cursos de formación que convoque a administración. Este último apartado foi modificado na anterior Lei 4/1988 pola Lei 13/2007.

Neste mesmo sentido se expresa o Estatuto Básico no seu artigo 89.4º.

#### **2.6.5. Excedencia voluntaria incentivada**

As persoas funcionarias afectadas por un proceso de reasignación de efectivos que se encontren nalgunha das dúas fases a que fai referencia o artigo 29.6º da Lei da Función Pública de Galicia poderán ser declaradas, por solicitude súa, nesta situación. As que se encontren nas situacións de expectativa de destino ou de excedencia forzosa como consecuencia da aplicación dun plan de emprego terán dereito a pasar, por solicitude súa, á dita situación.

A súa duración é de 5 anos e impídese desempeñar postos de traballo no sector público baixo ningún tipo de relación funcional ou contractual, sexa esta de natureza laboral ou administrativa. Se, concluído o prazo non se solicita o reingreso, pasarase automaticamente á situación de excedencia voluntaria por interese particular.

Os que pasen a esta situación terán dereito a unha mensualidade das retribucións de carácter periódico, excluídas as pagas extraordinarias e o complemento de produtividade, percibidas no último posto de traballo desempeñado, por cada ano completo de servizos efectivos e cun máximo de doce mensualidades. Non se poderá conceder a excedencia voluntaria cando a persoa funcionaria estea sometida a expediente disciplinario ou pendente do cumprimento dunha sanción.

#### **2.6.6. Excedencia por razón de violencia de xénero**

O apartado 6º do artigo 57 da Lei da Función Pública de Galicia, que é o que regula esta excedencia, foi modificado pola Lei 15/2010, do 28 de decembro.

As funcionarias vítimas de violencia de xénero, para facer efectiva a súa protección ou o seu dereito á asistencia social integral, teñen dereito a solicitar a situación de excedencia sen que lles sexa esixible o requisito de que prestasen un tempo mínimo de servizos previos nin un prazo de permanencia nela.

Durante os seis primeiros meses tense dereito á reserva do posto de traballo que se desempeñase, e computarase o devandito período para efectos de antigüidade, carreira e dereitos do réxime de seguridade social que resulten aplicables.

Cando as accións xudiciais así o esixan, este período prorrogarase por prazos de tres meses, ata un máximo total de dezoito, con idénticos efectos aos sinalados anteriormente, co fin de garantir a efectividade do dereito de protección da vítima.

Durante os tres primeiros meses desta excedencia, a funcionaria ten dereito a percibir as súas retribucións íntegras e, se é o caso, as prestacións familiares por filla ou fillo ao seu cargo.

O Estatuto Básico regula esta excedencia no seu artigo 89.5º.

## **2.7. Excedencia forzosa**

O artigo 58 da Lei da Función Pública de Galicia dispón que a excedencia forzosa se produce polas seguintes causas:

- a) Cando se leve a cabo unha redución de postos de traballo de acordo cos procedementos legalmente establecidos e a persoa funcionaria afectada por ela non poida ser adscrita a outro posto.
- b) Cando, unha vez concluído o período de excedencia voluntaria para o coidado dunha filla ou fillo, a persoa funcionaria solicite o reingreso e non o poida obter por falta de posto vacante con dotación presupostaria.
- c) Cando a persoa funcionaria procedente da situación de suspenso en firme, unha vez cumprida a suspensión, solicite o reingreso e non fose posible concederllo por falta de postos vacantes.

As que estean na situación a) terán dereito a percibir as retribucións básicas e o complemento de destino inferior en dous niveis ao seu grao persoal, así como ao cómputo do tempo que permanezan en tal situación para os efectos de trienios e dereitos pasivos.

As que estean nas situacións b) e c) non terán dereito ao complemento de destino, pero o tempo que permanezan en tal situación seralles computado para os efectos de trienios e dereitos pasivos.

## **2.8. Excedencia forzosa aplicable ás persoas funcionarias en expectativa de destino**

O artigo 58 da Lei da Función Pública de Galicia regula este tipo de excedencia forzosa no seu apartado 2º. Hai que lembrar que o artigo 29.6º dispón que a reasignación de efectivos como consecuencia dun plan de emprego producírase en tres fases. A terceira delas supón o pase da persoa funcionaria afectada á situación de expectativa de destino.

O artigo 58.2º establece que as persoas funcionarias declaradas en expectativa de destino pasarán á situación de excedencia forzosa, coas peculiaridades establecidas neste punto, polo transcurso do período máximo fixado para esta, ou polo incumprimento das obrigas determinadas polo artigo 59 desta lei. As que se encontren nesta modalidade de excedencia forzosa terán dereito a percibir as retribucións básicas e, se é o caso, as prestacións familiares por filla ou fillo a cargo. Establécese a obriga de participar nos concursos convocados, así como a de aceptar os destinos que se lles sinalen en postos de características similares, e a de participar nos cursos de capacitación que se lles ofrezan.

Non poderán desempeñar postos de traballo no sector público baixo ningún tipo de relación funcional ou contractual, sexa esta de natureza laboral ou administrativa. Se obteñen posto de traballo no dito sector pasarán á situación de excedencia voluntaria regulada no artigo 57.1º desta lei (excedencia voluntaria por incompatibilidade).

Pasarán á situación de excedencia voluntaria por interese particular cando incumpran as obrigas a que se refire este punto.

## **2.9. Expectativa de destino**

O artigo 59 da Lei da Función Pública de Galicia regula a situación administrativa de expectativa de destino, á que fai referencia como xa se sinalou o artigo 29.6º. As persoas funcionarias en expectativa de destino percibirán as retribucións básicas, o complemento de destino do grao persoal que lles corresponda e o 50 % do complemento específico do posto que desempeñaban ao pasar a esta situación.

Establécense as seguintes obrigas: aceptar os destinos en postos de características similares aos que desempeñaban que se lles ofrezan na provincia onde estaban destinadas; participar nos concursos para postos adecuados ao seu corpo, escala ou categoría, situados na provincia onde

estaban destinadas; e participar nos cursos de capacitación a que sexan convocados.

O período máximo de duración da situación de expectativa de destino será de un ano; transcorrido este, pasarase á situación de excedencia forzosa.

Para os restantes efectos esta situación equipárase á de servizo activo.

## **2.10. Suspensión de funcións**

O artigo 60 da Lei da Función Pública de Galicia regula a suspensión de funcións, sinalando que pode ter carácter provisorio ou firme. A persoa funcionaria declarada en tal situación quedará privada temporalmente do exercicio das súas funcións e dos dereitos inherentes á súa condición.

A suspensión provisoria poderá acordarse preventivamente por un período non superior a 6 meses, durante a tramitación do procedemento xudicial ou do expediente disciplinario, por posible comisión de faltas graves, que lle instrúa á persoa funcionaria a autoridade competente.

Durante o tempo de suspensión provisoria a persoa funcionaria percibirá as retribucións básicas que lle correspondan.

Se a persoa funcionaria resultase absolta no procedemento criminal ou expediente disciplinario, ou se a sanción imposta fose inferior á suspensión, o tempo de duración de esta computaráselle como servizo activo e deberá reincorporarse inmediatamente ao seu posto de traballo, con recoñecemento de todos os dereitos económicos e demais que procedan desde a data de efectividade da suspensión.

A suspensión terá carácter firme cando se impoña en virtude de condena criminal ou sanción disciplinaria.

As persoas funcionarias en situación de suspensión de funcións con carácter firme non se lles reservará a praza nin o destino.

A regulación do Estatuto Básico atópase no artigo 90.

## **3. RÉXIME DE INCOMPATIBILIDADES**

O artigo 103.3º da Constitución Española sinala que a lei regulará o sistema de incompatibilidades e as garantías da imparcialidade no exercicio das súas funcións polos funcionarios públicos. E o artigo 149.1º.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 garantan aos cidadáns un tratamento común.

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**. Con anterioridade, era a Lei de funcionarios civís do Estado a que regulaba as incompatibilidades (artigos 82 a 86).

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, por si ou mediante substitución, dun segundo posto de traballo, cargo ou actividade no sector público, agás nos supostos previstos.

Ademais, non se poderá percibir, agás 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, público ou privado, que poida impedir ou menoscabar o estrito cumprimento dos seus deberes ou comprometer a súa imparcialidade ou independencia.

A Lei 53/1984 regula no artigo 2 o seu ámbito de aplicación, modificado polo Estatuto Básico. Tal como se sinala na Resolución do 21 de xuño de 2007, da Secretaría Xeral para a Administración Pública, pola que se publican as Instrucións do 5 de xuño de 2007 para a aplicación do Estatuto Básico do Empregado Público no ámbito da Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos, inclúese no ámbito de aplicación do artigo 2 da Lei 53/1984 ao persoal funcionario e laboral de todos os organismos públicos, fundacións e consorcios.

A continuación, a Lei 53/1984 regula a compatibilidade co desempeño de actividades públicas e de actividades privadas, para rematar cunha serie de disposicións comúns.

### **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 poderá desempeñar un segundo posto de traballo ou actividade no sector público nos supostos previstos para as funcións docente e sanitaria, nos casos aos que se refiren os artigos 5 e 6,

e nos que por razón de interese público se determinen polo Consello de Ministros, mediante real decreto, ou órgano de goberno da comunidade autónoma, no ámbito das súas respectivas competencias. Neste último caso, a actividade só poderá prestarse 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 previa e expresa autorización de compatibilidade, 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 se efectuará 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 dous 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 ordinaria, incrementada en:

- o Un 30%, para os funcionarios do grupo A ou persoal de nivel equivalente.
- o Un 35%, para os funcionarios do grupo B ou persoal de nivel equivalente.
- o Un 40%, para os funcionarios do grupo C ou persoal de nivel equivalente.
- o Un 45%, para os funcionarios do grupo D ou persoal de nivel equivalente.
- o 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 os efectos de trienios nin de dereitos pasivos, podendo suspenderse a cotización a este último efecto. As pagas extraordinarias, así como as prestacións de carácter familiar, só poderán percibirse por un dos postos, calquera que sexa a súa natureza.

Quen acceda por calquera título a un novo posto do sector público que de acordo con esta lei resulte incompatible co que viñera desempeñando haberá de optar por un deles dentro do prazo de toma de posesión (artigo 10). A falta de opción neste prazo entenderase que opta polo novo posto,



pasando a situación de excedencia voluntaria no que viñera desempeñando.

Se se tratara de postos susceptibles de compatibilidade, logo de autorización, deberá instalarse nos dez primeiros días do prazo de toma de posesión, entendéndose este prorrogado en tanto recae resolución.

### **3.2. Compatibilidade co desempeño de actividades privadas**

REGRA XERAL: Permítese 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 estivera destinado.

Exceptúanse da dita prohibición as actividades particulares que, en exercicio dun dereito legalmente recoñecido, realicen para si os directamente interesados.

O Goberno, por 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:

- o 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 nos que estea intervindo, intervira nos dous últimos anos ou teña que intervenir por razón do posto público. Inclúense en especial as actividades profesionais prestadas a persoas a quen se estea obrigado a atender no desempeño dun posto público.
- o A pertenza a consellos de administración ou órganos reitores de empresas ou entidades privadas, sempre que a actividade delas estea directamente relacionada coas que xestione o departamento, organismo ou entidade na que preste os seus servizos o persoal afectado.
- o O desempeño, por si ou persoa interposta, de cargos de toda orde 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.

- o A participación superior ao 10% no capital de empresas ou sociedades ás que 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 poderá autorizarse cando a actividade pública sexa unha das enunciadas como de prestación a tempo parcial.

Non poderá recoñecerse ningunha compatibilidade para actividades privadas a quen se lle autorizara 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 previo recoñecemento de compatibilidade. Os ditos recoñecementos non poderán modificar a xornada de traballo e horario do interesado e quedarán automaticamente sen efecto en caso de cambio de posto no sector público. Quen estea autorizado para o desempeño dun segundo posto ou actividade públicos deberá instar o recoñecemento de compatibilidade con ambos (artigo 14).

### **3.3. Disposicións comúns**

O artigo 16.1º da Lei 53/1984 (modificado polo punto 2º da disposición final terceira do Estatuto Básico) sinala que non poderá autorizarse ou recoñecerse 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 16.1º as autorizacións de compatibilidade para exercer como profesor universitario asociado nos termos do artigo 4.1º, así como para realizar as actividades de investigación ou asesoramento ás que se refire o artigo 6, agás para o persoal docente universitario a tempo completo.

Así mesmo, por excepción e sen prexuízo das limitacións establecidas na lei, poderá recoñecerse 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 non 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 inscribíranse nos rexistros de persoal correspondentes (artigo 18).

Quedan exceptuadas do réxime de incompatibilidades as actividades enumeradas no artigo 19:

- o As derivadas da administración do patrimonio persoal ou familiar.
- o 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 forma que regulamentariamente se determine.
- o A participación en tribunais cualificadores de probas selectivas para ingreso nas Administracións Públicas.
- o A participación do persoal docente en exames, probas ou avaliacións distintas das que habitualmente lles correspondan, na forma regulamentariamente establecida.
- o O exercicio do cargo de presidente, vogal ou membro de xuntas reitoras de mutualidades ou padroados de funcionarios, sempre que non sexa retribuído.
- o 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.
- o A participación ocasional en coloquios e programas de calquera medio de comunicación social.
- o A colaboración e a asistencia ocasional a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.

O incumprimento do establecido será sancionado conforme ao réxime disciplinario de aplicación (artigo 20).

Eduarda Varela Castro  
Funcionaria do corpo superior da Administración da Xunta de Galicia

## **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 Nova, S.A., 2007.

# **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.**

#### **I.-A SEGURIDADE SOCIAL DOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

O sistema español de Seguridade Social está composto, dun 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 por RDL 1/1994, do 20 de xuño (LXSS), e doutro lado, por Rexímenes Especiais, cuxa singularidade atópase, según 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 se referirá a un colectivo concreto con prestacións uniformes para os seus integrantes.

O artigo 9 LXSS debuxa o mapa ou a estrutura do Sistema dividindo a éste, como se dixo, en varios rexímenes distintos: por unha banda, o Réxime Xeral e doutra banda Rexímenes Especiais. É o artigo 10 o que se dedica a Rexímenes Especiais establecidos para «aquelas actividades profesionais nas que pola súa natureza, as súas peculiares condicións de tempo e lugar ou pola índole dos seus procesos productivos» fágase preciso unha regulación especial.

O Réxime Especial de Funcionarios non se constituíu como tal, senón que baixo esa denominación mantense esencialmente o sistema tradicional, baseado nunha protección mutualista que separa aos funcionarios en razón da concreta Administración Pública para a que presten servizos en orde á protección contra as continxencias, comúns ou profesionais, que se actualicen durante a pervivencia 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 D.A. 62ª Lei 2/2008, que concede ao Goberno un prazo de seis meses para propoñer «as medidas legais necesarias en orde a 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 obligatoria no Réxime Xeral da Seguridade Social dos funcionarios que accedan á dita condición a partir do 1 de xaneiro de 2011 e que con anterioridade se adscribiran ao Réxime de Clases Pasivas (art. 20). Este Réxime de Clases Pasivas queda pois destinado á súa extinción, aínda se mantén transitoriamente para regular os dereitos pasivos causados e os que no futuro poidan causar os colectivos adscritos ao mesmo con anterioridade ao 31.12.2010.

Formalmente, o Réxime Especial de Funcionarios divídese en catro alicerces, que en nomenclatura legal reciben a denominación tamén de Rexímenes 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, a 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 CCAA (art. 97.2 LXSS).

2. Funcionarios do Estado transferidos ás CCAA que ingresaren ou ingresen voluntariamente en corpos ou escalas propios da CCAA de destino, calquera que sexa o sistema de acceso-, e en virtude doutras disposicións complementarias (art. 97.2 LXSS).

3. Funcionarios locais dende o Real Decreto 480/1993, do 2 de abril, que encadrou en devandito Réxime ao persoal integrado na MUNPAL, tanto clases activas como pasivas.

4. Funcionarios de organismos autónomos, xa dende 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) excepto os que poidan incorporarse a un dos tres rexímenes de funcionarios.

6. O persoal estatutario dos servizos de saúde, a pesar de contar cun vínculo cualificado expresamente como «relación funcional 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 Cívís 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 permite celebrar un convenio especial.

10. O persoal contemplado 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).

## **II. RÉXIME XERAL.**

Pode entenderse referido ao Réxime Especial de Funcionarios Cívís 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 a 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) 1ª do RDL 4/2000 contempla 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 que 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 Lei 66/1997, do 30 de decembro, apartado añadido polo art. 48.2 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 ao alta no Réxime Xeral (DA 22ª LO 6/2001 e DA 1ª RD 1086/1989). Os profesores



eméritos, que son traballadores asalariados, están fóra do Sistema de Seguridade Social (art. 54 e DA 22ª·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 no 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 (art. 33 RDL 4/2000), está xestionado pola Mutualidade Xeral de Funcionarios Civís do Estado (MUFACE), organismo público con personalidade xurídica pública diferenciada, patrimonio e tesourería propios e autonomía de xestión dependente do Ministerio de Administracións Públicas. Do mesmo xeito 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 Civís do Estado gozará do mesmo tratamento fiscal que a Lei estableza para o Estado, e poderá seleccionar ao 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 dende o momento da toma de posesión ou, no seu caso, dende 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, salvo 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 obrigaón de alta na MUFACE rexurdirá cando pasen a unha situación administrativa das mencionadas no art. 7 do RDL 4/2000 (DA 5ª 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 ao alta operan neste Réxime Especial, se ben deben adaptarse ás situacións concretas (STS 28.10.1993).

#### **4.-Cotización**

A condición de mutualista conleva a obrigaón de cotizar en tanto se manteña a situación de alta. Están exentos da obrigaón 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 a efectos de cotización de dereitos pasivos debendo minorarse proporcionalmente en supostos de xornada reducida. O tipo para 2011 é o 1,69 por 100 (art. 133.1 da Lei 39/2010). A cota debe descontarse dos haberes do funcionario.

A reducida cotización é consecuencia do modelo de financiación, baseado en achegas do Estado, cuxa contía determinárase mediante unha porcentaxe dos haberes reguladores a efectos de cotización de dereitos pasivos (art. 35 RDL 4/2000). En canto á aportación do Estado, para o ano 2011 o tipo aplicable ao haber regulador é o 4,92 por 100; o 4,64 corresponde á aportación do Estado por activo e o 0,28 á aportación por pensionista exento de cotización (art. 133 Lei 39/2010).

## **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 e farmacéutica no Réxime Especial de Funcionarios Cívís 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) ou dalgunha das entidades coas que se subscribiu o concerto e que veñen relacionadas na resolución.

### **b) Incapacidade temporal**

A D.F. 7ª da Lei 2/2008 alterou substancialmente o réxime xurídico da IT no mutualismo administrativo, coa fin de proceder á súa homoxeneización co Réxime Xeral. Consecuencia delo foi a publicación do RD 2/2010, de 8 de xaneiro (RCL 2010, 103), que modifica o Capítulo VI do Regulamento 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 que o funcionario se atope imposibilitado para traballar e recibindo asistencia sanitaria (STS Cont.-Adm. De 18-09-2001).

Durante a situación de incapacidade temporal o funcionario ten dereito a unha prestación económica, salvo que sexa suspendido por motivos disciplinarios (STSX Comunidade Valenciana 7-2-1998). É necesario 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) Durante os primeiros tres meses o funcionario ten dereito á plenitude de dereitos económicos.

b) Dende o cuarto mes percibirá as retribucións básicas, a prestación por fillo a cargo, no seu 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:

1ª- 80 por 100 das retribucións básicas (soldo, trienios e grao, no seu caso), incrementadas na sexta parte dunha paga extraordinaria, correspondentes ao terceiro mes de licenza.

2ª- 75 por 100 das retribucións complementarias devengadas no terceiro mes de licenza.

c) **Risco durante o embarazo e risco durante a lactancia natural**

Estas situacións contempláanse nos arts. 99, 100 e 101 do Regulamento Xeral do Mutualismo Administrativo na redacción dada polo RD 2/2010, do 8 de xaneiro. Ten a mesma consideración a efectos que a

incapacidade temporal derivada de enfermidade profesional polo que non requiren período previo de cotización.

Os dereitos económicos son os establecidos no art. 94 do Regulamento, coa particularidade de que o importe do subsidio ascende ao 100% das retribucións complementarias devengadas no terceiro mes de licenza con cargo á MUFACE.

#### **d) Incapacidade permanente.**

A diferenza do Réxime Xeral, que admite excepcións, a incapacidade permanente no Réxime Especial de Funcionarios Civís do Estado ha de derivarse en todo caso dunha previa situación de IT (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 ha de 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, na súa falta, no mes en que se produciu o accidente ou se diagnosticou a enfermidade que deu lugar ás reducións anatómicas ou funcionais. A estes efectos débense prorratar as bases de cotización correspondentes ás pagas extraordinarias de xuño e decembro (art. 103.3 en relación co art. 110 b) RD 375/2003). 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).

No 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 gran 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 co arranxo ao Réxime de Clases Pasivas, destinado a remunerar á persoa encargada da súa asistencia (art. 26 RDL 4/2000). No caso de que non se cumpran os requisitos para acceder ao Sistema de Clases Pasivas, a declaración de gran 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 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).

#### **e) Protección á familia.**

O Réxime Especial de Funcionarios Civís do Estado concede prestacións familiares 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 sí 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 habidos no mesmo parto ou de adoptados ou acollidos simultaneamente, a partires do segundo (art. 122 RD 375/2003).

### **III.- RÉXIME ESPECIAL DE CLASES PASIVAS**

Trala integración obligatoria 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 contemplado na letra i), no Réxime Xeral da Seguridade Social, no 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 4ª RDL 13/2010).

A súa cobertura alcanza nun principio aos funcionarios públicos non integrados no Réxime Xeral da Seguridade Social que se atopen incluídos a data 31 de decembro de 2010 nalgún dos Rexímenes Especiais da función pública, aínda que o seu ámbito subxetivo 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 mariñería profesional que tivesen adquirido o dereito a permanecer nas Forzas Armadas ata a idade de retiro.

b) Os funcionarios interinos nomeados con anterioridade ao 1 de xaneiro de 1965.

c) Os funcionarios transferidos ás CCAA que non deban incorporarse ao Réxime Xeral.

d) 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.

e) 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 de 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.

f) 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).

g) O persoal militar de emprego, e o das Escalas de complemento e reserva naval e o de tropa e mariñería profesional que non teñan 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 xestiónase de forma unitaria pola Administración do Estado, en concreto polo Ministerio de Economía e Facenda, sen prexuízo das obrigas que contraen as CCAA respecto do persoal transferido (art. 4 RDL 670/1987). Os órganos competentes para o recoñecemento, concesión e prestacións detállanse nos arts. 11 e ss. 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 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 procedente de Escalas Profesionais aplicarase 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 recaudación efectúase mediante a deducción 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, irrenunciabes, inalienables e imprescriptibles (sen prexuízo da caducidade os efectos económicos polo non exercicio do dereito nun prazo catro anos), e non poden ser obxecto de cesións, convenios ou contratos de calquera clase, originándose, transmitíndose e extinguíndose únicamente 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 ordinaria 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 do mesmo (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):

a) 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 a devandita 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.

b) Carácter voluntario a instancia de parte, sempre que se cumpriran os sesenta anos e acrediten trinta de servizos efectivos ao Estado, ou ben cando unha disposición legal o permita.

A partires 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 rexímenes.

c) 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 (DÁ 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 en algún 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 éstas.

3. Os recoñecidos conforme á Lei 70/1978, do 26 de decembro, sempre que non se computaran noutro Réxime de Seguridade Social ou entidade sustitutoria, incluída a MUNPAL.

4. Os recoñecidos ao amparo 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 dea orixe aos mesmos non foi simultánea á de servizos ao Estado. As pensións que eventualmente se xerasen noutro réxime por os devanditos 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 jubilación por incapacidade permanente, compútanse como servizos efectivos os anos que 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 de Seguridade Social. As pensións de jubilación ou retiro son plenamente compatibles coas indemnizacións que poidan xerarse 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 algún de carencia (art. 48.1 RDL 670/1987).

Aplícanse as regras xerais da pensión de xubilación ordinaria por incapacidade permanente, polo que se toman en consideración os anos que resten para o cumprimento da idade de xubilación forzosa. Como especialidade, o haber regulador ou os haberes reguladores que correspondan tomarasen 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).

A tenor do 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-, ata as do persoal dos Corpos de Mutilados de Guerra pola Patria, están suxeitas aos límites máximos impostos pola Lei de Orzamentos, a salvo das 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 (art. 3.1 RD 851/1992).

## **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 ).

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 percibindo 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 xubilara ou retirara, calcúlase a pensión de xubilación ou retiro teórica que lle correspondese, conforme ás regras xerais do art. 31 RDL 670/1987, asumindo que permanecería no mesmo corpo, escala, praza, emprego ou categoría dende 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, salvo que o falecido estivese percibindo unha pensión extraordinaria de xubilación, nese caso a porcentaxe a aplicar é do 25 por 100 (art. 39.3 RDL 670/1987).

O dereito a pensión extínguese por contraer novo matrimonio (art. 38.2 RDL 670/1987), salvo para os que contraían 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 do mesmo (art. 47.3 RDL 670/1987).

Respecto da contía, débese calcular a pensión de xubilación teórica que correspondería ó 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 estivera 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 correspondese ao causante, sen suxección aos límites da pensión máxima da Lei de Orzamentos (art. 50.2 RDL 670/1987). De tódolos xeitos, en caso de concorrencia con prestacións de orfandade, a pensión de viudedade limítase ao 50 por 100 desa cantidade, repartíndose a outra metade entre os fillos por partes iguais. O pensionista de viuvez ten dereito de acrecemento, e correspóndelle o 100 por 100 da pensión, cando se extinga o dereito a pensión de orfandade de todos os beneficiarios da mesma (art. 49.3 RDL 670/1987).

A pensión de viuvez, do mesmo xeito 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 esixe período de carencia. Teñen dereito a esta prestación os fillos do

causante menores de vinteún anos ou incapacitados para todo traballo antes do cumprimento da devandita idade ou da data do falecemento do causante que é o momento no que se causa a pensión. O límite de idade dos menores non minusválidos 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. En tanto 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 33.2 RDL 670/1987). O orfo maior de veintiún anos que quede incapacitado para todo traballo antes de cumprir os vintedous ou vintecatro anos de idade, según 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 (art. 42.2 e 3 RDL670/1987):

- 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.

- No caso de que existan varios fillos con dereito a 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 prorrateo 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 prorratio por cabeza dun 7,5 por 100 da base reguladora.

Do mesmo xeito 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 do mesmo (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 correspondese ao falecido. Se hai un único beneficiario terá dereito ao 25 por 100 desa cantidade. Se houberse varios, teñen dereito a un 10 por 100, e á prorrata 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 correspondese ao causante, sen suxección 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 houberse pluralidade de beneficiarios- teñen dereito ao 50 por 100 desa cantidade, dividiéndose por partes iguais a outra metade entre os beneficiarios da pensión de orfandade.

As incompatibilidades son comúns ás da pensión extraordinaria de viudez (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 de éste ao 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 á mesma (art. 44.1 RDL 670/1987).

Do mesmo xeito 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 acrecemento.

- 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 ser beneficiarios -a dependencia económica non require unha dependencia absoluta do fillo (STS 28.2.1994)-, a contía dividirase a partes iguais entre os dous. Se a pensión dun dos beneficiarios se extingue, o outro ten dereito de acrecemento (art. 49.3 RDL 670/1987).

## **IV.- O MUTUALISMO ADMINISTRATIVO**

Aparte do xa exposto nos epígrafes anteriores nos que se trataba de parte do que se entende por mutualismo administrativo, quedan por expor outros dous Rexímenes Especiais de base mutualista.

## **A.-RÉXIME ESPECIAL DE FUNCIONARIOS DA ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA**

A norma básica é o 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. En tanto 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, do 29 de abril), 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 Mutualidad Xeral Xudicial (MUGEJU), que é un organismo público, adscrito ao Ministerio de Xustiza, con personalidade xurídica pública diferenciada, patrimonio e tesourería 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 MUGEJU gozará do mesmo tratamento fiscal que o Estado e no RD 1206/2006, do 20 de outubro, que regula a composición e funcións dos seus órganos de goberno, administración e representación.

### **3.-Actos de encadramento**

Prevese a incorporación obrigatoria á MUGEJU 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 a 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).

Poden manter o alta voluntaria na MUGEJU 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 aportación do Estado (art. 9.3 RDL 3/2000).

#### **4.-Cotización**

A cotización segue as mesmas pautas que no Réxime Especial de Funcionarios Cívís do Estado. A base de cotización será a que en cada momento se estableza como haber regulador a efectos de cotización de dereitos pasivos. O tipo para 2011 é do 1,69 por 100 e a contía da aportación do Estado ascenderá ao 4,65 por 100 dos haberes reguladores a efectos de cotización de dereitos pasivos. Deste último tipo, o 4,64 corresponde á aportación do Estado por activo e o 0,01 á aportación por pensionista exento de cotización (art. 133 Lei 39/2010).

A recaudación efectúase mediante a oportuna retención no momento do pago. 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 MUGEJU 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 cónyuge supérstite e orfos de mutualistas activos ou xubilados, sempre que non teñan dereito por sí 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 correspondiente 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 iníciase o procedemento de xubilación por incapacidade permanente para o servizo (art. 19.3 RDL 3/2000). O dereito ao subsidio extinguese polo transcurso do prazo máximo de vinteseite meses dende o inicio da IT.

Respecto dos dereitos económicos, e a diferenza do resto de rexímenes 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 partires do sétimo mes o funcionario ten dereito a percibir as retribucións básicas e, no seu caso, a prestación por fillo a cargo e un subsidio por incapacidade temporal a cargo da MUGEJU, cuxa contía, fixa e invariable mentres dure a incapacidade, será a maior das dúas cantidades seguintes, sempre que non supere o importe do percibido no primeiro mes de licenza (art. 20 RDL 3/2000):

1ª- 80 por 100 das retribucións básicas (soldo e trienios) incrementadas na sexta parte dunha paga extraordinaria, correspondentes ao primeiro mes de licenza.

2ª- 75 por 100 das retribucións complementarias devengadas no primeiro mes de licenza.

**c) Risco durante o embarazo.**

Terá a mesma consideración e efectos que a IT, en tanto que 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 lactancia 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 gran invalidez e económicas para a retribución do persoal encargado da asistencia do gran 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 MUGEJU debe aboar unha prestación complementaria por IP ao funcionario xubilado por incapacidade, que, ascende a contía necesaria para alcanzar o 100 por 100 das retribucións básicas que de continuaren en activo lle corresponderían. No caso da gran 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 o Regulamento 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-, salvo na de suspensión de emprego e suspensión firme e nos casos de excedencia

voluntaria en que o tempo de permanencia non sexa computable a 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 marinería, mentres manteñan a súa relación de servizos coas Forzas Armadas.
- d) Os alumnos da ensinanza militar de formación.
- e) Os militares de carreira da Garda Civil e os alumnos dos centros docentes de formación do devandito 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, no seu caso, os funcionarios en prácticas para o ingreso nos devanditos 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 tesourería propios, así como autonomía de xestión, nos mesmos termos que a MUFACE e a MUGEJU (arts. 4 e 5 RDL 1/2000 e arts. 7 e ss. RD 2330/1978).

## **3.- Actos de encadramento**

A afiliación e o alta resultan obrigatorias para todos os incluídos no campo de aplicación deste Réxime Especial (art. 6 RDL 1/2000), salvo

para os retirados ou xubilados que, por estar 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 pode producirse de oficio ou a instancia de parte, e é posible manter facultativamente o alta en certos casos se o interesado asume o pago da cota e da aportación do Estado (arts. 34 e 35 RD 2330/1978).

#### **4.- Cotización**

A obriga de cotizar xurde para todos os comprendidos no campo de aplicación deste Réxime Especial. Con todo, están exentos os que se atopen gozando dunha excedencia por coidado de fillos ou familiares; e os alumnos da ensinanza militar de formación mentres non perciban retribucións correspondentes a un dos grupos de clasificación (art. 7.1 RDL 1/2000). Tampouco teñen obriga de cotizar os xubilados (art. 7.5 RDL 1/2000).

Como base de cotización tómase o haber regulador en materia de dereitos pasivos, salvo para os alumnos que perciban retribucións referidas a un grupo de clasificación, cuxa base de cotización fixarase en atención ao haber regulador que corresponda ao seu grupo de clasificación (art. 7.2 RDL 1/2000).

A porcentaxe de cotización e aportación do persoal militar en activo e asimilado no ISFAS, fíxase para 2011 no 1,69 por 100, mentres que a aportación do Estado ascenderá ao 10,01 por 100 (o 4,64 corresponde á aportación do Estado por activo e o 5,37 á aportación por pensionista exento de cotización) dos haberes reguladores a efectos de cotización de Dereitos Pasivos.

As cotas deducirase das nóminas; se iso non fose posible, o ingreso debe efectuarse 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 ao mesmo. O ISFAS subscribiu Concerto co Instituto Nacional da Seguridade Social e a Tesourería Xeral da Seguridade Social, con data 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, con arranxo ás condicións vixentes para o Réxime Xeral. Tamén poden optar por adscribirse a unha Entidade de Seguro coa que o ISFAS subscriba un Concerto coa devandita finalidade.

### **b) Incapacidade temporal.**

A protección por esta continxencia limítase 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 Réximen Especial de Funcionarios da Administración de Xustiza (arts. 17 e ss. RDL 1/2000). Porén, os funcionarios civís incluídos no mutualismo militar poden permancer 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, e posteriormente terá dereito ás retribucións básicas, a prestación por fillo a cargo, no seu caso, e 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, co límite do percibido durante o primeiro mes de licenza:

1ª - 80 por 100 das retribucións básicas (soldo, trienios e grao, no seu caso), incrementadas na sexta parte dunha paga extraordinaria, correspondentes ao primeiro mes de licenza.

2ª - 75 por 100 das retribucións complementarias devengadas no primeiro mes de licenza.

**c) Risco durante o embarazo e risco durante a lactancia 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», ademáis de prestacións recuperadoras e un complemento á pensión en caso de gran 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 lles 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 o do Interior, según proceda, dacordo coas previsións da lexislación reguladora do Réxime do persoal das Forzas Armadas ou do Réxime 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 gran 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 da 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, aínda cando ésta se determinase polo 200 por 100 do devandito 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 gran invalidez, é necesario causar previamente a pensión de inutilidade para o servizo, ademáis, requirir 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 gran 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).

Fernando Francia Somalo

## BIBLIOGRAFÍA

- PARADA ,Ramón: "Derecho del Empleo Público". Ed. Marcial Pons.
- MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE SOCIAL. 2010. Ed. Francis Lefbvre.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago : "Sistema Administrativo" . Vol.II . Ed. La ley.
- ALONSO OLEA, Manuel yCASAS BAAMONDE,María Emilia: "Derecho del trabajo". Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Edición revisada.
- RODRIGUEZ CARDÓ, 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.



# **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 GARANTÍAS CONSTITUCIONAIS**

## **DELITOS CONTRA A ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **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 busca 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, ás condicións do seu cumprimento e aos 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 salientando 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 ao artigo 149.1. 6.<sup>a</sup> 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.** A previa definición legal da pena que se impoña, de maneira que, seguindo a dicción do artigo 2.1 do Código Penal, non será castigado ningún delito nin falta con pena que non se encontre prevista por lei anterior á súa perpetración. O Tribunal Constitucional (Ss. 160/1986, 140/1987) concluíu que a lei debe ser orgánica se se comina unha pena privativa de liberdade.

**1.1.3 Garantía de execución penal.** A execución da pena debe producirse conforme á 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 desenvolven, 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 producirse pola xurisdición ordinaria a través do procedemento legalmente establecido, en cumprimento dos artigos 1 da Lei de axuízamento criminal, a teor do cal non se impondrá ningunha pena por consecuencia de actos punibles cuxa represión 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 3.1 do Código Penal que prescribe que non se poderá executar pena nin medida de seguridade senón en virtude de 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 encontre 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 ao reo, aínda que ao entrar en vigor tivese recaído sentenza firme e o suxeito estivese cumprindo 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, no entanto, conforme a 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 castigan. Conforme á dicción deste principio, a lei penal unicamente poderá castigar os supostos que se consideren máis prexudiciais para a sociedade, de xeito 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 cominadas (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 atinxe 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 cominada 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 Ne bis in idem.** As penas previstas neste Título son compatibles coas sancións disciplinarias que a Administración poida impoñer, sen que iso supoña quebranto do principio *ne bis in idem*.

## **2 A autoría nos delitos cometidos por funcionarios públicos**

De acordo co artigo 24 CP:

1. Para os efectos penais reputarase autoridade ao 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. Reputarse tamén autoridade aos funcionarios do Ministerio Fiscal.

2. Considérase funcionario público todo aquel que por disposición inmediata da lei ou por elección ou por nomeamento de autoridade competente participe no exercicio de funcións públicas.

Polo tanto, enténdese por funcionario as persoas que participen das funcións públicas, sexa cal for o réxime administrativo ou laboral de vinculación coa administración.

Tanto poden levar a cabo a acción delituosa os titulares dun órgano unipersoal como tamén 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, de ser o caso, poida derivarse dos acordos. Para rematar, admítase a participación como «extraneus» do partícipe en concepto de indutor, cooperador necesario ou cómplice.

Para rematar, cando o autor é un particular, como acontece 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 todos os honores, empregos e cargos públicos que teña o penado, aínda que sexan electivos. Produce, ademais, a incapacidade para

obter os mesmos ou calquera outro honor, cargo ou emprego público, 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 recaia, aínda que sexa electivo, e dos honores que lle sexan anexos. Produce, ademais, a incapacidade para obter o mesmo ou outros análogos durante o tempo da condena. Na sentenza deberán especificarse os empregos, cargos e honores sobre os que recae a inhabilitación.
- A suspensión de emprego ou cargo público priva do seu exercicio ao penado durante o tempo da condena.

### **3 Delitos contra a Administración Pública**

O Código Penal dedícalle 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.

### **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.

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.

**4.1 Antixuridicidade.** En calquera dos casos, debe tratarse dun acto materialmente antixurídico, aspecto que se desprende da redacción a *sabendas da súa inxustiza*. 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, polo tanto, a vulneración do Estado de Dereito, o que supón un grave apartamento 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 radica co ordenamento, hoxe ancorada no dereito positivo (art. 9.3 da Constitución) significa, sinalou a doutrina que «tanto que estamos ante unha resolución caprichosa, mais estritamente, irracional e absurda, aínda

que poida estar formalmente motivada».

**4.2 Comisión por omisión.** O Pleno non xurisdicional 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 ao 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.

**Artigo 406.** A mesma pena de multa seralle imposta á persoa que acepte a proposta, nomeamento ou toma de posesión mencionada no artigo anterior, sabendo que carece dos requisitos legalmente esixibles.

## **5 Abandono de destino e da omisión do 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.
- 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,
- Promover, dirixir ou organizar o abandono colectivo e manifestamente ilegal dun servizo público.
- Tomar parte no abandono colectivo ou manifestamente ilegal dun servizo público esencial e con grave prexuízo deste ou da comunidade.

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 negasen 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.

De acordo co propio precepto, non obstante, non incorrerán en responsabilidade criminal as autoridades ou funcionarios por non daren cumprimento a un mandato que constituía 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 desaprobasen a suspensión.

## **7 Denegación de auxilio**

Esta figura, castigada no artigo 412, engloba dúas formas de denegación de auxilio.

**7.1 Ante requirimento dunha autoridade.** Castígase ao funcionario público, autoridade xefe ou responsable dunha forza pública ou un axente da autoridade que, requirido pola 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. Precisemos que para o caso de que o requirimento proceda dun superior xerárquico do requirido, aplicaríase o delito de desobediencia mencionado con anterioridade.

**7.2 Ante requirimento dun particular.** Castígase á autoridade ou funcionario público que, requirido por un particular a prestar algún auxilio a que veña obrigado por razón do seu cargo para evitar un delito, se abstivese de prestalo.

## **8 Infidelidade na custodia de documentos**

Conforme ao 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 á 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 é necesario que teña a «custodia funcional» do documento, non se lle aplicando, 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.

**8.2 Acceso a documentos.** Os arts. 414 CP e 415 CP castigan:

- Á autoridade ou funcionario público que, por razón do seu cargo, teña encomendada a custodia de documentos respecto dos cales a autoridade competente restrinxise o acceso, e que a sabendas destrúa ou inutilice os medios postos para impedir ese acceso ou consinta na súa destrución ou inutilización.
- Ao particular que destrúise ou inutilízase os medios a que se refire o apartado anterior.
- Á 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.

Os supostos anteriores castíganse como consumados aínda que o particular non chegase a apoderarse nin a destruír ou inutilizar 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 a quen



Ile fosen confiados por razón do seu cargo, que incorran nas condutas descritas nos mesmos.

## **9 Violación de segredos**

O artigo 417 castiga a autoridade ou funcionario público que revelase secretos 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 coma tal, existindo intención de mantelo nese réxime de exclusividade respecto do seu coñecemento por terceiros que non o poderían descubrir facilmente 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 sexa 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, aínda que aínda non o sexan no momento no que se abusa da mesma; por exemplo, o contido dun exame no marco dun proceso selectivo.

## **10 Suborno**

O suborno é a acción de corromper ás autoridades e funcionarios públicos mediante o pagamento dun prezo, sexa para procurar unha acción pola súa banda, 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.

### **10.1 Pasivo.**

- **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:
  - o Se é para realizar no exercicio do seu cargo un acto contrario aos deberes inherentes ao 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.
  - o Se se dirixe a realizar un acto propio do seu cargo.
  - o Si diríxese a recompensar as condutas anteriores.
- **Impropio.** Conforme ao art. 422, castígase a autoridade ou funcionario público que, en proveito propio ou dun terceiro, admitise, por si ou por persoa interposta, dádiva ou agasallo que lle fosen ofrecidos en consideración ao seu cargo ou función.

### **10.2 Activo.** Comprende as seguintes condutas:



- Conforme ao art. 424.1, castígase o particular que 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 entregue a dádiva ou retribución atendendo a solicitude da autoridade, funcionario público ou persoa que participe no exercicio da función pública, imponse-lle 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, imponse-lle ao particular e, se é o caso, á sociedade, asociación ou organización que represente 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 absolutoria ao establecer que queda exento de pena polo delito de suborno o particular que, tendo accedido ocasionalmente á solicitude de dádiva ou outra retribución realizada por autoridade ou funcionario público, denunciase o feito á autoridade que teña o deber de proceder á súa investigación antes da apertura do procedemento, sempre que non transcorran máis de dous meses desde a data dos feitos.

**10.3 Aspectos comúns.** Merece indicarse que o Código Penal inclúe con este fin entre funcionarios públicos españois dos comunitarios ou doutros estados membros da Unión Europea, para os que é de aplicación o artigo

427 CP. Así mesmo, incorpora un artigo 445 no que se castiga os particulares que corrompesen ou tentasen corromper a funcionarios con motivo de transaccións internacionais nun precepto que, máis que protexer a integridade de quen exerce as súas funcións públicas, protexe a igualdade de concorrência entre os competidores nos mercados internacionais. En ambos os supostos delituosos castígase non só a persoa física senón tamén a persoa xurídica nos termos establecidos no art. 31 bis CP.

Como norma xeral, debe sinalarse 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.

Doutra banda, 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, é preciso 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**

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.

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.

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.

Nos distintos supostos, as penas agrávanse para o funcionario cando obtén a recompensa interesada. Doutra banda, cando, de acordo co establecido no artigo 31 bis CP, unha persoa xurídica sexa responsable dos delitos recollidos neste Capítulo, han impoñérselle as penas correspondentes. Para rematar, as dádivas, presentes ou agasallos caerán en comiso.

Para que a conduta sexa típica non basta a mera influencia senón que é preciso 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 fondos ou efectos públicos que lles foron confiados en razón dun cargo. Pódese distinguir 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 fondos 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 fosen declaradas de valor histórico ou artístico, ou se se tratase de efectos destinados a aliviar algunha calamidade pública.
- Pola contra, atenúase a subtracción se non alcanza 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 fondos ou efectos postos ao seu cargo por razón das súas funcións. Se o culpable non reintegrara o importe do distraído dentro dos dez días seguintes ao da incoación do proceso, hánelle impoñer as penas previstas para o apoderamento dos mesmos indicadas con anterioridade. A diferenza do suposto precedente, no agora analizado o suxeito non ten a vontade de facerse dono dos fondos ou efectos.

**12.3 Malversación impropia.** Para rematar, 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 fondos ou efectos públicos enténdese non só o diñeiro senón tamén aqueloutros bens mobles que teñan un valor económico e que pertenczan á Administración Pública, isto é, que fosen

recibidos pola Administración con independencia do seu ingreso na arca correspondente. Polo que se refire á relación entre os fondos e o funcionario, abonda para os efectos penais que cheguen ao seu poder con ocasión da concreta función realizada.

As disposicións deste Capítulo son extensivas:

1. Aos que se encontren encargados por calquera concepto de fondos, rendas ou efectos das administracións públicas.
2. Aos particulares legalmente designados como depositarios de diñeiro ou efectos públicos.
3. Aos administradores ou depositarios de diñeiro ou bens embargados, secuestrados ou depositados por autoridade pública, aínda que pertenzan a particulares.

### **13 Fraudes e exaccións ilegais**

Pola súa banda, 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 de calquera outro artificio para defraudar a calquera ente público.

Trátase dun delito de perigo respecto dos bens públicos con fundamento no quebranto dos deberes de lealdade propios de quen actúa vinculado coa Administración. Atopámonos ante un delito de actividade que non esixe un efectivo quebranto dos bens administrativos, consumándose co acto de concerto ou acordo coa vocación defraudatoria, é dicir, dirixida a prexudicar efectivamente á

administración na que a autoridade ou o funcionario desenvolven os seus servizos.

O precepto castiga así mesmo o particular que se concertou coa autoridade ou funcionario público; háselle impoñer 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 esixise, directa ou indirectamente, dereitos, tarifas por aranceis ou minutas que non sexan debidos ou en contía maior á legalmente sinalada.
- **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.

## **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 aproveita de tal circunstancia para forzar ou facilitar 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 devandita autoridade ou funcionario deba informar en calquera clase de asuntos por razón do seu cargo.
- b) Que cunha clara posta a 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 maneira que debe existir un claro prevalemento da súa condición pública para que en asunto público no que deba informar, obteña 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 esixir 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 intervir é susceptible de encaixar no tipo penal, sen que sexa posible a súa comisión por parte doutros funcionarios relacionados coa contratación. Doutra banda, debe existir certa homoxeneidade entre a actividade privada desenvolvida e aqueloutra que ten que desempeñar polo cargo público que se exerce, é dicir, que ambas as 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, indiquemos 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, realizase, 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 intervir ou interveña 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.

**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 pode ser suxeito activo do delito quen ostente as calidades de funcionario público ou de autoridade e, ademais, acceda lícitamente, en atención ás funcións do devandito cargo, á información ou ao segredo de cuxo coñecemento se pretende aproveitar.

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 planificara realizar. A divulgación do segredo ou a información privilexiada a un terceiro será susceptible de castigo conforme ao 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, dependendo dos casos.

**14.3 Abusos no exercicio de funcións públicas.** Finalmente, o artigo 443 castiga a autoridade ou funcionario público que solicitase sexualmente a unha persoa que, para si mesma ou para o seu cónxuxe ou outra persoa coa que se encontre 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 emitir informe ou elevar consulta ao seu superior.

## **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 discapacidade.
- 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 discapacidade.

## **2 Delitos cometidos polos funcionarios públicos contra outros dereitos individuais**

**2.1 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 e 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.

**2.2 Disolución ou suspensión de asociacións.** Pola súa banda, o art. 439 sanciona a autoridade ou funcionario público que disolva ou suspenda nas súas actividades a unha asociación legalmente constituída, sen previa resolución xudicial, ou sen causa lexítima lle impida a celebración das súas sesións.

Debemos acudir aos arts. 33 CE e á Lei 1/2001, de asociacións, Lei orgánica 6/2002, de partidos políticos, e 11/1985, de liberdade sindical, para integrar os presupostos deste precepto.

**2.3 Prohibición ou disolución de reunións.** O dereito de reunión atópase constitucionalmente amparado polo 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.

**2.4 Expropiación ilegal.** O art. 541 establece o castigo para a expropiación ilegal ao sancionar a autoridade ou funcionario público que expropie a unha persoa dos seus bens fóra dos casos permitidos e sen cumprir os requisitos legais. Desta maneira, 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 poñer en marcha o procedemento expropiatorio.
- c) Que a expropiación non soamente incumpra os requisitos legais senón que careza de causa 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.

Xa que logo, estase protexendo en dereito de propiedade nos termos do art. 33 CE, que establece que 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. Doutra banda, faise necesario acudir á Lei de expropiación forzosa do 16 de decembro de 1954.

**2.5 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. Esixe, polo tanto, o delito 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 a 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.

**Antonio Roma Valdés**  
**Fiscal do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia**

## **Bibliografía**

Morales 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

# **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**

##### **1.1. INTRODUCCIÓN**

A Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto Básico do Empregado Público (en diante, EBEP) define no seu artigo 8 aos empregados públicos como aqueles que desempeñan funcións retribuídas nas administracións públicas ao servizo dos intereses xerais, establecendo 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.

Pola súa banda, o artigo 11 do EBEP, define o persoal laboral como aquel 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, e que serán as leis de función pública que se diten no seu desenvolvemento as que establezan os criterios para a determinación dos postos de traballo que poden ser desempeñados por este persoal.

No ámbito autonómico, o Decreto lexislativo 1/2008, do 13 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei da función pública de Galicia (en diante, TRLFPG), define o persoal laboral como aquel que en virtude de contrato de natureza laboral, que se deberá formalizar, en todo caso, por escrito, ocupe postos de traballo destinados a persoal desta natureza ou ben, con carácter excepcional, postos reservados a persoal funcionario (art. 10)

Esta mesma norma, verbo dos postos de traballo que poden ser desempeñados por este persoal, logo de establecer a regra xeral de que os postos de traballo da Administración autonómica sexan desempeñados por funcionarios públicos, relaciona os seguintes postos que poden ser desempeñados por persoal laboral (art. 27.2):

- Os postos de natureza non permanente e aqueles en cuxas actividades se dirixan a satisfacer necesidades de carácter periódico e descontinuo.
- Os postos nos que as súas actividades sexan propias de oficios.



- Os postos correspondentes a áreas de actividades que requiran coñecementos técnicos especializados cando non existan corpos ou escalas de funcionarios en que os seus membros teñan a preparación específica necesaria para o seu desempeño.
- Os postos de carácter instrumental correspondentes ás áreas de mantemento e conservación de edificios, equipos e instalacións, e artes gráficas, así como os postos de áreas de expresión artística.
- Os postos de traballo de organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financeiro ou análogo, agás aqueles que impliquen exercicio da autoridade, inspección ou control correspondente á Consellería á que estean adscritos, que se reserven a funcionarios.
- Os de prestación directa de servizos sociais e protección de menores.

## **1.2 RÉXIME XURÍDICO:**

De acordo co art. 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 o TRLFPG ao establecer no seu art. 3 que o persoal laboral se rexerá pola lexislación laboral e polos preceptos da mesma lei que lle sexan aplicables.

De conformidade con estas previsións, podemos citar as seguinte normativa aplicable:

### **a) Normas de Dereito Laboral.**

- Real decreto legislativo 1/1995, do 24 de marzo, polo que se aproba o texto refundido do Estatuto dos Traballadores.
- Lei orgánica 11/1985, do 2 de agosto, de liberdade sindical.
- Real decreto lei 17/1977, do 4 de marzo, sobre relacións de traballo, o dereito de folga, o peche patronal e os conflitos colectivos.
- Real decreto legislativo 1/1994, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral da seguridade social.
- Convenios Colectivos aplicables a cada ámbito persoal. Merece destacarse, polo seu ámbito persoal, o V Convenio Colectivo único do Persoal Laboral da Xunta de Galicia.
- O contrato individual de traballo que se poida formalizar en cada caso.

### **b) Normas de Dereito Administrativo.**

- EBEP.
- Lei 53/1984, do 26 de decembro, de incompatibilidades do persoal ao servizo das administracións públicas.
- Real decreto 598/1985, do 30 de abril, sobre incompatibilidades do persoal ao servizo das administracións públicas.
- TRLFPG.
- Decreto 95/1991, do 20 de marzo, polo que se aproba o Regulamento de selección de Persoal da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia.

## **2. O CONVENIO COLECTIVO ÚNICO DO PERSOAL LABORAL DA XUNTA DE GALICIA.**

O actual Convenio Colectivo único vixente (en diante, Convenio, simplemente) do persoal laboral da Xunta de Galicia é o quinto da súa historia e foi inscrito no Rexistro Xeral de Convenios e publicado por Resolución da Dirección Xeral de Relacións Laborais do 20.10.08 (DOG n.º 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 que, entre outros aspectos, se establecen as retribucións básicas de cada grupo, os grupos e 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 dos seus organismos autónomos, así como o persoal laboral que con posterioridade á publicación do Convenio pase a depender daqueles (art. 1.1 e 1.2.)

Persoal expresamente excluído (art. 1.3):

- a) Altos cargos contratados de acordo co artigo 21 do Estatuto dos Traballadores e demais normas concordantes.
- b) Todas aquelas persoas físicas vinculadas coa Xunta de Galicia por contrato non laboral de prestación de servizos, sexa de natureza civil ou mercantil.
- c) O persoal experto docente de formación ocupacional, de escolas taller e de talleres de emprego.
- d) Os artistas de espectáculos públicos do IGAEM.

**Ámbito temporal e prórroga.**

O art. 2 do Convenio dispón a súa entrada en vigor ao día seguinte da súa publicación no DOG: 4 de novembro do 2008, e establece que os efectos económicos terán efectos retroactivos ao 1 de xaneiro do 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 do 2009, aínda que se prevé unha prórroga automática se ao final dese prazo non se producise a denuncia escrita dunha das dúas partes dentro dos tres últimos meses de vixencia. En tal suposto, a comisión negociadora debería reunirse dentro dos 20 días seguintes á denuncia e, namentres se negociase outro convenio, quedaría prorrogado o actual ata a aprobación do novo texto.

**2.2. ÓRGANO DE VIXILANCIA (CAPÍTULO II)**

O Convenio crea no seu art. 3 unha Comisión paritaria de vixilancia, control e interpretación que entenderá da súa aplicación.

**Constitución:** o mesmo artigo ordénaa no prazo dun mes, contado desde o día seguinte á publicación do Convenio, e dispón a comunicación por escrito da relación de membros que a compoñen ao secretario da comisión negociadora no prazo de 5 días a partir da súa sinatura.

**Composición:** está formada por un número de representantes, tanto por parte dos traballadores coma da Administración da Xunta de Galicia, equivalente ao número de consellerías existentes máis un.

**Acordos:** os acordos tomaranse por unanimidade e vincularán a ambas as partes nos mesmos termos que o Convenio, incorporándose ao este como anexo.

**Competencias:** correspóndenlle a este órgano funcións como, entre outras, a interpretación de todo o articulado ou cláusulas do Convenio, a vixilancia do pactado, ou a facultade de conciliación previa naquelas cuestións que lle sexan sometidas de común acordo polas partes.

## **2.3. ESTABILIDADE NO EMPREGO E INCOMPATIBILIDADES (CAPÍTULO III)**

### **Principio de estabilidade no emprego:**

O Convenio recolle no seu art. 4 o principio de estabilidade no emprego; de acordo con este os contratos de traballo entenderanse pactados por tempo indefinido, coas excepcións legalmente establecidas.

### **Incompatibilidades:**

O art. 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 devandito réxime a percepción dos complementos retributivos que se prevén no art. 26.

## **2.4. PROVISIÓN DE VACANTES E ACCESO Á CONDICIÓN DE PERSOAL LABORAL (CAPÍTULO IV)**

### **Provisión definitiva: concurso de traslados e libre designación**

#### **a) Concurso**

O concurso de traslados constitúe o sistema normal de provisión e, previsiblemente, será convocado anualmente.

Convocatoria: a provisión mediante concurso realizarase despois de convocatoria pública do Conselleiro competente en materia de función pública na que se fará constar as vacantes que se ofertan e requisitos para o seu desempeño, unha única fase de resultados, o baremo de méritos aplicable a cada convocatoria, os requisitos dos interesados e a preferencia nas resultados dos traballadores que fagan constar razóns de reunificación familiar na súa solicitude e que o xustifiquen adecuadamente.

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, así coma 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.

Concurso permanente: coa finalidade de facer efectivos os concursos anuais do persoal laboral, o Convenio prevé a implantación dun concurso de traslados permanentemente aberto, cunha periodicidade mínima semestral, no que se ofertarán as vacantes a medida que se vaian producindo, e ás que poderán concorrer todos aqueles laborais fixos da Xunta de Galicia que pertencen ao mesmo grupo e posúan a titulación e demais requisitos indispensables para o desempeño do posto de traballo.

### **b) Libre designación**

Proveranse polo sistema de libre designación postos de traballo que, en atención á súa natureza, así se determine na correspondente RPT.

Supostos: só poderán cubrirse 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 coma aqueles outros de carácter directivo ou de especial responsabilidade para os que, 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, contendo, entre outros posibles extremos, os postos convocados e 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 proverse, con carácter temporal ou provisional, con persoal laboral fixo. Esta cobertura será provisional, debendo ser incluídos estes postos necesariamente no primeiro concurso de traslados que se convoque.

#### **a) Adscripción temporal**

Pódese empregar para a cobertura de postos de traballo vacantes cando a súa provisión se considere urxente e inaprazable. Requírese:

O traballador deberá pertencer á mesma categoría e reunir os requisitos que esixa a correspondente relación de postos de traballo.

En todo caso, a adscripción terá carácter voluntario e unha duración máxima dun ano prorrogable por outro se persisten as circunstancias que a motivaron.

#### **b) Adxudicación de posto a traballadores declarados en situación de incapacidade permanente total**

Cando un traballador sexa declarado polo órgano competente en situación de incapacidade permanente total, poderá adxudicárselle un posto compatible coa súa nova situación e respecto do cal o interesado cumpra cos requisitos fixados na correspondente relación de postos de traballo.

Os postos cubertos terán, en todo caso, natureza de cobertura definitiva.

### **Contratación de persoal laboral temporal**

Os postos de traballo vacantes que non se provean por traballadores declarados en situación de incapacidade permanente total e cuxa provisión se considere necesaria poderán cubrirse mediante a contratación de persoal laboral temporal. Para a contratación deste persoal laboral non se poderá acudir ás empresas de traballo temporal.

#### Procedemento:

- Ha chamarse, segundo a categoría de que se trate, ao 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 este fin, 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 que deberá 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 contemplada 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 ha aplicarse o baremo que figura como anexo 111 do Convenio.

### **Acceso á condición de laboral fixo**

O acceso ás distintas categorías de persoal laboral fixo da Xunta de Galicia ha realizarse, tras 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: incluíranse, en todo caso, os seguintes extremos: 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 negociaranse dentro da comisión paritaria.

Promoción interna: 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 que 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 deben acumularse á quenda de acceso libre.

Tribunais de selección: serán colexiados e a súa composición deberá axustarse 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.

A pertenza a estes órganos será sempre a título individual, non en representación ou por conta de ninguén.

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:

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 devandita 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; nese caso na resolución de nomeamento debe incluírse 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 presentaren a documentación xustificativa do cumprimento dos requisitos sinalados na convocatoria.

A adxudicación de postos realizarase de acordo coa orde de prelación obtida no proceso, tendo preferencia as persoas aspirantes provenientes da quenda de promoción interna e, dentro destes.

Os postos de traballo adxudicados terán natureza de destino definitivo.

Toma de posesión: concluído o procedemento, o persoal designado laboral fixo dispoñerá do prazo dun mes para tomar posesión do seu destino.

Período de proba: será o seguinte:

- Para as categorías incluídas nos grupos I e II, tres meses.
- Para as categorías incluídas no grupo III, dous meses.
- 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 da súa mesma categoría profesional, excepto os derivados da resolución de relación laboral, que se poderá producir a pedimento de calquera das partes durante o seu transcurso. As situacións de IT interrompen o período de proba. No caso de que non se supere o período de proba, a Administración debe notificarllo ao traballador por escrito motivado, dando coñecemento ao comité de empresa ou aos delegados de persoal. A rescisión durante este período non dará dereito a indemnización ningunha.

## **2.5. ORGANIZACIÓN E DIRECCIÓN DO TRABALLO (CAPÍTULO V)**

### **Traballos de superior e inferior categoría:**

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.



- Se é posible, débesele comunicar ao traballador por escrito, con 48 horas de antelación e, en todo caso, con anterioridade ao comezo 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, de 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, agás 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 único 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 débensele respectar as condicións máis favorables e beneficiosas, tanto salariais coma laborais, sen que en ningún caso se lles diminúan as súas percepcións económicas.

## **Organización do traballo**

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**

As permutas ou rotacións de posto de traballo entre dous ou máis traballadores/as do persoal fixo poderán concederse 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 previo favorable das xefaturas respectivas e do comité de empresa ou Comité Intercentros cando afecte a 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**

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, agás 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 das 37,30 horas semanais, non superen as 1.665 horas anuais.

No entanto, 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 da que depende.

### **Descanso e festivos**

#### Descanso semanal

Os traballadores terán dereito a un descanso mínimo semanal de dous días ininterrompidos que, con carácter xeral, abarcará o sábado e o domingo, salvo naqueles centros en que sexa necesaria a prestación de servizos eses días; nese caso poderán establecerse as previsións necesarias para que os traballadores gocen 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 cumpra 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, que se compensarán 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 gozará como descanso os días 24 e 31 de decembro.

## **Vacacións**

Todo o persoal cun ano mínimo de servizos terá dereito a unhas vacacións retribuídas de duración igual á do mes natural en que se gocen, ou a optar pola modalidade de 22 días hábiles en períodos mínimos de cinco días hábiles consecutivos. De non levar un ano de servizos, gozaranse as vacacións en proporción aos días traballados.

Ambas as modalidades gozaranse preferentemente entre o 1 de xullo e o 30 de setembro e a súa distribución será feita 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.

Aos devanditos períodos vacacionais ha sumárselle un día hábil adicional ao cumprir quince anos de servizo, e un máis ao cumprir os vinte, vinte e cinco e trinta anos de servizo, respectivamente, ata un máximo de catro.

## **2.7. LICENZAS E EXCEDENCIAS (CAPÍTULO VII)**

### **Licenzas e permisos con soldo**

Coa finalidade de establecer un único réxime na Xunta de Galicia, o Convenio estende ao persoal laboral ao que 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.

No entanto, respecto ao permiso para asuntos persoais establécense particularidades, como a posibilidade de dispoñer del ata o 15 de xaneiro do seguinte ano natural, a posibilidade de acumulación ao período de vacacións ou a de negociación da extensión ao persoal laboral das licenzas e permisos que en normativas posteriores ao Convenio se puidesen establecer para o persoal funcionario.

### **Licenzas con soldo parcial e sen soldo**

Con soldo parcial: terán dereito a unha redución da xornada de traballo con diminución proporcional do salario os seguintes traballadores:

- 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.
- 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**

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 menoscabo 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 puxese en perigo a súa vida ou a integridade do feto, e terá dereito a escoller a data das súas vacacións regulamentarias.

### **Excedencias**

#### **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/as darán lugar a un novo período de excedencia que, se é o caso, poñerá fin ao que se viñese gozando.

No tempo que dure esta excedencia, reserváraselle ao/á traballador/a o posto de traballo e mais a quenda que viñese desempeñando con carácter definitivo e computáraselle o tempo correspondente a 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. No entanto, se dous ou máis traballadores da Xunta xerasen este dereito polo mesmo suxeito causante, o empresario poderá limitar o seu exercicio simultáneo por razóns xustificadas.

Cando un novo suxeito causante dese dereito a un novo período de excedencia, o inicio desta dará fin á que, de ser o caso, se viñese gozando.

Este período será computable para os efectos de antigüidade e o traballador terá dereito á asistencia a cursos de formación profesional, a cuxa participación deberá ser convocado pola Xunta de Galicia, especialmente con 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, agás no caso de concorrer un excedente forzoso, que terá preferencia. Se a vacante fose 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 será concedida 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 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 deberá efectuarse no prazo máximo de trinta días naturais a partir do cesamento no cargo. Se non solicitan 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 a instancia de parte, ao 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 poderá efectuarse 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. No caso de cesar noutro posto, deberá solicitar o seu reingreso no prazo máximo de 30 días hábiles desde o devandito 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 TRLFPG.

## 2.8. CONDICIÓN ECONÓMICAS (CAPÍTULO VIII)

As retribucións do persoal laboral abóanse 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 os seguintes complementos salariais:

- **Salario base:** é a parte de retribución do/da traballador/a fixada para a xornada común 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:**

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 esixa 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:** son aquelas horas ou fraccións que excedan da xornada normal de traballo e teñan un carácter excepcional. A súa realización terá sempre un carácter voluntario e non poderán exceder de

80 en cómputo anual. Serán compensadas por tempo de descanso, sempre que a organización do traballo o permita.

**Axudas de custos e desprazamentos:** a axuda de custos é a indemnización económica diaria que se lle debe pagar a un/unha traballador/a como compensación polos gastos de mantemento e aloxamento que deba realizar a consecuencia dun desprazamento motivado por orde dos órganos directivos correspondentes.

**Incapacidade temporal:** 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.

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.

3) Orientación sobre planificación familiar e revisións médicas.

4) Xubilación e fomento de emprego, regulando as seguintes modalidades:

- Xubilación forzosa ao cumprir o traballador a idade de 65 anos. Aqueles traballadores que, ao chegaren a esta idade, non cumpran o período mínimo de cotización á Seguridade Social para causar dereito á referida prestación, poderán continuar prestando servizos ata cumprir o devandito período de cotización, momento no que se causará baixa de modo inmediato.

- Xubilación especial do traballador que, ao cumprir a idade de 64 anos, opte por acollerse á xubilación co 100% dos dereitos; nese caso será substituído por calquera traballador inscrito como desempregado na oficina de emprego e nas listas que, se procede, 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 que pertenza.

5) Política de axuda a diminuídos físicos e psíquicos.

Todo traballador que teña baixo a súa dependencia directa e legal e vivindo ás súas expensas, consorte, fillos e ascendentes en 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 que teñan ou non vínculo familiar.

6) Indemnización por invalidez e morte por accidente de traballo ou enfermidade profesional.

7) Fondo de axuda para anticipos.

8) Complemento das pensións de viuvez e orfandade.

## **2.10. SEGURIDADE E HIGIENE (CAPÍTULO X)**

O Convenio recolle, entre outros, os seguintes compromisos que adquire a Xunta de Galicia nesta materia:

- 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.
- Entrega 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.
- Prohibición de que o persoal suxeito ao Convenio realice obras por un tanto ou traballo axustado durante a súa xornada laboral e, no caso en que, polo específico do seu labor, desenvolva o seu traballo ao descuberto, prohibición de realizar as súas funcións cando a situación climatolóxica ou as condicións do terreo supoñan penosidade visible.

## **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 prestar 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 está previsto 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.



## **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) 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 ao 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 nos apartados 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:
  - Apertura de expediente contradictorio por faltas graves ou moi graves, no que serán oídos, separadamente do interesado, o comité de empresa ou restantes delegados de persoal.
  - Prioridade de permanencia no 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 seu mandato nin no ano posterior ao cesamento no cargo (o que o convenio aos dous anos seguintes ao cesamento no cargo), agás no caso de que este se produza por revogación ou dimisión, sempre que o despedimento ou 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 a internet que lles permita a tal 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/as sindicais e afiliados/as.**

a) Seccións sindicais: aquelas que obtivesen máis dun 10% dos membros do respectivo comité de empresa terán no centro de traballo os seguintes dereitos:

- A un número de delegados sindicais, establecido en función do número de traballadores do centro.
- A dispoñer dun local sindical, que compartirán co comité de empresa ou cos delegados de persoal.
- 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:

- Posibilidade de acumular os créditos horarios que lles 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.
- Representación aos 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 ao persoal, en xeral, e aos afiliados do sindicato, en particular.
- A ser informados e oídos pola empresa con carácter previo: acerca de despedimentos e sancións que afecten aos 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 ao persoal, así como sobre a implantación ou revisión de sistemas de organización do traballo.
- Acceso á mesma información e documentación que a empresa deba poñer a disposición do comité de empresa, estando obrigados a gardar sxiilo profesional.

- 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:

- A obter permisos sen soldo durante o tempo que pasen a ocupar postos de responsabilidade sindical con plena dedicación en ámbito superior ao centro de traballo.
- Un 10 por 100 dos afiliados a unha destas seccións sindicais terá dereito a permisos sen retribucións, sempre que exista comunicación previa e non superen os límites establecidos no propio Convenio.
- A que se lle desconte na súa nómina o importe da cota sindical que corresponda, tras conformidade do/da afiliado/a.

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 na que se constitúa, e atribúelle competencias como as seguintes:

- 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.
- 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.
- Elección dos membros aos que lles corresponda representar ao 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.
- Facultade para solicitar conflito colectivo e para interpoñer calquera tipo de reclamación, así como para solicitar a declaración de folga legal.
- Negociación coa Administración das condicións de adscrición de calquera colectivo a este Convenio, con ocasión da súa integración por razóns de transferencia. •
- 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:**

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, de ser o caso, a autoridade que, normativamente, teña asignada en cada momento tal competencia acordará a incoación do expediente e nomeará o instrutor do procedemento. Este acto de incoación, que deberá serlles 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 arquivo das actuacións, ou elaborará un prego de cargos que lle 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 procede, da falta presuntamente cometida e das sancións que poidan ser de aplicación.

O prego de cargos seralle 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 estima conveniente, a práctica das probas que para a súa defensa crea necesarias.

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 dispónse do prazo dun mes.

Cumpridas as dilixencias anteriores, ha dársele vista do expediente ao inculpado para que no prazo de 10 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 que se lle 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 lle remita con carácter inmediato o expediente completo ao órgano que acordou a incoación do procedemento. Este órgano, pola súa vez, ha remitilo ao órgano competente para que dite a resolución que corresponda ou, se procede, poderá ordenar 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 á que pertenza, de ser o caso. Tamén se lle dará traslado da resolución definitiva á Comisión Paritaria do convenio, para os meros 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 ha comunicárselle ao comité de empresa respectivo, con tres días hábiles de antelación á súa notificación ao/á interesado/a.

### **Faltas:**

As infraccións ou faltas cometidas polos/as traballadores/as, derivadas de incumprimentos contractuais, poderán ser leves, graves ou moi graves.

#### **Faltas leves:**

- 1) A incorrección cos superiores xerárquicos, cos/as compañeiros/as e co público en xeral.
- 2) A negligencia e o descoido no cumprimento do traballo.
- 3) A presentación extemporánea de partes de confirmación de baixa, en tempo superior a dous días, desde a data da súa expedición regular, a non ser que por causa de forza maior se probe a imposibilidade de facelo.
- 4) De tres a cinco faltas de puntualidade ao mes, respectándose o réxime existente para efectos de cómputo en cada centro de traballo. As faltas de puntualidade poderán supoñer a dedución proporcional de retribucións.
- 5) A negligencia no coidado e na conservación dos materiais e utensilios de traballo, do mobiliario e dos locais onde se presten os servizos.
- 6) A falta de asistencia inxustificada durante un día ao mes, a non ser que se probe a imposibilidade de facelo por causa de forza maior.
- 7) O incumprimento dos deberes e obrigas do traballador, sempre que non deban ser cualificados como falta moi grave ou grave.

Faltas graves:

- 1) A indisciplina ou a desobediencia relacionada co seu traballo, e o incumprimento dos deberes previstos nos apartados a), b) e c) do artigo 5 do Estatuto dos Traballadores.
- 2) A desconsideración co público, compañeiros e subordinados, sempre que non sexa falta leve, así como a grave falta de consideración cos administrados ou o abuso da autoridade.
- 3) A falta de asistencia ao traballo sen causa xustificada durante dous ou tres días ao mes, a non ser que se probe a imposibilidade de facelo por causa de forza maior.
- 4) A presentación extemporánea dos partes de confirmación de baixa, en tempo superior a sete días, desde a data da súa expedición regular, a non ser que se probe a imposibilidade de facelo por causa de forza maior.
- 5) O abandono do traballo sen causa xustificada por tempo superior a dous días nun mes.
- 6) A simulación de enfermidade ou accidente que supoñan a incapacidade laboral transitoria por tempo inferior a tres días. Entenderase, en todo caso, que existe falta cando o traballador declarado de baixa realice traballos de calquera clase por conta propia ou allea. Así mesmo, entenderase incluída toda acción ou omisión do traballador realizada para prolongar a baixa por enfermidade ou accidente.
- 7) A colaboración ou o encubrimiento de faltas doutros traballadores en relación cos seus deberes de puntualidade, asistencia e utilización dos mecanismos de control.
- 8) Máis de cinco faltas de puntualidade nun mes, respectándose o réxime existente para os efectos de cómputo en cada centro de traballo.
- 9) A reiteración na comisión de faltas leves, excepto as de puntualidade, inferiores a cinco faltas leves, nun prazo de seis meses, aínda que sexan de distinta natureza; todo iso dentro dun mesmo trimestre e aínda que fosen sancionadas.
- 10) A diminución continuada e voluntaria no rendemento de traballo normal ou pactado.
- 11) As condutas constitutivas de delito doloso relacionadas co servizo ou que lles causen dano á Administración ou administrados.
- 12) Causar danos graves nos locais, no material e nos documentos dos servizos.

- 13) O incumprimento dos prazos ou outras disposicións de procedemento en materia de incompatibilidades, cando non supoñan mantemento dalgunha situación de incompatibilidade.
- 14) A grave perturbación do servizo.
- 15) Actos que atenten contra a dignidade dos traballadores ou da Administración.
- 16) As accións ou omisións dirixidas a evadir os sistemas de control de horarios ou a impedir que sexan detectados os incumprimentos inxustificadas das xornadas de traballo.

Faltas moi graves:

- 1) O incumprimento de deber de fidelidade á Constitución e ao Estatuto de Autonomía no exercicio da función pública.
- 2) Toda actuación que supoña discriminación por razón de raza, sexo, relixión, lingua, opinión, lugar de nacemento, veciñanza, ou calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social.
- 3) O abandono de servizo.
- 4) Adopción de acordos manifestamente ilegais que lles causen un prexuízo grave á Administración ou aos cidadáns.
- 5) A publicación ou utilización indebida de segredos oficiais así declarados por lei ou clasificados coma tales.
- 6) A obstaculización do exercicio das liberdades públicas e dereitos sindicais.
- 7) A participación en folgas ilegais.
- 8) Os incumprimentos dos deberes de atender os servizos esenciais en caso de folga.
- 9) Os actos limitativos da libre expresión de pensamento, ideas e opinións.
- 10) Ser sancionado pola comisión de tres faltas graves nun período dun ano.
- 11) A fraude, a deslealdade e o abuso de confianza nas xestións e no desempeño das funcións encomendadas.
- 12) Máis de tres faltas ao mes de asistencia non xustificadas, a non ser que se probe a imposibilidade de facelo por causa de forza maior.
- 13) A indisciplina e a desobediencia de carácter grave.
- 14) Os maltratos de palabra ou obra cos/as traballadores/as de superior e inferior categoría, compañeiros/as e público.



- 15) Os malos tratos de palabra ou obra cos traballadores, compañeiros e público.
- 16) O acoso sexual, máxime cando se acompañe de abuso de autoridade.
- 17) O incumprimento ou abandono das normas e medidas de seguridade e hixiene no traballo, cando deles se deriven graves riscos ou danos para o propio traballador e/ou terceiros.
- 18) A simulación de enfermidade ou accidente que supoñan unha incapacidade ou baixa por un tempo de tres ou máis días. Entenderase, en todo caso, que existe falta moi grave cando o traballador realice traballos de calquera clase por conta propia ou allea. Así mesmo, entenderase incluída toda acción ou omisión do traballador realizada para prolongar a baixa por enfermidade ou accidente.
- 19) A reiteración na comisión de faltas graves, aínda que sexan de distinta natureza, dentro dun mesmo trimestre, excepto as de puntualidade.
- 20) O exercicio de actividades privadas ou públicas sen solicitar ou obter autorización de compatibilidade do órgano competente para iso.

### 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 por dous días.

b) Por faltas graves:

- Suspensión de emprego e soldo de dous a quince días.
- Suspensión do dereito de concorrer a probas selectivas ou concursos de ascensos por un período dun ano.

c) Por faltas moi graves:

- Suspensión de emprego e soldo de dezaseis días a dezoito meses.
- Inhabilitación para o ascenso por un período de ata un máximo de dous anos.
- Traslado forzoso sen indemnización.
- Despedimento.



Competencia: serán órganos competentes para a imposición das sancións disciplinarias:

- a) O Consello da Xunta, a proposta do conselleiro competente en materia de función pública, para impoñer o despedimento.
- b) Os titulares da consellería ou do organismo autónomo no 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 correspóndelle 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 á dignidade da Xunta de Galicia e reiteración ou reincidencia da devandita tolerancia ou encubrimento.

Non se considerará falta de ningún tipo a negativa a realizar traballos de categoría distinta á específica de cada traballador, agás 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 que 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. no Estatuto dos Traballadores.

Prescripción das faltas e sancións: os prazos de prescripción 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 devandito precepto, as infraccións moi graves prescribirán aos 3 anos, as graves aos 2 anos e as leves aos 6 meses; as sancións impostas por faltas moi graves prescribirán aos 3 anos, as impostas por faltas graves aos 2 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/as funcionarios/as 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 correspóndelle ao devandito traballador nos prazos establecidos no Estatuto dos Traballadores.

**María Jesús Golpe**



# **V.- DEREITO DA UNIÓN EUROPEA**

# **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.**

### **1.1. 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 en San Francisco, o 26 de xuño 1945, creouse un marco xurídico que permite que esas relacións se condוזan de forma ordenada na órbita internacional.

En 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.<sup>ª</sup> Nacionalidade, inmigración, emigración, estranxeiría e dereito de asilo.

3.<sup>ª</sup> Relacións internacionais. (...)

10.<sup>ª</sup> Réxime aduaneiro e aranceleiro; comercio exterior. (...)

16.<sup>ª</sup> Sanidade exterior.>>

De todas estas materias, a máis xenérica é a que atinxe ás relacións internacionais. Por esta vía, nun primeiro momento do desenvolvemento constitucional, a Administración Xeral do Estado pretendeu estender esta de por si ampla expresión a toda iniciativa autonómica na 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 atinxe ás 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 (...)>>

Mesmo 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, solicitar en calquera momento o debate e votación de calquera proxecto ou proposición de lei que fora obxecto desta delegación.

3. Quedan exceptuados do disposto no apartado anterior (...), as cuestións internacionais, (...).>>

Isto explica tamén a interdicción da iniciativa lexislativa popular no que afecte ás relacións de España coa comunidade internacional:

<<Artigo 87 (...)

3. Unha 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 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 recaia 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 Rey acredita aos embaixadores e outros representantes diplomáticos. Os representantes estranxeiros en España están acreditados ante el.

2. Ao Rei corresponde manifestar o consentimento do Estado para obrigarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidade coa Constitución e as leis.

3. Ao Rey corresponde, previa autorización das Cortes Xerais, declarar a guerra e facer a paz.>>

Para comprender en toda a súa extensión o contexto no que España ha de desenvolver as súas relacións internacionais, convén ademais ter en conta o engarzamento desas previsións constitucionais coas das normas internacionais que ordenan ditas relacións. Entre esas normas cabe salientar a Convención de Viena sobre o dereito dos tratados, de 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 a un Estado:

- a) se se presentan os axeitados plenos poderes, ou
- b) se se deduce da práctica seguida polos Estados interesados, ou doutras circunstancias, que a intención deses Estados foi considerar a esa persoa representante do Estado para eses efectos e prescindir da presentación de plenos poderes.

2. En virtude das súa funcións, e sen ter que presentar plenos poderes, considerarase que representan ao 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 atopan 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 ao artigo 7, non poida considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, non terá efectos xurídicos a menos que sexa ulteriormente confirmado por ese Estado.>>

Igualmente, no Convenio de Viena sobre Relacións Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (Instrumento de Adhesión de España de 21 de novembro de 1967; BOE nº 21, de 24 de xaneiro de 1968), enfatízase o rol 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 ao 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 isto ao 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. >>

## **1.2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS.**

A Constitución española fundamenta a España como un Estado de Dereito homologable con calquera Estado occidental, que quere guiarse na comunidade internacional polo Dereito Internacional.

Desde o punto de vista positivo, a Constitución non só recolle todo un Capítulo, o III, dentro do seu Título III, dedicado en exclusiva aos tratados internacionais. Ademais, suliña 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 interpretaranse 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 tiveran ou teñan unha particular vinculación con España. Nestes mesmos países, aínda cando non recoñezan aos seus cidadáns un dereito recíproco, poderán naturalizarse 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, poida establecerse por tratado ou lei para o dereito de sufraxio activo e pasivo nas eleccións municipais.

3. A extradición só se concederá en cumprimento dun tratado ou dunha lei, atendendo ao principio de reciprocidade. Quedan excluídos da extradición os delitos políticos, non considerándose como tales os actos de terrorismo. (...)>>

Xa no Capítulo III (“Dos tratados internacionais”) do Título III (“Das Cortes Xerais”) especifícase o valor e efectos dos tratados en catro artigos de especial transcendencia:

<<Artigo 93.

Mediante a 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. Corresponde 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 lembrar a súa plasmación práctica na Lei Orgánica 10/1985, de 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 a 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 de 11 de xuño de 1985.

Artigo Segundo.

A presente Lei Orgánica entrará en vigor o día seguinte ao da súa publicación no *Boletín Oficial do Estado*.>>

Desta maneira tan sucinta, España atribuiu o exercicio de competencias derivadas da súa Constitución é 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 previa autorización das Cortes Xerais, nos seguintes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados ou convenios de carácter militar.
- c) Tratados ou convenios que afecten á integridade territorial do Estado ou aos 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 mesmo 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 previa revisión constitucional.

2. O Goberno ou calquera das Cámaras pode requirir ao 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 paga a pena salientar os seguintes pasaxes:

<<I. Antecedentes

1. Por escrito rexstrado neste Tribunal el 13 de maio de 1992, o Avogado do Estado, na representación que legalmente ostenta e en virtude do Acordo adoptado polo Goberno da Nación na reunión do Consello de Ministros, celebrada o 24 de abril de 1992, ao abeiro do disposto no art. 95.2 da Constitución e no art. 78.1 LOTC, require a este

Tribunal para que se pronuncie sobre a existencia ou inexistencia de contradición entre o art. 13.2 da Constitución e o art. 8 B, apartado 1, do Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europea (en adiante, T.C.C.E.E.), na redacción que resultaría do art. G B, 10 do Tratado da Unión Europea (no que segue, T.U.E.), feito en Maastricht o 7 de febreiro de 1992, emitindo unha declaración sobre os extremos 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 art. 95.2 da Constitución ao obxecto de que este Tribunal se pronuncie sobre a eventual contradición entre a constitución e o art. 8 B, apartado 1, do T.C.C.E.E., na redacción dada polo art. G B, apartado 10, do T.U.E., 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 que resida, nas mesmas condicións que os nacionais de dito Estado. Este dereito exercerase sen prexuízo das modalidades que o Consello deberá adoptar antes do 31 de decembro de 1994, por unanimidade, a proposta da Comisión e previa consulta ao Parlamento Europeo; ditas modalidades poderán establecer excepcións cando así o xustifiquen problemas específicos dun Estado membro. (...)

## II. Fundamentos xurídicos

1. Este requerimento que o Goberno formula é o primeiro formulado pola vía que establece o art. 95.2 da Constitución, desenvolto, á súa vez, polo art. 78 da nosa Lei Orgánica. Por isto e para clarexar 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 art. 95.2 a Norma fundamental atribúe ao Tribunal Constitucional a dobre tarefa de preservar a Constitución e de garantir, ao tempo, a seguridade e estabilidade dos compromisos a

contraer por España na orde internacional. Como intérprete supremo da Constitución, o Tribunal é chamado a pronunciarse sobre a posible contradición entre ela e un Tratado cuxo texto, xa definitivamente fixado, non recibira aínda o consentimento do Estado (art. 78.1 da LOTC). Se a dúbida de constitucionalidade chégase a confirmar, o Tratado non poderá ser obxecto de ratificación sen a previa revisión constitucional (art. 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 do mesmo que foi obxecto de exame, unha estabilidade xurídica plena, polo carácter vinculante da Declaración do Tribunal (art. 78.2 da LOTC), como corresponde ao sentido deste exame preventivo.

Aínda que aquela supremacía quede en todo caso asegurada pola posibilidade de impugnar (arts. 27.2 c), 31 e 32.1 LOTC) ou cuestionar (art. 35 LOTC) a constitucionalidade dos tratados unha vez que formen parte do ordenamento interno (art. 96.1 C.E.), 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 tenta evitar. Esta dobre finalidade é, en consecuencia, a que ha de terse en conta para interpretar, tanto o art. 95 C.E., como o 78 LOTC a 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 ser oídos nos requerimentos deducidos por outros.

En canto a este último extremo ha de comezar por precisarse que o que de nós pode solicitarse é unha Declaración, non un ditame; unha decisión, non unha mera opinión fundada en Dereito. Este Tribunal non deixa de selo para transformarse ocasionalmente, por obra do requerimento, en corpo consultivo. O que o requerimento 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 isto, e aínda cando este procedemento non haxa de posuír necesariamente natureza contenciosa, non por dita circunstancia se ve alterada a posición do Tribunal como intérprete supremo da Constitución. Ao igual que en calquera outra vía, o Tribunal actúa aquí como o órgano xurisdicional que é a súa declaración, por tanto, non pode senón basaerse en argumentacións xurídico-constitucionais, foran estas suxeridas ou non polo órgano solicitante ou polos demais que están lexitimados. O seu exame debe cingirse, en coherencia con isto, ao contraste entre a Constitución, en calquera dos seus enunciados, e a estipulación ou estipulacións do Tratado que foran sometidas a control previo, pois o art. 95.1 daquela reservou en exclusiva ao Goberno e a unha ou outra de ambas Cámaras a facultade de formular esta dúbida de constitucionalidade, cuxa formulación e elucidación *ex officio* non lle corresponde, por tanto, ao Tribunal, o cal, ao igual que nos demais procedementos, carece de iniciativa, e está vinculado ao principio constitucional de congruencia. Isto sen prexuízo de que este Tribunal poida solicitar novas informacións e aclaracións ou ampliacións de conformidade co art. 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, pola contra, a súa contradición coa nosa Lei fundamental, dita resolución posúe os efectos materiais da cousa xulgada. Aínda que a forma de dita declaración non poida merecer a cualificación legal de «Sentenza» (cfr. art. 86.2 LOTC), é unha decisión xurisdicional con carácter vinculante (art. 78.2 id.) e, en canto tal, produce *erga omnes* (art. 164.1 *in fine* C.E.) 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 prejudiciais que han de obrigar a todos os poderes públicos a respectar e axustarse á nosa declaración; en particular, se o seu contido fora o de que unha determinada estipulación é



contraria á Constitución, o efecto executivo inmediato e directo ha de ser a reforma da Constitución con carácter previo á aprobación do Tratado. (...)

4. Nos Antecedentes expúxose a primeira das argumentacións que o Goberno adianta a fin de propiciar, sen reforma da Constitución, unha posible integración da colisión existente entre o seu art. 13.2 e o artigo 8 B, apartado 1, do Tratado da Comunidade Económica Europea, na versión que ao mesmo habería de dar o Tratado da Unión Europea. Sen reproducir aquí, por tanto, dita argumentación, o que agora temos que considerar é se, en virtude do disposto no art. 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 art. 93 da Norma fundamental dispón que «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», 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-procedimental» (STC 28/1991, fundamento xurídico 4º), que aquí ha de ser considerado, non obstante, tan só en conexión co disposto no art. 95.1 da Constitución e a fin de determinar, por conseguinte, se a Lei Orgánica á que aquel remite é instrumento idóneo para excepciónar, como o faría o texto sometido a exame, o límite que o art. 13.2 dispón en orde á extensión aos estranxeiros por Tratado ou por Lei, do dereito de sufraxio.

A resposta a tal cuestión non pode ser senón negativa.

O art. 93 permite atribucións ou cesións para «o exercicio de competencias derivadas da Constitución» e a súa actualización comportará –comportou xa– unha determinada limitación ou constrinximento, a certos efectos, de atribucións e competencias dos poderes públicos españois

(limitación de «dereitos soberanos», en expresión do Tribunal de Xustiza das Comunidades, caso Costa/Enel, Sentenza de 15 de xullo de 1964). Para que esa limitación se opere é indispensable, non obstante, 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 cede ou transfire competencias, senón que, simplemente, se estende a quen non son nacionais uns dereitos que, segundo o art. 13.2, non podería atribuírselles. (...)

5. A antinomia entre o precepto sometido a exame de constitucionalidade e o art. 13.2 da Norma fundamental non é, pois, reducible a través do previsto no art. 93 da Constitución. Outro tanto hai que dicir, polo demais, ante a suxerencia que no Requerimento se fai en orde a superar ou relativizar, de novo, o límite daquel precepto e a conseguinte exixencia de reforma da Constitución, a través da hipotética equiparación lexislativa dos cidadáns da Unión Europea, «a efectos» do dereito de sufraxio municipal, como nacionais españois.

Sendo certo que a Constitución non define quen son españois (tarefa que difire *-sic-* ao Lexislador no seu art. 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 de uns e outros extranxeiros, é patente, non obstante, que a Constitución, no seu art. 13, introduciu regras imperativas e ineludibles para todos os poderes públicos españois (art. 9.1 da Norma fundamental), en orde ao recoñecemento de dereitos constitucionais en favor das non nacionais. Cóntase entre tales regras, segundo vimos recordando, a que reserva aos españois a titularidade e o exercicio de moi concretos dereitos fundamentais, dereitos -como o de sufraxio pasivo que aquí importa- que non poden ser atribuídos, nin por Lei, nin por Tratado, a quen non teñan aquela condición; isto é, que só poden ser conferidos aos extranxeiros a través da reforma da Constitución. Pois ben, este límite constitucional desaparecería -e con el a propia forza de

obrigar da Constitución- se tomara forma xurídica e fora aceptada a interpretación que o Goberno expuxo, segundo a cal poidera o Lexislador cuñar nacionalidades *ad hoc* coa única e exclusiva finalidade de eludir a vixencia da limitación contida no art. 13.2 C.E. O Lexislador da nacionalidade debe, como é obvio, definir quen son españois, é dicir, quen teñen, potencialmente, capacidade para ser titulares de calquera situación xurídica no ordenamento e sobre isto non lke dá a Constitución pauta material ningunha. Pero non pode, sen incorrer en inconstitucionalidade, fragmentar, parcelar ou manipular esa condición, recoñecéndoa soamente a determinados efectos co único obxecto de conceder a quen non son nacionais un dereito fundamental, que, como é o caso do sufraxio pasivo, estálles expresamente vedado polo art. 13.2 da Constitución.

O anterior non podería, claro está, ser desvirtuado pola alusión que no Requerimento 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 do mesmo, sendo unha das súas notas definitorias esenciais o non ser medio idóneo para operar sobre o xuridicamente imposible, como o é o reformar a Constitución á marxe dos procedementos expresamente previstos con tal obxecto nos arts. 167 e 168 da propia Constitución, procedementos que o Lexislador, sometido como está ao principio de supremacía da Norma fundamental, non pode en modo ningún eludir, 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 art. 8 B, apartado 1, do Tratado da Comunidade Económica Europea, segundo quedaría o mesmo redactado polo Tratado da Unión Europea, dunha parte, e o art. 13.2 da nosa Constitución, doutra; contradición que afecta á 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 antinomia, e para ratificar ou asinar aquel Tratado, é, así, a que previu a Constitución no seu art. 95.1: A previa revisión da Norma fundamental na parte da mesma que impón hoxe a conclusión desta Declaración. Dita reforma constitucional haberá de remover o obstáculo contido no art. 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 art. 13.2 da mesma, o procedemento para a revisión constitucional, que prevé o art. 95.1, ha de ser o de carácter xeral ou ordinario contemplado no art. 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 art. 8 B, apartado 1, do Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europea, tal e como quedará redactado polo Tratado da Unión Europea, é contraria ao art. 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 debe seguirse para obter a adecuación de dita norma convencional á Constitución, é o establecido no seu art. 167.>>

A relevancia dos tratados, e en concreto do Tratado de Adhesión de España ás Comunidades Europeas, vén refrendado ademais polo feito de que, desde 1978, a reforma constitucional tivera que agardar a 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 arts. II-111 e II-112 de dito Tratado.

3.º Que o art. 93 da Constitución española é suficiente para a prestación do consentimento do Estado ao Tratado referido.

4.º Que non procede facer declaración ningunha 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 só 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 empregarase 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, de 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 a unha ou varias persoas para representar ao Estado na negociación, a adopción ou a 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, con 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, entrara 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 intergobernamental.

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, cómpre lembrar o establecido por 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 fora manifestado en violación dunha disposición do seu dereito interno concernente á competencia para celebrar tratados non poderá ser alegado por dito Estado como vicio do seu consentimento, a menos que esa violación sexa manifesta e afecte a 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 á 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 foron obxecto dunha restrición específica, a inobservancia desa restrición por tal representante non poderá alegarse como vicio do consentimento manifestado por el, a menos que a restrición fora notificada con anterioridade á manifestación dese consentimento, aos demais Estados negociadores.>>

### **1.3. AS COMUNIDADES AUTONOMAS E A ACCION EXTERIOR DO ESTADO.**

As Comunidades Autónomas son integrantes do Estado e, ademais, posúen competencias susceptibles dunha natural e consubstancial proxección exterior, máis alá 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 salientables dese proceso evolutivo podemos salientar nunha primeira fase a 154/1985, sobre o Instituto Galego de Bacharelato a Distancia.

Mediante o Decreto 120/1982, de 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 abarcará o territorio da Comunidade Galega. A súa aplicación estenderase tamén, no seu 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 formular conflito positivo de competencias. Ao respecto, o Tribunal Constitucional conclúe por aquel entón que <<a titularidad 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, non obstante, 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 establecido no bloque da constitucionalidade, háse de comezar, 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, se ben concisamente, 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 contemplado no presente proceso.

A fin de acoutar correctamente a cuestión aquí obxecto de debate, débese sinalar que esta non fai referencia ao papel que 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 art. 149.1, 3ª da C.E. elimina de raíz calquera forma de *ius contrahendi* dos entes autonómicos. De resultar isto así, todo Convenio ou Acordo celebrado por un de tales entes cunha organización internacional, un Estado ou outro ente intraestatal estranxeiros, padecería de inconstitucionalidade, e isto con independencia da competencia do ente aludido sobre o sector material de actividade concreto obxecto de pacción.

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 ostentar nos seus Estatutos con arranxo ao disposto nos arts. 148.1 e 149.1 da C.E. definira, non obstante, dita materia con denominación tan sintética. Tales críticas móvense, con todo, 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 obrigarse por medio de Convenios ou Tratados internacionais. A nosa Constitución non contén salvidade ou excepción ningunha 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 axeitadas, para as que tanto a propia Constitución (art. 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 só se deduce, non obstante, do art. 149.1, 3.ª do Texto constitucional illadamente considerado, senón que atopa 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 arts. 93 e 94.1 da Constitución exíxese a intervención previa das Cortes Xerais autorizando 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 (art. 94.2). Tamén compete ao Estado a celebración destes Tratados, xa que a ubicación contextual do art. 94.2 permite apreciar sen dificultade que tal celebración corresponde ao Goberno da Nación. Isto non supón que o título competencial do Estado na celebración de Tratados se

atope nos arts. 93 e 94 da C.E. -os cales regulan simplemente a intervención das Cortes Xerais e do Goberno no proceso decisorio correspondente-, senón no art. 149.1, 3.<sup>a</sup>, cuxo debido alcance aqueles preceptos contribúen a perfilar. Como o fai así mesmo o art. 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 a resultas 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 limítanse, na cuestión que examinamos, a facultar, en xeral, ás Comunidades Autónomas para instar do Estado a negociación de certos Tratados e/ou para recibir información acerca 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 presenten, no seu caso, ás Cortes Xerais, para a súa autorización os Tratados ou Convenios que permitan o establecemento de relacións culturais cos Estados cos que manteña particulares vínculos culturais ou lingüísticos» (art. 35.3), precepto este cuxa ubicación sistemática dentro da regulación dos Convenios e Acordos de cooperación entre a Comunidade Autónoma de Galicia e as demais Comunidades Autónomas (art. 35.1 y 2) resulta expresiva do cinguido ámbito de pacción a que ha de circunscribirse, de acordo coa Constitución e o Estatuto, a aludida Comunidade.

5. Alcanzada, en virtude do exposto, a conclusión de que só ao Estado lle é permitido concertar pactos internacionais sobre toda sorte de materias (non importa agora con qué 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 subscrito pola Xunta de Galicia e a Dirección danesa do Medio Ambiente-, en canto que reflicte a existencia dun acordo ou compromiso recíproco de ambas 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 mera 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 subscrito 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 subscrito por catro maxistrados, que abría unha nova liña interpretativa do rol exterior das Comunidades Autónomas.

Pero o punto de inflexión da previa doutrina constitucional 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 isto 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, de 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 con ditas Institucións», e, por riba, o apartado 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 engdir 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 desta Sentenza 165/1994 detalla o Tribunal Constitucional por que é constitucional esta forma de acción exterior autonómica:

<< 4. (...) Por conseguinte, cabe estimar 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, o comunitario, que para o conxunto dos Estados compoñentes das Comunidades Europeas pode considerarse a certos efectos como «interno». 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 desa dimensión comunitaria. Polo que non pode sorprender, dun lado, que varias Comunidades Autónomas crearan, 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 conseguir directamente a información necesaria sobre a actividade de ditas institucións que poida afectar, mediatamente, ás 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 art. 149.1.3 da Constitución, que confire ao Estado competencia exclusiva en materia de relacións internacionais.

Certamente, para delimitar o alcance desa reserva, cómpre ter en conta que non cabe identificar a materia «relacións internacionais» con todo tipo de actividade con alcance ou proxección exterior. Isto 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» -art. 149.1.10- ou «Sanidade exterior» -art. 149.1.16-) como da interpretación xa efectuada pola xurisprudencia deste Tribunal, que manifestou que non acepta que «calquera relación, por lonxana que sexa, con temas en que estén involucrados ouxtros países ou cidadáns extranxeiros, implique por si soa ou necesariamente que a competencia resulte atribuída á regra «relacións internacionais» (STC 153/1989, fundamento xurídico 8.). E, máis cercanamente ao tema que nos ocupa, sentamos que «a dimensión externa dun asunto non pode servir para realizar unha interpretación expansiva do art. 149.1.3 C.E., que veña subsumir na competencia estatal toda medida dotada dunha certa incidencia exterior, por remota que sexa, xa que se así fora produciríase 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 si sexan incluíbles nese título. Sobre isto xa se pronunciou este Tribunal en varias ocasións e, sen pretender unha descrición exhaustiva da reserva en favor do Estado, si identificou algún dos elementos esenciais que conforman o seu contido (SSTC 153/1989, fundamento xurídico 8. e 80/1993, fundamento xurídico 3. ). E aínda sen pretender levar a cabo agora esa tarefa, non obstante, si cabe sinalar en termos xerais que interpretado o art. 149.1.3 C.E. en relación con outros preceptos da Norma fundamental, como é o caso dos arts. 63, 93 a 96 e 97, desta interpretación claramente se desprende, dun lado e en sentido negativo, que las «relacións internacionais», en canto materia xurídica, non se identifican en modo ningún co contido máis amplo que posúe 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 art. 96.1 C.E., 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 das mesmas como o seu suxeito. Polo que este Tribunal puido referirse, en relación co art. 149.1.3 C.E., 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 obrigas

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 art. 149.1.3 C.E. son relacións entre suxeitos internacionais e rexidas polo Dereito internacional. E isto exclúe, necesariamente, que os entes territoriais dotados de autonomía política, por non ser 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 ditos entes poidan establecer órganos permanentes de representación ante eses suxeitos, dotados dun estatuto internacional, pois isto 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 debe entenderse limitada a aquelas que, sendo necesarias, ou polo menos convenientes, para o exercicio das súas competencias, non impliquen o exercicio dun *ius contrahendi*, non orixinen obrigas 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 que se encadra a Lei 2/1997, de 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 con arranxo ao 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 obxectos ante as institucións comunitarias.

d. Problemas formulados na execución do Dereito comunitario por implicar a 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 ás 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), dispoñendo a adecuada aplicación dos mesmos.

6. O tratamento daqueloutras cuestións da participación das Comunidades Autónomas nos asuntos relacionados coas Comunidades Europeas que estimen oportuno.>>

Para Galicia, a aprobación do Decreto 4/1997, de 9 de xaneiro, polo que se crea a Secretaría Xeral de Relacións coa Unión Europea e Acción Exterior, e da Lei 3/2003, de 19 de xuño, de cooperación para o desenvolvemento, foron dous pasos de grande 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, contribuir 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 un reparto máis xusto dos froitos do crecemento económico.>>

No ámbito da Administración Xeral do Estado, esa nova realidade plasmouse ademais, entre outras disposicións, na Resolución de 28 de febreiro de 2005, da Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, pola que se ordena a publicación dos Acordos de 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.

Autor: *José Manuel Blanco González*

Lic. en CC. Políticas y de la Adm.

(Especialidad *Relaciones Internacionales*).

Lic. en CC. Económicas

Lic. en Derecho

#### Bibliografía:

- Constitución española de 1978.

- Carta constituyente de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, el 26 de junio 1945.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969.
- Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961.
- Declaración 1/1992, del Tribunal Constitucional español, sobre el Tratado de la Unión Europea.
- Declaración 1/2004, del Tribunal Constitucional español, sobre Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.
- STC 154/1985.
- STC 137/1989.
- STC 165/1994.
- Lei 2/1997, de 13 de marzo, por la que se regula la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas.



## **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 fines. Nacemento e fases da súa evolución. Os tratados orixinarios e de modificación.**

### **2.1. A UNION 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 a consecuencia das dúas terribles guerras que asolaron o continente durante a primeira metade do século XX.

Non obstante, dos cascallos da Segunda Guerra Mundial xurdiu un novo tipo de esperanza. Quen se opuxeran ao totalitarismo durante a guerra estaban decididos a poñer fin ao odio e a rivalidade entre as nacións de Europa e a crear as condicións para o establecemento dunha paz duradeira. Entre 1945 e 1950, unha serie de estadistas, entre os que se contan Robert Schuman, Konrad Adenauer, Alcide de Gasperi e Winston Churchill, emprenden a tarefa de persuadir ao 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 nuotro 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 se desenvolverían as Comunidadees 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, de 30.3.2010), os fundadores definen a esta organización internacional *sui generis* do seguinte modo:

<<Artigo 1  
(antigo artigo 1 TUE)

Polo presente Tratado, as ALTAS PARTES CONTRATANTES constitúen entre si unha UNIÓN EUROPEA, no sucesivo denominada «Unión», á que os Estados membros 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 Tratados teñen o mesmo valor xurídico. A Unión substituirá e sucederá á 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 os 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 ofrecerá 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 en pro do desenvolvemento sostible 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 combatirá 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 moneda 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, a seguridade, o desenvolvemento sostible do planeta, a solidariedade e o respecto mutuo entre os pobos, o comercio libre e xusto, a erradicación da pobreza e a 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 ha de fomentar e respectar:

<<Artigo 6

(antigo artigo 6 TUE)

1. A Unión recoñece os dereitos, liberdades e principios enunciados na Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea de 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 en modo ningún 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 que 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 de 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 meras 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 se engade 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 vías 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 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 á Comisión Europea, no marco das súas atribucións, a que presente unha proposta adecuada sobre cuestións que estes cidadáns

estimen 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 legislativos da Unión de conformidade co Protocolo sobre o cometido 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 en 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 de dito Tratado;
- d) participarán nos procedementos de revisión dos Tratados, de conformidade con 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 o cometido 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 de 18 de abril de 1951. Isto marcaba a apertura dun mercado común do carbón e o 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, de 25 de marzo de 1957, construír unha Comunidade Económica Europea (CEE) baseada nun mercado común máis amplo que abranguera toda unha gama de bens e servizos. O 1 de xullo de 1968 suprimíronse completamente os dereitos de aduana 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 medioambientais e a creación do [Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional](#) (FEDER) en 1975.

4.- 1979: Primeiras eleccións directas ao Parlamento Europeo.

En xuño de 1979 prodúcese 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 trouxo consigo 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 Blanco que establecía o calendario para a construción do mercado único europeo, cuxa finalización debía producirse 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: Introducción dos billetes e as moedas de euro.

Por aquel entón, 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 como “zona euro”).

En marzo de 2000, a UE adoptó 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 se adhiren á Unión.

Recén 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, Rumania e Eslovaquia), os tres Estados Bálticos que unha vez formaran 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 Rumanía 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 convertirán 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 Haya, Países Baixos, o Congreso Europeo, presidido por Winston Churchill e ao que 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 a 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: No discurso inspirado por Jean Monnet, o Ministro de Asuntos Exteriores francés, Robert Schuman, propuxo integrar as industrias do carbón e o 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 Pagos.
- 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 a seis países observadores (EE.UU., Canadá, Dinamarca, Noruega, o Reino Unido e os 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 tépeda actitude do Reino Unido cara Europa.
- 27.5.1952: Os seis (Bélxica, Francia, Alemaña, Italia, Luxemburgo e os 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 Aduaneiros e Comercio (GATT) decide conceder 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 aduana 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 constituir unha Comunidade Europea de carácter político.
- 11.5.1954: Elíxese a Alcide de Gasperi Presidente da Asemblea Parlamentaria Europea.
- 20-23.8.1954: Os seis reúnen-se en Bruxelas. O político francés Pierre Mendès France non ten éxito na súa petición de atenuar ao 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. Á súa vez, 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, presenta 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 que se crearán unha Comunidade Económica Europea e unha Comunidade Europea da Enerxía Atómica.
- 26.6.1956: Ábrense 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 de entón 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 que se crea a Asemblea Parlamentaria Europea celébrase en Estrasburgo, Francia. Robert Schuman é elixido Presidente da mesma. Esta Asemblea substituirá á da CECA.
- 15.4.1958: O primeiro Regulamento do Consello institúe ao alemán, francés, italiano e holandés como as linguas oficiais das Comunidades.
- 20.4.1958: Publícase o primeiro Diario Oficial das Comunidades Europeas, que substitúe ao Diario Oficial da CECA.

- 13.5.1958: Os deputados da Asemblea Parlamentaria séntanse 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 ao 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 aduana e as cotas na CEE.
- 20-21.7.1959: Sete países da Organización Europea de Cooperación Económica (OCEE), a saber, Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, o Reino Unido, Suecia e Suiza, deciden establecer a unha Asociación Europea de Libre Comercio (AELC).
- 13.10.1959: Pierre Wigny, Ministro de Asuntos Exteriores belga, lanza a idea de reunir nunha soa institución á Alta Autoridade da CECA e ás 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, Suiza e Reino Unido.
- 3.5.1960: Entra en vigor o Convenio de Estocolmo polo que 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 cume europeo, no 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 polo 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 polo Consello da primeira directiva de carácter xeral en materia de alimentación, pola que se especifican os colorantes que poden engadirse 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 limitar 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 ao 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 derradeira 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 que se definen e 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 un único Consello, se ben ambos seguen actuando de acordo coas normas polas que se rexe cada unha das Comunidades.
- 1.7.1968: Entra en vigor a unión aduaneira. Abolición, 18 meses antes do previsto polo Tratado de Roma, dos dereitos de aduana do comercio intracomunitario e instauración do Arancel Aduaneiro Común, en substitución dos dereitos de aduana 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, nas que sostén que os principios xerais do Dereito comunitario inclúen os dereitos fundamentais do individuo.
- 4-6.3.1970: Presentación pola Comisión ao Consello dun 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 aduana 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 presupostarios 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 de ditos Dereitos debe estar garantida no marco das estruturas e obxectivos comunitarios.
- 22.3.1971: Adopción polo 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 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 polo 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, Suiza, 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 tente conseguir 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 deben absterse 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 no que preste os seus servizos.
- 9-10.12.1974: Celebración en París dun Cume de Xefes de Estado e de Goberno, no que se decide celebrar tres reunións anuais en calidade de Consello Europeo, dáse vía libre á celebración de eleccións directas ao Parlamento Europeo e acórdase 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 informe sucinto sobre a Unión Europea.

- 28.2.1975: Sinatura en Lomé pola Comunidade e 46 países de África, do Caribe e do Pacífico (ACP) do Convenio coñecido como Lomé I, que substitúe aos 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 que 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 que 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. Dita 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 polo Consello das directrices sobre política rexional comunitaria e das modificacións do Regulamento de 1975 polo que 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 foran fabricados e comercializados legalmente nun Estado membro e non xeren problemas graves de saúde ou resulten prexudiciais para o medio 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 periodo 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 Consejo 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 pode impoñerlle o pago 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 La Haya 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. Concede a un turista británico que foi atacado no metro de París as

mesmas prestacións de indemnización que se concederían 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) habida conta do seu insuficiente progreso cara a integración financeira.
- 3.10.1990: Os Länder da República Democrática Alemana intégranse na República Federal Alemana, 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 a un particular quebratando 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 Oporto 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: Rematan 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 a un particular por omitir transpoñer á lexislación nacional unha directiva comunitaria debe aboar a dito particular unha compensación, sempre que se satisfagan determinadas condicións.
- 1.1.1995: Austria, Finlandia e Suecia convírtense en membros da Unión Europea, previa aprobación dos 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, quebrantando o Dereito comunitario, non incorpore á súa lexislación nacional unha Directiva dentro do prazo fijado, 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 no 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 monedas nacionais dos once Estados membros participantes e o euro.
- 1.1.1999: Implantación oficial do euro. Alemania, 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 que se exclúe ás mulleres das forzas armadas, a 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 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 finalizou. 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 no 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 de la UE.

- 1.5.2004: O Tratado de Adhesión entra en vigor e faise realidade a maior ampliación que experimentara 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 grande maioría, o informe sobre parar a apertura do mercado único de servizos na UE. A Directiva de servizos, tamén coñecida como “Directiva Bolkestein”, é un dos proxectos lexislativos máis importantes da Unión Europea.
- 1.1.2007: A adhesión de Rumanía 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 Intergubernamental (CIG) sobre o proxecto do Tratado de Reforma para a modificación dos Tratados da Unión Europea.
- 18-19.10.2007: Cume 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 servizo 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: No referendo irlandés, o 53,4% dos votantes manifiestan 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 "si" 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 Consejo 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 a 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 decimosétimo 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 poida converterse 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 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.

## **2.4. OS TRATADOS ORIXINARIOS E DE MODIFICACION.**

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 entón existentes.
- \* A Acta Única Europea, asinada en Luxemburgo e La Haya, 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 sinxelo 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 "píares", 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 artigos do Tratado da Unión Europea pasaron a designarse mediante números en lugar 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 puidera 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 sostible.

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 de 17 e 18 de xuño de 2004, e asinado en Roma o 29 de outubro de 2004, pero nunca chegou a ratificarse por todos os Estados da Unión.

Autor: *José Manuel Blanco González*

Lic. en CC. Políticas y de la Adm.

(Especialidad *Relaciones Internacionales*).

Lic. en CC. Económicas

Lic. en Dereito

#### Bibliografía:

- FONTAINE, PASCAL: Doce lecciones sobre Europa  
Comisión Europea.

Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007  
ISBN 92-79-02865-0

- <http://bookshop.europa.eu/>

# **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 XURIDICOS DA UNION, PROCEDEMENTOS DE ADOPCION E OUTRAS DISPOSICIÓNS SEGUNDO O TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNION EUROPEA.**

Con independencia de se hai que falar de fontes materiais ou formais do Dereito da Unión Europea, resulta imprescindible tratar o concepto e 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. E éo en grande 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, dito 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 contemplado.

O principio de primacía é un principio non inscrito nos Tratados CE e UE. Instaurouno o Tribunal de Xustiza na Sentenza de 15 de xullo de 1964, *Flaminio Costa contra E.N.E.L.* Nesta Sentenza, o Tribunal indicou que «a diferenza dos Tratados internacionais ordinarios, o Tratado da CEE instituiu un ordenamento xurídico propio, integrado no sistema xurídico dos Estados membros desde a entrada en vigor do Tratado e que vincula aos seus



órganos xurisdicionais». 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, impidíndolles 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 someteran a 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 a 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*, de 22 de xuño de 1965, o Tribunal de Xustiza estimou 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 de 17 de decembro de 1970, o Tribunal de Xustiza considerou que invocar atentados contra estes Dereitos non podía afectar á 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 necesario, facer uso do recurso ou cuestión prexudicial, en caso de dúbida en canto á aplicación de dito principio. Nunha Sentenza de 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 ao Estado membro por incumprimento.

Xunto a este grande 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. Dito principio, sentado polo Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas na Sentenza *Van Gend en Loos*, de 5 de febreiro de 1963, crea Dereitos en favor dos particulares, que poden alegalos ante os órganos xurisdicionais nacionais e comunitarios. Nesta Sentenza, enúnciase que «o Dereito comunitario (...) ao 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 xurisdicionais 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. Polo 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*, de 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, teñen 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 suporía 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.

Na Sentenza *Becker* (Sentenza de 19 de xaneiro de 1982), o Tribunal de Xustiza rexeita o efecto directo en canto os Estados posúan unha marxe de manobra relativa á aplicación da disposición contemplada (Sentenza de 12 de decembro de 1990, *Kaefer e Proccaci*), por moi mínima que sexa.

O Tribunal de Xustiza precisou deste modo que, no Tratado constitutivo da Comunidade Europea (Tratado CE), tiñan efecto directo os seguintes artigos -da coetánea numeración-:

- o artigo 12, sobre a prohibición de discriminacións por razón da nacionalidade;
- o artigo 25, sobre a prohibición de Dereitos de aduana e exaccións de efecto equivalente;
- os artigos 28 e 29, sobre a prohibición das restricións cuantitativas;
- o artigo 39, sobre a libre circulación de traballadores;
- o artigo 43, sobre a liberdade de establecemento;
- o artigo 50, sobre a libre prestación de servizos;
- o artigo 81, sobre a prohibición de acordos entre empresas, e o artigo 82, sobre a prohibición do abuso de posición dominante;
- o artigo 88, sobre axudas estatais;
- o artigo 90, sobre a prohibición de discriminacións tributarias aos produtos importados;

- o artigo 141, sobre a igualdade de retribución, sen discriminación por razón de sexo.

O Tribunal considerou que algunhas disposicións do Tratado teñen efecto directo completo (os artigos 39, 43, 50 e 81), ou efecto directo vertical (como os artigos 12 e 95).

O alcance do efecto directo do Dereito derivado é variable segundo o tipo de acto. Por canto se refire:

\* aos regulamentos comunitarios, o Tribunal de Xustiza recoñeceu o seu efecto directo completo (Sentenza de 14 de decembro de 1971, *Politi*);

\* ás decisións individuais das que o Estado é o único destinatario, o Tribunal de Xustiza só aceptou o efecto directo vertical (Sentenza de 10 de novembro de 1972, *Hansa Fleisch*);

\* ás directivas, o Tribunal de Xustiza recoñeceu-lles efecto directo (Sentenza de 6 de outubro de 1970, *Franz Grad*) porque «o efecto útil (...) debilitaríase se aos nacionais do Estado de que se trate se lles privara da posibilidade de invocalo ante os órganos xurisdiccionais». Non obstante, o Tribunal de Xustiza precisou que o efecto directo era de carácter exclusivamente vertical (Sentenza de 26 de febreiro de 1986, *Marshall*). Ademais só rexe a partir da expiración do prazo de transposición (Sentenza de 5 de abril de 1979, *Ratti*). Por último, as directivas deben cumprir as condicións impostas na sentenza *Van Gend en Loos* para que se lles recoñeza o efecto directo (Sentenza de 4 de decembro de 1974, *Van Duyn*);

\* ao Dereito convencional e, en particular, o xerado polos compromisos internacionais das Comunidades, o Tribunal de Xustiza aceptou aplicar os criterios sentados pola Sentenza *Van Gend en Loos* (segundo Sentenza de

30 de setembro de 1987, *Demirel*). O Tribunal evocou esta xurisprudencia nunha Sentenza de 15 de xullo de 2004 (*Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'Étang de Berre*);

\* aos instrumentos do terceiro pilar e o Tratado da Unión Europea (Tratado UE) son explícitos: as decisións marco e as decisións carecen de efectos directos.

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 como as materiais que integran o marco no que as institucións poñen en práctica as distintas políticas da Unión. Os Tratados determinan as normas adxectivas que enuncian o reparto 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:

- dos Tratados «fundadores», polos que se constitúen as distintas Comunidades Europeas, así como a Unión;
- dos grandes Tratados polos que se modifican as distintas Comunidades Europeas e a Unión;
- dos Protocolos anexos aos mencionados Tratados, como, por exemplo, o Protocolo nº 2 anexo ao Tratado de Ámsterdam, que integra o acervo de Schengen;
- dos Tratados complementarios, que introducen modificacións sectoriais nos Tratados fundadores;
- dos 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, á 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 satisfacer 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 celebrados pola Comunidade Europea, o Tribunal de Xustiza baseouse nas normas do Dereito Internacional relativas ao *treaty making power* (capacidade internacional de celebrar acordos con terceiros países e organizacións), que se 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.



Desde unha perspectiva afín, mesmo se efectúa unha clasificación máis simple das fontes, distinguindo unicamente entre Dereito primario e Dereito derivado.

O Dereito primario, tamén chamado fonte primaria ou Dereito orixinario, sería o Dereito supremo da Unión, e está situado no cume da pirámide do Ordenamento xurídico europeo. Inclúe esencialmente os Tratados constitutivos das Comunidades e da Unión Europea (hoxe TUE e TFUE). Prevalece sobre calquera outra fonte do Dereito comunitario, e o Tribunal de Xustiza está encargado de facer respectar esta prevalencia mediante distintos recursos, como o recurso de anulación (artigo 230 do TCE -263 TFUE-) e a cuestión prexudicial (artigo 234 do TCE -267 TFUE-).

O bloque do Dereito primario está formado así polo conxunto dos Tratados fundacionais, modificados e adaptados por distintos Tratados e actos.

Os Tratados «fundacionais» e constitutivos das Comunidades Europeas e da Unión son:

- \* Tratado de París (18 de abril de 1951);

- \* Tratados de Roma (Tratado Euratom e Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea) (25 de marzo de 1957);

- \* Tratado da Unión Europea (Tratado de Maastricht, 7 de febreiro de 1992).

Os Tratados modificativos son:

- + Acta Única Europea (17 e 28 de febreiro de 1986);

- + Tratado de Ámsterdam (2 de outubro de 1997);

+ Tratado de Niza (26 de febreiro de 2001);

+ [Tratado de Lisboa](#) (13 de decembro de 2007).

Os Tratados complementarios, que aportan modificacións sectoriais aos Tratados fundacionais, son:

> Tratado de «fusión dos executivos» (8 de abril de 1965);

> Tratado polo que se modifican varias disposicións orzamentarias dos Tratados comunitarios (22 de abril de 1970);

> Tratado de Bruxelas, polo que se modifican determinadas disposicións financeiras dos Tratados comunitarios e que crea o Tribunal de Contas (22 de xullo de 1975);

> «Acto» relativo á elección dos representantes do Parlamento por sufraxio universal directo (20 de setembro de 1976).

Os Tratados de adhesión serían:

# Reino Unido, Dinamarca, Irlanda e Noruega (22 de xaneiro de 1972) – aínda que Noruega non consumaría a adhesión-;

# Grecia (28 de maio de 1979);

# España e Portugal (12 de xuño de 1985);

# Austria, Finlandia, Noruega (*non nato*) e Suecia (24 de xuño de 1994);

# Chipre, Estonia, Hungría, Malta, Polonia, Letonia, Lituania, República Checa, Eslovaquia e Eslovenia (16 de abril de 2003);

# Rumanía e Bulgaria (25 de abril de 2005).

Os Actos de adhesión de Noruega, de 22 de xaneiro de 1972 e 24 de xuño de 1994, nunca entraron en vigor. O 1 de febreiro de 1985 asinouse un tratado que creaba un estatuto específico para Groenlandia.

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 Xibraltar e as Illas Aland). O artigo 299 do Tratado CE estableceu que o Consello podería determinar un réxime especial para determinados territorios, como ocorre, por exemplo, con Xibraltar e San Pedro e Miquelón en materia aduaneira. Por último, o Tratado CE estipula expresamente que o Dereito comunitario non se aplicará a determinados territorios, como as Illas Feroe.

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 ditas 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 sendas decisións, o 19 e o 23 e de xullo de 2002, para regular as cuestións derivadas da súa extinción.

No que atinxe aos compromisos concluídos entre os Estados membros:

\* anteriores ao Tratado de Roma: en principio, deixan de ser aplicables. Neste caso, os compromisos contémpanse no réxime de sucesión dos tratados previsto en Dereito internacional. A título excepcional, o artigo 306 do Tratado CE -350 TFUE- autoriza expresamente determinadas asociacións rexionais entre Bélxica, Luxemburgo e os Países Baixos;

\* posteriores ao Tratado de Roma: están sometidos á obriga xeral de lealdade. De acordo co mesmo, os Estados absteranse de adoptar calquera medida que puidera poñer en perigo a realización dos fins do Tratado CE.

Polo que concerne aos compromisos concluídos polos Estados membros con terceiros países:

+ anteriores ao Tratado de Roma: os Dereitos de terceiros presérvanse de acordo co artigo 307 do Tratado CE -351 TFUE- e á xurisprudencia do Tribunal de Xustiza (Sentenza *International Fruit Company*, de 12 de decembro de 1972). É dicir, estes acordos son opoñibles á Comunidade con motivo do traspaso de competencias dos Estados cara ela. A título excepcional, os Dereitos derivados dos acordos que sexan incompatibles co Tratado CE non son opoñibles;

+ posteriores ao Tratado de Roma: recoñécense como válidos salvo dúas excepcións: se o Estado sobrepasou as súas competencias (se a Unión dispón dunha competencia que o Estado non respectou) e se o acordo viola a obriga xeral do principio de lealdade.

En canto ás fontes de Dereito comunitario derivado, cabe distinguir entre actos unilaterais e actos convencionais:

En primeiro lugar, os actos unilaterais poden clasificarse en dúas categorías:

- os que figuran na nomenclatura do artigo 249 TCE (288 TFUE): o regulamento, a directiva, a decisión, o ditamen e a recomendación;
- os non designados nominativamente no anterior precepto; trátase de actos atípicos, como as comunicacións, as recomendacións e os libros brancos e verdes.

Os actos convencionais están constituídos, á 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.

Se seguimos a KLAUS-DIETER BORCHARDT na súa obra sobre “*O ABC do Dereito comunitario*”, as fontes do Dereito comunitario serían:

1. Dereito primario
  - Tratados constitutivos
  - Principios xurídicos xerais
2. Acordos de Dereito internacional da CE
3. Dereito derivado
  - Regulamentos (de aplicación)
  - Directivas
  - Decisións xerais e individuais
4. Principios xerais de Dereito administrativo
5. Convenios entre os Estados membros.

Para Borchardt, a primeira fonte do Dereito que cabe sinalar son os tres Tratados constitutivos, incluídos os seus anexos, apéndices e protocolos, así como os seus complementos e modificacións posteriores, é dicir, os actos de creación da CE e da UE. Os Tratados constitutivos, así como os complementos e modificacións posteriores, sobre todo a Acta Única Europea, os diversos tratados de adhesión e o Tratado da Unión Europea reflicten os principios xurídicos fundamentais relativos aos obxectivos, a organización e o funcionamento da CE, así como parte da lexislación económica.

Desta forma establecen o marco constitucional da CE que deben encher de contido, en interese da Comunidade, as institucións comunitarias dotadas de competencias lexislativas e administrativas. Todo este cúmulo de normas compón o Dereito *comunitario primario*.

O Dereito creado polas institucións comunitarias no exercicio das súas competencias en virtude dos Tratados denomínase Dereito *comunitario derivado*, a segunda grande fonte do Dereito da CE. Está formado en primeiro lugar polos actos xurídicos contemplados e definidos nos artigos 249 do Tratado CEE -288 TFUE- e 161 do Tratado CEEA, máis o artigo 14 do extinto Tratado CECA. Na súa calidade de *actos xurídicos* vinculantes conteñen tanto normas xurídicas e directrices xerais e abstractas, como medidas concretas e individuais. Así mesmo contemplan a adopción de *declaracións non vinculantes* das institucións comunitarias.

Esta relación non é exhaustiva, pois o Dereito comunitario derivado comprende outros actos xurídicos que non poden catalogarse na mesma. Entre eles figuran sobre todo aqueles que regulan o réxime interno da CE ou dos seus órganos, como no caso das normas ou convenios adoptados de común acordo entre as institucións, ou os regulamentos internos destas últimas. Cabe sinalar así mesmo a elaboración e anuncio dos programas de acción da CE.

Sobre os tratados, di Borchardt que son fonte do Dereito e está vinculada ao papel da CE no plano internacional. A tal fin, a CE celebra acordos internacionais cos «países non pertencentes á Comunidade» (denominados *terceiros países*) e outras organizacións internacionais, que van desde os tratados de cooperación de amplo alcance nos ámbitos comercial, industrial, social ou técnico, ata os acordos comerciais en torno a determinados produtos.

Tres formas de relación contractual da CE con terceiros países merecen unha atención especial:

A) Os acordos de asociación.

A asociación transcende en grande medida as cuestións de política puramente comercial e tende a unha estreita cooperación económica, con un amplo apoio financeiro da CE á outra parte contratante (artigo 310 TCE -217 TFUE-). Existen tres formas de acordos de asociación:

- Acordos para o mantemento de vínculos especiais de algúns Estados membros da CE con terceiros países.
- Acordos para a preparación dunha posible adhesión e para a constitución dunha unión aduaneira:

A asociación tamén serve para preparar unha posible adhesión dun país á UE. Es, por así dicilo, unha fase previa da adhesión, na que se tenta unha aproximación das condicións económicas do país candidato ás da UE. Este procedemento demostrou a súa utilidade no caso de Grecia, que se asociou á CE en 1962. A asociación debe axudar así mesmo a cumprir, nun período razoable, os requisitos da desexada adhesión á UE, tanto no aspecto económico como no de política exterior.

- O Acuerdo sobre o Espazo Económico Europeo (EEE):

O Acordo sobre o EEE abre ao resto dos Estados da AELC (Noruega, Islandia, Liechtenstein e Suíza) as portas do mercado interior da CE e representa, en virtude do compromiso de adoptar case dous terzos do Dereito comunitario, un fundamento seguro para unha posible adhesión posterior destes países á UE. Dentro do EEE, e sobre a base do Dereito comunitario primario e derivado vixentes, debe realizarse a libre circulación de mercancías, persoas, servizos e capitais, establecerse un réxime uniforme en materia de competencia e axudas estatais, así como intensificarse a cooperación no ámbito das políticas horizontais e paralelas (por exemplo, protección do medio ambiente, investigación e desenvolvemento, e educación).

#### B) Acordos de cooperación.

Os acordos de cooperación non van tan lonxe como os de asociación, xa que teñen como único obxectivo unha intensa cooperación económica. Ditos acordos vincularon no seu día á CE cos Estados do Magreb (Marrocos, Alxeria e Túnez), os Estados do Mashrek (Exipto, Xordania, Líbano e Siria) e con Israel, entre outros.

#### C) Acordos comerciais.

Por último, existen numerosos acordos comerciais celebrados con diversos terceiros países, grupos destes ou no marco de organizacións comerciais internacionais no sector aduaneiro e de política comercial. Os acordos comerciais máis importantes a escala internacional son o *Acordo polo que se establece a Organización Mundial do Comercio* (OMC), e os acordos multilaterais celebrados no seu marco, dos cales mencionaremos os máis significativos: o *Acordo Xeral sobre Aranceis Aduaneiros e Comercio* (GATT, 1994), os *Códigos antidumping e sobre subvencións*, o *Acordo Xeral sobre*



*o Comercio de Servizos (GATS), os Convenios sobre os aspectos dos Dereitos de propiedade intelectual relacionados co comercio (ADPIC) e o Entendemento relativo ás normas e procedementos polos que se rexe a solución de diferenzas.*

As fontes do Dereito da Comunidade mencionadas ata agora teñen a característica común de constituir o Dereito comunitario escrito. Pero ao 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 que obedece todo Ordenamento xurídico. O Dereito comunitario escrito, que esencialmente só regula situacións económicas e sociais, non pode cumprir máis que parcialmente este cometido, polo cal os principios xerais do Dereito representan unha das fontes máis importantes do Dereito comunitario. Con elas pódese atear as lagoas existentes ou desenvolver o Dereito vixente mediante a súa interpretación acorde co principio de equidade.

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, aparte 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 ao Dereito primario ou derivado. A súa posible existencia está recoñecida, pero o seu desenvolvemento efectivo topa 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 parte, de convenios concluídos para regular cuestións que están estreitamente relacionadas coas actividades da CE, pero para as cales non se dotou de competencia ás 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. Isto 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 ley 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)<sup>1</sup>, en canto aos actos típicos de Dereito derivado europeo dispónse:

---

<sup>1</sup> Versión consolidada post Tratado de Lisboa, DOUE C 83, de 30.3.2010.

<< 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 ao 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.>>

Noutra orde de cousas, cabe suliñar 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 atopen incardinadas nas tipoloxías previstas no artigo 249 TCE -288 TFUE- (ex art. 189; *ídem* art. 161 TCEEA). Por conseguinte, a *atipicidade* é corolario da falta de previsión formal de certas manifestacións externas de normas e actos con variable transcendencia xurídica, que teñen a súa plasmación no Dereito derivado, pero que padecen 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 á súa vez subdividirse en:

- Actos de autoorganización.
- Actos preparatorios de actos típicos.

Entre os actos atípicos de autoorganización atoparíanse os que fixan estruturas orgánicas e normas de funcionamento dos diversos órganos e dependencias dunha Institución ou de relación destas entre si (p.e. os regulamentos de réxime interno dos Comités da Comisión, ou dos Grupos de Traballo do Consello).

Pola súa parte, 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 celebración de Tratados internacionais (p.e. no que atinxe á Organización Mundial do Comercio -OMC- e os pertinentes mandatos de negociación dirixidos polo Consejo á Comisión).

Os actos internos no terían 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 Sentenza do Tribunal de Xustiza de 23.02.1988, Reino Unido vs. Consello,

asunto 68/1986, Rec. 1988, pp. 855 e ss., onde o Tribunal de Xustiza anula unha Directiva do Consello por haber transgredido 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, opoñéndose o Reino Unido ao fondo e á forma, *ex principio patere legem*, ou de autovinculación: *Legem patere quam ipse fecisti*, “soporta a ley 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.e. Sentenza do Tribunal de Primeira Instancia de 27.02.92, asunto T-79/1989 e outros – *BASF*-, Rec. 1992, pp. II – 315 e ss., onde o Tribunal declarou *inexistentes* os actos típicos que pecan de vicios procedimentais gravísimos e burdos, aínda que a Sentenza de 15.06.1994, 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 riba dos actos típicos, aos que condicionan na súa órbita de aplicación (p.e. cando o Consello, utilizando a habilitación conferida polo antigo artigo 126 TCE definiu as novas tarefas encomendadas a Fondo Social Europeo, abolindo singularmente as previstas no antigo artigo 125 TCE -149 e 148 TCE, hoxe 165 e 164 TFUE, respectivamente-, estendendo dese modo a aplicación do FSE aos Departamentos de ultramar, por *decisión* (acodo) de 01.02.1971, que fundamentouos 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 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 suññar que, sendo a Comunidade Europea unha comunidade de Dereito, todos os actos -tamén os atípicos- estarán sometidos irremisiblemente ao oportuno escrutinio e a potencial revisión xurisdiccional, sendo por conseguinte absolutamente irrelevante a súa cualificación nominal a tales efectos de control. Os recursos ante a xurisdición comunitaria serán admisibles sempre que versen sobre actos adoptados polas Institucións ou órganos das mesmas no marco das súas competencias, que superaran a fase de estudo preparatorio e mediante os cales se asuman ou impoñan obrigas. Nese sentido poderían aportarse as seguintes sentenzas do Tribunal de Xustiza:

- 31.03.1971: Asunto 22/1970, Comisión vs. Consello. Rec. 1971, p. 277.
- 05.06.1973: Asunto 81/1972, Comisión vs. Consello. Rec. 1973, p. 584.
- 11.11.1981: Asunto 60/1981, IBM vs. Comisión. Rec. 1981, p. 2.651.
- 09.10.1990: Asunto C-366/1988, República Francesa vs. Comisión. Rec. 1990, p. I-3.571.
- 13.11.1991: Asunto C-303/1990, República Francesa vs. Comisión. Rec. 1991, p. I-5.315.

GUY ISAAC, no seu “*Manual de Dereito Comunitario Xeral*” prefire ubicar os actos atípicos baixo el epígrafe de *actos comunitarios non enumerados* -sobreentendese que non enumerados polo Dereito orixinario-, distinguindo dúas categorías:

\* *Actos atípicos con denominación típica*, é dicir, con denominación anfibolóxica ou equívoca. Por tanto trataríase de regulamentos, directivas, decisións, recomendacións e ditames non encadrables no artigo 249 TCE (288 TFUE) ou afíns do Dereito primario, xa que aqueles actos pecan do procedemento de aprobación, natureza e efectos dos seus homónimos actos típicos. Nesta categoría situaríanse pois os *regulamentos* de réxime interior dos que falaría Jean-Victor Louis ou os antigos *regluamentos* financeiros.

Unha nota clara para a súa diferenciación é que a aplicación dos mesmos non vén condicionada á súa publicación previa. Tamén as *recomendacións* que a Comisión dirixe ao Consello para obter un mandato negociador internacional, ou as *directrices* que o Consejo lle impoñe á Comisión para conducir as súas negociacións internacionais.

Evidentísimo é o suposto das *decisións* atípicas, que nos textos comunitarios en lingua alemá se denominan *Beschlüsse* (i.e. decisións *sui generis*), en contraposición ás *Entscheidungen* (decisións típicas e formais). As *Beschlüsse* diferéncianse porque carecen de destinatarios e polo tanto non están suxeitas ás normas de notificación, sendo os actos atípicos anfibolóxicos máis empregados e diversos no seu obxecto material. Así, algunhas *Beschlüsse* están no cume do Dereito comunitario derivado, por riba mesmo dos regulamentos de base e con indubidable alcance normativo xeral. Resulta moi significativo que con estas decisións *sui generis* se poida *de facto* modificar disposicións institucionais do Tratado (v.gr. o acordo de 30.03.1981, que modificou o número de xuíces e avogados xerais do Tribunal de Xustiza, ou os xa vistos que redelimitan o ámbito de aplicación dos Tratados -p.e. extensión do FSE aos Departamentos franceses de ultramar e a determinación do elenco de material de guerra-).

Outras *Beschlüsse* ou decisións *sui generis* son adoptadas polo Consello sobre a base de habilitacións xenéricas (p.e. o manido artigo 308 TCE -352 TFUE-) ou imprecisas, como a *decisión* (acordo) de 29.12.1981 (DOCE L 379, de 31.12.1981), “*baseada nos Tratados*” (sic), relativa ás actividades de pesca e tomada con carácter provisional en espera da adopción das medidas definitivas.

Equivocamente tamén hai *Beschlüsse* sen alcance normativo, como as que constitúen organismos de apoio (p.e. *decisión* do Consello de 18.02.1974 pola que se crea o Comité de Política Económica -DOCE L 63, de 05.03.1974-), ou aproban estatutos (p.e. o estatuto do Comité do FSE, aprobado por *decisión* de 25.08.1960 -DOCE L 56, de 31.08.1960-).

No caso do Parlamento a diferenza é moi nítida xa que, p.e., a *decisión* pola que aproba a xestión da Comisión -dentro do procedemento de aprobación dos presupostos comunitarios- só ten alcance interinstitucional (artigo 276 TCE -319 TFUE-), distinta da Decisión de aprobación definitiva do presuposto (artigo 272 TCE -314 TFUE-), que ten efectos *ad extra* do xogo interinstitucional, xa que xera Dereitos e obrigas para os Estados membros.

\* *Actos atípicos sen denominación típica*: Aquí agruparíanse os actos das Institucións non previstos nominalmente nos Tratados, e cuxa riqueza léxica resulta inmensa pois falamos de *resolucións, deliberacións, conclusións, declaracións, comunicacións, directrices, programas, accións, proxectos, iniciativas*, etc. A pesar da súa equivocidade e da posible terxiversación dos mecanismos institucionais, o Tribunal de Xustiza admititiu a procedencia e lexitimidade deses actos nas sentenzas *Manghera*, de 03.02.1976 (asunto 59/1975. Rec. p.91), e *Defrenne*, de 08.04.1976 (asunto 43/1975. Rec. p.455).

O Consello é a Institución que máis diversa tipoloxía emprega, aínda que o contido normativo dos seus actos é difuso pois a súa misión fundamental é



fixar programas de acción política, aínda que de indubidable transcendencia positiva (p.e. a *resolución* de 11.05.1966, que resolveu o contencioso da financiación da Política Agrícola Común, tras a chamada *crise da cadeira baleira*, e que relanzou o proxecto integracionista da Comunidade Económica Europea, ou a *resolución do Consello e dos representantes dos gobernos dos Estados membros* de 22.03.1971, relativa á aplicación progresiva da Unión Económica e Monetaria, popularmente coñecida como *Plan Werner*).

Pola súa parte, a Comisión adoita recorrer aos actos atípicos que ela denomina *comunicacións*, que teñen alcance xeral nos ámbitos nos que posúe unha potestade executiva ou de policía administrativa para, mediante estas, precisar publicamente a doutrina ou pautas que estima que debe seguir no recto exercicio do seu poder discrecional. Algunhas desas *comunicacións* preséntanse como simples ditames de carácter xeral. O seu alcance xurídico sería indirecto, a través da exixible responsabilidade da Comunidade por aplicación do principio xeral de confianza lexítima e a doutrina dos propios actos (*Venire contra proprium factum nulli conceditur - Nemini licet adversus sua facta venire / Venire contra factum proprium non valet*). Neste sentido, Sentenza do Tribunal de Xustiza *Compagnie Continentale France*, de 04.02.1975, asunto 169/1973. Rec. p.117).

Un caso peculiar sería o das *comunicacións-directrices* da Comisión, asimilables ás *directivas* do Dereito administrativo francés, que vincularían xurídica e irremisiblemente ao seu prescriptor. Con elas a Comisión manifesta publicamente a súa inequívoca vontade de observar certas condutas ou de manter unha determinada interpretación dun texto positivo, supeditando posibles excepcións á aparición de fenómenos ou feitos novidosos e imprevisibles.

Singulares serían tamén as *declaracións comúns a varias Institucións*, polas que estas adquiren compromisos recíprocos, p.e. o *acordo* interinstitucional

de 29.06.1988 sobre a disciplina orzamentaria e a mellora do procedemento orzamentario (DOCE L 185, de 15.07.1988). Convén lembrar que ao anular unha Decisión do Consello por violar un *acordo* entre este e a Comisión, o Tribunal de Xustiza (Sentenza de 19.03.1996, asunto C-25/1994, *Comisión vs. Consello*) recoñeceu plena forza xurídica a ditos acordos interinstitucionais.

Tal vez esta variedade nominal de actos atípicos obedeza ao inconfesable e imposible intento de escapar do poder de revisión xurisdiccional -segundo a clásica teoría dos *actos políticos*- e á existencia de lagoas ou zonas grises nos Tratados, que prevendo a competencia dunha Institución non precisan que tipo de acto se corresponde co seu exercicio, de modo que, para evitar erros, se opte por un *tertium genus* (p.e. a decisión do Parlamento Europeo de 09.03.1994, sobre o Defensor do Pobo Europeo).

Polo que atinxe aos procedementos de adopción dos actos xurídicos da Unión, e singularmente dos seus actos normativos típicos, debemos estar ao 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 TFUE dinos:

<<1. O procedemento lexislativo ordinario consiste na adopción conxunta polo Parlamento Europeo e o Consello, a proposta da Comisión, dun regulamento, unha directiva ou unha decisión. Este procedemento defínese no artigo 294.

2. Nos casos específicos previstos polos Tratados, a adopción dun regulamento, unha directiva ou unha decisión, ben polo Parlamento Europeo coa participación do Consello, ben polo Consello coa participación do Parlamento Europeo, constituirá un procedemento lexislativo especial.

3. Os actos xurídicos que se adopten mediante procedemento legislativo constituirán actos legislativos.

4. Nos casos específicos previstos polos Tratados, os actos legislativos poderán ser adoptados por iniciativa dun grupo de Estados membros ou do Parlamento Europeo, por recomendación do Banco Central Europeo ou a petición do Tribunal de Xustiza ou do Banco Europeo de Investimentos. >>

E, xa centrándonos no procedemento máis común ou ordinario, o artigo 294 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 transmitiráa 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 transmitiráa ao Parlamento Europeo.

6. O Consejo informará cumpridamente ao Parlamento Europeo das razóns que lle levaron a adoptar a súa posición en primeira lectura. A Comisión informará cumpridamente da súa posición ao Parlamento Europeo.

### *Segunda lectura*

7. Se, nun prazo de tres meses a partir de 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 ditas emendas.

8. Se, nun prazo de tres meses a partir da recepción das emendas do Parlamento Europeo, o Consello, por maioría acreditada:

- a) aproba todas estas emendas, o acto de que se trate considerarase adoptado;
- b) non aproba todas as emendas, o Presidente do Consello, de acordo co Presidente do Parlamento Europeo, convocará ao Comité de Conciliación nun prazo de seis semanas.

9. O Consejo pronunciarase por unanimidade sobre as emendas que foran 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 ao Parlamento Europeo, terá por misión alcanzar, no prazo de seis semanas a partir da súa convocatoria, un acordo por maioría acreditada dos membros do Consello ou os seus representantes e por

maioría dos membros que representen ao 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 considerarase non adoptado.

#### *Terceira lectura*

13. Se, neste prazo, o Comité de Conciliación aproba un texto conxunto, o Parlamento Europeo e o Consejo disporán cada un de seis semanas a partir de dita aprobación para adoptar o acto de que se trate conforme a dito texto, pronunciándose o Parlamento Europeo por maioría dos votos emitidos e o Consello por maioría capacitada. No seu defecto, o acto proposto considerarase non adoptado.

14. Os períodos de tres meses e de seis semanas contemplados 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 lexislativo se someta ao procedemento lexislativo ordinario por iniciativa dun grupo de Estados membros, por recomendación do Banco Central Europeo ou a

instancia do Tribunal de Xustiza, non se aplicarán o apartado 2, a segunda frase do apartado 6 nin o apartado 9.

Nestes casos, o Parlamento Europeo e o Consello transmitirán 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 propia iniciativa. A Comisión tamén poderá, se o considera necesario, participar no Comité de Conciliación de conformidade co apartado 11.>>

### **3.2. A INTEGRACION DO DEREITO EUROPEO EN ESPAÑA.**

No BOE de 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, detalla o seu artigo 2:

“Desde o momento da adhesión, as disposicións dos Tratados orixinarios e os actos adoptados polas institucións das Comunidades antes da adhesión obrigarán aos novos Estados membros e serán aplicables en ditos 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 transpoñer, desenvolver ou executar os actos normativos comunitarios, exige unha determinación clara das regras a 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, de 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 dispoñer que «a autoridade central competente do Estado membro» ha de 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, coidando esa mesma «autoridade central» de que un «Veterinario oficial» controle permanentemente o cumprimento de ditas prescricións, retirándose a autorización cando deixen estas de respectarse (art 4.1 da Directiva 64/433 e, en termos análogos, art. 5 da Directiva 71/118). Sen prexuízo do que despois se vai dicir sobre o nomeamento ou 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 en tanto se respecten as prescricións comunitarias, sen prexulgar, por conseguinte, cal deba ser a Administración competente –se a estatal ou a autonómica– para a concesión de 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 ao 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 pola Administración do Estado das intervencións ditas.

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 proporcionar ao Goberno os instrumentos indispensables para desempeñar a función que lle atribúe o art. 93 C.E. (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 apartado primeiro do art. 149 C.E.) 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 modo 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 ha de facerse de modo sistemático, isto é, tendo sempre en conta o contido íntegro da Norma fundamental, e a dos preceptos estatutarios ha de facerse sempre, como a do resto do ordenamento xurídico, de conformidade coa Constitución (STC 18/1982, fundamento xurídico 1.º). Tanto da interpretación sistemática da Constitución como da supremacía desta sobre os Estatutos derívase a necesidade de colaboración entre a Administración



Central e as Administracións Autonómicas, colaboración que pode exixir en moitos casos, en relación, sobre todo, coa nosa incorporación á CEE, formas de articulación (por exemplo, realización pola Administración Autonómica de tarefas de competencia estatal, con sumisión en consecuencia, e só en canto a elas, a instrucións e 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 1.754 como o 1.755 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». Á súa vez, o Real Decreto 1.728/1987 define ao 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, previa 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» haberá de 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 de ditos Estados, en tanto que responsables últimos da execución da normativa eurocomunitaria, os obrigados a comunicar á CEE, e a asumir ante ela, o nomeamento ou a designación dun Veterinario oficial. Ese nomeamento haberá de efectuarse segundo o oportuno procedemento interno acerca do cal nada dispón, obviamente, a normativa comunitaria. Por conseguinte, son tamén aquí as regras internas as que han de determinar que instancia do Estado membro se atopa constitucionalmente habilitada para nomear o Veterinario oficial cuxa intervención se precisa polas Directivas aludidas. De ahí que ao que teñamos de atender para solucionar este aspecto do presente conflito é, estritamente, e como advertíamos no fundamento 2.º, o conxunto de normas a que se refire o art. 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 C.E.). 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 1.754 e 1.755 de 1987 atribúen *in toto* a designación aos Ministerios de Sanidade e Agricultura, o Real Decreto 1.728/1987, en cambio, prevé que esa designación teña lugar «previa proposta das Comunidades Autónomas», determinando 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 adecúa ao principio de colaboración ao 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 1.754 e 1.755 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 Xeralidade en materia de sanidade interior obriga, non obstante, a considerar que eses preceptos incompletos han de ser integrados coas precisións que o Real Decreto 1.728/1987 introduce respecto do modo de exercicio da competencia estatal e que, en consecuencia, para respectar as competencias da Xeralidade, tamén as designacións de «Veterinario oficial» a que se refiren os Reais Decretos 1.754 e 1.755 de 1986, haberán de facerse a proposta da Comunidade Autónoma.>>

Na Sentenza 115/1991, de 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 traslación da normativa comunitaria ao Dereito interno ha de seguir os criterios constitucionais e estatutarios de reparto 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 que a dimensión territorial do cultivo e 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 ha de corresponder ao Estado.

c) Como xa apuntaba a STC 76/1991 (comercio exterior), o Estado, xunto coas Comunidades Autónomas, poden atopar 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 algunha das competencias estatais.

Na Sentenza 80/1993, de 8 de marzo, o Tribunal Constitucional refrendou esa doutrina, aducindo en resumo:

a) É o Estado, como membro da CEE e obrigado polas directivas comunitarias, quen ha de relacionarse coas institucións autonómicas e demais Estados membros para facerlles chegar a información pertinente [F.J. 3].

b) A dimensión exterior dun asunto non pode servir para realizar unha interpretación expansiva do art. 149.1.3 C.E. que veña subsumir na competencia estatal toda medida dotada dunha certa incidencia exterior por remota que sexa, xa que se así fora produciríase unha reordenación da propia orde constitucional de distribución de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas [F.J. 3].

c) Son as regras internas de delimitación competencial as que, en todo caso, han de 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 que 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 confiadas polos Estados membros a determinados órganos internos depende unicamente do sistema constitucional de cada Estado membro [F.J. 3].

d) En estreita relación coa responsabilidade internacional do Estado, debe sinalarse que a plena garantía do cumprimento e execución das obrigas internacionais y, en particular agora, do Dereito comunitario que ao Estado encomenda o art. 93 C.E., a pesar de que necesariamente ha de dotar ao Goberno da Nación dos instrumentos necesarios para desempeñar esa función garantista, articulándose a cláusula de responsabilidade por medio dunha serie de poderes que 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 [F.J. 3].

*Autor: José Manuel Blanco González*

*Lic. en CC. Políticas e da Adm.*

*(Especialidade Relacións Internacionais).*

*Lic. en CC. Económicas*

*Lic. en Dereito*

#### Bibliografía:

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada post Tratado de Lisboa, DOUE C 83, de 30.3.2010.

- LOUIS, JEAN-VICTOR: *El Ordenamiento Jurídico Comunitario. Comisión Europea. Perspectivas Europeas*. Bruselas. ISBN 92-825-9078-X.

- BORCHARDT, KLAUS-DIETER: *El ABC del Derecho comunitario*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las 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.

**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.**

## **6.1. AS COMPETENCIAS DA UNION EUROPEA.**

Desde un punto de vista material, a Unión Europea só pode actuar alí onde os seus Estados lle autorizaron a facelo, ao poñer en común unha serie de ámbitos competenciais, comunitarizados en maior ou menor grao.

Na Parte Terceira do TFUE concrétnanse as políticas e accións internas da Unión, a saber:

\* Título I: Mercado interior.

\* Título II: Libre circulación de mercadorías.

- Capítulo 1: Unión aduaneira
- Capítulo 2: Cooperación aduaneira
- 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 pagos

\* 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 desagrega da seguinte maneira:

- + Título I: Disposicións xerais relativas á acción exterior da Unión.
- + Título II: Política comercial común.
- + Título III: Cooperación con terceiros países e axuda humanitaria.
  - # Capítulo 1: Cooperación para o desenvolvemento.
  - # Capítulo 2: Cooperación económica, financeira e técnica con terceiros países.
  - # Capítulo 3: Axuda humanitaria.
- + Título IV: Medidas restritivas.
- + Título V: Acordos internacionais.
- + Título VI: Relacións da Unión coas organizacións internacionais e con terceiros países e delegacións da Unión.
- + Título VII: Cláusula de solidariedade.

En definitiva, é neste contexto no que han de ser valoradas as competencias da Unión.

## **6.2. 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)

Polo presente Tratado, as ALTAS PARTES CONTRATANTES constitúen entre si unha UNIÓN EUROPEA, no sucesivo denominada «Unión», á que os Estados membros 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 ofrecerá 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 axeitadas 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 en pro do desenvolvemento sostible 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 combatirá 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, a seguridade, o desenvolvemento sostible do planeta, a solidariedade e o respecto mutuo entre os pobos, o comercio libre e xusto, a erradicación da pobreza e a 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 axeitados, 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 suñar 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 corresponde 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 ao principio de cooperación leal, a Unión e os Estados membros respectaranse e asistirán 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 axudarán á Unión no cumprimento da súa misión e absteranse de toda medida que poida poñer 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 corresponde 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 maneira 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 de acordo co procedemento establecido no mencionado Protocolo.

4. En virtude do principio de proporcionalidade, o contido e a forma da acción da Unión non excederán do 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.>>

### **6.3. 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 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 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 en dito ámbito. Os Estados membros exercerán a súa competencia na medida en que a Unión non exercera a súa. Os Estados membros exercerán de novo a súa competencia na medida en que a Unión decidira deixar de exercer a súa.
3. Os Estados membros coordinarán as súas políticas económicas e de emprego segundo as modalidades establecidas no presente Tratado, para cuxa definición 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 isto substituír a competencia destes en ditos ámbitos.

Os actos xuridicamente vinculantes da Unión adoptados en virtude das disposicións dos Tratados relativas a eses ámbitos non poderán implicar 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 aduaneira;
- 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 a celebración dun acordo internacional cando dita celebración 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 alcance das mesmas.

### 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 no presente 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 no presente 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 impedir 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 impedir 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 ditas políticas.

Aplicaranse 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 de 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 ademais 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 conferirán 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. A efectos do apartado 2, o Parlamento Europeo e o Consello establecerán previamente, mediante regulamentos adoptados de acordo co 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 previran neles os poderes de actuación necesarios a tal efecto, o Consello adoptará as disposicións axeitadas por unanimidade, a proposta da Comisión e previa aprobación do Parlamento Europeo. Cando o Consello adopte ditas disposicións de acordo cun procedemento

lexislativo especial, pronunciárase tamén por unanimidade, a proposta da Comisión e previa aprobación 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, indicará aos Parlamentos nacionais as propostas que se baseen no presente Artigo.

3. As medidas baseadas no presente Artigo non poderán implicar harmonización ningunha das disposicións legais e regulamentarias dos Estados membros cando os Tratados exclúan dita harmonización.

4. O presente Artigo non poderá servir de base para alcanzar obxectivos do ámbito da política exterior e de seguridade común e todo acto adoptado de conformidade co presente Artigo respectará os límites fixados no parágrafo segundo do Artigo 40 do Tratado da Unión Europea.>>

#### **6.4. AS RELACIÓNS ENTRE AS COMPETENCIAS DA UNIÓN E AS COMPETENCIAS NACIONAIS.**

A teor dos Artigos 4 e 5 del TUE, o Protocolo nº 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 cerca 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 ditos principios,

CONVIRON 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 maneira permanente polo respecto dos principios de subsidiariedade e de proporcionalidade definidos no Artigo 5 do Tratado da Unión Europea.

#### *Artigo 2*

Antes de propoñer un acto lexislativo, 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*

Aos efectos do presente 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.

#### *Artigo 4*

A Comisión transmitirá os seus proxectos de actos lexislativos, así como os seus proxectos modificados, aos Parlamentos nacionais ao mesmo tempo que ao lexislador da Unión.

O Parlamento Europeo transmitirá os seus proxectos de actos legislativos, así como os seus proxectos modificados, aos Parlamentos nacionais.

O Consello transmitirá 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 transmitirá 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 han de 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 de un destes Parlamentos poderá, nun prazo de oito semanas a partir da data de transmisión dun

proxecto de acto legislativo nas linguas oficiais da Unión, dirixir 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. Incumbirá a cada Parlamento nacional ou a cada cámara dun Parlamento nacional consultar, cando proceda, aos 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 transmitirá o ditame aos Gobernos deses Estados membros.

Se o proxecto de acto legislativo ten a súa orixe no Tribunal de Xustiza, o Banco Central Europeo ou o Banco Europeo de Investimentos, o Presidente do Consello transmitirá o ditame á institución ou órgano de que se trate.

### *Artigo 7*

1. O Parlamento Europeo, o Consello e a Comisión, así como, no seu 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 de un 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 deberá estudarse de novo. 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, no seu 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 lexislativo ten a súa orixen neles, poderá decidir manter o proxecto, modificalo ou retiralo. Esta decisión deberá motivarse.

3. Ademais, no marco do procedemento lexislativo ordinario, cando os ditames motivados que indiquen que unha proposta de acto lexislativo 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 deberá estudarse de novo. 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. 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 lexislativa 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, desestimárase a proposta lexislativa.

### *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 lexislativo, interpostos de acordo cos 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 do mesmo.

De conformidade cos procedementos establecidos en dito Artigo, o Comité das Rexións tamén poderá interpoñer recursos contra actos lexislativos para cuxa adopción o Tratado de Funcionamento da Unión Europea requira a súa consulta.

### *Artigo 9*

A Comisión presentará 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 remitirse así mesmo ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións.>>

Este Protocolo nº 2 debe pois ser integrado co Protocolo nº 1 sobre o traballo dos Parlamentos nacionais na Unión Europea, así como polo Protocolo nº 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 tomara 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 nº 18, relativa ás correspondentes disposicións dos Tratados, reza:

<<18. Declaración relativa á delimitación das competencias.

A Conferencia suliña que, de conformidade co sistema de reparto 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 atribuíran á Unión serán dos Estados membros.

Cando os Tratados 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 exercera a súa ou decidira deixar de exercela. Esta última situación formúlase cando as institucións competentes da Unión deciden derogar un acto lexislativo, en particular para garantir mellor o respecto constante dos principios de subsidiariedade e proporcionalidade. O Consello, a iniciativa de un ou varios dos seus membros (representantes dos Estados membros) e de conformidade co Artigo 241 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, poderá pedir á Comisión que presente propostas de derogación dun acto lexislativo. A Conferencia congratúlase de que a Comisión declare que concederá unha atención especial a ditas solicitudes.

De igual modo, os representantes dos Gobernos dos Estados membros, reunidos nunha Conferencia intergobernamental, poderán decidir de acordo co 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 en ditos Tratados.>>

Unha particularidade na integración da competencia comunitaria coa nacional márcaa o mecanismo das cooperación reforzadas previsto no Título IV do TUE:

#### << Artigo 20

(antigos Artigos 27 A 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 ditas competencias aplicando as disposicións pertinentes dos Tratados, dentro dos límites e de acordo coas modalidades contempladas no presente Artigo e nos Artigos 326 a 334 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

A finalidade das cooperación reforzadas será impulsar os obxectivos da Unión, protexer os seus intereses e reforzar o seu proceso de integración. As cooperación 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 chegara á conclusión de que os obxectivos perseguidos por dita 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 pronunciarase de acordo co 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 aos Estados membros participantes. Ditos actos non se considerarán acervo que deban aceptar os Estados candidatos á adhesión á Unión.>>

Ademais, debe lembrarse que ao ser as competencias da Unión competencias atribuídas polos seus Estados, cabe a posibilidade dunha revisión das mesmas, 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 de acordo cun procedemento de revisión ordinario. Tamén poderán modificarse de acordo con procedementos de revisión simplificados.

#### Procedemento de revisión ordinario

2. O Goberno de calquera Estado membro, o Parlamento Europeo ou a Comisión poderán presentar 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 remitirá ditos proxectos ao Consello Europeo e notificaraos aos Parlamentos nacionais.

(...)

Procedementos de revisión simplificados

6. El Gobierno de calquera Estado membro, o Parlamento Europeo ou a Comisión poderán presentar 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 pronunciarase por unanimidade previa consulta ao Parlamento Europeo e á Comisión, así como ao Banco Central Europeo no caso de modificacións institucionais no ámbito monetario. Dita decisión só entrará en vigor unha vez que fora aprobada polos Estados membros, de conformidade coas súas respectivas normas constitucionais.

A decisión contemplada no parágrafo segundo non poderá aumentar as competencias atribuídas á Unión polos Tratados.>>

## **6.5. PARTICIPACION 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 é agora concretar as áreas nas que o TFUE determina que as institucións da Unión han de contar co parecer do CdR, de maneira singular:

## << Artigo 90

(antigo Artigo 70 TCE)

Os obxectivos dos Tratados perseguiranse, na materia regulada polo presente 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, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, ...>>

## << Artigo 100

(antigo Artigo 80 TCE)

1. As disposicións do presente título aplicaranse aos transportes por ferrocarril, estrada ou vías navegables.

2. O Parlamento Europeo e o Consello poderán establecer, de acordo co procedemento lexislativo ordinario, disposicións axeitadas para a navegación marítima e aérea. Pronunciaranse previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das 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, a proposta da Comisión, previa consulta ao Parlamento Europeo, ao Comité Económico e Social, ao Comité das 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. Ditas orientacións serán compatibles coas orientacións xerais adoptadas de acordo co disposto no apartado 2 do Artigo 121.>>

#### << Artigo 149

(antigo Artigo 129 TCE)

O Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento legislativo ordinario e previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, poderán adoptar medidas de fomento para avivar 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 formulacións 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, a 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 duradeyro 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, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións.>>

<< Artigo 164

(antigo Artigo 148 TCE)

O Parlamento Europeo e o Consello adoptarán, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das 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 for necesario, apoiando e completando a acción destes no pleno respecto das súas responsabilidades en canto aos contidos da ensinanza 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 contribuir á realización dos obxectivos contemplados no presente Artigo:

— o Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das 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 dos mesmos no relativo ao contido e á organización de dita formación.

(...)

4. O Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, adoptarán medidas para contribuir á realización dos obxectivos establecidos no presente Artigo, con exclusión de toda harmonización das disposicións legais e regulamentarias dos Estados membros, e o Consejo adoptará, a 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 contribuir á consecución dos obxectivos do presente Artigo:

— o Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e previa consulta ao Comité das 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. Non obstante 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, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, contribuirán á consecución dos obxectivos do presente Artigo adoptando, para facer fronte aos problemas comúns de seguridade:

(...)

5. O Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das 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 as mesmas, así como medidas que teñan directamente como obxectivo a protección da saúde pública no que se refire ao tabaco e ao consumo excesivo de alcol, con exclusión de toda harmonización das disposicións legais e regulamentarias dos Estados membros.>>

<< Artigo 170

(antigo Artigo 154 TCE)

1. A fin de contribuir á realización dos obxectivos contemplados 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. A fin de alcanzar os obxectivos mencionados no Artigo 170, a Unión:  
(...)

## Artigo 172

(antigo Artigo 156 TCE)

O Parlamento Europeo e o Consello, previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, adoptarán de acordo co 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 vistas 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 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 contribuíran a eles. En caso necesario, 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 ditas accións de acordo co procedemento lexislativo ordinario e previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións.>>

#### << Artigo 177

(antigo Artigo 161 TCE)

Sen prexuízo do establecido no Artigo 178, o Parlamento Europeo e o Consello, mediante regulamentos adoptados de acordo co procedemento lexislativo ordinario, e tras consultar ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, determinarán as funcións, os obxectivos prioritarios e a organización dos fondos con finalidade estrutural, o que poderá supoñer 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.>>

#### << 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, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das 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, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, decidirán 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 contemplado no apartado 1, e sen prexuízo do Artigo 114, o Consello, por unanimidade de acordo cun procedemento lexislativo especial, a proposta da Comisión e previa 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:

— á ordenación territorial;

— á xestión cuantitativa dos recursos hídricos ou que afecten directa ou indirectamente á dispoñibilidade de ditos recursos;

— á 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, de acordo co procedemento lexislativo ordinario, as medidas necesarias para alcanzar os obxectivos mencionados no apartado 1. Ditas medidas adoptaranse previa consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións.>>

<< 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.

A tal fin, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea será competente para pronunciarse sobre os recursos por incompetencia, vicios substanciales 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 nº 2 do Tratado, sobre a aplicación dos principios de subsidiariedade e proporcionalidade, contéplase:

<<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 lexislativo, interpostos de acordo cos 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 do mesmo.

De conformidade cos procedementos establecidos en dito Artigo, o Comité das Rexións tamén poderá interpoñer recursos contra actos lexislativos para cuxa adopción o Tratado de Funcionamento da Unión Europea requira a súa consulta.

#### Artigo 9

A Comisión presentará 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 remitirse así mesmo ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións.>>

*Autor: José Manuel Blanco González*

Lic. en CC. Políticas e da Adm.

(Especialidade *Relacións Internacionais*).

Lic. en CC. Económicas

Lic. en Dereito

#### Bibliografía:

- Versións consolidadas do Tratado da Unión Europea e do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010.

# **VI.- DEREITO ORZAMENTARIO E DEREITO TRIBUTARIO**



# **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 Financiera foi a Lei 3/1984, de 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 normas recoñecen a autonomía financeira coa posibilidade de dispoñer de recursos propios e a capacidade para administralos e xestionalos, incluíndo a confección dun orzamento e a súa posterior execución.

O Decreto Lexislativo 1/1999, de 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.
- 3 disposicións adicionais.
- 1 disposición derogatoria.

No Título Preliminar desenvólvense 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 das mesmas.

O Título I refírese ao contido da Facenda Pública e divídese en dous capítulos, un dedicado aos recursos da Comunidade Autónoma e outro ás obrigas.

O Título II refírese ás operacións de endebedamento, regula por tanto os capitais tomados a préstamo pola Xunta ou os 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, desenvolvemento e liquidación dos orzamentos.

O Título IV dedícase ao Tesouro, regulando 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 económica financeira do sector público galego se adecúe 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 funcionarios na xestión de fondos públicos, tipificando as infraccións que poden cometerse.

### **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:

- Das obrigas que como máximo se poderán recoñecer e dos dereitos que se prevexan liquidar por parte da Comunidade e dos seus Organismos Autónomos durante o exercicio orzamentario.

- Dos obxectivos que se pretendan conseguir coa utilización dos recursos financeiros consignados neles.
- Das estimacións dos fluxos financeiros das sociedades públicas.
- Da totalidade dos ingresos e gastos dos demais entes públicos.
- Dos beneficios fiscais estimados.

### **Principios xerais.**

Recolle a lei respecto dos orzamentos, 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 presentaranse e aprobaranse 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:

- Os dereitos liquidados ao longo do ano, calquera que sexa o período ao que correspondan.
- As obrigas recoñecidas ata o 31 de decembro do correspondente exercicio, como consecuencia de adquisicións, obras, subministros,



prestación de servizos ou outro tipo de gastos realizados con cargo aos créditos respectivos dentro do correspondente ano natural.

Este principio volve enunciarse no artigo 60 que establece:

- Unha regra xeral no seu apartado primeiro: “Con cargo aos créditos consignados nos estados de gastos só poderán contraerse obrigas derivadas de adquisicións, obras, prestacións de servizos e demais gastos en xeral que fosen realizados no ano natural do correspondente exercicio orzamentario”.
- Unha excepción no seu apartado segundo: “Con todo, aplicaranse aos créditos do orzamento vixente no momento da expedición das ordes de pagamento as seguintes obrigas:
  - a) 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.
  - b) As derivadas de compromisos de gastos debidamente adquiridos en exercicios anteriores.
  - c) As que teñan a súa orixe en sentenzas xudiciais.

Naqueles casos nos que non exista crédito axeitado no exercicio corrente, por iniciativa da consellería correspondente ou pola persoa titular da consellería competente en materia de Facenda poderanse determinar os créditos aos 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:

1. “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:

- a) Investimentos e transferencias de capital.
- b) 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.
- c) 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.
- d) Arrendamentos de bens inmobles que vaian ser empregados 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 aquelas deban executarse durante cursos académicos coincidentes con dous exercicios orzamentarios.

- 2. A autorización ou realización dos gastos de carácter plurianual subordinarase aos créditos que para cada exercicio se consignen nos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma.
- 3. O número de exercicios aos 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 que se estenda a súa execución material agás, se é 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 poderán 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 pago 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 no que se prevexa realizar o pagamento da certificación final. Estas retencións computarán dentro das porcentaxes establecidas neste artigo.

4. ....

5. ....

6. 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 ao 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 obrigas recoñecidas aplicaranse aos orzamentos polo seu importe integro, quedando prohibido atender ás obrigas mediante minoración dos dereitos a liquidar ou xa ingresados, a non ser por autorización expresa da lei.

Exceptúanse as devolucións de ingresos indebidos que se declararán como tales pola 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 os que 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 apartado segundo este artigo 56 dispón que os créditos autorizados nos programas de gastos teñen carácter limitativo e vinculante a nivel de concepto. Non obstante os créditos destinados a gastos de persoal, agás 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 apartado cuarto establece que en todo caso terán carácter vinculante, co nivel de desagregación económica co que aparezan nos estados de gastos, os créditos destinados a atencións protocolarias e representativas e os declarados ampliáveis.

Como consecuencia do carácter limitativo dos orzamentos, o artigo 57 establece a nulidade das orligas nos casos en que se adquiriran compromisos de gasto por contía superior ao importe dos créditos consignados nos estados de gastos, sendo nulos de pleno dereito os actos administrativos e as disposicións xerais con rango inferior á lei que quebranthen esta norma, sen prexuízo das responsabilidades a que haxa lugar.



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 obrigas 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:

- a) Os estados de gastos (da Administración Xeral e organismos autónomos de carácter administrativo), nos que se especificarán na forma establecida, os créditos necesarios para dar cumprimento ás obrigas de contido económico.
- b) Os estados de ingresos, nos que se detallarán as estimacións dos dereitos económicos que se liquidarán durante o exercicio orzamentario.
- c) Os estados financeiros dos organismos autónomos comerciais, industriais ou financeiros a que fai referencia o artigo 11 do Texto Refundido.
- d) 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 en canto a súa estrutura ás seguintes regras:

Primeira

- a) Os estados de gastos confeccionaranse aplicando unha clasificación funcional por programas. Así mesmo as clasificacións orgánica e económica informarán, respectivamente, sobre o agente que realiza o gasto e a súa natureza.
- b) 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 axeitados para analizar o grao de consecución dos obxectivos.
- c) 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 distinganse os de funcionamento dos servizos, os gastos financeiros e as transferencias correntes.
  - 2. 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 remitiranlle 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:
  - a) 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 aos que fai referencia o artigo 82 da presente lei.
  - b) Os anteproxectos de orzamentos de ingresos e gastos dos entes públicos aos que fai referencia o artigo 12 desta lei e que teñan adscritos.
  - c) Os anteproxectos de orzamentos de explotación e capital das sociedades públicas que teñan adscritas.
3. O anteproxecto de orzamentos de ingresos da Comunidade Autónoma no 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 no 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 someteraos ao acordo da Xunta.
5. Xunto co anteproxecto da 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 cos orzamentos 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 citado anexo de investimentos reais diferenciaranse os proxectos de investimento en vinculantes e non vinculantes. Os créditos destinados aos proxectos de investimento aos que se lles confira o carácter de vinculantes non poderán destinarse ao financiamento doutros proxectos, agás por autorización da persoa titular da consellería competente en materia de Facenda. Trimestralmente comunicaráselle á Comisión 3ª (Facenda e Orzamentos) do Parlamento de Galicia a relación das autorizadas, no caso de habelas.
- f) Un anexo de transferencias.
- g) Un anexo de persoal.

O proxecto de lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma, xunto coa documentación anteriormente enumerada, deberá ser remitida 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 no que teña que aplicarse, consideraranse automaticamente prorrogados os do exercicio inmediato anterior.

1. A Consellería de Economía e Facenda poderá elaborar, se é o caso, os correspondentes estados de gastos nos 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 rematadas ao finalizar o exercicio dos orzamentos do cal 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 o apartado a).
2. Durante o período de prórroga seranlles aplicables aos estados de gastos resultantes do disposto no número anterior as disposicións do capítulo II deste título III.
  3. Unha vez aprobados os orzamentos xerais da Comunidade Autónoma procederá a imputárselles a estes as operacións realizadas durante o período de prórroga, de acordo coas instrucións que ao efecto dite a consellería de Facenda. No caso de non existir nos orzamentos aprobados créditos aos 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 deberá efectuarse a imputación.
  4. 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 derivarse ben da liquidación dos orzamentos do exercicio prorrogado ou 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 do cal se prorroga o orzamento.

5. O texto da Lei de orzamentos correspondente aos que se prorrogan tamén se prorrogará nos seus propios termos, agás aquelas disposicións que polas súas propias características soamente puidesen 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 aos 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 Legislativo 1/1999 de 7 de outubro (en adiante 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 económica-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 obrigas de contido económico ou ao manexo de fondos públicos deberán estar controladas ou intervidas conforme ás 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 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”.

Centrándonos na Comunidade Autónoma de Galicia, o noso ordenamento o control da execución orzamentaria durante o propio proceso de execución é fundamentalmente interno, é dicir, realízase exclusivamente por órganos da Administración, dependentes da Consellería de Facenda (Decreto 307/2009, de 28 de maio, polo que se establece a estrutura da Consellería de Facenda – DOG nº 106, de 2 de xuño de 2009).

En concreto, o control interno está atribuído polo TRLRFO (como xa vimos no seu artigo 4) á IGCA. 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 exercerao a Intervención Xeral, sen prexuízo das competencias do Consello de Contas de Galicia e, no seu 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 IGCA realízase fundamentalmente a través de dous instrumentos:

- A función interventora
- O control financeiro.

Tal e como sinala o art. 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 derivarse dereitos e obrigas de contido económico, así como os ingresos e pagos que deles se deriven e, en xeral, a recadación, o investimento ou a aplicación dos fondos públicos, a 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 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.



**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, remitirase ao Parlamento de Galicia antes do 20 de outubro, aos 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 desenvoltas 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 ostenta 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 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, previo 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 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 os mesmos 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 dita porcentaxe, non sobrepasa o 10 % do citado orzamento de gastos. Ditas porcentaxes aplicaranse de forma conxunta e acumulada para ambas clases de modificacións de crédito e ao longo do mesmo exercicio orzamentario.
- b. No expediente de modificación orzamentaria emitirá informe a Consellería á que estea adscrito o organismo autónomo que o

promova, xustificando debidamente a necesidade e urxencia do gasto e propoñendo 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 no apartado a) do presente número”.

O control parlamentario exércese 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.

Analizado o control interno que debe realizar a IGCA e o control externo encomendado ao Parlamento de Galicia, parece necesario que, con carácter previo á análise do Consello de Contas do último 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 desenvolva. Na actualidade, e en desenvolvemento do disposto no artigo 136 da CE, o Tribunal de Contas está regulado pola Lei Orgánica 2/1982, de 12 de marzo (en adiante LOTC), e pola Lei 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamento do Tribunal de Contas.

A natureza do Tribunal de Contas é dobre: fiscalizadora e xurisdiccional, conectada os 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 do mesmo 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 del 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. Aos mesmos efectos, os órganos de referencia remitirán ao Tribunal de Contas, tan pronto os teñan aprobados ou, no seu 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 de dito sector percibidas por persoas físicas ou xurídicas.

Os informes ou memorias haberán de remitirse acompañados dos antecedentes e do detalle necesarios ao obxecto de que o Tribunal de Contas poida examinalos, practicar, no seu caso, as ampliacións e comprobacións que estime necesarias, e incorporar as súas propias conclusións, se resultara procedente, á Memoria anual a remitir 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”.

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 no apartado 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, de 22 de setembro, de Financiamento das Comunidades Autónomas (en adiante LOFCA), establece no seu artigo 22 a posibilidade de que no control da actividade financeira das Comunidades Autónomas poida concorrer o Tribunal de Contas e outras institucións de control que estableceran as Comunidades Autónomas nos seus Estatutos.

Todo o anterior, non impide o establecido polo artigo 136 da Constitución Española analizado no epígrafe anterior e do artigo 153 da CE que senala que:

“O control da actividade dos órganos das Comunidades Autónomas exercerase:

- a. Polo Tribunal Constitucional, o relativo á constitucionalidade das súas disposicións normativas con forza de Lei.
- b. Polo Goberno, previo ditame do Consello de Estado, o do 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, de 24 de xuño, do Consello de Contas (en adiante LCC). Esta lei foi obxecto de modificación pola Lei 4/1986, de 26 de decembro, de modificación da Lei 6/1985, de 24 de xuño, do Consello de Contas.

## **O CONTIDO DA FACENDA DA COMUNIDADE.**

### **Concepto.**

Podemos conceptualizar a Facenda pública en tres sentidos distintos: subxectivo, obxectivo e institucional.

- A. En sentido subxectivo a Facenda Pública é a Administración en canto exerce a función de obtención de ingresos e realización de gastos.
- B. 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 obrigas de contido económico e financeiro cuxa titularidade correspóndelle á Comunidade Autónoma de Galicia.”

A Facenda Pública vén identificarse 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 obrigas de contido económico cuxo pago corresponde ao Tesouro Público.

- C. 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 obrigas.

### **RECURSOS DA FACENDA PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA.**

Respecto dos recursos a Facenda Pública da Comunidade Autónoma está constituída (artigo 14):

1. Polos rendementos dos impostos, taxas e contribucións especiais que estableza a Comunidade Autónoma.
2. Polos rendementos dos tributos cedidos polo Estado.
3. Pola participación nos ingresos do Estado por impostos directos e indirectos incluídos nos monopolios fiscais.
4. Polas dotacións para a nivelación dos servizos mínimos.
5. Polo 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. Polos ingresos procedentes do Fondo de Compensación Interterritorial ou doutros fondos de análoga natureza.
7. Polas recargas sobre impostos estatais.
8. Por outras asignacións con cargo aos orzamentos xerais do Estado ou doutros entes públicos.
9. Polo produto da emisión de débeda e o recurso ao crédito.
10. Polos rendementos do Patrimonio da Comunidade Autónoma.
11. Polos ingresos de dereito privado, legados e doazóns.
12. Polas multas e sancións no ámbito da súa competencia.
13. No seu caso, polas participacións que se establezan polas 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 medio físico e humano de Galicia.
14. Polas subvencións que poida recibir a Comunidade Autónoma.
15. Por calquera outro recurso, de dereito público ou privado que obteña ou lle 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 obrigas 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 recollendo 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 previstas 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 arbitraxe os conflitos que se susciten respecto dos mesmos, 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 cobro dos tributos e demais recursos de dereito público que lle correspondan, a Facenda Pública galega estará en posesión das prerrogativas legalmente establecidas, gozando en todo momento das mesmas facultades e garantías que as demais administracións públicas de ámbito estatal ou territorial.
2. As providencias de constriximento 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 cobro 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:

1. As cantidades debidas á Facenda da Comunidade Autónoma **devengarán** intereses de demora desde o día seguinte ao do seu vencemento. Inclúense neste apartado 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.

2. Agás o establecido en leis especiais, o interese de demora resultará da aplicación, para cada ano ou período dos que integran o período de cálculo, do interese legal fixado na lei de orzamentos do Estado para os citados exercicios.

## **OBRIGAS DA FACENDA PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA**

Segundo o artigo 24 del Texto Refundido :

1. As obrigas económicas da Comunidade Autónoma e dos seus organismos autónomos nacen da lei, dos negocios xurídicos e dos actos ou feitos que conforme a dereito as xeren.

En canto á exixibilidade das obrigas establece o número 2 dese mesmo artigo:

2. O pago das obrigas só será exixible á Facenda da Comunidade na medida que resulte da execución dos seus orzamentos, de sentenza xudicial firme ou de operacións de tesourería legalmente autorizadas.
3. Cando as obrigas económicae teñan por causa prestacións ou servizos a favor da Comunidade Autónoma o pago non se poderá realizar mentres o acredor non cumprise ou garantise conforme á lei a súa obriga correlativa.

Polo que se refire ás **prerrogativas** da Administración nesta materia:

“Os tribunais, xuíces e autoridades administrativas non poderán despachar mandatos de excución 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 obrigas a cargo da Comunidade ou dos seus organismos autónomos corresponderalle exclusivamente á autoridade administrativa que sexa competente. Se non

houberse crédito no orzamento en vigor ou fose insuficiente o dispoñible, solicitarase do Parlamento, dentro dos tres meses á notificación da resolución, a concesión dun crédito extraordinario ou dun suplemento de crédito.

Se a administración se atrasase no pago das súas obrigas non facéndose efectivo ao acredor no prazo dos tres meses seguintes ao día da notificación da resolución xudicial ou do recoñecemento da propia obriga, o acredor terá dereito ao pago dos correspondentes intereses de demora sobre a cantidade debida ao tipo establecido no número 2 do artigo 21 sempre que reclame por escrito o cumprimento da obriga. Como norma especial deberá terse en conta nesta materia o artigo 200 da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público.

En materia de **prescripción**:

1. Salvo o establecido nas leis especiais, prescribirán aos cinco anos.
  - a) O dereito ao recoñecemento ou á liquidación de toda obriga, computándose o prazo desde o momento en que esta sexa exigible conforme ao dereito.
  - b) O dereito a exixir o pago das obrigas recoñecidas ou liquidadas. O prazo contarase desde a data de notificación do recoñecemento ou da liquidación da respectiva obriga.
2. A petición por escrito do recoñecemento ou do cumprimento da obriga, ou da efectividade do seu pago, por parte dos acredores lexítimos, ou dos que se subroguen nos seus dereitos, mediante a presentación dos documentos xustificativos do seu dereito, interromperá a prescripción, segundo o disposto no código civil, salvo o establecido en leis especiais.
3. As obrigas que prescriban serán dadas de baixa nas contas respectivas, despois da tramitación do oportuno expediente.

María del Socorro Martín Hierro

## **2. O ORZAMENTO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA: CONCEPTO E NATUREZA. CONTIDO. ESTRUTURA. ELABORACIÓN. APROBACIÓN. CRÉDITOS AMPLIABLES. TRANSFERENCIAS. XERACIÓN DE CRÉDITO.**

## **TEMA 2**

O ORZAMENTO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA: CONCEPTO E NATUREZA.  
CONTIDO. ESTRUCTURA. ELABORACIÓN. APROBACIÓN.

### **1. O ORZAMENTO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA: CONCEPTO E NATUREZA.**

#### **1.1. CONCEPTO**

A Facenda Pública denomina orzamento ao 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:

- a) O fraccionamento e dispersión dos asuntos públicos, característicos da economía medieval.
- b) A escasa importancia do sector público ata chegar ao século XVIII e XIX.
- c) Que o sistema democrático non se xeralizara ata o século XIX, e o fixera xa estreitamente unido á institución orzamentaria, xa que é o pobo o que elixe o poder lexislativo concretando, nas leis

orxamentarias anuais, as preferencias populares acerca 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 orxamentaria.

## 1.2. NATUREZA

Hai que analizar aquelas propiedades que o orzamento debe cumprir inexcusablemente:

1ª.- Debe constituir un acto de previsión.

2ª.- Supón unha idea de equilibrio entre gastos e ingresos, sen prexuízo de que modernamente se defendeu a actuación desequilibrada, en sentido económico, do orzamento durante determinadas fases da actividade ou coxuntura económica e co propósito de lograr o obxectivo da estabilidade económica.

3ª.- Debe ser elaborado de forma regular. Non abonda 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 ao goberno e á 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 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 por Decreto Lexislativo 1/1999 de 7 de outubro (en adiante TRLRFPG) que establece como:

“1. Os orzamentos xerais da Comunidade Autónoma constitúen a expresión cifrada, conxunta e sistemática:

a) Das obrigas 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 nos mesmos.

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. Previa autorización do conselleiro de Economía e Facenda poderán xestionarse como operacións extraorxamentarias aquelas en que a actividade da Comunidade, dos seus organismos autónomos e das sociedades públicas autonómicas de carácter non mercantil se limite á realización de funcións de intermediación na súa xestión.”

## **2. CONTIDO**

O contido dos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma regúlase no artigo 48.2 do TRLRFPG que dispón como “Os orzamentos xerais da Comunidade Autónoma conterán:

a) Os estados de gastos, nos que se especificarán na forma establecida os créditos necesarios para dar cumprimento ás obrigas.

b) Os estados de ingresos, nos que se detallarán as estimacións dos dereitos económicos que se liquidarán durante o exercicio orzamentario.

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 TRLRFPG 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 nas 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 nas 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 nos 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 TRLRPG 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 do mesmo.

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 axeitados para analizar o grao de consecución dos mesmos.

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 á súa vez dúas clasificacións:

- a) Clasificación orgánica: A través desta clasificación identifícase o órgano ou unidade á 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.

- b) Clasificación económica: Consiste na ordenación dos recursos que se prevexa liquidar, segundo a súa natureza económica, clasificándose 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.

Operacións correntes:

Capítulo I.-Impostos directos

Capítulo II.-Impostos indirectos

Capítulo III.-Taxas, prezos e outros ingresos

Capítulo IV.-Transferencias correntes: recursos condicionados ou no, recibidos pola Administración da Comunidade Autónoma e os seus Organismos Autónomos, sen contrapartida directa por parte dos axentes que os conceden e que se destinan a financiar operacións correntes.

## Operacións de capital:

Capítulo V.-Ingresos patrimoniais: recolle os ingresos procedentes de rendas de propiedade ou do patrimonio da Comunidade Autónoma e dos seus organismos autónomos e das actividades realizadas en réxime de dereito privado.

Capítulo VI.-Alleamento de investimentos reais: comprende os ingresos derivados da venda de bens de capital de propiedade da Comunidade Autónoma e dos seus organismos autónomos.

Capítulo VII.-Transferencias de capital: recursos condicionados ou non recibidos pola Comunidade Autónoma e os seus Organismos Autónomos, sen contrapartida directa por parte dos axentes que os conceden e que se destinan a financiar operacións de capital.

Capítulo VIII.-Activos financeiros: recolle os ingresos procedentes da venda de activos financeiros, así como os ingresos procedentes de reintegros de préstamos concedidos e os reintegros de depósitos e fianzas constituídas.

Capítulo IX.-Pasivos financeiros: imputaranse a este concepto os ingresos obtidos pola Comunidade Autónoma e os seus Organismos Autónomos procedentes da emisión de débeda e a obtención de préstamos tanto no interior como no exterior, en moeda nacional ou estranxeira, a curto, medio e longo prazo, así como os depósitos e fianzas recibidas.

## 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. Ditas unidades de gastos reflectirán, se fora o caso, a clasificación territorial.

a) Clasificación orgánica: Identifica o centro ou unidade xestora do gasto ao que se lle asignan os créditos. Así os diferentes centros xestores agrúpanse primeiro en seccións e estas á súa vez en servizos.

As seccións serían:

Sección 01.-Parlamento.

Sección 02.-Consello de Contas.

Sección 03.-Consello da Cultura Galega.

Sección 04.-Presidencia da Xunta de Galicia.

Sección 05.-Consellería da Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza.

Sección 06.-Consellería de Facenda.

Sección 07.-Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas.

Sección 08.-Consellería de Economía e Industria.

Sección 09.-Consellería de Educación e Ordenación Universitaria.

Sección 10.-Consellería de Sanidade.

Sección 11.-Consellería de Cultura e Turismo.

Sección 12.-Consellería de Traballo e Benestar.

Sección 13.-Consellería do Medio Rural.

Sección 14.-Consellería do Mar.

Sección 20.-Consello Consultivo de Galicia.

Sección 21.-Transferencias a corporacións locais.

Sección 22.-Débeda pública da Comunidade autónoma.

Sección 23.-Gastos de diversas consellerías.

Os servizos, que se adoitan corresponder cos centros e unidades responsables dos programas de gasto, normalmente se identifican coas Secretarías xerais e as Direccións xerais das Consellerías. Os Organismos



Autónomos intégranse como un servizo propio no orzamento da sección correspondente á Consellería á que estean adscritos.

b) Clasificación funcional ou por programas: Os programas de gastos enumeraranse e denominaranse segundo unha estrutura funcional, clasificando os gastos en función da finalidade ou obxectivos a alcanzar.

Os grupos funcionais son os seguintes no orzamento da Comunidade Autónoma de Galicia:

Grupo I: Actuacións de carácter xeral

Grupo II: Protección civil e seguridade cidadá

Grupo III: Protección e promoción social

Grupo IV: Produción de bens públicos de carácter social

Grupo V: Produción de bens públicos de carácter económico

Grupo VI: Regulación económica de carácter xeral

Grupo VII: Regulación económica de sectores produtivos e desenvolvemento empresarial

Grupo VIII: Transferencias a entidades locais

Grupo IX: Débeda Pública

Á súa vez cada grupo funcional se divide en funcións, estas en subfuncións e estas en programas de gasto.

Así por exemplo o programa 733B “Infraestruturas enerxéticas” sería:

Grupo funcional VI: Regulación económica de carácter xeral

Función 73: Industria, enerxía e minaría

Subfunción 733: Planificación e produción enerxética

Programa 733B: Infraestruturas enerxéticas

c) Clasificación económica: determina a natureza económica dos gastos, establecéndose a distinción entre gastos correntes e gastos de capital.

Os créditos clasifícanse en capítulos, estes á súa vez en artigos, estes en conceptos e por último en subconceptos.

Capítulo I: Gastos de persoal

Capítulo II: Gastos en bens correntes e servizos.

Capítulo III: Gastos financeiros

Capítulo IV: Transferencias correntes

Capítulo V: Fondo de Continxencia

Capítulo VI: Investimentos reais

Capítulo VII: Transferencias de capital

Capítulo VIII: Activos financeiros

Capítulo XIX: Pasivos financeiros

A **aplicación orzamentaria** permite descender a un crédito concreto incluíndo a clasificación orgánica, funcional e económica. Así por exemplo a aplicación:

05.01.121A.226.02

05.01: Clasificación orgánica

05: Sección

01: Servizo

121A: Clasificación funcional

1: Grupo de función

12: Función

121: Subfunción

121A: Programa de gasto

226.02: Clasificación económica

2: Capítulo

22: Artigo

226: Concepto

226.02: Subconcepto

### 3.3. NORMAS ESPECIAIS DE ESTRUCTURA DO ORZAMENTO.

Os orzamentos de ingresos e gastos dos organismos autónomos comerciais, industriais, financeiros e análogos e das axencias públicas e demais entidades recollidas no artigo 48.1 do TRLRFPG que estean suxeitas a orzamento limitativo de gasto, estruturaranse de acordo coa clasificación económica e funcional establecida con carácter xeral e coa orgánica que en cada caso lles corresponda, incluíndo ademais os estados financeiros que están obrigados a presentar.

Os orzamentos de explotación e capital, e demais estados financeiros das sociedades públicas e demais entidades recollidas no artigo 48.1 do TRLRFPG non suxeitas a orzamento limitativo estruturaranse de acordo coas súas normas específicas e, en particular, as recollidas no capítulo V do TRLRPG que lles son de aplicación.

## **4. ELABORACIÓN**

Anualmente a Consellería de Facenda aprueba a orde de elaboración dos orzamentos do exercicio seguinte. Así os orzamentos do ano 2011 deberán axustarse ao disposto na Orde de 18 de maio de 2010 pola que se ditan instrucións para a elaboración dos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2011.

Por outra parte é o artigo 51 do TRLRFPG 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 anteproxectos 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 anteproxectos de orzamentos de ingresos e gastos dos entes públicos aos que fai referencia o artigo 12 desta Lei que lle estean adscritos.

c) Os anteproxectos de orzamentos de explotación e capital das sociedades públicas que teñan adscritas.

3. O anteproxecto de orzamento de ingresos da Comunidade Autónoma no 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 no que se conteña a previsible actividade económica do exercicio orzamentario seguinte, a Consellería de Economía e Facenda formulará o anteproxecto de lei de Orzamentos Xerais da Comunidade Autónoma e someterao a acordo da Xunta.

5. Xunto co anteproxecto 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 nos mesmos 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 de dito anexo de investimentos reais distinguíranse os proxectos de investimento en vinculantes e non vinculantes. Os créditos destinados a proxectos de investimento aos que se lles dea carácter vinculante non poderán destinarse ao financiamento doutros proxectos, salvo por autorización do conselleiro de Economía e Facenda.

Trimestralmente comunicárase á Comisión 3ª, de Economía, Facenda e Orzamentos do Parlamento de Galicia relación das autorizacións realizadas, no 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 TRLRFPG 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, acompañado da documentación establecida no apartado 5 do artigo 51, remitirase ao Parlamento de Galicia antes do 20 de outubro, aos efectos do artigo 53.1 do Estatuto de Autonomía de Galicia.”

Con respecto aos Orzamentos das deputacións provinciais, o artigo 53 do TRLRFPG establece como a Xunta remitirá igualmente ao Parlamento de Galicia os orzamentos das deputacións provinciais, aos efectos previstos na disposición adicional terceira do Estatuto de Autonomía e na Lei 5/1997, de 22 de xullo, de Administración Local de Galicia.

Con respecto á tramitación do Proxecto de lei de orzamentos no Parlamento de Galicia, o procedemento régúlase no Regulamento do Parlamento, gozando 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 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 ao mesmo 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 substitúa a aquel, aos 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.

- a) 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.

- b) As emendas ao articulado: Que 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. A tal efecto, a *Ponencia* encargada de redactar o informe remitirá á Xunta de Galicia, por conduto da Presidencia do Parlamento, as que supoñan dito aumento ou diminución.

A Xunta de Galicia deberá dar resposta razoada no prazo de quince días, transcorrido o cal entenderase 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 que 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 ter sido 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 houberan presentado emendas á totalidade, o Pleno do Parlamento celebrará 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 presentaran para a súa inclusión na Orde do Día da Sesión plenaria en que haxan de debaterse.

O debate de totalidade do proxecto de Lei de orzamentos será único, acumulándose no mesmo 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 ao establecido no regulamento do Parlamento de Galicia para os deste carácter, se ben unha vez defendidas todas as emendas, tendo os grupos que as formularon 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 á 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 isto sen prexuízo do estudo doutros documentos que deban acompañar a 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 comunicarao 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 do mesmo á Comisión correspondente, publicándose no Boletín Oficial do Parlamento de Galicia e procedéndose a abrir 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 relatores para que, á vista do texto e das emendas presentadas ao articulado, redacte 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 se presenten neste momento por escrito por 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 reparar erros ou incorreccións técnicas, terminolóxicas ou gramaticais.

O Ditame da Comisión, asinado polo seu Presidente e polo Secretario remitirase ao presidente do Parlamento aos efectos da tramitación subseguinte que proceda.

Os Grupos Parlamentarios e Diputados, 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 da mesma durante 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, no seu caso, defender as emendas e os votos particulares non incorporados ao mesmo 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 as emendas e os votos particulares mantidos, incorporándose ao texto os que resulten aprobados.

Durante o debate a Presidencia poderá admitir emendas que teñan por finalidade reparar erros ou incorreccións técnicas, terminolóxicas ou gramaticais.

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.

Rematado o debate dun proxecto, se, como consecuencia da aprobación dun voto particular ou dunha emenda ou da votación dos artigos, o texto resultante puidera ser incongruente ou escuro nalgún dos seus puntos, a Mesa da Cámara poderá por iniciativa propia ou a petición da Comisión, enviar o texto aprobado polo Pleno de novo á Comisión, co único fin de que esta, no prazo de un 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 TRLRFPG 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 no que teña que aplicarse, consideraranse automaticamente prorrogados os do exercicio inmediato anterior.

A Consellería de Economía e Facenda (Consellería de Facenda na actualidade) poderá elaborar, no seu caso, os correspondentes estados de gastos nos que se detallarán os importes dos créditos prorrogados. 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 no apartado a) anterior.
- c) O conselleiro de Economía e Facenda determinará que modificacións orzamentarias das realizadas durante o exercicio cuxos orzamentos se prorrogan, se consolidarán nos estados de gastos a que fai referencia o apartado 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 aos mesmos as operacións realizadas durante o período de prórroga, de acordo coas instrucións que ao efecto dite a Consellería de Economía e Facenda.

En caso de non existir nos orzamentos aprobados créditos aos que 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 derivarse ben da liquidación dos orzamentos de ingresos do exercicio prorrogado ou de calquera outro dato válido para sustentar ditas previsións, sempre que non supoña a introdución de cambio ningún 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, agás 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 incluíran 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 obrigas a cargo da Facenda Pública creadas por leis substantivas pero necesitadas para a súa efectividade de dotar aos

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 non sendo estritamente orzamentarias, si que inciden na política de gastos e ingresos do sector público.

d) E por último un conxunto doutras normas dificilmente encaixables na materia orzamentaria.

Parte da doutrina viña criticando a tendencia a aproveitar a Lei de Orzamentos para a introdución da normativa máis variada. Así RODRIGUEZ 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 co núcleo central dos estados de ingresos e gastos, tamén se poden incluír (sentenza do Tribunal Constitucional 63/86 de 21 de maio) “disposicións relativas a materias non asimilables ao estado de gastos e ingresos, pero de conveniente regulación conxunta polas súas relacións técnica e instrumental co mesmo a 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.

*NOTA: As referencias realizadas ao longo do tema á Consellería de Economía e Facenda responden á actual redacción do TRLRFPG. Non obstante dada a actual estrutura orgánica da Xunta de Galicia deben entenderse realizadas á Consellería de Facenda.*

Almudena Chacón Pichel

# **3. MODIFICACIÓNS ORZAMENTARIAS. CRÉDITOS EXTRAORDINARIOS E SUPLEMENTOS DE CRÉDITOS. CRÉDITOS AMPLIABLES. TRANSFERENCIAS. XERACIÓN DE CRÉDITO.**



### **TEMA 3**

MODIFICACIÓNS ORZAMENTARIAS. CREDITOS EXTRAORDINARIOS E SUPLEMENTOS DE CRÉDITO. CRÉDITOS AMPLIABLES. TRANSFERENCIAS. XERACIÓN DE CRÉDITO.

#### **1. MODIFICACIÓNS ORZAMENTARIAS.**

Pese ao 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 por Decreto Lexislativo 1/1999 de 7 de outubro (en adiante TRLRFPG) establécese a regra xeral de vinculación, de forma que os créditos teñen carácter limitativo e vinculante a nivel de concepto.

Non obstante, os créditos destinados a gastos de persoal (capítulo I), agás 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 co que aparezan nos estados de gastos, os créditos destinados a atencións protocolarias e representativas e os declarados ampliables conforme ao artigo 64 desta Lei.

Ademais, para o ano 2011, no artigo 7 da Lei 14/2010, de 27 de decembro, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma, establécese para ese ano a vinculación ao nivel seguinte:

120.20, «Substitucións de persoal non docente».

120.21, «Substitucións de persoal docente».

120.22, «Regularización da parte proporcional das vacacións dos substitutos docentes».

120.24, «Acumulacións de tarefas de persoal funcionario non docente».

121.07, «Sexenios».

130.02, «Complemento de perigosidade, penosidade e toxicidade».

131, «Persoal laboral temporal».

131.24, «Acumulacións de tarefas de persoal laboral temporal».

132, «Persoal laboral temporal (profesorado de relixión)».

133, «Persoal laboral indefinido».

136, «Persoal investigador en formación».

220.03, «*Diario Oficial de Galicia*».

226.01, «Atencións protocolarias e representativas».

226.02, «Publicidade e propaganda».

226.06, «Reunións, conferencias e cursos».

226.13, «Gastos de funcionamento de tribunais de oposicións e de probas selectivas».

227.06, «Estudos e traballos técnicos».

228, «Gastos de funcionamento de centros e servizos sociais».

229, «Gastos de funcionamento de centros docentes non universitarios».

A mesma consideración terán os créditos correspondentes á aplicación 12.06.312E.227.65, «Servizo Galego de Apoio á Mobilidade Persoal», e as diferentes aplicacións do capítulo VI correspondentes a mandatos á *Sociedade Pública de Investimentos de Galicia, S.A.*

Os conceptos 480, «Transferencias correntes a familias», e 481, «Transferencias correntes a institucións sen fin de lucro», por unha parte, e os conceptos 780, «Transferencias de capital a familias», e 781, «Transferencias de capital a institucións sen fin de lucro», por outra, serán vinculantes entre si. A mesma consideración terán os créditos dos subconceptos 221.07, «Comedores escolares», e 223.08, «Transporte escolar», que vincularán entre eles.

b) Pola posibilidade de autorizar **modificacións orzamentarias**. A normativa aplicable no caso da Comunidade Autónoma de Galicia é a seguinte:

- Texto Refundido da Lei de Réxime Financeiro e Orzamentario de Galicia aprobado por Decreto Legislativo 1/1999 de 7 de outubro.
- Lei 14/2010, de 27 de decembro, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma.
- Orde da Consellería de Economía e Facenda de 3 de xaneiro de 1989 sobre tramitación de expedientes de modificación orzamentaria.

Ademais 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, no seu caso, afectados pola mesma, incluso naqueles casos nos que o crédito se consigne ou sexa vinculante a nivel de artigo.

A correspondente proposta de modificación orzamentaria deberá expresar ineludiblemente a incidencia da mesma 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 TRLRFPG )
- Ampliacións de crédito (artigo 64 TRLRFPG)
- Transferencias de crédito (artigo 68 TRLRFPG)
- Xeracións de crédito (artigo 69 TRLRFPG)
- Reposición (artigo 70 TRLRFPG)
- Incorporacións de crédito (artigo 71 TRLRFPG)

Con respecto á competencia para autorizar as modificacións orzamentarias estas regúlanse nos artigos 65, 66 e 67 do TRLRFPG así como nas Leis anuais de orzamentos. Ditas competencias analizaranse no momento de estudar as respectivas modificacións orzamentarias. Non obstante, no artigo 66 do TRLRFPG regúlase tanto a facultade da consellería de economía e facenda para resolver aqueles expedientes de modificacións orzamentarias, nos supostos nos que estes estean atribuídos aos titulares das distintas consellerías e exista discrepancia na consellería respectiva co informe da intervención delegada como a facultad 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 TRLRPG 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, previo 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 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.

Non obstante, se a necesidade de crédito extraordinario ou de suplemento de crédito se produce nun organismo autónomo e os mesmos 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 dita porcentaxe, non sobrepase o 10% do citado orzamento de gastos. Ditas porcentaxes aplicaranse de forma conxunta e acumulada para ambas clases de modificacións de crédito e ao longo do mesmo exercicio orzamentario.
- b) No expediente de modificación orzamentaria emitirá informe a consellería á que estea adscrito o organismo autónomo que o promova, xustificando debidamente a necesidade e urxencia do gasto e propoñendo 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 no apartado a) anterior.

O artigo 63 do TRLRFPG regula os **anticipos de tesourería** de forma que a Xunta de Galicia, a proposta do conselleiro de Economía e Facenda, poderá excepcionalmente conceder anticipos de Tesourería 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 remitirllle ao Parlamento o correspondente proxecto de Lei.
- b) Cando se promulgue unha Lei na que se establezan obrigas 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 Tesourería 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 TRLRFPG).**

De conformidade co artigo 66 g) do TRLRFPG correspóndelle á Conselleira de Facenda a autorización das ampliacións de crédito cando estes teñan tal carácter por disposición de Lei.

O artigo 64 enumera que 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 na mesma 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 aportacións que, no seu caso, lle corresponda efectuar á Comunidade Autónoma ao réxime de previsión social dos seus funcionarios.
- d) Os que se destinen ao pago de intereses, 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 orde motivadas por sinistros, catástrofes ou outros de recoñecida urxencia, correspondentes a gastos en bens correntes e de servizos.

f) Os destinados ao pago de produtos farmacéuticos procedentes de receitas médicas.

g) Os créditos cuxa execución corresponda a unha consellería e que a súa contía se module pola aportación doutras consellerías ou organismos autónomos, previa 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 de dita ampliación, distinguindo se o mesmo se financia con retencións noutros créditos, con maiores recursos que se vaian obter, con remanente de Tesourería, 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 ampliáveis. Así a Lei de orzamentos para o ano 2011 estableceu no seu artigo 8 que terán excepcionalmente condición de ampliáveis, entre outros, os créditos seguintes:

a) Os destinados ao pago 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 obrigas 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 pago.



d) Os destinados ao pago das obrigas derivadas de intereses 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 da tesourería que resulten como consecuencia da súa xestión.

f) Os destinados ao pago 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 pago 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 ampliáveis unicamente con retencións noutros créditos do capítulo I da propia sección orzamentaria ou organismo autónomo.

i) Os destinados ao pago 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 TRLRFPG 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 TRLRFPG regula aquelas transferencias de crédito cuxa autorización é competencia do **Consello da Xunta de Galicia**, a proposta do conselleiro de Economía e Facenda, e a 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 a proposta do conselleiro de Economía e Facenda das dotacións non empregadas 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 TRLRFPG 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 isto 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. A tal 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, previo 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 a 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 establécense tanto no artigo 68 do TRLRFPG como no artigo 9 da Lei de Orzamentos para o ano 2011 unha serie de limitacións que pasamos a analizar a continuación.

Non obstante convén resaltar que o artigo 68.3 establece como estas limitacións non afectarán ás transferencias de créditos que se refiran ao programa de imprevistos e funcións non clasificadas ou realizadas ao abeiro do artigo 60.2 da presente 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 as seguintes:

1. Non afectarán aos créditos ampliáveis nin aos 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 a créditos de persoal.

3. Non poderán incrementarse créditos que como consecuencia doutras transferencias fosen obxecto de minoración, salvo cando afecten a crédito de persoal.

Por outra parte para o ano 2011 o artigo 9 da Lei de Orzamentos para ese ano dispón unha serie de limitacións, entre as que podemos destacar pola súa maior relevancia as seguintes:

1. Non poderán tramitarse expedientes de transferencias de crédito que se refiran aos capítulos VI e VII cando delas derive incremento do gasto corrente.

Esa restrición non será aplicable:

a) Cando se destinen á atención de gastos extraordinarios derivados de catástrofes, sinistros ou outras situacións de natureza análoga e carácter excepcional despois da declaración polo Consello da Xunta da situación excepcional, catastrófica ou de análoga natureza.

b) Aos incrementos do capítulo I que, se é o caso, poidan orixinarse polo desenvolvemento de procesos de regularización derivados de acordos sobre materias de función pública subscritos entre a Xunta de Galicia e as organizacións sindicais.

c) Aos incrementos do capítulo I derivados do cumprimento de sentenzas xudiciais firmes ou autos de obrigada execución.

d) Excepcionalmente, cando as características das actuacións que deban executarse para o cumprimento da finalidade do programa orzamentario previsto exixan a adecuación da natureza económica do gasto.

2. Non se poderán tramitar transferencias de crédito desde os capítulos I e VIII aos restantes capítulos do orzamento.

3. O importe máximo das transferencias de crédito que se autoricen para cada consellería durante este exercicio non poderá diminuír as consignacións iniciais, ao nivel de vinculación legalmente establecido, en máis dun 20%.

O indicado no parágrafo anterior non será aplicable nos seguintes casos:

a) Cando teñan por obxecto incrementar conceptos do capítulo I de gastos.

b) Cando se refiran á sección 23, «Gastos de diversas consellerías».

c) Cando se refiran ao centro de xestión 5001 do Servizo Galego de Saúde.

d) Cando se refiran a fondos propios que pasen a cofinanciar proxectos con fondos europeos.

e) Cando se refiran aos créditos consignados no concepto 500, «Fondo de continxencia da Lei 5/2002», do orzamento de gastos do Servizo Galego de Saúde.

f) Cando se refiran a axudas ou subvencións, no caso de que a orde de convocatoria pola que se regula a súa concesión asigne o gasto a

diversas aplicacións orzamentarias e non sexa posible determinar previamente a contía imputable a cada unha delas.

g) As que se refiren aos artigos 43 e 73 da clasificación económica do gasto.

h) Cando se realicen entre créditos dos capítulos VI e VII do estado de gastos.

i) Cando teñan por obxecto atender gastos extraordinarios derivados de catástrofes, sinistros ou outras actuacións de natureza análoga e carácter excepcional.

j) Cando teñan por obxecto adecuar a natureza económica dos créditos necesarios para o mantemento dos centros de saúde de titularidade municipal, na medida en que se produza a transferencia da súa titularidade ao Servizo Galego de Saúde.

k) Cando teñan por obxecto adecuar a natureza económica dos créditos dun programa orzamentario que permita o cumprimento da súa finalidade.

#### 4.3. TRANSFERENCIA DE REMANENTES LÍQUIDOS DE TESOURERÍA

O artigo 11 da Lei de orzamentos para o ano 2011 establece como os organismos autónomos, as axencias públicas e as entidades de dereito público con personalidade xurídica propia que adecúen a súa actividade ao dereito privado, transferiranlle ao orzamento da Administración xeral da comunidade autónoma o importe do remanente de tesourería non afectado resultante da liquidación do anterior exercicio orzamentario.

A Consellería de Facenda poderá xerar crédito con este importe no programa 621B, «Imprevistos e funcións non clasificadas», unha vez analizada a súa repercusión en termos de contabilidade nacional.

Non obstante, e coa finalidade de evitar que se produzan estes remanentes, a Consellería de Facenda poderalles limitar os libramentos de fondos a estas entidades en función do seu nivel de execución orzamentaria.



## **5. XERACIÓN DE CRÉDITOS (Artigo 69 do TRLRFPG).**

As xeracións son, xunto coas transferencias de crédito, as únicas modificacións orzamentarias que non alteran o equilibrio orzamentario posto que unicamente se poderá xerar se con anterioridade se produciu un ingreso.

De conformidade co artigo 66 f) do TRLRFPG 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 se deriven de operacións incluídas no

apartado 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, agás 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 punto anterior entenderase referido ao orzamento de orixe.

## **6. OUTRAS MODIFICACIÓNS**

### **6.1 REPOSICIÓN DE CRÉDITOS (Artigo 70 do TRLRFPG).**

De conformidade co artigo 66 do TRLRFPG correspóndelle á Conselleira de Facenda a competencia para autorizar as reposicións de crédito previstas no artigo 70.

Os ingresos derivados do reintegro de pagos indebidos con cargo a créditos orzamentarios poderán repoñer estes últimos nas condicións que se establezan regulamentariamente.

### **6.2. INCORPORACIÓNS DE CRÉDITO (Artigo 71 do TRLRFPG).**

De conformidade co artigo 66 e) do TRLRFPG a competencia para autorizar as incorporacións de crédito previstas no artigo 71 é da Conselleira de Economía e Facenda.

O artigo 59 do TRLRFPG 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 obrigas recoñecidas quedarán anulados de pleno dereito, agás as excepcións contempladas 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 o mesmo.

b) Os créditos que contemplen 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 aos mesmos.

e) Os créditos xerados polas operacións enumeradas no artigo 69 da presente Lei.

Por outra parte os remanentes incorporados segundo o previsto anteriormente unicamente poderán ser aplicados dentro do exercicio orzamentario no que a incorporación se acorde, a 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 tanto 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 o apartado d) anterior.

### 6.3. GASTOS PLURIANUAIS (Artigo 58 DO TRLRFPG).

A pesar do carácter anual do orzamento, no artigo 58 do TRLRFPG permítese que se poidan adquirir compromisos de gastos de carácter plurianual, aínda que a súa execución teña que iniciarse no exercicio seguinte, cando o seu contido coincida cos que a continuación se especifican:

- a) Investimentos 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, previa 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 puidera 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 teñan que executarse 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 consignen 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 que 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 do 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 que se estenda a súa execución material, agás, no seu 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 sobrepasar 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 abono total do prezo, efectuarase unha retención adicional de crédito do 10% do importe de adxudicación, no momento en que a mesma 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 pago da certificación final. Estas retencións computarán dentro das porcentaxes establecidas neste artigo.
- Tamén poderá ser diferido o pago do prezo de compra das adquisicións de bens inmobles cando o importe exceda de 350 millóns de pesetas, sen que en ningún caso o desembolso inicial á sinatura da escritura poida ser inferior ao 30% do prezo, podendo 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, a proposta do conselleiro de Economía e Facenda, poderá modificar as porcentaxes sinaladas anteriormente así como modificar o número de anualidades en casos especialmente xustificados, a petición da correspondente consellería e previos os informes que se estimen 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 abono total dos mesmos, segundo o previsto no artigo 99.2 do Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 2/2000, de 16 de xuño, ben se pacte o abono 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 o presente artigo serán adecuadamente contabilizados de forma independente.

*NOTA: As referencias realizadas ao longo do tema á Consellería de Economía e Facenda responden á actual redacción do TRLRFPG. Non obstante, dada a actual estrutura orgánica da Xunta de Galicia deben entenderse realizadas á Consellería de Facenda.*

Almudena Chacón Pichel

## **4. O PROCEDEMENTO DE EXECUCIÓN ORZAMENTARIA. FASES.**





## **TEMA 4: O PROCEDEMENTO DE EXECUCIÓN ORZAMENTARIA. FASES**

### **1. 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

### **2. Fases**

- A aprobación do gasto
- Compromiso de gasto
- Recoñecemento de obrigas e proposta de pago
- A ordenación do pago
- A 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 da mesma 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 inicio 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, de 6 de abril, en adiante 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. Podemos definir o 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 do que emanan, un órgano da Administración financeira, e no fin ao 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 á Facenda Pública galega na normativa galega está atribuída con carácter xeral pola Lei 1/1983 da Xunta e o seu presidente, no seu artigo 34.10, aos titulares das distintas consellerías).
- Obxectivo: todo acto administrativo de gasto ha de ser posible, lícito e determinado (ou determinable).
- Causal: fin que o órgano administrativo perseguíu coa súa actuación.
- Formal: que comprende dous requisitos, o procedemento tal e como con carácter xeral sinalan o artigo 105 da Constitución española e o artigo 53 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común (en adiante Lei 30/1992) e a motivación, tal e como exige o artigo 54 da 30/1992.

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 do que se deriva un procedemento concreto (así o artigo 133.4 da CE sinala que “As administracións públicas só poderán contraer obrigas e realizar gastos de acordo ás Leis”). A aplicación dunha serie de recursos económicos para a realización da súa actuación debe levarse a cabo seguindo uns pasos determinados que levan aparellados unha serie de controis específicos, consecuencia en última

instancia do principio de legalidade da actuación administrativa establecido no artigo 103 da Constitución Española (CE). É unha manifestación, por tanto, do procedemento administrativo.

Por outra parte, 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 TRLRFO. .

Afirmouse tamén que o procedemento de execución orzamentaria é consecuencia da existencia dun orzamento porque, se ben, 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 isto, como sinala a doutrina, este procedemento oríéntase 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 para cobrar os seus créditos”.

Non obstante, na relación entre a Administración e os terceiros, que conleva 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:

1. o carácter inembargable que ten o patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia o cal invalida a garantía que o Código Civil

- recoñece acredor civil fronte ao debedor particular. Así o recolle o artigo 25 do TRLRFO 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”.
2. As obrigas da Administración só resultarán exixibles na medida en que exista unha consignación orzamentaria.
  3. O denominado “principio de servizo cumprido ou de prestación feita”, que prohíbe á Administración satisfacer a súa obriga se, previamente, o particular non cumpriu ou garantiu plenamente a súa. Así o recolle o artigo 24.3 do TRLRFO “Cando ditas obrigas teñan por causa prestacións ou servizos á Administración da Comunidade, o pago non poderá realizarse mentres o acredor non cumpra ou garanta, conforme á Lei, a súa respectiva obriga”.

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:

1. Dereito ao recoñecemento ou liquidación de obrigas por parte da Facenda pública, tal e como recolle o TRLRFO ao regular a prescrición e os seus prazos no apartado primeiro do artigo 27.
2. Dereito a intimar por escrito o cumprimento da obriga. O artigo 26 do TRLRFO recolle este dereito ao fixar que “Se o pago das obrigas 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 obriga, este terá dereito ao aboamento dos correspondentes intereses de demora sobre a cantidade debida ao tipo establecido no apartado 2 do artigo 21, sempre que reclame por

escrito o cumprimento da obriga”.

3. Dereito a exixir o pago das obrigas xa recoñecidas ou liquidadas. O apartado segundo do artigo 27 sinala que “2. A petición por escrito do recoñecemento ou do cumprimento da obriga, ou da efectividade do seu pago, 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, agás o establecido en Leis especiais”.
4. Dereito a iniciar reclamacións económico-administrativas.
5. Dereito a ser notificado dos actos do procedemento administrativo de gasto. Este dereito recóllese implicitamente no artigo 27.1.b) do TRLRFO (“O dereito a exixir o pago das obrigas recoñecidas ou liquidadas. O prazo contarase desde a data de notificación do recoñecemento ou da liquidación da respectiva obriga).

Debemos por último sinalar neste epígrafe unha serie de principios específicos que resultan aplicables á actividade financeira da Comunidade Autónoma de Galicia. O artigo 4 do TRLRFO baixo a rúbrica de “Principios orzamentarios e control” sinala que:

“A actividade económica-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”.

Estes principios específicos son:

- Principio de anualidade orzamentaria
- Principio de universalidade
- Principio de unidade de caixa
- Principio de control

- Principio de contabilidade

Estes principios condicionarán o procedemento de execución orzamentaria xunto cos principios xerais administrativos analizados ao principio deste tema. Por isto exixen unha breve análise.

O Principio de anualidade orzamentaria recóllese no artigo 47 do TRLRFO que sinala que “O exercicio orzamentario coincidirá co ano natural e a el se imputarán:

- a) Os dereitos liquidados no transcurso do mesmo, calquera que sexa o periodo ao que correspondan.
- b) As obrigas recoñecidas ata o 31 de decembro do correspondente exercicio, como consecuencia de adquisicións, obras, subministros, 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 han de figurar no orzamento da Comunidade Autónoma de Galicia, sen que poida existir previa compensación entre eles. Non obstante, o incumprimento deste mandado vén propiciado pola norma mesma, xa que se permite a existencia de modificacións de crédito (Capítulo II do Título III de TRLRFO), 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 tesourería 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 TRLRFO, en particular na súa letra b), ao sinalar que “son funcións propias da Tesourería:

- a. A xestión recadatoria dos recursos e o pago das obrigas da Comunidade e dos seus organismos autónomos.
- b. Instrumentar e servir ao principio de unidade de caixa, mediante a centralización de todos os fondos e valores xerados por operacións orzamentarias e extraorzamentarias.
- c. Distribuir no tempo e no territorio as dispoñibilidades diñeirarias para a satisfacción puntual das obrigas da Comunidade.
- d. Velar pola obtención da adecuada rendibilidade dos recursos dispoñibles da Comunidade sen menoscabo dos fins propios da Tesourería.
- e. Responder dos avais contraídos pola Comunidade conforme ás disposicións desta Lei.
- f. As demais funcións que se deriven ou relacionen coas anteriores enumeradas”.

En cuarto lugar, se ben o artigo 4 do TRLRFO 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 del 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 no apartado 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”.

O control interno, na súa triple 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 TRLRFO 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 TRLRFO.

Este principio será obxecto de análise pormenorizada no tema 56 “O control orzamentario. O concepto. Natureza e ámbito de aplicación. Clases. O Consello de Contas”.

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 “levanza” da contabilidade na Comunidade Autónoma de Galicia está atribuída á Intervención Xeral. En consonancia co anterior, o artigo 1 do TRLRFO afirma que constitúe unha materia propia da Facenda pública de Galicia “o sistema de contabilidade a que debe someterse á 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 LGP remite ás seguintes fases:

- A Ordenación do gasto, que inclúe a aprobación do gasto, compromiso de gasto e recoñecemento da obriga.
- A Ordenación do pago e o Pago material.

Cada unha destas fases ten o seu reflexo nuns documentos contables, xa que todo feito susceptible de producir o nacemento, modificación ou cancelación de obrigas ten que estar soportado nun documento que poida xustificar fidedignamente a realización do feito, así como a anotación contable a que dá lugar.

Atópanse regulados na Instrución de Operatoria Contable (IOC) e, máis especificamente, na "Orde de 1 de febreiro de 1996 pola que se aproban os documentos contables a utilizar pola Administración Xeral do Estado". Esta norma defíneos como *"aqueles que serven de soporte ás anotacións contables que se realicen como consecuencia de operacións de xestión de créditos orzamentarios e de execución do Orzamento de Gastos"*.

No ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, o sistema contable recollido no TRLRFO como unha das materias propias da Facenda Pública, foi desenvolvido por unha Orde da Consellería de Economía e Facenda de decembro de 1989 (DOG nº 238, de 14 de decembro de 1989). Os obxectivos fundamentais do sistema de información contable recóllense no

seu artigo 4, que sinala como obxectivos:

- a) Implantación do Plan Xeral de Contabilidade Pública segundo a súa adaptación á Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, substituíndo os tradicionais métodos contables vixentes, por outro no que queden integradas as contabilidades financeira e orzamentaria, configurando un único sistema de información que posibilite o cumprimento dos fins establecidos no artigo seguinte
- b) Aplicación dun sistema contable centralizado con obtención descentralizada de información.
- c) Simplificación dos procedementos contable-administrativos, mediante a utilización de equipos de procesos de datos para o rexistro das operacións, de forma que, mediante o oportuno tratamento informático dos datos correspondentes a ditas operacións, se poidan obter os estados e documentos necesarios para dar cumprimento ao establecido na Lei de xestión económica e financeira pública de Galicia.
- d) Garantir a coherencia da información obtida mediante a comunicación e coordinación entre os distintos centros contables e a utilización de tratamentos homoxéneos da información.

Na actualidade este sistema contable coñécese polo acrónimo XUMCO-2, e a normativa contable está constituída basicamente polo Plan Xeral de Contabilidade Pública de Galicia aprobado por Orde da Consellería de Economía e Facenda de 28 de novembro de 2001 (DOG nº 239, de 12 de decembre de 2001).

A pesar das modificacións introducidas pola Orde EHA 1037/2010, de 13 de abril (BOE nº 102, de 28 de abril de 2010), pola que se aproba o novo Plan Xeral de Contabilidade Pública obrigarán a unha adaptación da normativa galega.

A regulación da documentación contable que continúa vixente na actualidade recóllese na medida na que non se opoña á normativa vixente na Orde da Consellería de Economía e Facenda de 26 de decembro de 1986, que recolle a Instrución provisional da contabilidade do gasto público da Comunidade Autónoma de Galicia (DOG nº 8, de 14 de xaneiro de 1987).

O artigo 72 do TRLRFO sinala que “Corresponde aos órganos estatutarios, agás 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, agás nos casos reservados polas Leis á competencia da Xunta de Galicia, así como autorizar os actos de disposición de créditos e de recoñecemento de obrigas, e propoñer ao Conselleiro de Economía e Facenda a ordenación dos correspondentes pagos”.

Parte por tanto o artigo 72, aínda que for de forma implícita da tradicional división entre ordenación do gasto e ordenación do pago. De acordo con esta separación, o artigo 73 recolle as fases nas que se divida 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:

1. aprobación do gasto
2. disposición ou compromiso
3. recoñecemento da obriga
4. proposta de pago

Por outro lado, este mesmo artigo separa a fase de ordenación do pago, que doutrinalmente se divide en dúas subfases: ordenación formal e ordenación material ou pago efectivo.

## A APROBACIÓN DE GASTO

A denominada aprobación ou autorización do gasto, segundo o art. 73.a.1 do TRLRFO é “o acto en virtude do cal a autoridade competente acorda a realización dun gasto, calculado en forma certa ou aproximada, reservando a tal fin a totalidade ou unha parte do crédito orzamentario legalmente destinado a garantir o cumprimento das obrigas que poidan ser consecuencia daquel, tendo en conta a natureza económica das mesmas”.

Falamos de autorización ou aprobación, se ben son dous termos que non deben confundirse e que, en ocasións, parecen non coincidir. Así, o Consello da Xunta deberá autorizar, de acordo co artigo 43 (“Autorización do Consello da Xunta para a tramitación de determinados expedientes de gastos”) da Lei 9/2009, de 23 de decembre, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma para o ano 2010, a tramitación de expedientes de contratación e de encomendas de xestión cando o valor estimado ou o importe do gasto, respectivamente, sexa superior a 4.000.000 euros. Non obstante, o parágrafo terceiro de dito artigo sinala que “unha vez obtida a autorización, a aprobación do gasto corresponderá ao órgano de contratación do departamento, organismo autónomo, axencia pública autonómica, sociedade ou fundación pública que xestione o crédito”.

A instrución provisional de contabilidade sinala na súa Regra 17ª que son documentos de xestión os que soportan os datos dos distintos feitos económico-contables motivados polas operacións de execución do orzamento de gastos. Dentro da clasificación que recolle aparecen os documentos A, de autorización de gastos.

A regra 18 ademais distingue tres supostos nos que se utilizarán os documentos contables A:

- Autorización de gastos sobre créditos dispoñibles.

- Autorización de gastos sobre créditos retidos.
- Existirán igualmente, a fin de contabilizar as anulacións de autorizacións, os correspondentes documentos A.

A autorización é a operación contable que reflicte o acto de autorización do gasto regulado polo artigo 73 do TRLRFO. 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 realicen 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 desenvolvan a estrutura e competencias de cada unha das unidades administrativas que componen a Xunta de Galicia (na actualidade *Decreto 79/2009, de 19 de abril, polo que se establece a estrutura orgánica da Xunta de Galicia e normativa que desenvolve a estrutura de cada unha das Consellerías*).

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, asentamento contable

mediante o cal o remanente do crédito que se certificou queda indispoñible para destinalo a finalidade distinta. A regra 16 da instrución provisional sinala que “Son documentos RC ou de retención de créditos, aqueles que teñen por obxecto afectar ao estado de situación dos créditos orzamentarios. Segundo o estado de situación en que se desexe quede o crédito, cabe distinguir as seguintes operacións:

- Retención de créditos pendentes de utilización.
- Retención de créditos para transferencias.

A efectos de contabilizar as operacións de anulación correspondentes, utilizaranse igualmente documentos inversos RC”.

A este documento/certificado fai referencia o artigo 93 da LCSP ao sinalar que ao expediente *“deberá incorporarse o certificado de existencia de crédito ou documento que legalmente o substitúa, e a fiscalización previa da intervención, no seu caso, nos termos previstos na Lei 47/2003, de 26 de novembro”*.

- A fiscalización previa, xa que o art. 94 do TRLRFO 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 derivarse dereitos e obrigas de contido económico, así como os ingresos e pagos que deles se deriven e, en xeral, a recadación, o investimento ou a aplicación dos fondos públicos, a 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 obrigas de contido económico ou movemento de fondos e valores”*, na que un dos requisitos esenciais que deben comprobarse é a existencia de crédito orzamentario e que este é o axeitado á natureza do gasto ou da obriga que se propón contraer (art. 97.2.a). Esta fiscalización

previa pode definirse como o trámite en virtude do cal o órgano interventor informa ao xestor de que o expediente reúne cantos requisitos exigen as normas e por tanto pode realizarse o gasto que se pretende levar a cabo.

Desta definición derívase 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 art. 97.1 do TRLRFO exclúe deste trámite unha serie de supostos. O informe de fiscalización previa do gasto convírtese así en preceptivo e, en certa medida, vinculante.

Segundo o art. 99 do TRLRFO se a Intervención non está de acordo co gasto a realizar deberá consignar os seus reparos por escrito.

De acordo co art. 100, se os reparos afectan á autorización e disposición de gastos, ao recoñecemento de obrigas ou ao ordenamento de pagos, orixinarase a suspensión da tramitación do expediente, ata que aqueles non sexan reparados nos seguintes casos:

- a. Cando se baseen na insuficiencia ou inadecuación do crédito ao que se propoña imputar o gasto, a obriga ou o pago.
- 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 o cando esta estime que a continuación do procedemento puidese causar quebras económicas á Comunidade Autónoma ou a un terceiro.
- e. Cando o reparo sexa consecuencia de comprobacións de materiais de



obras, subministros, 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 ditos defectos.

De non reparar o órgano xestor os defectos indicados, para a continuación do expediente considerárase formulado o correspondente reparo.

O art. 101 sinala que “Cando o órgano ao 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 nos que sustente o seu criterio.

Se o reparo fose formulado por unha Intervención Delegada, corresponderá á Intervención Xeral da Comunidade coñecer da discrepancia e da 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 xeralidade con que se exige, pode provocar atrasos na tramitación dos gastos. Por isto, o art. 97, combina a fiscalización limitada e a mostraxe de expedientes, establecendo que o Consello da Xunta, a proposta do Conselleiro de Economía e Facenda,

e previo informe da I.X.C.A. poderá acordar que a intervención previa se limite a comprobar determinados extremos, como son a existencia de crédito orzamentario axeitado e suficiente, ou o que as obrigas ou gastos se xeran polo órgano competente. Este artigo permite ao Consello da Xunta establecer outros extremos a comprobar.

- A aprobación do gasto. Unha vez fiscalizada a proposta, prodúcese a aprobación do expediente de gasto polo 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 no que a competencia para a autorización e o compromiso de gasto (fase seguinte) pertenza a órganos distintos.

Aprobado o expediente de gasto, o servizo competente formulará o documento «A» a que se refire a regra 18 pola parte correspondente ao orzamento en curso; dito documento servirá como soporte e xustificante da operación.

Cando se contrate unha obra, adquisición ou servizo por calquera das formas que prevén a normativa vixente sobre contratos en importe inferior ao valor polo que se fixera a autorización, prodúcese unha baixa pola diferenza. Esta baixa tramítase mediante documento análogo ao que provocou a autorización pero de carácter inverso e o seu reflexo contable é idéntico ao realizado nesta pero por importe negativo. Analogamente produciríase no caso de que se decidira anular o expediente de gasto por calquera outra causa.

## COMPROMISO DE GASTO OU DISPOSICIÓN

De acordo co artigo 73.a.2 do TRLRFO “*A disposición, que é o acto en*

*virtude do que 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”.*

A diferenza do que se mencionou en relación coa autorización ou aprobación do gasto, *“O compromiso é un acto con relevancia xurídica para con terceiros, vinculando á Facenda Pública estatal ou á Seguridade Social á realización do gasto a que se refira na contía e condicións establecidas”*, polo que ten unha contía e condicións “establecidas” de maneira que non cabe a súa revogación.

O compromiso acórdase polo “ordenador” do gasto, previa a oportuna proposta dos servizos ao seu cargo e, mediante o mesmo, a afectación do crédito ao gasto, que foi previamente autorizado, adquire un carácter definitivo. A relevancia externa da disposición do gasto e a vinculación xurídica que supón para a Administración, determina que sexa este acto obxecto de fiscalización previa a cargo da IXCA, como mecanismo de control que asegure que a Administración non se compromete máis alá do que foi autorizada pola Lei de Orzamentos.

Pola relevancia deste acto é polo que se establece a prohibición de adquisición de compromisos de gasto sen crédito, recollida no art. 57 do TRLRFO, que determina “Non poderán adquirirse compromisos de gastos por contía superior ao importe dos créditos figurados nos estados de gastos, sendo 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 a que haxa lugar”.

O importe polo que se acorda o acto e, por tanto, o da operación contable de compromiso, ten que estar, en todo caso, exactamente determinado, ao igual que as condicións de realización da obra, prestación do servizo, etc.

De acordo coa instrución provisional de contabilidade, os compromisos de gastos formalizaranse o documento contable D. Expediranse os documentos D para realizar as operacións de compromisos de gastos con terceiros, que vinculen ao centro xestor a realizar un gasto por contía determinada. Igualmente existirán os documentos inversos D/ anulación de compromisos de gastos para recoller a anulación de ditas disposicións.

No caso en que así sexa exixido de acordo coa natureza económica do gasto, e se ademais é a primeira vez que se establece relación cun interesado, será necesario dar de alta ao mesmo no inventario de terceiros/interesados.

## RECOÑECIMENTO DA OBRIGA

O artigo 73.a.3 do TRLRFO define o recoñecemento da obriga 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 deberes tanto por parte da Administración como dun administrado, coas actuacións tendentes ao recoñecemento da obriga de pago inícianse os actos do procedemento dirixidos ao cumprimento por parte da Administración da obriga 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 obrigas recíprocas, en que o acredor cumprira a prestación ao seu cargo, de acordo coa denominada “regra do servizo feito”, segundo a cal, de acordo co que establece o parágrafo 3 do art. 24 do TRLRFO. Isto debe acreditarse aportando a documentación que acredite a realización da prestación ou dereito do acredor (unha factura,...). Isto 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 obriga. 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 de dito crédito.

De acordo coa normativa contable da Comunidade Autónoma, o recoñecemento da obriga é a operación pola cal se reflicte a anotación en contas dos créditos exixibles contra a Comunidade Autónoma, previa contabilización das fases de autorización, compromiso de gastos e tras acreditarse a realización da contrapartida correspondente.

Realizarase esta operación sobre a base do documento «O» regulado na regra 20 da instrución provisional que servirá de xustificante, e á súa vez acompañarase coa certificación de obra, factura de subministro, certificado de prestación de servizos, etc. acreditativos de que a Comunidade Autónoma recibiu de conformidade a prestación pactada.

A anulación de recoñecemento de obrigas, formularase en documentos inversos «O», e o asentamento no diario de operacións será análogo ao que

provocou o recoñecemento da obriga pero de signo negativo.

A práctica habitual dá lugar á expedición dun documento mixto que ten a súa razón de ser en que con carácter xeral a contabilización do recoñecemento da obriga (O) se realiza ao mesmo tempo que a proposta de pago (K), o cal á súa vez trae causa de que na Administración non se permite o pago aprazado ou fraccionado do prezo (sirva como exemplo o artigo 75.7 da LCSP).

## PROPOSTA DE PAGO

Por último, acorde co art. 73.a.4), “O ordenamento do pago, que é a operación en virtude da cal o “ordenador” competente, previa proposta de pago realizado por quen recoñeceu a existencia da obriga, expida orde de pagamento contra a Tesourería da Comunidade a favor do respectivo acredor”.

O acto que finaliza a tramitación dos expedientes de gasto a cargo dos centros xestores é a proposta de pago mediante a cal estes solicitan do Director Xeral de Política Financeira e do Tesouro, na súa calidade de Ordenador xeral de pagos, que ordene o pago da obriga a favor do interesado.

Este acto é o nexo entre a etapa de ordenación do gasto e de ordenación do pago.

## A ORDENACIÓN DO PAGO OU PAGO MATERIAL

A ordenación do pago e o pago material constitúen as dúas fases finais do procedemento de execución orzamentaria, se ben podería agruparse nunha única fase. O pago material, última fase deste ciclo, extingue a obriga contraída pola Comunidade Autónoma.

O ordenamento do pago, que é a operación en virtude da cal o ordenador competente, previa proposta de pago realizado por quen recoñeceu a existencia da obriga, expida orde de pagamento contra a Tesourería da Comunidade a favor do respectivo acredor .

A conexión entre o procedemento de gasto (fases de aprobación, compromiso e recoñecemento da obriga) e estas dúas fases finais (procedemento de pago), como xa se mencionou, é a *proposta de pago*. Mediante a proposta de pago o centro directivo que recoñecera a obriga diríxese ao ordenador de pagos, a DGPFT. Esta proposta recóllese no documento contable OK. Así, a ordenación de pagos vincula a xestión do gasto coa execución ou pago material do mesmo.

De acordo co artigo 74 do TRLRFO “A ordenación xeral de pagos da Comunidade corresponde ao Conselleiro de Economía e Facenda, podendo delegar dita competencia de acordo cos procedementos legais aplicables.

Co obxecto de facilitar o servizo de ordenamento de pagos, poderanse establecer ordenamentos secundarios baixo a dependencia do Conselleiro de Economía e Facenda ou da autoridade en que delegue as súas competencias sobre a materia”. Ademais haberá que ter en conta que o artigo 75 establece que a expedición de ordes de pago con cargo ao orzamento da Comunidade e dos seus organismos autónomos deberá axustarse ao plan que sobre disposición de fondos da Tesourería estableza anualmente a Consellería de Economía e Facenda.

Por outro lado hai que ter en conta que o Tesouro asume de acordo co TRLRFO a función de “pagador”, fronte á función de ordenador do pago que se atribúe á Consellería de Economía e Facenda. Así, o art. 88.a atribúe ao Tesouro (DGPFT) a xestión recadatoria dos recursos e o pago das obrigas 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 TRLRFO establece que lle corresponde aos órganos estatutarios, agás 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, agás nos casos reservados polas Leis á competencia da Xunta de Galicia, así como autorizar os actos de disposición de créditos e de recoñecemento de obrigas, e propoñer ao Conselleiro de Economía e Facenda a ordenación dos correspondentes pagos.

Do mesmo modo, 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 obrigas e o ordenamento dos pagos que correspondan aos mesmos”.

De acordo coa instrución provisional, as ordes de pago emitidas pola Dirección Xeral de Orzamentos e do Tesouro soportaranse en documentos P que se obterán por medios informáticos, debendo conter, inexcusablemente ademais do nome completo do perceptor, o número do documento nacional de identidade, se se trata dunha persoa física ou o código de identificación correspondente, se é unha persoa xurídica. Así mesmo consignarase necesariamente o tipo e forma de pago, podendo expresarse mediante claves ou códigos.

Emitidas as ordes de pago e editados polo sistema informático os documentos P, pola Tesourería da Dirección Xeral de Orzamentos e do Tesouro procederase a comprobar que as mesmas son correctas e a



efectuar o seu sinalamento a través do sistema informático.

O momento en que se xustifique cada orde de pago permite a súa clasificación en ordes de pagos en firme e ordes de pagos a xustificar. A primeira categoría, ordes de pagos en firme, baséase na regra en virtude da cal para que anteriormente se producira o recoñecemento da obriga se exige acreditación documental de acordo cos respectivos compromisos de gasto.

Á súa vez a ordenación de pagos en firme pode dividirse en outros dous tipos: ordes de pago expedidas a favor do acredor directo do dereito ou ben ordes de pago expedidas a favor dun caixeiro pagador para que este efectúe o pago finalmente.

A diferenza do anterior e con carácter excepcional, as ordes de pagos 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 art. 77 do TRLRFOG:

“1. Terán o carácter de pagos 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 pago a xustificar nos supostos seguintes:

- a. Cando os documentos xustificativos non poidan achegarse antes de efectuar a proposta de pago.
- b. Cando se considere conveniente a utilización deste sistema para axilizar significativamente a xestión dos créditos.
- c. Cando as ordes de pago 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, previo informe da Intervención Xeral, establecerá as normas xerais que regulen a expedición de ordes de pago a xustificar, así como os límites cuantitativos das mesmas e os conceptos orzamentarios aos que son aplicables.

4. As ordes de pago cursadas co carácter de 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, estando suxeitos ao réxime de responsabilidades previsto na presente Lei. Nos casos excepcionais poderá concederse unha prórroga adicional por outro período igual para cumprir en todo ou en parte a citada xustificación”.

O pago directo aos acredores é a regra xeral. O pago a través de mediadores contéplase por tanto para circunstancias determinadas: pago de retribucións de persoal ao servizo da Comunidade Autónoma de Galicia, anticipos de caixa fixa, pagos a xustificar, etc.

A execución do pago tamén está sometida a intervención, a denominada intervención material do pago regulada no artigo 95.1.c) do TRLRFO. Os medios de pago están regulados no artigo 91.2 do TRLRFO. En dito artigo establécese que “Os medios de pago admisibles polas caixas da Tesourería poderán consistir en diñeiro de curso legal, cheques nominativos, xiros, transferencias ou calquera outro medio de pago legalmente establecido. A Consellería de Economía e Facenda establecerá as condicións que terán que cumprir os mesmos e o momento no que en cada caso se producirá a liberación da débeda”.

Ademais o art. 76 prevé a posibilidade de librar as ordes de pago mediante a utilización de procesos informáticos (“As ordes de pago expediranse unha

vez que se xustificase documentalmente ante o órgano competente para recoñecer a respectiva obriga, a realización da prestación ou o dereito do acredor, conforme aos acordos polos que no seu día se autorizaron e comprometeron os correspondentes gastos. 2. Os ordenadores de pagos poderán recibir as propostas e librar as correspondentes ordes de pago mediante a utilización de procesos informáticos. Neste suposto a documentación xustificativa do gasto realizado poderá quedar naqueles centros nos que se recoñeceron as correspondentes obrigas, para a súa posterior inclusión, no seu caso, na Conta Xeral da Comunidade Autónoma ou para a súa posta a disposición dos órganos de control competentes”).

Por outra parte cómpre 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 LGP prevé expresamente que *“Cando a natureza da operación ou gasto así o determinen, acumularanse nun só acto as fases de execución precisas”*.

Na práctica, é frecuente que por razóns de economía procedemental as fases de autorización e compromiso se atopen unidas, tendo reflexo contable nun documento “AD”.

Cando nun mesmo acto se acumulen a autorización do gasto, o seu compromiso e o recoñecemento da obriga, expedirase un documento mixto ADOK. De acordo coa instrución provisional de contabilidade os documentos ADOK, son documentos que reflicten operacións que combinan as fases de autorización, compromiso de gasto e recoñecemento da obriga e ademais provocarán o envío da correspondente proposta de pago á Dirección Xeral de Orzamentos e do Tesouro.

Por último, o artigo 73 do TRLRFO tamén recolle as fases da execución orzamentaria dos ingresos que recolleremos aínda que sexa de maneira

sucinta:

1. O compromiso de ingresos, que é o acto en base ao que se recoñece en contas o dereito a liquidar un determinado recurso por unha contía certa se se cumpren aquelas condicións e trámites que se prevexan nas normas legais aplicables.
2. O contraído do recurso, que é o acto polo que se liquida o mesmo e se recoñece en contas o dereito definitivo á súa percepción pola súa exacta contía.
3. A recadación do recurso, que constitúe o proceso polo que a Tesourería da Comunidade fai líquido e ingresa nas súas caixas o importe do mesmo.

## ALGUNHAS ESPECIALIDADES NO PROCEDIMENTO DE EXECUCIÓN ORZAMENTARIA

Se ben a xestión dos créditos orzamentarios deberá realizarse dentro do exercicio orzamentario segundo o principio de anualidade analizado ao principio deste tema, existen dúas especialidades que en certa medida excepcionan este principio e que debemos analizar:

a) A tramitación anticipada de expedientes de gasto. En determinados supostos cómpre iniciar a tramitación do expediente nun exercicio orzamentario anterior a aquel en que o gasto se vai efectuar.

Na actualidade este procedemento de tramitación anticipada de expedientes de gasto atópase regulado no ordenamento xurídico da Comunidade Autónoma de Galicia pola Orde da Consellería de Economía e Facenda de 11 de febreiro de 1998 (DOG nº 34 de 19 de febreiro de 1998).

O artigo 1º desta orde sinala que *“Os expedientes de gasto imputables aos capítulos II, IV, VI e VII dos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma poderán iniciarse, sempre que as necesidades que se vaian satisfacer poidan ser razoablemente previstas con anticipación, nos seguintes supostos:*

*1.1. No exercicio inmediatamente anterior ao dos orzamentos con cargo aos que se vaian imputar os correspondentes gastos, aínda cando a súa execución se realice nunha ou en varias anualidades; no primeiro caso, sempre que exista crédito axeitado e suficiente no Proyecto de Orzamentos Xerais da Comunidade Autónoma aprobado polo Consello da Xunta que corresponda ao exercicio orzamentario no que se vaia materializar a contraprestación, e no segundo, sempre que exista crédito para a primeira anualidade e que se cumpran os requisitos do art. 58 da Lei 11/1992, de réxime financeiro e orzamentario de Galicia.*

*1.2. Se chegada a data do 20 de outubro non estivese aprobado o proxecto de orzamentos polo Consello da Xunta para a súa remisión ao Parlamento, segundo se dispón no art. 52 da Lei 11/1992, poderá igualmente iniciarse a tramitación anticipada de expedientes durante o período que medie entre a citada data e a de aprobación do proxecto de orzamentos, sempre e cando se acredite que normalmente vai existir crédito axeitado e suficiente para o gasto que se vai efectuar.*

*1.3. No período de prórroga dos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma, unha vez aprobado o proxecto de orzamentos, sempre que se cumpran os requisitos do apartado 1.1.”*

De acordo con esta orde, na tramitación anticipada de expedientes de gasto de contratación só poderá chegarse ata a adxudicación do contrato e a súa formalización, quedando condicionada a súa eficacia á existencia de

crédito axeitado e suficiente. Pola contra, na tramitación anticipada de subvencións e expedientes de gasto non contractuais poderá chegarse como máximo ao momento inmediatamente anterior ao de disposición ou compromiso do gasto.

No ámbito da contratación administrativa e non subvencional existen disposicións específicas, como o establecido no art. 94 da LCSP e o artigo 25 do Decreto 11/2009, de 8 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento da Lei 9/2007, de 13 de xuño, de Subvencións de Galicia.

b) O compromiso de créditos de exercicios futuros. A coexistencia duns créditos de vixencia anual recollidos nas sucesivas Leis anuais de orzamentos da Comunidade Autónoma de Galicia, cunha realización do gasto que comprende varias anualidades, fai necesarios unha serie de trámites para constatar que se dan as condicións exixidas para que poida aplicar os correspondentes gastos a orzamentos que, en principio, non poderían dar cobertura aos mesmos.

Esta posibilidade aparece regulada no artigo 58 do TRLRFO que regula os gastos plurianuais establecendo:

*“1. Poderán adquirirse compromisos de gastos de carácter plurianual, aínda que a súa execución teña que iniciarse 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, previa 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 puidera ser estipulada ou resultase antieconómica por prazo que comprenda un*

*só exercicio orzamentario.*

- d. Arrendamentos de bens inmobles que vaian ser empregados 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 teñan que executarse durante cursos académicos coincidentes con dous exercicios orzamentarios.*

*2. A autorización ou realización dos gastos de carácter plurianual subordinarase aos créditos que para cada exercicio se consignen nos Orzamentos Xerais da Comunidade Autónoma.*

*3. O número de exercicios aos que poden aplicarse 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 comprometese con cargo a exercicios futuros non poderá exceder do 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 que se estenda a súa execución material, salvo, no seu 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 sobrepasar 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 aboamento total do prezo, efectuarase unha retención adicional de crédito do 10% do importe de adxudicación, no momento en que a mesma 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 pago da certificación final. Estas retencións computarán dentro das porcentaxes establecidas neste artigo.*

*4. Tamén poderá ser diferido o pago do prezo de compra das adquisicións de bens inmobles cando o importe exceda de 350 millóns de pesetas, sen que en ningún caso o desembolso inicial á sinatura da escritura poida ser inferior ao 30 % do prezo, podendo distribuírse libremente o resto ata en catro anualidades sucesivas aos respectivos vencementos dentro das limitacións do punto anterior.*

*5. Con independencia do establecido nos números anteriores para os 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.*

*A estes efectos, cando nos créditos orzamentarios se atopen incluídos proxectos das características sinaladas anteriormente, as porcentaxes a que se refire o número 3 deste artigo aplicaranse sobre ditos créditos, unha vez deducida a anualidade correspondente a estes proxectos.*

*6. O Consello da Xunta, a proposta do Conselleiro de Economía e Facenda, poderá modificar as porcentaxes sinaladas no número 3 deste artigo e os importes que se fixen de acordo co disposto no número 5, así como modificar o número de anualidades en casos especialmente xustificados, a petición da correspondente Consellería e previos os informes que se estimen 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 dos mesmos, segundo o previsto no artigo 99.2 do texto refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, aprobado polo Real Decreto*



*Lexislativo 2/2000, de 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.*

*7. Os compromisos de gastos de carácter plurianual a que fai referencia o presente artigo serán adecuadamente contabilizados de forma independente”.*

Articulada esta posibilidade polo TRLRFO cómpre sinalar as peculiaridades contables que comporta. De acordo coa normativa de contabilidade vixente na Comunidade Autónoma *“Son operacións de exercicios posteriores, as autorizacións e compromisos de gastos, con efectos en orzamentos futuros, realizadas ao abeiro do establecido no artigo 44 da Lei G.E.F. pública de Galicia (citada).*

*Ditos gastos, de carácter plurianual, deberán ser obxecto de contabilización independente segundo se estableza no apartado 2 do citado artigo”.*

Efectuarase, por tanto, unha autorización de gastos con imputación a exercicios posteriores, cando a autoridade competente acorde realizar un gasto, que teña que afectar a orzamentos de exercicios posteriores, determinando a súa contía de forma certa ou aproximada. Tramitarase mediante documento A aplicado a orzamentos futuros, onde se recollerá o importe de todas e cada unha das anualidades a que afecte o expediente. Dito documento será enviado, en unión do documento A correspondente á anualidade corrente, polo servizo xestor que o formule, á oficina contable no centro xestor para o seu rexistro contable.

Efectuarase unha operación de compromiso de gastos con imputación a exercicios posteriores cando a autoridade competente acorde a realización de obras, prestación de servizos, etc. previamente autorizados, imputables a exercicios posteriores e que teñan que efectuarse nos mesmos. O importe

polo que se acorda o acto, ha de estar en todo caso exactamente determinado. Tramitarase mediante documento D aplicado a orzamentos futuros. A introdución dun interesado será necesaria se así é exixido de acordo coa natureza económica do gasto. Se ademais é a primeira vez que se establece relación con dito interesado será necesario o correspondente documento de alta do mesmo no inventario de interesados.

Ao iniciarse un novo exercicio económico as autorizacións e, compromisos de gastos adquiridos con cargo a exercicios posteriores, que estivesen imputados ao orzamento que se inicia, pasarán a contabilizarse como operacións de exercicio corrente, mediante os oportunos documentos «A», «AD» ou «D», que se formularán polo servizo pertinente.

Jacinto Álvarez Somoza

## **5. O CONTROL ORZAMENTARIO. CONCEPTO. NATUREZA E ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES. O CONSELLO DE CONTAS.**

## **TEMA 5: O CONTROL ORZAMENTARIO. O CONCEPTO. NATUREZA E ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES. O CONSELLO DE CONTAS.**

### **1. O control orzamentario. Concepto**

### **2. Natureza e ámbito de aplicación**

### **3. Clases**

**Interno: IGCA**

**Externo: Parlamento de Galicia e Tribunal de Contas.**

### **4. 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 aos 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 Legislativo 1/1999 de 7 de outubro (en adiante 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 económica-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 na presente 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 ás 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 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”.*

## **NATUREZA E ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES**

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 xurisdiccional (exercido polo Tribunal de Contas e o Consello de Contas, se ben 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 delegara a función de axuizamento).

- Control Interno, exercido pola Intervención Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia (en adiante IGCA).

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 do 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 deste 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, realízase exclusivamente por órganos da Administración, dependentes da Consellería de Facenda (Decreto 307/2009, de 28 de maio, polo que se establece a estrutura da Consellería de Facenda – DOG nº 106, de 2 de xuño de 2009).

En concreto, o control interno está atribuído polo TRLRFO (como xa vimos no seu artigo 4) á IGCA. 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 exercerao a Intervención Xeral, sen prexuízo das competencias do Consello de Contas de Galicia e, no seu 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 atribúe á IGCA 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 a dito órgano lle asigna a lei e demais normativa de aplicación.

O Decreto 307/2009 plasma a organización desconcentrada da IGCA no capítulo III do seu Título II (artigos 14 e ss), que recollen os seguintes

órganos dependentes e integrados baixo a IGCA:

1. 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 consellerías.

En relación ás Intervencións Delegadas, o artigo 18 do Decreto 307/2009 sinala que tanto na Presidencia da Xunta de Galicia como en todas as consellerías existirá unha intervención delegada, co nivel orgánico de subdirección xeral, integrada organicamente nas respectivas secretarías xerais, que exercerá, baixo a dependencia funcional da Intervención Xeral e xerárquica do conselleiro/a de Facenda, unha serie de funcións, salvo que lle estean expresamente atribuídas ao interventor/a xeral ou aos interventores/as territoriais. Na actualidade existen cinco interventores territoriais para A Coruña, Lugo, Ourense, Pontevedra e Vigo.

Por último, nos organismos autónomos en que así se determine poderá existir unha intervención delegada con nivel orgánico de subdirección xeral que exercerá, baixo a dependencia funcional da Intervención Xeral, o control interno da actividade económico-financeira daqueles.

**O exercicio do control interno pola IGCA** realízase fundamentalmente a través de dous instrumentos:



- A función interventora
- O control financeiro.

Tal e como sinala o art. 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 derivarse dereitos e obrigas de contido económico, así como os ingresos e pagos que deles se deriven e, en xeral, a recadación, o investimento ou a aplicación dos fondos públicos, a 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 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, a 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.

Na actualidade, destaca o sometemento ao réxime de control financeiro do Servizo Galego de Saúde (Orde de 20 decembro 2007 pola que se dá publicidade ao acordo do Consello da Xunta de Galicia que substitúe a función interventora por un sistema de control financeiro permanente no ámbito do Servizo Galego de Saúde – DOG nº 249, de 27 de decembro de 2007).

A “plena autonomía” do artigo 93 en relación aos órganos xestores complementábase coas seguintes características e principios que para a función interventora recolle o art. 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/a Interventor/a xeral da Comunidade poderá avocar o exercicio da función respecto a calquera acto ou expediente que estime 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 pago.
- c) A intervención material do pago.
- d) A intervención da aplicación das cantidades destinadas a obras, subministros, adquisicións e servizos, que comprenderá o exame documental e, no seu caso, a comprobación material.

Sinalado o anterior cómpre matizar 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 (97.6 TRLRFO).
- Non estarán sometidos a intervención previa:
  - a. Os gastos de obras, de xestión de servizos públicos, de subministro, de consultoría e asistencia e de servizos, por importe inferior ao que no seu caso se estableza na Lei de orzamentos de cada ano (na actualidade artigo 39 da Lei 9/2009, de 23 de decembro de Orzamentos Xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2010).
  - 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 se deriven, ou as súas modificacións, así como aqueles outros 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.

Ademais, a Xunta de Galicia poderá acordar, previo informe da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma, que a intervención previa en cada unha das Consellerías 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.

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.

- b. Que as obrigas ou gastos se xeran por órganos competentes.
- c. Aqueloutros extremos que, pola súa transcendencia no proceso de xestión, determine o Consello da Xunta, a proposta do titular da Consellería de Facenda, previo informe da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma.

Esta última mención da letra “c” foi obxecto de desenvolvemento pola orde de 4 de xaneiro de 2010 pola que se dá publicidade ao acordo do Consello da Xunta de Galicia de 30 de decembro de 2009 polo que, en aplicación do disposto no artigo 97.2º do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, se aproba o réxime de fiscalización limitada previa para determinados expedientes de gasto (DOG nº 5, de 11 de xaneiro de 2010).

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 adecúe aos principios de legalidade, economía, eficacia e eficiencia. De acordo co art. 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. Exerceráse mediante a realización de auditorías ou outros tipos de control de conformidade co que se estableza regulamentariamente.

Este desenvolvemento regulamentario levouse a cabo polo Acordo do Consello da Xunta de 18 de marzo de 1999, feito público pola Resolución da Consellería de Facenda de 31 de marzo de 1999, no que se dá aplicación ao art. 103 da Lei 11/1992, de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, respecto do control financeiro (DOG nº 82, de 30 de abril).

O control financeiro realizarase a través de dúas modalidades distintas:

- control financeiro ordinario, que se iniciará por acordo do interventor/a xeral da Comunidade Autónoma quen delimitará a clase e o alcance do control que se vai efectuar, e se desenvolverá directamente por medio de funcionarios ou equipos de control destacados temporalmente ao efecto e dirixido por interventores dependentes do interventor xeral.
- Control financeiro permanente, que o exercerá a IGCA a través das intervencións delegadas nos servizos, organismos, sociedades e entes públicos nos que se atope 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 art. 105.2 do TRLRFO:

- a. Exerceráse a Intervención Xeral da Comunidade a través das Intervencións Delegadas nos servizos, organismos, sociedades e

entes públicos nos que se atope 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. 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 dita oficina determina, a fin de ter un coñecemento completo da mesma.

O control financeiro ordinario enmarcará a súa actuación, de acordo co art. 107 do TRLRFO, nun plan anual de auditorías que se debe realizar en cada exercicio, cuxa elaboración corresponde á Intervención Xeral da Comunidade.

O plan comprenderá as entidades sobre as que se realizaren 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 alcance do mesmo.

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 dito centro directivo. Para solicitar dita 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 dita colaboración.

En desenvolvemento destas previsións legais, o Título III da Lei 9/2007, de 13 de xuño, de Subvencións de Galicia (DOG nº 121, de 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, no seu 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 art. 46 da Lei 9/2007, no exercicio do control financeiro, o funcionario encargado de realizar o mesmo 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 ornamento 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, remitirase ao Parlamento de Galicia antes do 20 de outubro, aos 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 desenvoltas 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 exerce 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 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, previo 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 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 os mesmos 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 dita porcentaxe, non sobrepasa o 10 % do citado orzamento de gastos. Ditas porcentaxes aplicaranse de forma

conxunta e acumulada para ambas clases de modificacións de crédito e ao longo do mesmo exercicio orzamentario.

- b. No expediente de modificación orzamentaria emitirá informe a Consellería á que estea adscrito o organismo autónomo que o promova, xustificando debidamente a necesidade e urxencia do gasto e propoñendo 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 no apartado a) do presente número”.

O control parlamentario exércese 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 deba a Comisión ou o propio Parlamento ser informada 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 dará conta trimestralmente ao Parlamento de Galicia dos créditos

extraordinarios e suplementos de crédito concedidos ao abeiro do previsto no apartado a) do presente número”.

- De acordo co artigo 65.2 do TRLRFO “De cada modificación acordada en virtude do disposto neste artigo 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”.
- De acordo coa Disposición Adicional 2ª do TRLRFO “A Consellería 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 (arts. 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 remitirase previo 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 a 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, polo presente Estatuto, polas Leis do Estado e as do

Parlamento de Galicia”).

A Conta Xeral comprenderá todas as operacións orzamentarias, patrimoniais e de Tesourería 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 no 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 en base aos estados e documentos que determine a Consellería de Economía e Facenda e, en particular, polos seguintes:

1. A liquidación do orzamento, especificando 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 da presente 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 Tesourería 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 Tesourería 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 engadidos 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 IGCA e o control externo encomendado ao Parlamento de Galicia, parece necesario que, con carácter previo á análise do Consello de Contas do último 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 do disposto no artigo 136 da CE, o Tribunal de Contas está regulado pola Lei Orgánica 2/1982, de 12 de marzo (en adiante LOTC), e pola Lei 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamento do Tribunal de Contas.

A natureza do Tribunal de Contas é dobre: fiscalizadora e xurisdicional, conecta os 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 do mesmo 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 2º da LOTC enumera como funcións propias do Tribunal de Contas as dúas seguintes:

- a. A fiscalización externa, permanente e consultiva da actividade económico-financeira do sector público.
- b. O axuizamento da responsabilidade contable en que incorran quen 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. Aos mesmos efectos, os órganos de referencia remitirán ao Tribunal de Contas, tan pronto os teñan aprobados ou, no seu 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 de dito sector percibidas por persoas físicas ou xurídicas.

Os informes ou memorias haberán de remitirse acompañados dos antecedentes e do detalle necesarios ao obxecto de que o Tribunal de Contas poida examinalos, practicar, no seu caso, as ampliacións e comprobacións que estime necesarias, e incorporar as súas propias conclusións, se resultara procedente, á Memoria anual a remitir 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”.

## **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, 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, de 22 de setembro, de Financiamento das Comunidades Autónomas (en adiante LOFCA), establece no seu artigo 22 a posibilidade de que no control da actividade financeira das Comunidades Autónomas poida concorrer o Tribunal de Contas e outras institucións de control que estableceran as Comunidades Autónomas nos seus Estatutos.

Todo o anterior, non obsta o establecido polo artigo 136 da Constitución Española analizado no epígrafe anterior e do artigo 153 da CE que sinala que:

“O control da actividade dos órganos das Comunidades Autónomas exercerase:

- a. Polo Tribunal Constitucional, o relativo á constitucionalidade das súas disposicións normativas con forza de Lei.
- b. Polo Goberno, previo ditame do Consello de Estado, o do 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, de 24 de xuño, do Consello de Contas (en adiante LCC). Esta lei foi obxecto de modificación pola Lei 4/1986, de 26 de decembro, de modificación da Lei 6/1985, de 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”.

Cómpre polo tanto definir que se entende por Sector Público a estes efectos para coñecer cal é o ámbito de actuación do Consello de Contas. O artigo 2 da LCC sinala que aos efectos desta lei compoñen o sector público:

A Administración Autonómica e os seus Organismos Autónomos.

- a. As Entidades Locais e os seus Organismos Autónomos, así como as empresas públicas dependentes das mesmas, no ámbito competencial das institucións de autogoberno.
- b. As empresas públicas, calquera que sexa a súa forma xurídica, dependentes da Administración Autonómica.
- c. 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 art. 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 constituido cando estean presentes tres dos seus membros, e os acordos serán adoptados por maioría dos presentes. O Pleno será convocado polo Conselleiro Maior, a

iniciativa propia ou sempre que o soliciten, polo menos, dous dos seus membros.

Corresponde 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 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. Propoñer o nomeamento de un 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.
- LI. As demais funcións que, por Lei, se lle encomenden.

O Conselleiro Maior será nomeado por un período de tres anos polo Presidente da Xunta, a 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 ao 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. Dispoñer os gastos propios do Consello e a contratación de obras, bens, servizos e subministros 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.

Corresponde á Comisión de Goberno:

- a. Establecer o réxime de traballo do persoal.
- b. Distribuir 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 ás seccións (artigo 10 da LCC), corresponderá 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, a cuxa fronte estará un Conselleiro por cada un.

Por outra parte, corresponde 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 ás funcións do Consello de Contas.

En ambos casos, os presidentes das seccións serán designados polo Pleno, para un período de tres anos.

Por último dentro da clasificación orgánica do artigo 6 corresponde á Secretaría Xeral:

- desempeñar as funcións conducentes ao axeitado exercicio das competencias gobernativas 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 ss 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. Se se producisen 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 exixen a titulación académica superior, e entre licenciados en dereito, en ciencias económicas, en ciencias empresariais e Intendentes 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, estiveran 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 (se ben hai que ter en conta en relación con esta función a Sentenza 18/1991, de 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, de 24 de xuño, do Parlamento de Galicia, do Consello de Contas que máis adiante se recolle)

Dentro da primeira destas funcións, corresponde 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, determinada 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 sexan percibidas por persoas físicas ou xurídicas.
- c. Fiscalizar os contratos celebrados 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, no seu 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 advertira 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 das mesmas”.

En relación co inciso “instruirá o oportuno procedemento xurisdiccional”, foi declarado inconstitucional e nulo por Sentenza 18/1991, de 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, de 24 de xuño, do Parlamento de Galicia, do Consello de Contas. Esta sentenza sinalou que *“ten que considerarse 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 conferir ao Consello de Contas da Comunidade Autónoma de Galicia competencias que deben inscribirse na función de axuizamento de responsabilidades contables que corresponde en exclusiva a ese Tribunal.*



*As actividades de «instrución de procedementos xurisdicionais» 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, de 5 de abril, de Funcionamento dese Tribunal”.*

Por tanto, hai que 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, de 12 de maio.

Por último, debemos facer una 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 farese constar por medio de mocións ou notas dirixidas á autoridade, organismo ou entidade ás que afecten e de memorias ordinarias ou extraordinarias, que se elevarán 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 prácticas irregulares observara, con indicación da responsabilidade en que, ao seu xuízo, se incorrera e das medidas para exixila.

Por outra parte, o Consello de Contas poderá emitir en calquera momento,

a 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 elevar 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 do mesmo.
- 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 a adoptar, no seu caso, para a mellora da xestión económico-financeira do sector público de Galicia.

Así mesmo, a memoria anual conterá un informe das actividades

xurisdicionais 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 co Consello de Contas no exercicio das funcións deste, estando obrigadas a subministrarlle cantos datos, estado, documentos, antecedentes ou informes lles solicite. O incumprimento dos requerimentos do Consello poderá supoñer a aplicación das sancións legalmente establecidas (coa particularidade de que se os requerimentos se refiren á reclamación de xustificantes de investimentos ou gastos públicos, e non son cumpridos no prazo solicitado, iniciárase 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 corresponde ao propio Consello e ao Parlamento de Galicia e os requerimentos 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 rendera. O Pleno ditará a declaración definitiva que lle mereza para elevala ao Parlamento, coa oportuna proposta, dando traslado á Xunta de Galicia, a cal deberá dispoñer a publicación das conclusións no Diario Oficial de Galicia.

En particular, as entidades locais deberán emitir 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, á conta xeral da Comunidade Autónoma achegárase a conta xeral de operacións realizadas polas corporacións a que se refire o número 29 do artigo 27 do Estatuto de Autonomía de Galicia.

A 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, de 3 de abril, da xestión económica e financeira pública de Galicia.

Os artigos 27 e 28 establecen os medios de apremio e multas coercitivas que se imporán en caso de incumprimento.

Por último, os artigos 21 e 22 da LCC establece as relacións entre o Consello de contas e o Parlamento de Galicia, sinalando que “Unha Comisión Parlamentaria encargárase das relacións do Parlamento co Consello de Contas” e que “O exame das contas do Consello de Contas corresponde ao Parlamento de Galicia, ao que se deberán trasladar con esta finalidade como un anexo na memoria anual”

Jacinto Álvarez Somoza

## **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.**

#### **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 de 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-financiera 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 aos 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 Legislativo 1/1999 de 7 de outubro (en adiante 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 económica-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 obrigas de contido económico ou ao manexo de fondos públicos deberán estar controladas ou intervidas conforme ás 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 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”.

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 xurisdiccional (exercido polo Tribunal de Contas e o Consello de Contas, se ben 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 delegara a función de axuizamento).

- Control Interno, exercido pola Intervención Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia (en adiante 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 do 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 deste 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, realízase exclusivamente por órganos da Administración, dependentes da Consellería de Facenda (Decreto 307/2009, de 28 de maio, polo que se establece a estrutura da Consellería de Facenda – DOG nº 106, de 2 de xuño de 2009).

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 exercerao a Intervención Xeral, sen prexuízo das competencias do Consello de Contas de Galicia e, no seu 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 art. 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 derivarse dereitos e obrigas de contido económico, así como os ingresos e pagos que deles se deriven e, en xeral, a recadación, o investimento ou a aplicación

dos fondos públicos, a 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 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 INTERVENCIÓN XERAL DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA.**

### **ORGANIZACIÓN E FUNCIÓNS.**

De acordo co artigo 96 do TRLRFO, “A función interventora exercerase conforme aos 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 estime oportuno.

Regulamentariamente establecerase a competencia dos interventores delegados do interventor xeral”.

O Decreto 307/ 2009, de 28 de maio, establece a estrutura orgánica da Consellería de Facenda, determinando as competencias de cada un dos seus órganos e as funcións a desenvolver polas unidades que os integran.

Segundo o citado Decreto, para o desempeño das súas funcións a Consellería de Facenda estrutúrase nos seguintes órganos:

- Conselleira/o.
- Secretaría Xeral Técnica e do Patrimonio.
- Intervención Xeral da Comunidade Autónoma.
- Dirección Xeral de Orzamentos.
- Dirección Xeral de Tributos.
- Dirección Xeral de Política Financeira e Tesouro.
- Dirección Xeral de Planificación e Fondos.
- Dirección Xeral da Función Pública.
- Departamentos territoriais.

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 Consellerías.

Pola súa importancia recolleremos neste tema o contido dos dous primeiros artigos.

O **artigo 11** refírese ás **competencias** da Intervención Xeral e establece:

1. “Corresponden 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 da TRLRFO de Galicia.
  - A dirección e xestión da contabilidade pública na forma e co contido previstos nos capítulos II e III do título V do TRLRFO de Galicia e na Orde de 1 de decembro de 1989, pola que se

implanta un novo sistema de información contable na Administración da Xunta de Galicia.

- As actuacións de control financeiro de subvencións de acordo co disposto na lei 9/2007, de subvencións de Galicia e demais normativa de desenvolvemento.
  - As actuacións de auditoría de fondos comunitarios que lle correspondan, de acordo 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.
  - Exercicio das demais funcións que a dito órgano lle asigne 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 cantía indeterminada.
    - Os que deben ser aprobados polo Consello da Xunta.
    - 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, suministros, 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 consellerías.
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 consellería.
  - As intervencións delegadas nos organismos autónomos, sociedades e noutros entes públicos da Comunidade Autónoma.
  - As intervencións territoriais delegadas.

## **A FUNCIÓN INTERVENTORA.**

O control previo de legalidade de ingresos, de gastos e pagos, os distintos momentos de exercicio deste control e a omisión polo órgano xestor do trámite do control interno, serán os temas que desenvolveremos dentro deste epígrafe da función interventora.

O Texto Refundido da Lei de Réxime Financeiro e Orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto Lexislativo 1/1999, de 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 estime oportuno.

Reglamentariamente establecerase a competencia dos interventores delegados do interventor xeral da Comunidade Autónoma”.

Este desenvolvemento regulamentario como vimos antes, recóllese actualmente no Decreto 307/2009, de 28 de maio, no que se aproba a



estrutura orgánica da Consellería de Facenda e que nos seus artigos 18 e 27 desenvolva 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** que se recollen 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 pago.
- c) A intervención material do pago.
- d) A intervención da aplicación das cantidades destinadas a obras, subministros, 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 convertírase 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) Interpoñer 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 de 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 como de forma xeral mediante un control previo e pleno, a normativa recolle algunhas excepcións referidas tanto ao momento do control admitindo en ocasións que este non se realice nun momento previo á 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 subministros, 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 do 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 consellerías 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 axeitado 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 remitiranse ao titular da Consellería para que formule, se é o caso, e no prazo de quince días, as alegacións que considere oportunas, e posteriormente elevaranse á Intervención xeral da Comunidade Autónoma.

A intervención Xeral da Comunidade Autónoma daralle 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, o Consello da Xunta de Galicia, a proposta da Consellería de Facenda, previo informe da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma adoptou o **Acordo de 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 realizárase 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 foran 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.

A estes efectos a Intervención Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, pechando o círculo dos posibles tipos de control aprobou a **Instrución 5/2010, de 16 de abril, sobre control posterior de expedientes de gasto**, regulando nela:

1. O obxecto do control posterior.
2. A selección dos expedientes obxecto de control.
3. Os órganos competentes para o exercicio do control posterior.
4. O desenvolvemento do procedemento de control posterior.
5. Os informes de control posterior.
6. O reintegro.
7. Resultado das actuacións de control posterior.
8. Seguimento das recomendacións propostas.
9. A entrada en vigor, que se produciu o 17 de abril de 2010.

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 xestión dos mesmos se axustou razoablemente ás disposicións aplicables, a Intervención xeral poderá propoñer 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 xeralizados 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 que sexa o 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 determinar a 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 no presente Acordo realizarase mediante a comprobación dos seguintes extremos:

- a) A existencia de crédito orzamentario e que o orzamento 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 lo preceptuado no artigo 58 do TRLRFO.
- b) Que as obrigas ou gastos se xeren por órgano competente. Comprobarase en todo caso a competencia do órgano de

contratación, do concedente da subvención, do que celebre o convenio, do que resolva o expediente de responsabilidade patrimonial e, en xeral, do que dite o acto administrativo, aínda que dito 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 á 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, no seu caso, fiscalizados favorablemente.
- f) Nos expedientes de recoñecemento de obrigas deberá comprobarse que responden a gastos aprobados e comprometidos e, no seu 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 no presente 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 puidera 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, haberá de actuar conforme ao 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 de 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 realizarse 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 se dite 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 de dita 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. Ditos reparos deberán ser motivados con razonamentos fundados en normas que apoien o criterio sustentado e deberán conter todas as obxeccións realizadas ao expediente.
2. Cando a disconformidade 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 do mesmo. 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 pagos, orixinarase



a suspensión da tramitación do expediente, ata que aqueles non 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 pago.
  - b) Cando se aprecien graves irregularidades na documentación xustificativa das ordes de pago 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 puidese causar quebras económicas á Comunidade Autónoma ou a un terceiro.
  - e) Cando o reparo sexa consecuencia de comprobacións de materiais de obras, subministros, 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 remitirá á Intervención a documentación xustificativa de que se repararon ditos defectos.

De non reparar o órgano xestor os defectos indicados, para a continuación do expediente considerarase formulado o correspondente reparo.

O previsto neste número non será aplicable naqueles supostos nos 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 reparar as deficiencias observadas e remitir 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 da seguinte forma:

- a) Se o reparo fose formulado por unha Intervención Delegada, corresponderá 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, corresponderá 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 nos 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 pago nin intervir favorablemente estas actuacións ata que se coñeza ou resolva 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 manifestarano 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, poida o titular da consellería de que aquela proceda someter o actuado á decisión da Xunta de Galicia para que adopte a resolución a que houbese lugar.

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 produciran no momento en que se adoptou o acto de aprobación do gasto sen fiscalización ou intervención previa.
- As prestacións que se realizasen como consecuencia de dito 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 consellería acordase someter o expediente á decisión da Xunta de Galicia, comunicarao 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, no seu



caso, as observacións que estime convenientes respecto do informe da intervención.

A Secretaría do Consello da Xunta comunicará á consellería 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

**7. O SISTEMA TRIBUTARIO  
ESPAÑOL. O IMPOSTO.  
CONCEPTO, CLASES,  
PRINCIPIOS E EFECTOS. OS  
IMPOSTOR DIRECTOS:  
CONCEPTO, CARACTERES E  
CLASES. OS IMPOSTOR  
INDIRECTOS: CONCEPTOS,  
CARACTERES E CLASES.**

## **TEMA 7**

### **O SISTEMA TRIBUTARIO ESPANOL. O IMPOSTO: CONCEPTO, CLASES, PRINCIPIOS E EFECTOS. OS IMPOSTOS DIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES E CLASES. IMPOSTOS INDIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES E CLASES.**

#### **1. O SISTEMA TRIBUTARIO ESPANOL.**

Nunha primeira aproximación, un sistema tributario pode identificarse cun conxunto de gravames que forman parte dun todo e que se aplican nun determinado territorio sendo froito, adoita sinalar a doutrina, dunha interacción de decisións racionais e de factores históricos.

Afondando na explicación destes dous aspectos FERREIRO LAPATZA alude ás características que, segundo GENGEMI, ten un sistema tributario racional. Así, este autor menciona factores como a existencia dunha Administración financeira eficiente coñecedora das consecuencias da súa actuación; a ausencia de evasións e duplicacións de gravame; a admisión de exencións; o mantemento da progresividade dentro de límites reais; a afirmación dos principios de persoalidade e equidade no reparto da carga tributaria no sector dos impostos directos así como á coordinación entre eles e, does, á súa vez, cos impostos indirectos; a certeza nos dereitos e obrigas do poder público e os contribuíntes; a existencia duns principios xerais inspiradores do sistema; ou a necesidade de establecer un sistema sancionador que asegure o cumprimento das normas tributarias.

Pois ben, xunto con dita racionalidade, sen dúbida presente no noso sistema tributario, tamén o elemento histórico está presente dunha maneira destacada. Desde este punto de vista a maior parte da doutrina coincide en sinalar á reforma de 1845 como o punto de arranque do noso sistema tributario actual. Con esta reforma, entre outras cuestións e en termos xerais, logrouse a unificación fiscal española así como a



simplificación dos impostos existentes ata o momento, extremos que derivaron nunha mellora da administración fiscal así como nun incremento da recadación.

A esa reforma seguíronlle outras como as de 1900, 1940, 1957 ou 1964. Todas elas implicaron avances, aínda que tamén contiñan algúns defectos que a reforma de 1978 tratou de paliar e que se iniciou, de maneira efectiva, coa aprobación da Lei 44/1978, de 8 de setembro, do Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas.

Pois ben, o sistema impositivo que resultou da reforma que se levou a cabo nos primeiros anos da democracia no noso país mantén a súa estrutura na actualidade, aínda que lóxicamente foi obxecto de sucesivas modificacións.

Polo que atinxe á súa estrutura, o sistema tributario español está constituído por todos os impostos, taxas e contribucións especiais vixentes a nivel estatal, autonómico e local. Pois ben, das tres especies tributarias mencionadas o imposto é, sen dúbida, a máis relevante tanto desde o punto de vista cuantitativo como cualitativo, polo que a elas nos referiremos nos seguintes epígrafes.

## **2. O IMPOSTO: CONCEPTO, CLASES, PRINCIPIOS E EFECTOS.**

### **2.a. Concepto.**

Como acaba de sinalarse, no sistema tributario español os impostos, xunto coas taxas e as contribucións especiais, constitúen unha das tres grandes especies en que se divididiu a categoría de tributo. Nese sentido, o apartado 2 do art. 2 da LGT establece que “Os tributos, calquera que sexa a súa denominación, se clasifican en taxas, contribucións especiais e impostos”, termos todos eles que, á súa vez, son definidos no citado precepto.

Así, en primeiro lugar, o apartado 1 do art. 2 da Lei 58/2003, de 17 de decembro sinala que *“Os tributos son os ingresos públicos que consisten en prestacións pecuniarias exixidas por unha Administración pública como consecuencia da realización do suposto de feito ao que a lei vincula o deber de contribuir, co fin primordial de obter os ingresos necesarios para o sostemento dos gastos públicos.”*

A continuación, é o art. 2.2. LGT o encargado de definir cada unha das categorías tributarias, sinalando así que:

a) As taxas *“son os tributos cuxo feito imponible consiste na utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público, a prestación de servizos ou a realización de actividades en réxime de dereito público que se refiran, afecten ou beneficien de modo particular ao obrigado tributario, cando os servizos ou actividades non sexan de solicitude ou recepción voluntaria para os obrigados tributarios ou non se presten ou realicen polo sector privado”*.

b) 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”*.

c) Os impostos *“son os tributos exixidos sen contraprestación cuxo feito imponible está constituido por negocios, actos ou feitos que poñen de manifesto a capacidade económica do contribuínte”*.

Pois ben, analizando este último concepto, dous son os aspectos que deben destacarse do mesmo.

Así, en primeiro lugar, ten que facerse referencia ao inciso da citada definición no que se dispón que os impostos son *“os tributos exixidos sen contraprestación”*.

A este respecto a LGT de 2003 manteu unha expresión moi criticada xa durante a vixencia da xa derogada LGT de 1963, toda vez que o feito de caracterizar aos impostos pola ausencia de contraprestación induce ao erro de pensar que esta circunstancia se atopa presente nas restantes clases de tributos. Pois ben, tendo en conta que, en sentido técnico xurídico, o termo “contraprestación” está reservado ás obrigas sinalagmáticas, ten que concluírse que a súa utilización para definir ao imposto non pode interpretarse con ese mesmo significado. Partindo desta premisa, a doutrina entende que a forma de interpretar dito termo no contexto da definición dos impostos ten que partir da propia estrutura do seu feito imponible na que, a diferenza do que pode observarse noutras categorías tributarias, non existe referencia ningunha a unha actividade concreta do ente público como xustificación para a aplicación do imposto de que se trate.

É dicir, cos impostos grávanse manifestacións de capacidade económica “non casualizadas” ou “non vinculadas” a unha actividade administrativa concreta, e nese sentido debe interpretarse a ausencia de contraprestación á que alude a definición de imposto na L.G.T.

Por outra parte, e continuando coa análise do concepto de imposto, ten que repararse tamén no significado que cabe atribuír ao inciso no que se sinala que o seu *“feito imponible está constituido por negocios, actos ou feitos que poñen de manifesto a capacidade económica do contribuínte”*.

Certamente a referencia ao principio de capacidade económica na definición do imposto tamén foi obxecto de críticas, toda vez que, ao non mencionarse expresamente nos conceptos das demais categorías tributarias podería levar a entender que se trata dun principio exclusivamente aplicable á categoría tributaria que nos ocupa, cando en realidade se trata dun principio que debe inspirar ao conxunto do sistema tributario.

Á marxe desa polémica, considerada inútil por algúns autores, o certo é que a capacidade económica, predicable respecto de todos os tributos, ten que ser atendida tamén respecto dos impostos e, particularmente, á hora de establecer e definir os feitos impositivos dos mesmos. Dese modo, o lexislador poderá establecer figuras impositivas en torno a diferentes negocios, feitos ou actos, como sinala a LGT, pero sempre que os mesmos sexan susceptibles de exteriorizar algunha manifestación de capacidade económica.

Dos termos que o lexislador emprega para definir ao imposto dedúcense xa algunhas das principais características desta categoría tributaria.

As características do imposto son:

- a) O seu carácter obrigatorio fronte a outros ingresos públicos. É dicir, trátase de prestacións patrimoniais de carácter público establecidas de forma coactiva, de tal modo que a súa existencia e exixibilidade non depende da vontade dos obrigados.
- b) É un tributo exixido sen contraprestación específica e equivalente ao pagado. A súa exixibilidade ou cobro non está condicionado á utilización dalgún servizo público concreto, xa que o seu obxectivo é o financiamento do gasto público. Por tanto, a súa finalidade é contributiva.
- c) Os impostos teñen que recaer sempre sobre manifestacións concretas de capacidade económica, como poden ser o patrimonio, a renda ou o gasto.
- d) O feito impositivo do tributo aparece referido tanto a feitos como a actos de natureza xurídica ou económica, que estarán doimitados por unha norma de rango legal. Nese sentido ten que terse en conta a relevancia que en materia tributaria ten o principio de reserva de lei (art. 31.3 CE).

e) Da realización do feito imponible xorde, a cargo do contribuínte, a obriga tributaria principal, traducida fundamentalmente nunha obriga pecuniaria de dar a favor do Estado ou outro ente público.

## **2.b. Clases de impostos.**

Son moitos os criterios que poden manexarse para a clasificación dos impostos. Non obstante, a clasificación maioritariamente aceptada polos tributaristas, é a que diferencia os seguintes tipos de impostos:

### **-Impostos persoais e reais**

Os *impostos persoais* son aqueles nos que o elemento obxectivo do orzamento de feito só pode concebirse por referencia a unha persoa determinada, configurándose esta como elemento constitutivo do propio orzamento de feito. Son persoais os impostos que recaen sobre a renda ou sobre o patrimonio dunha persoa física ou xurídica. Trátase de impostos que non poden ser pensados sen poñelos en relación cunha determinada persoa e intentan gravar toda a capacidade económica do suxeito. Por exemplo, o IRPF.

Pola contra, son *impostos reais* aqueles cuxo feito imponible se establece con independencia do elemento persoal da relación tributaria. Isto é, se asentan sobre o elemento obxectivo do orzamento de feito, que é constitutivamente autónomo. Pode ser pensado e, conseguintemente, definido pola norma, sen referencia a ningún suxeito determinado. Por tanto, gravan manifestacións da riqueza que pode ser pensada sen poñela en relación directa cunha persoa en concreto. Por exemplo, o Imposto sobre Bens Inmóveis, cuxo feito imponible se define atendendo á natureza do ben con independencia de quen sexa o seu titular.

### **-Impostos subxectivos e obxectivos**

Outra das clasificacións dos impostos que se manexan no ámbito tributario é a que diferencia entre impostos subxectivos e obxectivos.

Un imposto é subxectivo cando a través das disposicións que o regulan, nalgún momento, se toman en consideración circunstancias persoais e familiares dos suxeitos que están chamados a satisfacelo a efectos de modular a súa carga tributaria. O exemplo máis paradigmático é o do IRPF.

Cando ditas consideracións non se teñen en conta á hora de cuantificar o importe da débeda tributaria, o imposto será obxectivo. Un exemplo de imposto obxectivo vén representado polo ITP e AJD.

Nalgunhas ocasións esta clasificación pode confundirse coa anterior, aínda que entre ambas existen matices que obrigan á súa diferenciación. Así, por exemplo, o Imposto sobre Sociedades é persoal, pero non pode cualificarse como subxectivo xa que non grava a unha persoa física. Pola súa parte, o Imposto sobre Sucesións e doazóns é real, pois o seu orzamento de feito só atende á realización dunha transmisión gratuita de bens ou dereitos, pero ten matices subxectivos en canto que modula a carga tributaria dos contribuíntes en razón do parentesco que o transmitente ten co transmisor.

En termos xerais e a efectos de sintetizar esta cuestión, pode sinalarse que son subxectivos os impostos persoais que recaen sobre persoas físicas, e que serán obxectivos os que recaian sobre persoas xurídicas, así como os impostos reais.

-Impostos periódicos e instantáneos.

En función do elemento temporal do feito imponible dos impostos, os mesmos poden clasificarse en *impostos periódicos e instantáneos*.

Os periódicos son aqueles impostos cuxo orzamento de feito goza de continuidade no tempo, de forma que o lexislador se ve obrigado a fraccionalo, de tal sorte que a cada fracción resultante se asocia unha débeda tributaria distinta. Por exemplo, no IRPF o feito imponible mostra unha tendencia a reproducirse no tempo de maneira sistemática, polo que

o lexislador, en lugar de dispoñer o gravame das persoas físicas cada vez que obteñen unha renda, establece que o tributo se perciba, en termos xerais, o 31 de decembro de cada ano. Así pois, a renda percibida durante todo o ano natural dará lugar a unha obriga tributaria independente, considerándose que o feito imponible está integramente realizado o 31 de decembro, momento que coincide co da remuneración deste tributo.

Pola súa parte, os impostos instantáneos son aqueles cuxo orzamento de feito se esgota, pola súa propia natureza, nun determinado período de tempo. Non quere dicir que a súa duración teña que ser fugaz, senón que abonda con que non se prolongue indefinidamente. Por exemplo, o ITP-AJD ou o Imposto sobre Sucesións e Doazóns.

-Impostos directos e indirectos.

Por último, outra das clasificacións dos impostos é a que distingue aos impostos directos dos indirectos.

En termos xerais, os impostos directos son aqueles que recaen sobre índices de capacidade económica que permiten medir cun elevado grao de aproximación á realidade a capacidade contributiva dos cidadáns. Este é o caso, por exemplo, da renda, polo que o IRPF é un imposto directo.

Ademais do anterior, nos impostos directos a obriga de pago do imposto recae sempre sobre a persoa que posúe eses índices de capacidade económica, sen que exista a posibilidade de que esa persoa poida resarcirse do pagado fronte a un terceiro.

Pola súa parte, os impostos indirectos miden a capacidade económica dos cidadáns a través de criterios máis afastados da capacidade contributiva real dos individuos, recaendo sobre índices indirectos de capacidade económica como pode ser o gasto ou consumo que un suxeito pode realizar gravado, por exemplo, a través do IVE.

A maior abundamento, a normativa reguladora destes impostos establece a obriga de que o suxeito pasivo repercuta ou traslade o importe da súa cota tributaria a un terceiro, mecanismo que se aplica ata chegar ao consumidor final, verdadeiro obxectivo do gravame destes tributos.

## **2.c. Principios.**

Para abordar a análise dos principios da imposición temos que referirnos á enumeración recollida tanto na Constitución Española (art. 31), como na Lei Xeral Tributaria (art. 3).

Pois ben, partindo destes preceptos os principios da imposición poden clasificarse en principios xurídico-materiais e xurídico-formais.

### **1. Principios xurídico-materiais da imposición.**

Dentro deste grupo de principios podemos diferenciar, á súa vez, seguindo a clasificación establecida na LGT, os principios de ordenación do sistema tributario e os principios de aplicación do mesmo.

#### **1.A. Principios da ordenación do sistema tributario**

##### **a) Principio de xeralidade**

Este principio, ao que a Constitución alude cando establece no seu art. 31.1. que “todos contribuirán” ao sostemento dos gastos públicos, refírese á obriga de que todos os suxeitos contribúan dentro do sistema tributario para facer fronte ás cargas públicas, agora ben, lóxicamente sempre que realicen algunha actividade susceptible de someterse a imposición no noso sistema tributario. Establécese, pois, a universalidade no sacrificio impositivo.

Non obstante o anterior, os principios materiais de xustiza tributaria non poden entenderse illadamente, senón que teñen que poñerse en relación entre eles, interacción da que poden derivarse limitacións á hora de aplicalos. Nesa liña, o principio de xeralidade resultará limitado, por



exemplo, polo principio de capacidade económica, extremo que levará a concluir que “todos” contribuirán ao sostemento dos gastos públicos pero, evidentemente, farano sempre que contén coa capacidade económica suficiente ou necesaria para afrontar o pago do tributo.

Precisamente por ese motivo os beneficios ou exencións fiscais non teñen porqué contradicir o principio de xeralidade nin, como veremos, o de igualdade. Así, por exemplo, o feito de que determinados suxeitos, pese a realizar o feito impositivo do IRPF estean exentos de tributar cando o seu nivel de renda non alcance un mínimo exixido pola Lei non pode entenderse como unha previsión contraria ao principio de xeralidade, que neste caso se ve limitado como consecuencia da súa interacción co principio de capacidade económica, tamén recollido na Constitución.

A maior abundamento, a concesión de beneficios tributarios pode ser constitucionalmente lexítima e respectar o principio de xeralidade, a pesar de que aqueles beneficios poidan afectar a persoas que teñan a capacidade económica suficiente para afrontar o pago do tributo, e isto porque o lexislador tributario pode establecer ditos beneficios para colaborar na consecución doutros principios e dereitos recollidos na Constitución. Pénsese así nun beneficio fiscal que pode concederse ás empresas por incluír no seu cadro de persoal a persoas discapacitadas.

Nese sentido ten que lembrarse, como sinala o art. 2 da Lei 58/2003, de 17 de decembro, Xeral Tributaria, no segundo parágrafo do seu apartado 1, que: *“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 á realización dos principios e fins contidos na Constitución”*. Deste modo, o tributo deixa de ser neutro e de exclusiva finalidade recadatoria, para servir de instrumento da política económica e social. É dicir, recoñécese a “instrumentalización económica do tributo”. Neste sentido pode lembrarse que a Constitución Española sinala entre os principios rectores 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), obxectivo ao cal, loxicamente, tamén debe colaborar o lexislador fiscal.

#### b) Principio de capacidade económica

A capacidade económica é un criterio esencial de reparto ou distribución da carga tributaria e significa, basicamente, que os tributos deben recaer sobre quen poidan facer fronte á carga económica derivada da súa aplicación.

En canto ás súas funcións, poden destacarse dous aspectos. Dun lado, serve de fundamento da imposición en canto que o gravame recaerá sobre os suxeitos que teñan a capacidade de soportar dita carga tributaria. Por outra parte, funciona como límite para o lexislador, no sentido de exixirlle que sempre que estableza un tributo, este debe recaer sobre unha manifestación, directa ou indirecta, de capacidade económica.

Tal e como xa se sinalou ao abordar o principio de xeralidade, o principio de capacidade económica pode operar como un límite para aquel e, á súa vez, interrelaciónase con outros principios, como o de igualdade. De feito, a capacidade económica converteuse nun dos principais instrumentos para que o lexislador poida alcanzar a igualdade material (non formal) entre os cidadáns.

#### c) Principio de igualdade.

O principio de igualdade en materia tributaria formúlase a través dunha dobre máxima: gravar do mesmo modo a individuos que se atopen na mesma situación; e, gravar de diferente maneira a individuos que presenten situacións diversas. É dicir, o reparto dos tributos outorgando igualdade de trato aos contribuíntes exige tratar de forma diferente a quen se atopan en situacións distintas.

Pois ben, para lograr esa igualdade de carácter material, fuxindo por tanto dunha igualdade de carácter aritmético ou formal, o lexislador conta con útiles instrumentos entre os cales, sen dúbida, a capacidade económica ocupa un lugar destacado. Atendendo á interacción existente entre ambos principios haberá que concluir que canto maior sexa a capacidade económica dun individuo, maior debe ser a súa contribución ao sostemento dos gastos públicos, xa que só así poderá aspirarse a lograr unha igualdade na carga tributaria que todos soportarán. Ao mesmo obxectivo contribúe tamén, como veremos a continuación, o principio de progresividade.

d) Principio de progresividade e de non confiscatoriedade.

Certamente, o principio de progresividade contribúe á consecución da igualdade, xa que aquel implica que quen máis teñen contribúan en proporción superior aos que menos teñen. É dicir, que a carga tributaria soportada por un individuo (suma das cotas que satisfai a través dos diversos impostos) vaia crescendo nunha proporción superior á do incremento da súa capacidade tributaria (medida polas bases impositivas). Para que un sistema tributario cumpra con este principio, non é necesario que a progresividade, tal como a definimos, poida predicarse de todos e cada un dos seus impostos; abonda con que no sistema tributario teñan peso suficiente os impostos con carácter progresivo.

Agora ben, a progresividade, por imperativo constitucional, ten un límite infranqueable, isto é, o principio de non confiscatoriedade. Este principio pode considerarse como unha garantía para os cidadáns estreitamente conectada ao dereito á propiedade privada. Isto é, a progresividade, que se traduce nun incremento do gravame nunha proporción superior ao incremento de capacidade económica, non pode levarse ata o punto no que atente contra as rendas ou propiedades dos suxeitos pasivos.

e) Principio de equidade ou equitativa distribución da carga tributaria

Este principio, recollido na Constitución en referencia aos gastos públicos e na LGT respecto do sistema tributario no seu conxunto, exige que o fin último que debe alcanzar un sistema tributario sexa o reparto equitativo dos tributos, pois a equidade aparece como contido último da xustiza. A ese principio de xustiza aluden tanto a Constitución como a LGT, extremo que debe colocarse en primeiro lugar á hora de analizar o resto dos principios, xa que a consecución da xustiza do sistema tributario conseguírase, en grande medida, como consecuencia dunha correcta aplicación do resto dos principios analizados.

#### 1. B. Principios da aplicación do sistema tributario

##### a) Principio de proporcionalidade

A proporcionalidade é exixida pola Lei Xeral Tributaria tanto con carácter xeral (artigo 3.2): «A aplicación do sistema tributario basearase nos principios de proporcionalidade...», como particular. Así sucede cando se refire á potestade sancionadora (art. 178); ás actuacións do procedemento de recadación (medidas cautelares art. 81, embargos art. 169); e tamén no procedemento inspector (medidas cautelares art. 146). Responde á exixencia de equilibrio entre o fin pretendido e as medidas adoptadas para a súa consecución.

Así pois, este principio atinxe sobre todo ao exercicio das potestades administrativas proxectado nas particularidades do caso concreto, xa que se desenvolve no proceso valorativo das potestades normativas. Dese modo, aplicar a proporcionalidade implica para a Administración a necesidade de ter en conta o orzamento de feito ou situación a valorar, os medios que ofrece a norma e o fin perseguido.

##### 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 está previsto con carácter xeral para toda a Administración pública no artigo 103.1 da Constitución.

c) Principio de limitación de custos indirectos derivados do cumprimento de obrigas formais.

Xunto á presión fiscal directa, existe outro tipo de presión fiscal denominada indirecta que obriga ao 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 imponha aos contribuíntes só aquelas obrigas estritamente necesarias, sendo claro expoñente do mesmo os dereitos que se recoñecen ao obrigado tributario no artigo 34 da Lei Xeral Tributaria, como por exemplo o dereito a ser informado e asistido pola Administración Tributaria ou o dereito a non aportar aqueles documentos xa presentados polos mesmosey que se atopen en poder da Administración actuante.

B.- Principios xurídico-formais: a reserva de lei en materia tributaria.

Os impostos, como categoría tributaria, están sometidos ao principio de reserva de lei que, fundamentalmente, pode deducirse do artigo 31.3 da Constitución, que sinala «*Só poderán establecerse prestacións persoais ou patrimoniais de carácter público de acordo coa Lei*», como do art. 133 do texto constitucional, no que se establece que “a potestade orixinaria para establecer tributos corresponde exclusivamente ao Estado mediante lei”.

O principio de reserva de Lei no ámbito tributario goza dunha longa tradición histórica, cuxo fundamento se buscou na idea da autoimposición ou necesidade de que os tributos sexan voluntariamente aceptados polos representantes dos suxeitos que están chamados a satisfacelos. Desde este punto de vista, a reserva de lei tradúcese nun modo de garantir a

democracia no establecemento dos tributos; a igualdade e uniformidade no tratamento dos cidadáns; e a seguridade xurídica, toda vez que as normas con rango de lei son máis estables que as que teñen un rango inferior.

Tendo en conta o anterior, a reserva de lei tradúcese nun principio sobre a produción normativa, conforme ao cal só a través de lei poden establecerse os tributos. Agora ben, dita reserva de lei non é absoluta, senón relativa, afectando fundamentalmente ao establecemento dos tributos e á regulación dos elementos esenciais dos mesmos concretados estes no disposto no art. 8 da LGT.

Así pois, á marxe desas cuestións, cubertas pola reserva de lei, o resto de aspectos tributarios poderán ser obxecto de regulación por normas de rango inferior á lei.

## **2.d. Efectos.**

A teoría xeral da imposición, ademais da análise do concepto, clases e principios, require unha breve referencia aos seus efectos económicos.

Pois ben, varios son os efectos económicos que poden derivarse da aplicación dos impostos, consecuencias tales como a diminución do poder adquisitivo do suxeito obrigado ao pago ou a incidencia que os mesmos poden ter sobre o prezo dos produtos que resultan gravados.

Foi sobre todo a doutrina facendística a que se dedicou a analizar os efectos dos impostos, resumidos na percusión, a traslación, a incidencia e a evasión.

Por percusión enténdese o efecto directo e inmediato que os impostos teñen sobre os suxeitos que resultan legalmente obrigados ao pago dos mesmos. O suxeito que fai fronte ao imposto verase afectado no seu nivel de renda na mesma proporción que supoña o importe que deba ingresar, extremo que lle obrigará a dispoñer desas cantidades ou, no seu caso, acudir ao crédito nas súas diversas formas.

Non obstante, non sempre o que adebeda o imposto é o que efectivamente o soporta. Aparece así a traslación conectada á percusión, que consiste en conseguir que o suxeito económico percutido traslade o imposto pagado, total ou parcialmente, a outro suxeito. Desta forma, o suxeito legalmente obrigado ao pago pode evitar o pago 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 dos fenómenos anteriores, e constitúe a determinación final do peso do gravame. Fundamentalmente, a incidencia pode ocorrer por dúas vías.

Así, por vía directa, o imposto recae sobre o percutido, suxeito pensado pola norma para soportar a carga tributaria en función da súa capacidade contributiva. Deste modo, o suxeito percutido soporta na súa economía a carga do imposto ocupando a posición de suxeito percutido e incidido

Por vía indirecta, a incidencia do tributo conéctase coa traslación, xa que o imposto acaba incidindo, por vía indirecta e a consecuencia da traslación, sobre un suxeito diferente ao percutido. Así, o suxeito incidido é aquel que soporta a traslación.

Finalmente, como concepto oposto ao da percusión hai que aludir á evasión. O seu significado dentro do proceso de aplicación do imposto é tal que no caso de que exista evasión, poderase dicir que non hai percusión nin tampouco os demais efectos derivados dela.

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, traducida fundamentalmente na fraude fiscal, e a evasión legal ou lexítima, consistente no aproveitamento lexítimo das múltiples posibilidades que ofrece o lexislador para reducir ou evitar o pago do

tributo. Así, o contribuínte ten a posibilidade de deixar de consumir ou producir os bens ou servizos ou, en xeral, a actividade suxeita a imposición e mesmo de aproveitar lagoas do ordenamento xurídico para evitar que un imposto recaia sobre el ou, no seu caso, que lle afecte na menor medida posible.

### **3.- OS IMPOSTOS DIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES E CLASES.**

Son impostos directos aqueles que recaen sobre manifestacións directas de capacidade económica e nos que, ademais, se establece que a obriga de pago do imposto recaia sobre un determinado suxeito que non ten o dereito legal de resarcirse, a cargo doutra persoa allea á obriga tributaria principal, do importe pagado á Facenda Pública.

Son impostos directos:

*Imposto sobre a renda das persoas físicas (IRPF)*

Trátase dun imposto directo e de carácter persoal e subxectivo que grava a renda obtida polas persoas físicas residentes en territorio español, de acordo coas súas circunstancias persoais e familiares. O seu obxecto imponible é a renda do contribuínte con independencia do lugar onde se producira e calquera que sexa o lugar da residencia do pagador. Trátase dun imposto parcialmente cedido ás CCAA. A súa regulación actual atópase na Lei 35/2006, de 28 de novembro, que entrou en vigor o 1 de xaneiro de 2007, e o Regulamento do imposto, aprobado polo Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

*Imposto sobre Sociedades (IS)*

É un imposto directo e de carácter persoal, proporcional e periódico que grava a renda obtida polas persoas xurídicas residentes en territorio español ao longo do exercicio económico. Actualmente regulado no texto refundido da Lei do Imposto de Sociedades, aprobado por Real Decreto



Lexislativo 4/2004, de 5 de marzo, e o Real Decreto 1777/2004, de 30 de xullo, que aproba o seu Regulamento.

### *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 xurídicas residentes no mesmo. A Lei distingue entre as rendas obtidas por un non residente a través do establecemento permanente e as obtidas sen mediación de tal establecemento permanente. A súa normativa reguladora atopámola no texto refundido da Lei do Imposto sobre a Renda de non Residentes, aprobado por Real Decreto Lexislativo 5/2004, de 5 de marzo, e o Real Decreto 1776/2004 de 30 de xullo, que aproba o seu Regulamento, onde se regula de forma unitaria a tributación dos non residentes nos impostos sobre as rendas (IRPF e IS), o que anteriormente se coñecía como “suxeición por obriga real de contribuir” nos citados impostos.

### *Imposto sobre Patrimonio (IP)*

É un imposto directo, persoal, progresivo, nominal e xeral, 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 a persoa física, con dedución das cargas e gravames que diminúan o seu valor, así como das débedas e obrigas persoais das que deba responder.

Está regulado por Lei 19/1991 de 6 de xuño. Con efectos desde o 1/1/2008, mediante a Lei 4/2008 de 23 de decembro, suprímese o gravame derivado deste imposto mediante a aprobación dunha bonificación xeral do 100% da cota íntegra; por tanto mantense a norma reguladora do imposto, se ben se derrogan algúns dos seus artigos, como o da obriga de declarar. Con isto non só se produciu unha evidente perda recadatoria, senón tamén se perde o labor de control que desempeñaba este imposto, sendo substituída pola información obtida a través das declaracións informativas

previstas no Real Decreto 1065/2007, de 27 xullo, polo que se aproba o Regulamento Xeral das Actuacións e os Procedementos de Xestión e Inspección Tributaria, e a dispoñible nos rexistros públicos (Ex.: Catastro).

### *Imposto sobre sucesións e doazóns (ISD)*

Trátase dun 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, de 18 de decembro, do Imposto sobre Sucesións e Doazóns, e polo Real Decreto 1629/1991, polo que se aproba o Regulamento do Imposto. Trátase dun imposto cedido ás CCAA.

Os impostos anteriores son de titularidade estatal, sen prexuízo de algúns deles atopárense cedidos, total ou parcialmente, ás CCAA.

Dentro do sistema tributario local, son impostos directos, regulados no Real Decreto Lexislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aproba o Texto Refundido da Lei Reguladora das Facendas Locais, os seguintes:

### *Imposto sobre Bens Inmóbles (IBI)*

É un imposto directo, real e periódico, que grava o valor de determinados bens inmóbles. Así, o seu feito imponible está constituído pola titularidade de determinados dereitos sobre bens inmóbles rústicos e urbanos e sobre inmóbles de características especiais. Tales dereitos serán o de propiedade, usufruto, superficie ou o dunha concesión administrativa sobre os propios inmóbles ou sobre os servizos públicos a que se atopen afectos.

### *Imposto sobre Actividades Económicas (IAE)*

É un imposto directo, real e periódico, que grava o mero 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.

#### *Imposto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM)*

É un 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 foran matriculados nos rexistros públicos, en tanto non causen baixa nos mesmos.

#### *Imposto sobre o Incremento de Valor dos Terreos de Natureza Urbana (IIVTNU)*

É un imposto directo e real que grava o incremento de valor que experimenten os terreos urbanos e se poña de manifesto a consecuencia da transmisión da propiedade dos mesmos por calquera título ou da constitución ou transmisión de calquera dereito real de goce, limitativo do dominio, sobre os referidos terreos.

### **4. IMPOSTOS INDIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES E CLASES.**

Tal e como se sinalou anteriormente, os impostos indirectos son os que recaen sobre manifestacións indirectas de capacidade económica, como o gasto ou o consumo de bens ou servizos. Por outra parte, é nos impostos indirectos onde se aplica o mecanismo da repercusión da cota tributaria, extremo que obriga ao suxeito pasivo do imposto a trasladar a un terceiro, alleo ao círculo de obrigados pola relación xurídico tributaria principal, o importe da súa cota tributaria. Dese modo, o suxeito pasivo a título de contribuínte pode obter doutra persoa o reembolso do imposto (cota tributaria) satisfeito por el.

Son impostos indirectos:

#### *Imposto sobre o Valor Engadido (IVE)*

É un imposto de natureza indirecta e real, que recae sobre o consumo e grava, na forma prevista na súa lei reguladora, 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.

Trátase dun imposto que grava todas as entregas de bens e prestacións de servizos realizados nas distintas fases dunha cadea de produción ou comercialización, podendo o empresario ou profesional deducirse o IVE soportado en cada fase, dedución que non poderá realizar o consumidor final que é, en última instancia, o suxeito sobre o que recae o tributo e o que exterioriza a manifestación de capacidade económica que o lexislador quere gravar, isto é, o consumo de bens e servizos.

É un imposto harmonizado parcialmente na Comunidade Europea, de forma que a lexislación interior dos Estados membros debe adaptarse ás normas comunitarias ditadas ao efecto. Está regulado pola Lei 37/1992, de 28 de decembro, e o Real Decreto 1624/1992, de 29 de decembro, que aproba o seu regulamento.

#### *Imposto sobre Transmisións Patrimoniais e Actos Xurídicos Documentados (ITP-AJD)*

A regulación vixente atópase no Real Decreto Lexislativo 1/1993, de 24 de setembro, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei do ITP-AJD, e o Real Decreto 828/1995, de 29 de maio, polo que se aproba o Regulamento.

Baixo a denominación de ITP e AJD existen, realmente, tres impostos diferentes que permiten falar de tres modalidades de gravame.

En primeiro lugar, baixo a modalidade de transmisións patrimoniais onerosas (TPO), sométense a imposición entre outras transmisións, as transmisións onerosas por actos inter vivos de bens e dereitos, non vinculadas a unha operación empresarial ou profesional (por exemplo, a venda dun piso por un particular).

En segundo lugar, pode falarse da modalidade de operacións societarias (OS), en virtude da cal se someten a gravame 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.).

Por último, na modalidade de actos xurídicos documentados (AXD), grávase fundamentalmente a "formalización", e por isto, sométense a tributación por esta modalidade os documentos notariais (v. gr. escrituras públicas), documentos mercantís (ex. letras de cambio) e documentos administrativos (ex. anotacións preventivas practicadas nun rexistro público).

Entre esas tres modalidades hai que ter en conta as incompatibilidades establecidas pola normativa reguladora do imposto, de forma que, por exemplo, a modalidade de TPO non é compatible coa de OS, de tal modo que nunca un mesmo acto pode liquidarse por ambas modalidades.

Por outra parte hai que ter en conta, pola súa relevancia, a incompatibilidade da modalidade TPO co IVE, ao que xa se fixo referencia.

### *Impostos Especiais (II.EE.)*

Baixo a denominación de Impostos Especiais ubícanse un conxunto heteroxéneo de impostos sobre consumos específicos de produtos tales como o petróleo, o alcol ou o tabaco. Son impostos de natureza indirecta que gravan a fabricación, importación e, no seu caso, introdución no ámbito territorial interno determinados bens, así como a matriculación de determinados medios de transporte. A súa regulación atópase na Lei 38/1992, de 28 de decembro e no Real Decreto 1165/1995, de 7 de xullo, polo que se aproba o seu Regulamento.

Teñen a consideración de Impostos Especiais:

- Os Impostos Especiais de Fabricación que comprenden:

1. Impostos especiais sobre o Alcol e Bebidas Alcólicas

- a. Imposto sobre a Cervexa,
- b. Imposto sobre o Viño e Bebidas Fermentadas
- c. Imposto sobre Produtos Intermedios
- d. Imposto sobre o Alcol e Bebidas Derivadas

2. O Imposto sobre Hidrocarburos

3. O Imposto sobre os Labores do Tabaco

4. O Imposto sobre a Electricidade.

- O Imposto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, que grava a primeira matriculación definitiva en España de vehículos, embarcacións e aeronaves

- O novo Imposto Especial sobre o Carbón, que recae sobre a posta a consumo deste mineral e que non representa, con carácter xeral, unha carga tributaria efectiva para o carbón que se consume no noso país.

*Imposto sobre as primas de seguros (IPS)*

O Imposto sobre Primas de Seguros creouse por Lei 13/1996, de 30 de decembro, de Medidas Fiscais, Administrativas e de Orde Social, a fin de adecuar o sistema impositivo español co da Unión Europea. A este imposto suxéitase a realización de operacións de seguro e capitalización concertadas por aseguradoras que operen en España.

*Imposto sobre as vendas minoristas de determinados hidrocarburos (IVMDH)*

Este imposto de natureza indirecta creado mediante a Lei 24/2001, de 27 de decembro, de Medidas Fiscais, Administrativas e de Orde Social, e

grava as vendas minoristas de gasolinas, gasóleos, fuelóleo e queroseno e os seus rendementos quedan afectados ao financiamento de gastos de natureza sanitaria.

### *Impostos alfandegueiros.*

Os impostos alfandegueiros son os que teñen por obxecto o tráfico internacional de mercadorías. Actualmente son tributos de regulación comunitaria, polo que os Estados membros teñen encomendado o exercicio das potestades tributarias, pero non a súa titularidade, que pertence á Unión Europea.

O Real Decreto Legislativo 1299/1986, de 28 de xuño, modificou o texto refundido dos impostos integrantes da Renda de Alfándegas co fin de axeitalo ás Directivas Comunitarias relativas á harmonización de disposicións en materia de débeda alfandegueira, de despacho a libre práctica e do despacho de exportación e a regulación comunitaria da asistencia mutua en materia de cobro.

Dentro do sistema tributario local tamén é posible falar de impostos de carácter indirecto como é o caso do *Imposto sobre Construcións, Instalacións e Obras (ICIO)* regulado no Texto Refundido da Lei Reguladora das Facendas Locais. É un imposto indirecto cuxo feito imponible está constituído pola realización, dentro do termo municipal, de calquera construción, instalación ou obra para a que se exixa obtención da correspondente licenza de obras ou urbanística, obtivérase ou non dita licenza, sempre que a expedición corresponda ao Concello da imposición.

Pilar Alvarez Barbeito

*Bibliografía:*

Martín Queralt J.,(y otros): *Curso de Dereito Financeiro y Tributario*, 21 edición, Tecnos. 2010.

CALVO ORTEGA, R.: *Curso de Dereito financeiro. Parte Xeral*, 14ª edición, Civitas-Thomson, Navarra, 2010.

Albi. E.; González-Páramo, J.M. y Zubiri, I.: *Economía Pública II*. Ariel Economía. 2006

Ferreiro Lapatza, J.J. (y otros): *Curso de Dereito Tributario (Parte especial. Sistema tributario. Los tributos en particular)*, Marcial Pons, Madrid, 2006.



## **8. OS TRIBUTOS PROPIOS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. AS TAXAS: NATUREZA; NORMAS BÁSICAS DO SEU RÉXIME XURÍDICO; PRINCIPAIS SUPOSTOS. OS PREZOS PÚBLICOS.**

## **TEMA 8**

### **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.**

A regulación constitucional do sistema de financiamento das Comunidades Autónomas de réxime común, como é o caso de Galicia, atópase recollida nos artigos 156 e 157 da Constitución. É o primeiro destes preceptos o que alude ao principio de autonomía financeira das Comunidades Autónomas para o desenvolvemento e execución das súas competencias de acordo con principios tales como o de coordinación coa Facenda Estatal e o de solidariedade entre todos os españois. Pola súa parte, o artigo 157 enumera os recursos das Comunidades Autónomas, remitindo a unha Lei Orgánica a regulación do exercicio das súas competencias financeiras, texto legal que se aprobou por Lei Orgánica 8/1980, de 22 de setembro, de Financiamento das Comunidades Autónomas (LOFCA), reformada pola Lei Orgánica 3/2009, de 18 de decembro.

Pola súa parte, o artigo 3 da LOFCA creou o Consello de Política Fiscal e Financeira das Comunidades Autónomas co obxectivo de adecuar a coordinación entre a actividade financeira das Comunidades Autónomas e da Facenda do Estado. Pois ben, foi no seo deste órgano onde se alcanzaron os distintos acordos que foron configurando o concreto sistema de financiamento das CCAA de réxime común aplicable en cada momento, despois de desenvolverse varios modos de financiamento que se foron sucedendo no tempo. Así, o actual sistema de financiamento das CCAA de réxime común, aplicable desde o 1 de xaneiro de 2009, é consecuencia do Acordo 6/2009, de reforma do sistema de financiamento autonómico e foi

regulado pola [Lei 22/2009, de 18 de decembro](#), pola que se regula o sistema de financiamento das Comunidades Autónomas de réxime común e das Cidades con Estatuto de Autonomía.

Pois ben, nese marco normativo han de moverse as CCAA de réxime común á hora de establecer as súas distintas fontes de financiamento.

De acordo co anterior, e nunha primeira aproximación atendendo á normativa vixente, o sistema de recursos cos que contan as CCAA estrutúrase, seguindo os ditados do art. 157 da CE, en:

- 1. Impostos cedidos total ou parcialmente polo Estado; Recargos sobre impostos estatais e outras participacións nos ingresos do Estado.*
- 2. Os seus propios impostos, taxas e contribucións especiais.*
- 3. Transferencias dun Fondo de Compensación Interterritorial e outras asignacións con cargo aos Orzamentos Xerais do Estado.*
- 4. Rendementos procedentes do seu patrimonio e ingresos de Dereito privado.*
- 5. O produto das operacións de crédito”.*

De entre todos eles referirémonos aquí ao segundo grupo de recursos aludido, que comprende o que en definitiva poden denominarse os “tributos propios” das CCAA, definidos como aqueles nos que a Comunidade Autónoma determinará tanto o seu establecemento como os seus elementos esenciais, ocupándose ademais da xestión dos mesmos.

A súa lexitimidade deriva da propia Constitución que, no seu art. 133 dispón que “A potestade orixinaria para establecer os tributos corresponde exclusivamente ao Estado, mediante lei. As Comunidades Autónomas e as Corporacións locais poderán establecer e exixir tributos, de acordo coa Constitución e as leis”.

Así as cosas, estamos ante unha potestade tributaria derivada que as CCAA han de exercer dentro das súas competencias e respectando os límites impostos polas normas citadas.

Nese sentido, o precepto constitucional que acaba de reproducirse introduce xa un límite á potestade das CCAA para establecer os seus propios tributos, limitación traducida no disposto pola “Constitución e as leis”, derivada do principio de xerarquía normativa e referida tanto á nosa Norma Fundamental como a aquelas outras normas, tanto estatais como territoriais, que teñan que ser respectadas polas Comunidades Autónomas ao establecer os seus propios tributos en virtude do referido principio.

En segundo lugar, destaca a limitación establecida no artigo 6 da LOFCA, prohibindo que os tributos das CCAA poidan recaer sobre feitos impositivos gravados polo Estado. Este precepto foi interpretado de formas diversas pola doutrina de entre as cales a que tivo unha maior acollida é a posición defendida por autores como RODRÍGUEZ BEREJO estimando que “a correcta interpretación do precepto debe moverse entre os dous valores en tensión, dunha parte o respecto ao sistema tributario do Estado e doutra o poder tributario propio que non pode quedar reducido á nada polo Estado. As Comunidades Autónomas non poden establecer tributos cuxos elementos configuradores esenciais, elementos subxectivos e obxectivos do feito impositivo, sexan esencialmente iguais aos dun tributo estatal”.

Pois ben, ao igual que sucede cos tributos no ámbito estatal, tamén no autonómico os tributos propios das Comunidades Autónomas poden clasificarse en impostos, taxas e contribucións especiais, categorías tributarias definidas todas elas no artigo 2 da LGT.

Así, dito precepto, tras definir aos tributos como “*os ingresos públicos que consisten en prestacións pecuniarias exixidas por unha Administración pública como consecuencia da realización do suposto de feito ao que a lei*

*vincula o deber de contribuir, co fin primordial de obter os ingresos necesarios para o sostemento dos gastos públicos”, define a cada unha das súas especies.*

*Así, refírese aos impostos como “os tributos exixidos sen contraprestación cuxo feito imponible está constituído por negocios, actos ou feitos que poñen de manifesto a capacidade económica do contribuínte”.*

*Pola súa parte, as contribucións especiais identifícanse “cos 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”.*

*Polo que atinxe ás taxas, a LGT refírese a elas como “os tributos cuxo feito imponible consiste na utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público, a prestación de servizos ou a realización de actividades en réxime de dereito público que se refiran, afecten ou beneficien de modo particular ao obrigado tributario, cando os servizos ou actividades non sexan de solicitude ou recepción voluntaria para os obrigados tributarios ou non se presten ou realicen polo sector privado”.*

Pois ben, tendo en conta que todas estas categorías tributarias poden formar parte dos tributos propios das distintas CCAA, referímonos a continuación aos establecidos, en concreto, na Comunidade Autónoma de Galicia.

## IMPOSTOS PROPIOS.

Tal e como se desprende da LGT, 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”, figura tributaria que as CCAA poderán establecer dentro do ámbito dos seus tributos propios sempre e cando se respecten as limitacións establecidas a estes efectos pola normativa vixente. Nese sentido, ademais do límite ao que se refire con carácter xeral o art. 6 da LOFCA, ao que xa aludimos, haberá de terse en conta o disposto no art. 9 deste texto legal, no que se alude expresamente á obriga das CCAA de respectar, no establecemento dos seus impostos propios, os seguintes principios:

- a) Non poderán suxeitarse elementos patrimoniais situados, rendementos orixinados nin gastos realizados fóra do territorio da respectiva Comunidade Autónoma.
- b) Non poderán gravarse, 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 naceran nin houbesen de cumprirse en dito territorio ou cuxo adquirente non resida no mesmo.
- c) Non poderán supoñer obstáculo para a libre circulación de persoas, mercadorías, servizos e capitais, nin afectar de maneira efectiva á fixación de residencia das persoas ou á ubicación de Empresas e capitais dentro do territorio español, de acordo co establecido no artigo segundo. Un. a), nin comportar cargas trasladables a outras Comunidades.

Respectando as limitacións e principios expostos, a Comunidade Autónoma de Galicia estableceu, como impostos propios, os seguintes:

- A) Imposto sobre o Xogo do Bingo.

Este imposto, establecido pola Lei 7/1991, de 19 de xuño, de Tributación de xogos de sorte, envite ou azar de Galicia, grava, atendendo

ao seu art. 1 (modificado pola Lei 15/2010, de 28 de decembro), “a participación no xogo do bingo nos locais onde este se celebre ou organice”, quedando “exento do pago deste imposto o xogo do bingo que se considere excluído do ámbito de aplicación da Lei reguladora do xogo de Galicia”

#### B) Canon da auga

A teor da Lei 9/2010, de 4 de novembro, de Augas de Galicia, 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” cuxa recadación queda afectada ao desenvolvemento de programas de gasto que promovan determinados fins como, por exemplo, a consecución de obxectivos medioambientais. O seu feito imponible recae sobre o uso e consumo, real ou potencial, da auga no territorio da Comunidade Autónoma de Galicia, con calquera finalidade e mediante calquera aplicación, a causa da afección ao medio ambiente que a súa utilización poidera producir.

#### C) Imposto sobre a contaminación atmosférica.

Este imposto, regulado pola Lei galega 12/1995, de 29 de decembro, recae sobre as emisións cuxos focos se atopen ubicados dentro do ámbito territorial da Comunidade Autónoma, estando afectados os ingresos procedentes deste imposto, fundamentalmente, a financiar actuacións das Comunidade en materia de protección medioambiental e conservación dos recursos naturais de Galicia.

#### D) Imposto sobre o dano medioambiental causado por determinados usos e aproveitamentos da auga encorada.

Este imposto, establecido pola Lei galega 15/2008, de 19 de decembro, es un tributo propio da Comunidade Autónoma de Galicia, de natureza real e finalidade extrafiscal, que somete a gravame o dano medioambiental causado pola realización de determinadas actividades que utilizan auga encorada. A súa finalidade é tanto a de compensar os efectos negativos a que se atopa sometido o medio natural de Galicia pola realización de actividades que afectan ao seu patrimonio fluvial natural, como a de reparar o dano medioambiental causado por ditas actividades.

### CONTRIBUCIÓNES ESPECIAIS.

A teor do art. 2.2. b) da LGT, 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”.

Así pois, as contribucións especiais constitúen unha categoría tributaria axeitada ao financiamento das obras públicas e o establecemento ou ampliación dos servizos públicos tendo en conta no ámbito autonómico, como apunta o art. 8.2 da LOFCA, que a recadación por estes tributos non pode superar o custo da obra ou do establecemento ou ampliación do servizo soportado pola Comunidade Autónoma.

Polo que se refire, en concreto, á Comunidade Autónoma Galega a incidencia recadatoria desta categoría tributaria é escasa, aínda que existen varias normas que fan referencia á posibilidade de establecer tales tributos dentro de determinados ámbitos materiais. Así, a Lei 5/2007, de 7 de maio, de emerxencias de Galicia establece que o sistema integrado de protección civil e emerxencias de Galicia poderá financiarse, entre outros recursos, vía contribucións especiais.



Máis explícito é o art. 22 da Lei 4/1994, de 14 de setembro, de Estradas de Galicia, que prevé que “o Consello da Xunta de Galicia acordará, mediante decreto aprobado a proposta das consellerías competentes en materia de economía e facenda e de estradas, o establecemento de contribucións especiais nos supostos a que se refire a presente lei, as cales só poderán referirse á rede de titularidade da Comunidade Autónoma”.

Pois ben, tales contribucións especiais poderán impoñerse cando da execución das obras que se realicen para a construción de estradas, accesos ou vías de servizo resulte a obtención por persoas físicas ou xurídicas dun beneficio especial, aínda que este non poida fixarse nunha cantidade concreta, beneficio que pode concretarse, por exemplo, nun aumento de valor de determinadas fincas a causa da execución das obras.

Dese modo, aqueles que se benefician de modo directo coas estradas, accesos ou vías de servizo e, especialmente, os titulares das fincas e establecementos contiguos e os das urbanizacións que resulten melloradas na súa comunicación, serán suxeitos pasivos deses tributos, repartíndose entre eles, de acordo con criterios obxectivos, o importe das contribucións especiais.

## **TAXAS.**

A terceira das categorías tributarias que poden formar parte dos tributos propios das CCAA son as taxas, ás que nos referimos no seguinte apartado.

## **2. AS TAXAS: NATUREZA; NORMAS BÁSICAS DO SEU RÉXIME XURÍDICO; PRINCIPAIS SUPOSTOS.**

## **NATUREZA**

Tal e como sinala o art. 2 da LGT, as taxas son “*os tributos cuxo feito impoñible consiste na utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público, a prestación de servizos ou a realización de actividades en réxime de dereito público que se refiran, afecten ou beneficien de modo particular ao obrigado tributario, cando os servizos ou actividades non sexan de solicitude ou recepción voluntaria para os obrigados tributarios ou non se presten ou realicen polo sector privado*”. O concepto de taxa foi modificado pola Lei 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostible, suprimindo o parágrafo que a redacción orixinaria da LGT de 2003 establecía a continuación do antes transcrito, sinalando que “Entenderase que os servizos se prestan ou as actividades se realizan en réxime de dereito público cando se leven a cabo mediante calquera das formas previstas na lexislación administrativa para a xestión do servizo público e a súa titularidade corresponda a un ente público”.

Pois ben, do precepto antes reproducido cabe destacar que os Entes públicos con potestade tributaria pretenden, a través do establecemento das taxas, financiar servizos públicos e actividades desenvolvidas por órganos da Administración que, en boa medida, resultan indispensables para o cidadán e cuxo custo real recae sobre os beneficiarios directos dos mesmos. Agora ben, o pago da taxa non debe identificarse cunha “contraprestación retributiva” dos servizos públicos que o cidadán recibe das Administracións públicas, senón a medida da súa contribución ao mantemento dese servizo.

Isto é, o termo “contraprestación”, presente tanto na definición da taxa como na das contribucións especiais, non debe entenderse no mesmo sentido que cabe atribuírlles no seo das obrigas bilaterais e sinalagmáticas, senón que haberá de ser aplicado no sentido de entender que en ambos casos a contribución do suxeito pode identificarse cunha actividade concreta a desenvolver pola Administración. Nesa orde de cousas, a

ausencia de dita expresión no concepto de impostos ha de relacionarse co feito de que os ingresos recadados a través desta categoría tributaria non están afectos ou vinculados a unha concreta actividade administrativa, como si sucede nas demais especies de tributos.

Aclarado o anterior cabe afirmar que as taxas se configuran como o instrumento tributario axeitado para o financiamento do custo dos servizos públicos de carácter divisible, é dicir, con beneficiarios ou usuarios directos e identificables caso por caso. Nese sentido, tanto o propio concepto de que as taxas que ofrece a LGT, como o reproducido na Lei 8/1989, de 13 de abril de Taxas e Prezos Públicos, que contén a regulación a nivel estatal destes tributos, ofrecen unha definición do seu feito imponible axustada ao sinalado.

En efecto, atendendo a tales normas o feito imponible das taxas está constituido pola utilización privativa ou o aproveitamento do dominio público, ou ben pola prestación de servizos ou realización de actividades en réxime de dereito público, expresións que analizamos a continuación.

a) A utilización privativa ou o aproveitamento do dominio público.

Neste caso o lexislador refírese á utilización por un particular dos bens que son de dominio público ou que o seu aproveitamento especial require, como é lóxico, unha autorización por parte do ente público titular daqueles. Así, se un particular quere explotar ou utilizar un ben de dominio público (por exemplo, unha mina) debe acudir ao seu titular e solicitar unha autorización previo pago dunha prestación patrimonial.

Outros casos serían, por exemplo, a ocupación da vía pública que implica a prohibición de aparcar diante dun garaxe, ou a exixida á compañía de teléfonos por ocupar a vía pública ao realizar nela gabias para efectuar a instalación dos cables dun barrio. As taxas en todos os casos se cobran pola autorización que ha de solicitarse para levar a cabo esas actividades.

b) Prestación de servizos ou realización de actividades en réxime de dereito público

Neste caso o feito impoñible está representado pola prestación ou realización por parte da Administración dalgún servizo ou actividade que, de maneira particular, se refire, afecta, ou beneficia a un obrigado tributario (este sería o caso da expedición do DNI, da solicitude e concesión dunha licenza de obras, ou da solicitude dun expediente académico). Son actividades desenvolvidas pola Administración que atinxen a un particular en concreto.

Agora ben, para que a prestación ou realización desas actividades ou servizos nesas condicións orixine unha obriga do pago dunha taxa por parte dun suxeito, esas actividades ou servizos teñen que prestarse coas seguintes condicións:

- “que os servizos ou actividades non sexan de solicitude ou recepción voluntaria para os obrigados tributarios”. Así pois, a solicitude da actividade administrativa ou a recepción do servizo administrativo ha de ser obrigatoria (ausencia de voluntariedade) para o administrado (ex. solicitude do DNI), ou ben prestarse sen necesidade de solicitude (ex. servizo de recollida de lixo).
- “que os servizos ou actividades non se presten ou realicen polo sector privado”. Isto é, o sector público ha de ser o único que preste o servizo ou realice a actividade, sexa froito dunha reserva pola normativa vixente ou non. É dicir, se o administrado quere recibir ese servizo, obrigatoriamente debe dirixirse á administración para solicitalo.

Estas dúas circunstancias eran exixidas en regulacións anteriores de forma conxunta, o que levaba consigo a redución ou limitación da aplicación da categoría das taxas, pois, no caso de non presentarse algunha delas orixinábase o pago dunha prestación diferente a unha taxa

(prezo público). Na actualidade abonda con que concorra unha delas, co que o concepto de taxa resulta ampliado en detrimento do de prezo público. As consecuencias desa modificación son moi relevantes, toda vez que mentres no caso das taxas estamos ante prestacións patrimoniais de carácter coactivo, sometidas ao principio de reserva de lei, dito principio non ten incidencia sobre os prezos públicos. Dese modo, a necesidade de que teña que ser unha norma con rango de lei a que estableza as taxas, así como a regulación dos seus elementos esenciais, non opera respecto dos prezos públicos, tal e como se examinará posteriormente.

### **NORMAS BÁSICAS DO SEU RÉXIME XURÍDICO**

Continuando co exame das taxas, cómpre reparar nos principais aspectos do seu réxime xurídico, algúns dos cales poden xa deducirse do concepto que das mesmas ofrece a LGT así como a Lei 8/1989, de 13 de abril de Taxas e Prezos Públicos, normas de carácter supletorio respecto da lexislación que sobre a materia establezan as CCAA e Facendas Locais, polo que nos referiremos a continuación á normativa vixente ao respecto na Comunidade Autónoma Galega.

Nesta Comunidade, a regulación básica relativa a taxas e prezos públicos está recollida na Lei 6/2003, de 9 de decembro, de taxas, prezos e exaccións reguladoras da Comunidade Autónoma de Galicia, desenvolvida polo Decreto 61/2005, de 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 Decreto Lexislativo 1/1999 (TRLRFPGa) e, con carácter supletorio, a Lei Xeral Tributaria e as súas disposicións de desenvolvemento.

Pois ben, o artigo 7 da lei galega, en termos similares aos empregados pola LGT, define as taxas da Comunidade Autónoma de Galicia como *“os tributos creados por lei ou transferidos polas súas corporacións locais ou polo Estado no marco da transferencia de servizos e competencias a esta, cuxo feito impoñible 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 por parte dos suxeitos activos a que se refire o artigo 3 da presente lei, que se refiran, afecten ou beneficien de modo particular ao suxeito pasivo, sempre e cuando se produza calquera das circunstancias seguintes:*

*Primeira. Que a entrega de bens, prestación de servizos ou realización de actividades non sexan de solicitude voluntaria para os administrados. A estes efectos non se considerará voluntaria a solicitude por parte dos administrados:*

*\* cando veña imposta polas disposicións legais ou regulamentarias, ou*

*\* cando os bens, servizos ou actividades requiridos sexan imprescindibles para a vida privada ou social do solicitante.*

*Segunda. Que non se entreguen, presten ou realicen polo sector privado, estea ou non establecida a súa reserva a favor do sector público conforme á normativa vixente”.*

Basicamente os termos deste concepto xa foron analizados, polo que unicamente cabe destacar aquí a concreción que a lei autonómica fai sobre a obrigatoriedade ou ausencia de voluntariedade na solicitude dos bens, servizos ou actividades que presta a Administración. Nese sentido, considera que esta circunstancia se constatará, entre outros aspectos, cando ditas prestacións sexan “imprescindibles para a vida privada ou social do solicitante”. Este inciso foi criticado pola doutrina debido á rixidez do termo “imprescindible”, cuxa aplicación práctica formulará, sen dúbida, dificultades. Pénsese así que unha determinada actividade administrativa que se preste tamén polo sector privado pode resultar imprescindible para un suxeito dependendo, por exemplo, da súa capacidade económica. Así, para un administrado pode ser imprescindible estudar nunha Universidade pública aínda que na súa mesma cidade exista unha Universidade privada.

Á marxe do anterior, as normas básicas do seu réxime xurídico son as seguintes:

- O establecemento das taxas e a regulación dos seus elementos esenciais faranse mediante norma con rango de lei do Parlamento de Galicia, instrumento normativo que tamén se utilizará para o establecemento, supresión e prórroga de exencións e bonificacións. Así pois, rexerá o principio de reserva de lei, común a todas as figuras tributarias.
- En canto as características do tributo 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.
- Por outra parte, rexe o principio de equivalencia en virtude do cal o rendemento total previsible da taxa non poderá exceder, no seu conxunto, do custo total de produción do ben, servizo ou actividade. Ademais, no caso da taxa pola utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público da Comunidade Autónoma de Galicia tomarase como referencia o valor de mercado correspondente ou o da utilidade derivada da mesma.
- Os suxeitos pasivos das taxas, a título de contribuíntes, serano as persoas físicas ou xurídicas que soliciten ou provoquen as actuacións administrativas que constitúen o feito impoñible. Respecto desta cuestión hai que reparar no feito de que a lei 6/2003 considere como suxeitos pasivos das taxas aos entes aos que se refire o art. 35.4 da LGT. Isto é, herdanzas xacentes, comunidades de bens e demais entidades carentes de personalidade xurídica que constitúan unha unidade económica ou un patrimonio separado susceptible de imposición.

- As taxas percibiranse segundo a natureza do feito imponible:
  - a) cando se conceda a utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público da Comunidade Autónoma de Galicia ou cando se inicie a prestación do servizo, realice a actividade ou entregue o ben, sen prexuízo da posibilidade de exixir o seu depósito previo.
  - b) Cando se presente a solicitude que inicie a actuación ou expediente, que non será realizada ou tramitado sen que se efectúe o pago correspondente.

Ademais, cando as taxas se perciban periodicamente, unha vez notificada a liquidación correspondente á alta no respectivo rexistro, padrón ou matrícula, poderán notificarse colectivamente as sucesivas liquidacións mediante anuncios no «Diario Oficial de Galicia ».

- Polo que atinxe á cota tributaria, esta poderá consistir nunha cantidade fixa sinalada ao efecto; determinarse por aplicación dun tipo de gravame sobre unha base imponible; ou establecerse por aplicación de ambos métodos conxuntamente. Agora ben, calquera que sexa o método escollido, (excepto na taxa por utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público da Comunidade Autónoma de Galicia, cuxa cota se fixará tomando como referencia o valor de mercado correspondente ou o da utilidade derivada da mesma), en termos xerais as cotas deben atender 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.
- Respecto á remuneración, ademais das normas que a regulan para cada tipo de taxa, existe nunha disposición de carácter xeral, 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 perciban 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 pago da taxa correspondente.

- En termos xerais, o pago das taxas poderá exixirse ben en calquera momento entre a solicitude e a remuneración ou ben no momento da solicitude cando esta coincida coa remuneración.

Respecto á aplicación destes tributos, a lei galega atribúe a xestión e liquidación de cada taxa aos órganos da Administración que concedan a utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público da CA de Galicia, subministren o ben, presten o servizo ou realicen a actividade gravada.

### **PRINCIPAIS SUPOSTOS.**

A Lei 6/2003, de 9 de decembro, de taxas, prezos e exaccións reguladoras da Comunidade Autónoma de Galicia, establece as taxas seguintes:

- a) A taxa por servizos administrativos.

O seu feito impoñible está constituído pola prestación de calquera servizo administrativo que se refira, afecte ou beneficie dun modo particular aos suxeitos pasivos, en cada unha das modalidades seguintes:

- a) Modalidade de autorizacións: pola concesión de autorizacións, permisos, licenzas, guías, expedición de títulos, dilixenciado de libros e, en xeral, documentos que faculten ao suxeito pasivo para realizar unha actividade sometida legalmente a dita condición previa.

b) Modalidade de rexistro: pola inscrición en rexistros, matrículas ou relacións mantidas pola administración en tanto resulte obrigado para o desenvolvemento dunha actividade ou exercicio dun dereito por parte do suxeito pasivo.

c) Modalidade de certificacións: pola verificación de documentos, expedición de certificacións, copia de arquivos e elaboración de documentos acreditativos de información que obre en arquivos ou rexistros públicos.

Non se exixirá a taxa por servizos administrativos, ademais de polos supostos de rendas exentas contemplados na lei, cando se trate de compulsas ou cotexos de documentos que teñan que achegarse 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, de 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

b) A taxa por servizos profesionais.

Constitúe o seu feito impoñible a prestación dos servizos que se refiran, afecten ou beneficien dun modo particular aos suxeitos pasivos, previa solicitude destes, en cada unha das seguintes modalidades:

a) Modalidade de actuacións administrativo-facultativas: servizos administrativos, análogos aos sometidos á taxa por servizos administrativos, cando a prestación dos mesmos require que se leve a cabo baixo a dirección dun profesional facultativo.

b) Modalidade de actuacións profesionais: servizos de asesoramento, consulta, dirección técnica de obras, emisión de informes, análise, ditames ou opinións profesionais e, en xeral, actividades que exixen a cualificación que ten o profesional que llas presta.

c) A taxa por venda de bens.

Constitúe o seu feito impoñible a entrega dos bens solicitados. En caso de que o subministro do ben consista en entregas parciais, o feito impoñible entenderase realizado en cada unha delas.

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, percibíndose o tributo, con carácter xeral, 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 anos.

### **3. OS PREZOS PÚBLICOS.**

Con carácter xeral para o ámbito estatal, autonómico e local, o feito impoñible das taxas configúrase como a utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público, así como a prestación de servizos ou realización de actividades administrativas da súa respectiva competencia, cando a súa solicitude ou recepción sexa obrigatoria para o suxeito ou, mesmo, naqueles casos en que, aínda non establecéndose como obrigatoria, non poida, con todo, considerarse voluntaria ao tratarse dun servizo indispensable para a vida privada ou social ou ao ser o sector público o único oferente do servizo ou realizados da actividade.

A diferenza das taxas, cualificáronse como Prezos públicos, tal e como sinala o artigo 24 da Lei de Taxas e Prezos Públicos, “as contraprestacións pecuniarias que se satisfagan pola prestación de servizos ou a realización de actividades efectuadas en réxime de Dereito público cando, prestándose tamén tales servizos ou actividades polo sector privado, sexan de solicitude voluntaria por parte dos administrados”.

É dicir, para apreciar a existencia dun prezo público e desbotar a existencia dunha taxa teñen que darse conxuntamente tanto a

voluntariedade na solicitude como a inexistencia do sector privado para a prestación do servizo ou a realización da actividade que demanda o solicitante. Neses casos os administrados teñen a opción de acudir ao ente público para recibir o servizo ou a actividade (pagando un prezo público) ou acudir ao sector privado, que tamén presta esa actividade, aboando un prezo privado. Noutro caso, a falta de liberdade ou, se se quere, a coactividade derivada da necesidade ineludible de acudir ao ente público se se desexa obter o servizo ou a actividade de que se trate determinan a presenza dunha taxa, coas consecuencias que disto se derivan.

Desa maneira os prezos públicos responden á cada vez máis plural actividade das Administracións. A prestación de servizos non esenciais en réxime de competencia cos suxeitos privados inscríbese nesta pluralidade. Así, o acceso a instalacións deportivas, actividades culturais.... non son servizos esenciais, pero tampouco son actividades privadas da Administración, dado que son prestadas en réxime de Dereito público.

Pois ben, a coactividade que caracteriza as taxas, como categoría tributaria que son, non está presente nos prezos públicos, xa que a Administración ofrece servizos que tamén poden negociarse con particulares. Por ese motivo, os prezos públicos son prestacións que non se atopan cubertas polo principio de reserva de lei en virtude do cal “só poderán establecerse prestacións personais ou patrimoniais de carácter público de acordo coa lei”.

Recapitulando, se para considerar que existe coactividade na prestación é suficiente a presenza de un dos dos requisitos apuntados, isto é, tanto a mencionada obrigatoriedade como o monopolio na prestación do servizo por parte da Administración, a conclusión é que para que unha prestación non se considere coactiva teñen que concorrer tanto a liberdade como o non monopolio. Só nesas condicións poderemos falar de prezos públicos e, en caso contrario, estaremos en presenza dunha taxa, respecto

das cales si rexe o principio de reserva de lei, como prestacións patrimoniais de carácter público que son.

No ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, a regulación básica relativa a prezos públicos está recollida na Lei 6/2003, de 9 de decembro, de taxas, prezos e exaccións reguladoras da Comunidade Autónoma de Galicia, desenvolvida polo Decreto 61/2005, de 7 de abril, polo que se ditan as normas para a aplicación das taxas e prezos da Comunidade Autónoma de Galicia.

O artigo 43 da lei galega define os prezos públicos como contraprestacións pecuniarias percibidas pola prestación de servizos ou realización de actividades efectuadas en réxime de dereito público cando, prestándose tamén tales servizos ou actividades polo sector privado, sexan de solicitude voluntaria por parte dos administrados, entendéndose nese sentido que se prestan en réxime de dereito público os servizos sociais, sanitarios e educativos.

A teor do disposto pola Lei 6/2003, os principais trazos do réxime xurídico dos prezos públicos poden resumirse nos seguintes:

- Non están sometidos ao principio de reserva de lei, senón que se fixarán por Decreto a proposta da consellería da que dependa o órgano ou entidade oferente, proposta que debe incluír unha memoria na que se faga referencia, entre outras cuestións, ao custo de prestación dos bens ou servizos de que se trate, así como á xustificación da política de prezos proposta, que require dun informe favorable da consellería competente en materia de facenda.

- Os obrigados ao pago dos prezos públicos serán os determinados en cada caso pola norma que os estableza.

- Os prezos públicos fixaranse na contía que cubra como mínimo os costes económicos derivados do servizo ou das actividades prestadas,

podendo sinalarse prezos públicos en contía inferior á indicada no apartado anterior cando existan razóns de interese público que o xustifiquen.

Téñase en conta, a estes efectos, a diferenza existente coas taxas, respecto das cales o custo do servizo ou actividade se configura como o límite máximo do importe da taxa. Isto non debe sorprenden se se ten en conta que os prezos públicos son prestacións voluntariamente asumidas polo particular por servizos que a Administración presta en concorrencia co sector privado.

- A xestión dos prezos públicos corresponde aos órganos da Administración xeral, os seus organismos autónomos e as entidades de dereito público dependentes ou que estean vinculadas a calquera dos mesmos, enmarcables todos eles dentro da Administración pública da Xunta de Galicia, responsables da xestión do servizo ou actividade que xera o ingreso, que deberán:

a) Levar rexistros separados de ingresos e gastos, de forma que resulte posible a súa determinación tanto conxuntamente como polo tipo de ben ou servizo producido.

b) Poñer en coñecemento do órgano da Administración da Comunidade de que dependan calquera situación económica adversa que provoque un desequilibrio orzamentario da súa xestión.

c) En todo caso, someteranse regularmente aos controis e inspeccións que correspondan pola consellería competente en materia de facenda.

- Pola súa parte, os prezos públicos poderán exixirse desde que se efectúe a entrega dos bens ou se inicie a prestación dos servizos que xustifican a súa exixencia, aínda que con determinados requisitos tamén pode exixirse a anticipación ou depósito previo do importe total ou parcial dos prezos públicos.

- No que atinxe ao pago dos prezos públicos, este realizarase normalmente en efectivo, aínda que a consellería competente en materia de facenda podería autorizar outros medios de pago.

- Polo que se refire ao procedemento de recadación, este corresponderá á consellería competente en materia de facenda e levarase a cabo polos órganos de recadación que regulamentariamente, e a proposta da mesma, se determinen. Hai que ter en conta que as débedas por prezos públicos poderán exixirse mediante o procedemento administrativo de constrinximento. Por outra parte, cando por causas non imputables ao obrigado ao pago do prezo non se realice a actividade ou non se preste o servizo, procederá a devolución do importe que corresponda.

- En último lugar sinalar que contra os actos de xestión poderá recorrerse en vía económico-administrativa ante a Xunta Superior de Facenda, sen prexuízo do dereito a interpoñer previamente, con carácter potestativo, recurso de reposición ante o órgano que ditou o acto. A resolución das reclamacións económico-administrativas esgotará a vía administrativa.

Pilar Alvarez Barbeito

### **Bibliografía:**

RODRÍGUEZ BEREJO, A. “Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las Comunidades Autónomas”. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 15, 1985.

FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: “Límites de las Cortes Generales al establecimiento de tributos por las Comunidades Autónomas”, en *Las Cortes Generales*, vol. II, IEF, 1987.

DA PEÑA AMORÓS, M<sup>º</sup> DO MAR: “Los tributos propios de las Comunidades como instrumentos de corresponsabilidad”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 117 (13-40) septiembre-diciembre 2008

MARTÍN QUERALT J., LOZANO SERRANO C., TEJERIZO LÓPEZ J.M. Y CASADO OTERO G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Madrid, Tecnos. 2010.





## **VII.- DEREITO LABORAL E SEGURIDADE SOCIAL**

# **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**

### **I. Seguridade e hixiene no traballo.**

O artigo 40.2 da Constitución Española encomenda aos poderes públicos, como un dos principios rectores da política social e económica, *velar pola seguridade e hixiene no traballo*.

Cómpre, 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. Se ben a valoración do denominado risco laboral implica unha actividade que necesariamente ten que desenvolverse de maneira individualizada 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, de 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 de 31 de xaneiro de 1940, que afirmaba que o seu obxecto era: protexer ao 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 de 9 de marzo de 1971.
- Lei xeral da Seguridade Social aprobada polo RD 2065/1974, de 30 de abril.
- Lei xeral de sanidade, que cunha 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 e. do Estatuto dos Traballadores (en adiante ET) (....), *establece o dereito daqueles 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 ao 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 modo novo a partir da Lei 31/1995, de prevención de riscos laborais.

2. A Lei 31/1995, de 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 isto no marco dunha política coherente, coordinada e eficaz de prevención dos riscos laborais. A Lei divídese en 7 capítulos:

### I. Capítulo I: Ámbito de aplicación e definicións (arts. 1 a 4)

O ámbito de aplicación da Lei inclúe:

- 1) Aos traballadores vinculados por unha relación laboral en sentido estrito,
- 2) Ao 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, con todo, a normativa específica que se dite para salvagardar a seguridade e a saúde dos traballadores en ditas 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, en canto 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 en base aos principios de eficacia, coordinación e participación, ordenando tanto a actuación das diversas Administracións públicas con competencias en materia preventiva, como a necesaria participación en 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 maneira máis específica:

- as actuacións a 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 a 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 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 ditos 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 dita acción a través da actuación de un ou varios traballadores da empresa especificamente designados para isto, 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, incluíndo 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 de 26 de febreiro de 1996 que é de aplicación xeral ao persoal da administración civil de 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 define 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, de 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, de 17 de xaneiro que desenvolve os artigos 30 a 32 da lei 31/1995, desenvolve tamén a súa DT 2ª e cumpre o A. 6.1.e) e d). 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, de 14 de abril, que establece no capítulo II as obrigas do empresario e nos seus 6 anexos previsións que desenvolven as obrigas precitadas.
- Real Decreto 487/1997, de 14 de abril que desenvolve diversas prescricións en materia de manipulación manual de cargas que entrañen riscos, en particular dorso lombares.
- Real decreto 485/1997, de 14 de abril que establece as disposicións mínimas en materia de sinalización de seguridade e saúde no traballo.
- Real decreto 665/1997, de 12 de maio, sobre protección dos traballadores contra os riscos relacionados coa exposición a axentes canceríxenos durante o traballo.
- Real Decreto 664/1997, de 12 maio, que desenvolve en materia de protección dos traballadores contra riscos relacionados coa exposición a axentes biolóxicos durante o traballo.
- Lei 50/1998, DE 30 de decembro, que reforma diversos apartados do A.36
- Real decreto 216/1999, de 5 de febreiro de desenvolvemento do A. 28
- Real decreto legislativo 5/2000, de 4 agosto, que derroga distintos preceptos
- Lei 54/2003, de 12 de decembro de reforma
- Lei 25/2009, de 22 de decembro que engade diversos apartados.

## **II. Actuacións das administracións públicas: competencias.**

A lei afirma no seu Artigo 7 que *en cumprimento do disposto na presente 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 a dita normativa, nos seguintes termos:*

*a) Promovendo a prevención e o asesoramento a desenvolver polos 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. A estes efectos, prestarán o asesoramento e a asistencia técnica necesarios para o mellor cumprimento de dita 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 da presente Lei, de acordo co previsto no Capítulo VII da mesma.*

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 contemplados 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**, 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 mellora das mesmas. Para isto 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, no seu caso, realización de actividades de formación, información, investigación, estudo e divulgación en materia de prevención de riscos laborais, coa axeitada coordinación e colaboración, no seu 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, no seu 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 polas 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, garantindo 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, prestándolle a asistencia técnica e científica necesaria para o desenvolvemento da súas competencias.

Corresponde, 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 tiveran a cualificación directa de normativa laboral, propoñendo á autoridade laboral competente a sanción correspondente, cando comprobábase unha infracción á normativa sobre prevención de riscos laborais, de acordo co previsto no Capítulo VII da presente Lei.
- b) Asesorar e informar ás empresas e aos traballadores sobre a maneira máis efectiva de cumprir as disposicións cuxa vixilancia ten encomendada.
- c) Elaborar os informes solicitados polos Xulgados do Social nas demandas deducidas ante os mesmos nos procedementos de accidentes de traballo e enfermidades profesionais.



- d) Informar á autoridade laboral sobre os accidentes de traballo mortais, moi graves ou graves, e sobre aqueles outros en que, polas súas características ou polos suxeitos afectados, se considere necesario dito informe, así como sobre as enfermidades profesionais nas que concorran ditas 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 na presente 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 contribuir 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 cometidos, 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 programaranse 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 mediara incumprimento de previo requirimento, o funcionario actuante remitirá informe á Inspección de Traballo e Seguridade Social, no que se recollerán os feitos comprobados, a efectos de que se levante a correspondente acta de infracción, se así procedera.

A 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, de 25 de abril, Xeral de Sanidade, e disposicións ditadas para o seu desenvolvemento.

En particular, corresponderá 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 polos servizos de prevención actuantes. Para isto, 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 de dita 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 aos fins dispostos no artigo 10 precitado e no artigo 21 da Lei 14/1986, de 25 de abril, Xeral de Sanidade, así como da Administración competente en materia de industria aos efectos previstos na Lei 21/1992, de 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 con 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. A tal 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, 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 á 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 régulase 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 personal 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. A 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 maneira continua as actividades de identificación, avaliación e control dos riscos que non se puideran 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 isto lle eximan do cumprimento do seu deber nesta materia, sen prexuízo das accións que poida exercer, no seu caso, contra calquera outra persoa. Finalmente, destacar que o custo das medidas relativas á seguridade e á saúde no traballo non deberá recaer en modo algún 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, de acordo cos 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 efectos do mesmo na saúde.
- e) Ter en conta a evolución da técnica.
- f) Substituír o 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 a fin de garantir que só os traballadores que recibiran 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 puidera cometer o traballador. Para a súa adopción teranse en conta os riscos adicionais que puideran implicar determinadas medidas preventivas, as cales só poderán adoptarse cando a magnitude de ditos 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 isto exíxese 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 fora necesario, con ocasión dos danos para a saúde que se produciran.

Cando o resultado da avaliación o fixera necesario, 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 puxeran de manifesto situacións de risco, o empresario realizará aquelas actividades preventivas necesarias para eliminar ou reducir e controlar tales riscos. Ditas actividades serán obxecto de planificación polo empresario, incluíndo 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, destacar que como o empresario deberá asegurarse da efectiva execución das actividades preventivas incluídas na planificación, deberá efectuar un seguimento continuo da mesma. O dito supón que as actividades de prevención deberán ser modificadas cando se aprecie polo empresario a súa inadecuación aos 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 isto non supoña unha redución do nivel de protección da seguridade e saúde dos traballadores.

Cando se producira 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, a fin de detectar as causas destes feitos e adoptará as medidas necesarias para que os equipos de traballo sexan axeitados para o traballo que deba realizarse e convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garantan a seguridade e a saúde dos traballadores ao empregalos.

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 de dita utilización e de que os traballos de reparación, transformación, mantemento ou conservación sexan realizados polos traballadores especificamente capacitados para isto.

O empresario deberá proporcionar aos seus traballadores equipos de protección individual axeitados para o desempeño das súas funcións e velar polo uso efectivo dos mesmos cando, pola natureza dos traballos realizados, sexan necesarios, (os equipos de protección individual deberán empregarse 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 isto 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 facilitarase polo empresario aos traballadores a través de ditos representantes; non obstante, deberá informarse directamente a cada traballador dos riscos específicos

que afecten ao seu posto de traballo ou función e das medidas de protección e prevención aplicables a ditos riscos.

Correlativo ao deber de información é o de consulta, así se dispón que: o empresario debe consultar aos 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 nas funcións que desempeñe ou se introduzan novas tecnoloxías ou cambios nos 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 fora 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 na mesma, (a formación poderase impartir 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 á mesma, deberá analizar as posibles situacións de emerxencia e adoptar as medidas necesarias en materia de primeiros auxilios, loita contra incendios e evacuación dos traballadores, designando para isto ao persoal encargado de poñer en práctica estas medidas e comprobando periodicamente, no seu caso, o seu correcto funcionamento. O citado persoal deberá posuír a formación necesaria, ser suficiente en número e dispoñer 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 das mesmas.

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 sobre a existencia de dito risco e das medidas adoptadas ou que, no seu 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 fora necesario, abandonar de inmediato o lugar de traballo, (neste suposto non poderá exixirse aos traballadores que continuen a súa actividade mentres persista o perigo, salvo excepción debidamente xustificada por razóns de seguridade e determinada regulamentariamente).
- c) Dispoñer o necesario para que o traballador que non puidera poñerse 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, habida conta dos seus coñecementos e dos medios técnicos postos á súa disposición, de adoptar as medidas necesarias para evitar as consecuencias de dito perigo.

Así o traballador terá dereito a interromper a súa actividade e abandonar o lugar de traballo, en caso necesario, cando considere que 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 dito 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. Dito acordo poderá ser adoptado por decisión maioritaria dos Delegados de Prevención cando non resulte posible reunir coa urxencia requirida ao órgano de representación do persoal.

Os traballadores ou os seus representantes non poderán sufrir prexuízo algún derivado da adopción das medidas de prevención ou protección expostas, a menos que obraran de mala fe ou cometido 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, previo informe dos representantes dos traballadores, os supostos en 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 constituir un perigo para o mesmo, 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 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 isto os datos relativos á vixilancia da saúde dos traballadores non poderán ser usados con fins discriminatorios nin en prexuízo do traballador, (debe lembrarse que o acceso á información médica de carácter persoal limitarase 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 o cal establécese que, o empresario e as persoas ou órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados das conclusións que se 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, a 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 a 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 a adoptar e, no seu caso, material de protección que deba empregarse.
- d) Práctica dos controis do estado de saúde dos traballadores.
- e) Relación de accidentes de traballo e enfermidades profesionais que causaran ao traballador unha incapacidade laboral superior a un día de traballo. No momento de cesamento da súa actividade, as empresas deberán remitir á autoridade laboral esa documentación.

O **artigo 24** trata da **coordinación de actividades empresariais**, e ao 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*. A tal fin, establecerán os medios de coordinación que sexan necesarios en canto á protección e prevención de riscos laborais e a información sobre os mesmos 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 a aplicar, para o seu traslado aos seus respectivos traballadores e ás 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 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 isto dispón que o empresario garantirá de maneira específica 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 isto deberá ter en conta ditos 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 en 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 poñerse 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, con obxecto de adoptar as medidas preventivas necesarias.

Tamén ten que tratarse 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 influir 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 lactancia das traballadoras, o empresario adoptará as medidas necesarias para evitar a exposición a dito risco, a través dunha adaptación das condicións ou do tempo de traballo da traballadora afectada, (ditas medidas incluírán, cando resulte necesario, 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 puideran influir 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 á traballadora, esta deberá desempeñar un posto de traballo ou función diferente e compatible co seu estado e o empresario deberá determinar, previa consulta cos representantes dos traballadores, a relación dos postos de traballo exentos de riscos a 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 precitadas non existise posto de traballo ou función compatible, a traballadora poderá ser destinada a un posto non correspondente ao seu grupo ou categoría equivalente, se ben conservará o dereito ao conxunto de retribucións do seu posto de orixe e se dito cambio de posto non resultara técnica ou obxectivamente posible, ou non poida razoablemente exixirse por motivos xustificadas, poderá declararse o paso da traballadora afectada á situación de suspensión do 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 p período de lactancia natural, se as condicións de traballo puideran influir 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 á traballadora ou ao 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, previo 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 a desempeñar polos mesmos, a 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 poñer 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 a ditos mozos e aos seus pais ou titores que interviran 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 desfrutar 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 ten que 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 a cubrir, así como sobre as medidas de protección e prevención fronte aos mesmos.

En todo caso os traballadores deben recibir unha formación suficiente e axeitada ás características do posto de traballo a 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 aos traballadores designados para ocuparse das actividades de protección e prevención ou, no seu 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. Corresponderá, 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. A tal fin a empresa usuaria deberá informar á empresa de traballo temporal, e esta aos traballadores afectados, antes da adscrición dos mesmos, acerca das características propias dos postos de traballo a desempeñar e das cualificacións requiridas.

A empresa usuaria deberá informar aos representantes dos traballadores na mesma da adscrición dos traballadores postos a disposición pola empresa de traballo temporal. Ditos traballadores poderán dirixirse a estes representantes no exercicio dos dereitos recoñecidos na presente 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 daqueloutras 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, de acordo coa 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, aparatos, 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 poñer fóra de funcionamento e empregar correctamente os dispositivos de seguridade existentes ou que se instalen nos medios relacionados coa súa actividade ou nos lugares de traballo en que esta teña lugar.

4º Informar de inmediato ao seu superior xerárquico directo, e aos traballadores designados para realizar actividades de protección e de prevención ou, no seu 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 polos traballadores das obrigas en materia de prevención de riscos terá a consideración de incumprimento laboral aos efectos previstos no artigo 58.1 ET ou de falta, no seu caso, conforme ao 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 de dita actividade, constituirá un servizo de prevención ou concertará dito servizo cunha entidade especializada allea á empresa.

Os traballadores designados deberán ter a capacidade necesaria, dispoñer 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 na mesma. Ademais imponse a estes traballadores un deber de colaborarán entre si e, no seu 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 tiveran 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.

O empresario que non houber concertado 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 haberán de 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 terse notificado 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 de un ou varios traballadores fora 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, no seu caso, de ámbitos sectoriais e descentralizados.



Entenderase como servizo de prevención o conxunto de medios humanos e materiais necesarios para realizar as actividades preventivas a fin de garantir a axeitada protección da seguridade e a saúde dos traballadores, asesorando e asistindo para isto 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 dito servizo o acceso á información e documentación necesarias.

Os servizos de prevención deberán estar en condicións de proporcionar á empresa o asesoramento e apoio que precise en función dos tipos de risco nela existentes e no referente:

- a) Ao deseño, implantación e aplicación dun plan de prevención de riscos laborais que permita a integración da prevención na empresa.
- b) Á avaliación dos factores de risco que poidan afectar á seguridade e á saúde dos traballadores.
- c) Á planificación da actividade preventiva e a determinación das prioridades na adopción das medidas preventivas e a vixilancia da súa eficacia.
- d) Á información e formación dos traballadores.
- e) Á prestación dos primeiros auxilios e plans de emerxencia.
- f) Á vixilancia da saúde dos traballadores en relación cos riscos derivados do traballo.

Se a empresa non levara a cabo as actividades preventivas con recursos propios, a asunción das funcións respecto das materias descritas só poderá facerse 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, debendo os seus medios ser apropiados para cumprir as súas funcións. Para isto, 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 a 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 previa aprobación da autoridade sanitaria en canto aos aspectos de carácter sanitario.

Entre estes requisitos, as entidades especializadas deberán suscribir 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 terse notificado 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 de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social non poderán desenvolver directamente as funcións correspondentes aos servizos de prevención alleos. Isto sen prexuízo de que poidan participar con cargo ao seu patrimonio histórico nas sociedades mercantís de prevención constituídas a este único fin, nos termos e condicións que se establezan nas disposicións de aplicación e desenvolvemento.

## **V. Participación dos traballadores.**

O empresario deberá consultar aos traballadores, coa debida antelación, a adopción das decisións relativas:

a) Á planificación e organización do traballo na empresa e a introdución de novas tecnoloxías, en todo o relacionado coas consecuencias que estas puideran 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) Á organización e desenvolvemento das actividades de protección da saúde e prevención dos riscos profesionais na empresa, incluída a designación dos traballadores encargados de ditas actividades ou o recurso a un servizo de prevención externo.

c) Á designación dos traballadores encargados das medidas de emerxencia.

d) Aos procedementos de información e documentación a que se refire a presente Lei.

e) Ao proxecto e 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 con 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 canalizarase 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 isto, os representantes do persoal exercerán as competencias que ditas 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, a complexidade e dispersión da súa estrutura organizativa e as súas peculiaridades en materia de representación colectiva, nos termos previstos na Lei 7/1990, de 19 de xullo, sobre negociación colectiva e participación na determinación das condicións de traballo dos empregados públicos, podéndose establecer 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 dita adaptación poderá afectar ás competencias, facultades e garantías que se 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, dito ámbito será o dos órganos de representación do persoal ao servizo das Administracións públicas, se ben 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 ao 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 en 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. Con todo, 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, de acordo coa 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 1.001 a 2.000 traballadores: 5 delegados de Prevención.

De 2.001 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.

A 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 de un 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 poderanse establecer, nos termos sinalados na Lei 7/1990, de 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 atribúe a estes 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 da presente 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 ao efecto, as competencias atribuídas a aquel na presente Lei serán exercidas polos Delegados de Prevención.

No exercicio das competencias atribuídas aos Delegados de Prevención, estes estarán facultados para:

a) Acompañar aos técnicos nas avaliacións de carácter preventivo do medio ambiente de traballo, así como, nos termos previstos no artigo 40 desta Lei, aos 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 estimen 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 aquel tivese coñecemento deles, podendo presentarse, aínda fóra da súa xornada laboral, no lugar dos feitos para coñecer as circunstancias dos mesmos.

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, a tal fin, acceder a calquera zona dos mesmos e comunicarse durante a xornada cos traballadores, de maneira que non se altere o normal desenvolvemento do proceso produtivo.

f) Reclamar 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 a tal fin efectuar propostas ao empresario, así como ao Comité de Seguridade e Saúde para a súa discusión no mesmo.

g) Propoñer 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 terse emitido o informe, o empresario poderá poñer 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 sixilo profesional aplicable aos delegados de prevención en correspondencia co sistema deseñado no ET.

O empresario deberá proporcionar aos Delegados de Prevención os medios e a formación en materia preventiva que resulten necesarios para o exercicio das súas funcións.

A formación deberase facilitar 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, repitíndose periodicamente se fora necesario e o tempo dedicado á formación será considerado como tempo de traballo a 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, de 12 de xuño, de Órganos de Representación, Determinación das Condicións de Traballo e Participación do Persoal ao Servizo das Administracións Públicas.

Finalmente debe facerse 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.

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.

Dito Comité reunirase trimestralmente e sempre que o solicite algunha das representacións no mesmo 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 empregados polo empresario non son suficientes para garantir a seguridade e a saúde no traballo. A Inspección de Traballo e Seguridade Social informará aos Delegados de Prevención sobre os resultados das visitas a que fai referencia o apartado anterior e sobre as medidas adoptadas como consecuencia das mesmas, así como ao 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 de ditos plans.

**Cristina Castroviejo Ojea**  
**Lcda. en Dereito. Corpo Superior da**  
**Administración da Xunta de Galicia. Subgrupo A1**

## **2. O DEREITO DO TRABALLO. A SÚA ESPECIALIDADE E CARÁCTERES. AS FONTES DO DEREITO DO TRABALLO. O PRINCIPIO DE XERARQUÍA NORMATIVA. OS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABALLO. CONCEPTO E NATUREZA. RÉXIME XURÍDICO. PARTES. PROCEDEMENTO. CONTIDO.**

## **TEMA 2**

### **O DEREITO DO TRABALLO**

Co termo dereito do traballo quérese aludir a unha disciplina xurídica que se caracterizou por supoñer unha constante confrontación de dous tipos de intereses xeralmente contrapostos, os intereses sociais e os intereses económicos, trátase pois dunha disciplina que trata de regular todos aqueles aspectos que comprenden unha relación laboral, a cal á súa vez, se caracteriza, 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, se ben regula os resultados dun longo proceso evolutivo cuxos precedentes se remontan á época greco romana.

Á marxe da súa concreta evolución histórica interesa facer fincapié nunha serie de fitos que resultaron ser esenciais na conceptuación 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 exixencia 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 dos 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 isto 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



intervinientes na relación laboral, inclúense previsións sobre o traballo de menores e mulleres, etc.

Aínda que en realidade é desde o 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, se ben habería que agardar ata a Lei de Contrato de Traballo de 1931 para que se configurara como institución xurídica diferenciada do contrato de arrendamento de servizos. Pártese do seu concepto romano, *duorum vel plurium in ídem 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 partindo da consideración de que ambas 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 quen 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 de dita actividade, mentres que o segundo é aquel que realiza unha actividade de servizo e percibe unha retribución a cambio. Destas figuras tratarase no segundo epígrafe por constituir unha especialidade do dereito laboral.

Estamos ante unha materia que se volveu sumamente prolífica e isto debido ao incremento tanto do número de traballadores como da variedade das súas capacitacións profesionais, e isto converteu ao dereito laboral nun perfecto exemplo do que no estudo da técnica e dos sistemas normativos se denomina fenómeno de “legal polution”. Ademais debe engadirse outros colectivos como os traballadores do sector público e a peculiaridade que supuxo a irrupción das empresas de traballo temporal (en adiante ETT).

Por outra parte cómpre remarcar que o denominado dereito do traballo, o dereito laboral, engloba toda unha serie de disciplinas específicas como son: o dereito procesal 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 de 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, 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 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 esexese do artigo 1 do Estatuto dos traballadores aprobado por Real Decreto Lexislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adiante ET), que establece: *“A presente 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 a todas as persoas, físicas ou xurídicas, ou comunidades de bens que reciban a prestación de servizos das persoas a que aludía o A.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, 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, agás que se demostre a condición de asalariados de quen os levan a cabo. Consideraranse familiares, a 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, no seu caso, por adopción.

f) A actividade das persoas que interveñan en operacións mercantís por conta de un ou máis empresarios, sempre que queden persoalmente obrigados a responder do bo fin da operación asumindo o risco e ventura da mesma.

g) En xeral, todo traballo que se efectúe en desenvolvemento de relación distinta da que define o apartado 1 deste artigo.

A 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 ostenten, aínda cando ditos servizos se realicen de forma continuada para un mesmo cargador ou comercializador.

Finalmente 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. Ditos traballadores terán, polo menos, os dereitos económicos que lles corresponderían de traballar en territorio español.

Tamén constitúe 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 ocorre 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 **art. 1.1** non especifica (como se facía no Proxecto de lei do ET) que o traballador ten que 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 ao 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 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 se derivan do seu contrato e para o seu cesamento.

c) Os estranxeiros, de acordo co disposto na lexislación específica sobre a materia

O **art. 6** regula o traballo dos menores de dezoito anos, establecendo certas limitacións, como a prohibición do traballo nocturno. Con carácter xeral prohibéase a admisión ao traballo de menores de 16 anos, debendo 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 (**art. 1.2 ET**), suxeitas á súa regulación específica.

En canto ás características en stricto sensu do contrato de traballo sinalar que este se configura como un negocio xurídico:

**a) Bilateral.** Trátase dunha relación xurídica fundamentalmente bilateral, que xera obrigas para ambas partes.

**b) Consensual.** O contrato de traballo perfecciónase polo mero consentimento, e desde entón obriga a ambas partes que consentiron na súa realización.

**c) Típico e nominado.** O contrato de traballo está tipificado, é dicir, regulado normativamente.

**d) Sinalagmático.** O contrato de traballo contén obrigas recíprocas para ambas partes.

**e) Oneroso.** O contrato de traballo é oneroso porque ambas partes se benefician mutuamente, unha da prestación de servizos, a outra do salario, existindo 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 a 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 que 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 traslativo).

O sistema de fontes do dereito laboral presenta unha peculiaridade notable en tanto que aos suxeitos implicados, empresarios e traballadores, se lles dota, 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 raíz da promulgación da vixente constitución e isto porque debe advertirse que, se ben 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 se non reinterpretado á luz do principio de supremacía constitucional que coloca á 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, cuestión cuxo estudo abórdase no 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 regúlanse:*

- 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 dispoñer validamente, antes ou despois da súa adquisición, dos dereitos que teñan recoñecidos por disposicións legais de dereito necesario. Tampouco poderán dispoñer validamente dos dereitos recoñecidos como indispoñibles por convenio colectivo.*

Lembrar 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 válidos 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 a prescrición gañada pero non o 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 dos mesmos 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, 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 atopasen 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 se deriven especificamente do contrato de traballo.*

#### **4. O PRINCIPIO DE XERARQUÍA NORMATIVA**

O artigo 3.2 do ET continua dicindo que: *“As disposicións legais e regulamentarias se aplicarán 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 dous 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 conságrase pola vixente Constitución española, de 27 de decembro de 1978 (en adiante 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.* Dito principio implica, por 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 de inferior que se opón a outra de rango superior ou pretende impoñérselle.

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, de 1 de xullo, (en adiante LOPJ) que afirma: *A Constitución é a norma suprema do ordenamento xurídico, e vincula a todos os Xuíces e Tribunais, que interpretarán e aplicarán as Leis e os Regulamentos segundo os preceptos e principios constitucionais, conforme á interpretación dos mesmos 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 en tanto non pasaran 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 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 lexislativos e os reais decretos leis convalidados ou durante ese período intermedio que abrangue desde a súa adopción ata a votación sobre a súa convalidación ou derogación.

O regulamento alude a toda disposición xurídica de carácter xeral ditada pola administración pública e con valor subordinado á lei e isto 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 no próximo epígrafe e en canto aos usos ou costumes locais ou profesionais lembrar que só se aplicarán en defecto de disposicións legais, convencionais ou contractuais, a non ser que conten cunha recepción ou remisión expresa.

Hai que matizar que o sistema de relacións laborais deseñado polo constituínte encádrase no ámbito do estado social e democrático de dereito polo que, xunto aos dereitos individuais tradicionalmente recoñecidos nas constitucións, recoñécese unha serie de dereitos de contido social que implican unha actuación por parte do estado non 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 regúlanse 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:

1. Non pode defenderse a existencia dun xenérico deber de lealdade a cargo do traballador cun significado de suxeición indiferenciada do traballador ao interese empresarial.
2. A celebración dun contrato de traballo non implica para o traballador a privación dos dereitos que a propia Constitución lle recoñece como cidadán.
3. e, finalmente, 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 TRABAJO: 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, constitúen a expresión do acordo libremente adoptado por eles en virtude da súa autonomía colectiva”*.

Por 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 precitados 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, por acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores lexitimados para negociar un convenio colectivo conforme ao previsto no artigo 87.1, do que logo tratarai a propósito das “partes”, poderase proceder, previo desenvolvemento dun período de consultas nos termos do artigo 41.4, a inaplicar o réxime salarial previsto nos convenios colectivos de ámbito superior á empresa, cando esta teña unha diminución persistente do seu nivel de ingresos ou a súa situación e perspectivas económicas puideran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación, afectando ás posibilidades de mantemento do emprego na mesma.

Nos supostos de ausencia de representación legal dos traballadores na empresa, estes poderán atribuír a súa representación a unha comisión designada conforme ao disposto no artigo 41.4.

Cando o período de consultas remate con acordo, presumirase que concurren as causas xustificativas exixidas polo ET e só poderá ser impugnado ante a xurisdición competente pola existencia de fraude, dolo,

coacción ou abuso de dereito na súa conclusión. O acordo deberá ser notificado á Comisión paritaria do convenio colectivo.

O acordo de inaplicación deberá determinar con exactitude a retribución a percibir polos traballadores de dita empresa, establecendo, no seu caso e en atención á desaparición das causas que o determinaron, unha programación da progresiva converxencia cara a recuperación das condicións salariais establecidas no convenio colectivo de ámbito superior á empresa que lle sexa de aplicación, sen que en caso ningún dita inaplicación poida superar o período de vixencia do convenio nin, como máximo os tres anos de duración. O acordo de inaplicación e a programación da recuperación das condicións salariais non poderán supoñer o incumprimento das obrigas establecidas en convenio relativas á eliminación das discriminacións retributivas por razóns de xénero.

En caso de desacordo durante o período de consultas, calquera das partes poderá someter a discrepancia á Comisión paritaria do convenio, que disporá dun prazo máximo de sete días para pronunciarse, a contar desde que a discrepancia lle fora formulada. Cando aquela non alcanzara un acordo, as partes poderán recorrer aos procedementos a que se refire o seguinte parágrafo.

Mediante os acordos interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico, previstos no artigo 83 ET, deberanse establecer os procedementos de aplicación xeral e directa para solucionar de maneira efectiva as discrepancias na negociación dos acordos a que se refire este apartado, incluído o compromiso previo de someter as discrepancias a unha arbitrase vinculante, en cuxo caso o laudo arbitral terá a mesma eficacia que os acordos en período de consultas e só será recorrible conforme ao procedemento e en base aos motivos establecidos no artigo 91.

## **RÉXIME XURÍDICO**

O convenio colectivo que sucede a un anterior pode dispoñer sobre os dereitos recoñecidos naquel. En dito suposto aplicarase, integramente, o regulado no novo convenio.

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.

Estas cláusulas poderán igualmente pactarse en convenios ou acordos colectivos sectoriais, de ámbito estatal ou autonómico, por aqueles sindicatos e asociacións empresariais que contén coa lexitimación necesaria, de conformidade co establecido na presente Lei.

Ditas organizacións de traballadores e empresarios poderán igualmente elaborar acordos sobre materias concretas. Estes acordos, así como os acordos interprofesionais a que se refire o apartado 2 deste artigo, terán o tratamento desta Lei para 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 ao disposto no artigo 83.2.

Salvo que un acordo ou convenio colectivo de ámbito estatal ou de Comunidade Autónoma negociado segundo o artigo 83.2 establecera regras distintas sobre a estrutura da negociación colectiva ou concorrencia entre convenios, a regulación das condicións establecidas nun convenio de empresa 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, incluídos os vinculados á situación e resultados da empresa.
- 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 se atribúen pola presente Lei aos convenios de empresa.
- f) As medidas para favorecer a conciliación entre a vida laboral, familiar e persoal.

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 poderán ampliar a relación de condicións de traballo anteriormente sinaladas.

Salvo pacto en contrario (enténdese sempre 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 dita decisión obteña o respaldo das maiorías exixidas para constituir a comisión negociadora na correspondente unidade de negociación.

No suposto precitado, 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 estar ao teor do disposto polo **Artigo 86** que entende que corresponde ás partes negociadoras establecer a duración dos convenios, podendo eventualmente pactarse distintos períodos de vixencia para cada materia ou grupo homoxéneo de materias dentro do mesmo convenio.

Salvo pacto en contrario, os convenios colectivos prorrogaranse de ano en ano se non mediara 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, se ben as cláusulas

convencionais polas que se renunciara 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 maneira efectiva as discrepancias existentes tras o transcurso dos prazos máximos de negociación sen alcanzarse un acordo, incluído o compromiso previo de someter as discrepancias a unha arbitrase, en cuxo caso o laudo arbitral terá a mesma eficacia xurídica que os convenios colectivos e só será recorrible conforme ao procedemento e en base aos motivos establecidos no artigo 91. Ditos acordos interprofesionais deberán especificar os criterios e procedementos de desenvolvemento da arbitrase, expresando 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 a procedemento arbitral, entenderase que a arbitrase ten carácter obrigatorio.

En defecto de pacto, cando transcorrera o prazo máximo de negociación sen alcanzarse un acordo e as partes do convenio non se someteran aos procedementos aos que se refire parágrafo anterior ou estes non solucionaran a discrepancia, manterase a vixencia do convenio colectivo.

O convenio que sucede a un anterior derroga na súa integridade a 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 a estes efectos poidan ditarse terán a mesma eficacia e tramitación que os acordos no período de consultas, sendo 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 dos mesmos existirá, en todo caso, o deber de negociar medidas dirixidas a promover a igualdade de trato e de oportunidades entre mulleres e homes no ámbito laboral ou, no seu 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 recoñece ás partes, a través da negociación colectiva articularase o deber de negociar plans de igualdade nas empresas de máis de douscentos cincuenta traballadores da seguinte forma:

- a) Nos convenios colectivos de **ámbito empresarial**, o deber de negociar formalizarase no marco da negociación de ditos 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 estableceran nos indicados convenios para cumprir dito deber de negociar a través das oportunas regras de complementariedade.

Sen prexuízo da liberdade de contratación, os convenios colectivos haberán de 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 maneira efectiva as discrepancias que poidan xurdir na negociación para a modificación substancial de condicións de traballo establecidas nos convenios colectivos de conformidade co establecido no artigo 41.6 e para a non aplicación do réxime salarial a que se refire o artigo 82.3, adaptando, no seu caso, os procedementos que se establezan a este respecto nos acordos



interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico conforme ao disposto en tales artigos.

d) Forma e condicións de denuncia do convenio, así como prazo mínimo para dita denuncia antes de rematar a súa vixencia. Salvo pacto en contrario, o prazo mínimo para a denuncia dos convenios colectivos será de tres meses antes de rematar a súa vixencia.

e) Prazo máximo para o inicio da negociación dun novo convenio unha vez denunciado o anterior. Salvo pacto en contrario, dito prazo máximo será o establecido no artigo 89.2.

f) Prazo máximo para a negociación dun novo convenio que se determinará en función da duración da vixencia do convenio anterior. Salvo pacto en contrario, este prazo será de oito meses cando a vixencia do convenio anterior fose inferior a dous anos ou de catorce meses nos restantes convenios, a contar desde a data de perda da súa vixencia.

g) A adhesión e o sometemento aos procedementos establecidos mediante os acordos interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico previstos no artigo 83 para solucionar de maneira efectiva as discrepancias existentes tras o transcurso do prazo máximo de negociación sen alcanzarse un acordo, sempre que estes non foran de aplicación directa.

h) Designación dunha comisión paritaria da representación das partes negociadoras para entender daquelas cuestións establecidas na lei e de cantas outras lle sexan atribuídas, en particular as seguintes:

1.º Os termos e condicións para o coñecemento e resolución das cuestións en materia de aplicación e interpretación dos convenios colectivos de acordo co establecido no artigo 91.

2.º O desenvolvemento de funcións de adaptación ou, no seu caso, modificación do convenio durante a súa vixencia (neste caso, deberá incorporarse á comisión paritaria a totalidade dos suxeitos lexitimados para a negociación, aínda que non foran asinantes do convenio, sendo exixible a concorrencia dos requisitos de lexitimación previstos nos artigos 87 e 88 do ET para que os acordos de modificación posúan eficacia xeral).

3.º Os termos e condicións para o coñecemento e resolución das discrepancias tras a finalización do período de consultas en materia de modificación substancial de condicións de traballo ou inaplicación do réxime salarial dos convenios colectivos, (de acordo co establecido nos artigos 41.6 e 82.3, respectivamente).

4.º A intervención que se acorde nos supostos de modificación substancial de condicións de traballo ou inaplicación do réxime salarial dos convenios

colectivos, cando non exista representación legal dos traballadores na empresa.

O convenio deberá establecer os procedementos e prazos de actuación da comisión paritaria para garantir a rapidez e efectividade da mesma e a salvagarda dos dereitos afectados. En particular, deberá establecer os procedementos para solucionar de maneira efectiva as discrepancias no seo de dita comisión, incluído o seu sometemento aos sistemas non xudiciais de solución de conflitos establecidos mediante os acordos interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico.

i) Medidas para contribuír á flexibilidade interna na empresa, que favorezan a súa posición competitiva no mercado ou unha mellor resposta ás exixencias da demanda e a estabilidade do emprego naquela, e, en particular, as seguintes:

1.º Unha porcentaxe máxima e mínima da xornada de traballo que poderá distribuírse de maneira irregular ao longo do ano. Salvo pacto en contrario, esta porcentaxe será dun 5%.

2.º Os procedementos e os períodos temporais y de referencia para a mobilidade funcional na empresa.

## **PARTES DO CONVENIO**

O **artigo 87 ET** regula a denominada legitimación, que se concreta na determinación dos que poden ser parte 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, no seu caso, ou as seccións sindicais se as houber que, no seu conxunto, sumen a maioría dos membros do comité. A intervención na negociación corresponderá 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 foran 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 aos mesmos.

b) Os sindicatos que teñan a consideración de máis representativos a nivel de Comunidade Autónoma respecto dos convenios que non transcendan de dito ámbito territorial, así como, nos seus respectivos ámbitos, as organizacións sindicais afiliadas, federadas ou confederadas aos mesmos.

c) Os sindicatos que contén cun mínimo do 10% 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 de ditas empresas.

c) Nos **convenios colectivos sectoriais**, as asociacións empresariais que no ámbito xeográfico e funcional do convenio contén co 10% dos empresarios e sempre que estas dean ocupación a igual porcentaxe dos traballadores afectados, así como aquelas asociacións empresariais que en dito ámbito dean ocupación ao 15% 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 10% ou máis das empresas ou traballadores no ámbito estatal, así como as asociacións empresariais de Comunidade Autónoma que contén nesta cun mínimo do 15% 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 ao 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 ao respecto que *o reparto 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, á maioría absoluta dos membros dos comités de empresa e delegados de persoal, no seu caso, e a empresarios que ocupen á maioría dos traballadores afectados polo convenio.

Naqueles sectores en que non existan órganos de representación dos traballadores, entenderase validamente constituída a comisión negociadora cando a mesma estea integrada polas organizacións sindicais que ostenten 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 a mesma estea integrada polas organizacións empresariais estatais ou autonómicas referidas no parágrafo segundo do artigo 87.3 c).

Nos supostos precitados, o reparto dos membros da comisión negociadora efectuarase en proporción á representatividade que ostenten as

organizacións sindicais ou empresariais no ámbito territorial da negociación.

A designación dos compoñentes da comisión corresponderá ás partes negociadoras, que 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 de quince. No resto dos convenios non se superará o número de trece.

Pero se a comisión negociadora optara pola non elección dun presidente, as partes deberán consignar na acta da sesión constitutiva da comisión os procedementos a empregar para moderar as sesións e asinar as actas que correspondan ás mesmas un representante de cada unha delas, xunto co secretario.

## **PROCEDIMENTO**

- Tramitación, aplicación e interpretación

O **Artigo 89** afirma que *a representación dos traballadores, ou dos empresarios, que promova a negociación, comunicarao á outra parte, expresando detalladamente na comunicación, que deberá facerse por escrito, a lexitimación que ostenta 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, a efectos de rexistro, á autoridade laboral correspondente en función do ámbito territorial do convenio).*

A parte receptora da comunicación só poderá negarse ao inicio 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 partes estarán obrigadas a negociar baixo o principio da boa fe.

Se se produciran violencias, tanto sobre as persoas como sobre os bens e ambas partes comprobaran a súa existencia, quedará suspendida de inmediato a negociación en curso ata a desaparición daquelas.

Así, denunciado un convenio, en ausencia de regulación nos convenios colectivos, procederase como segue: no prazo máximo de un mes a partir da recepción da comunicación, procederase a constituir a comisión negociadora; a parte receptora da comunicación deberá responder á proposta de negociación e ambas partes establecerán un calendario ou plan de negociación, debéndose iniciar esta nun prazo máximo de quince días a contar desde a constitución da comisión negociadora.

O prazo máximo para a negociación dun convenio colectivo será de oito meses cando a vixencia do convenio anterior fose inferior a dous anos ou de catorce meses nos restantes convenios, a contar desde a data de perda da súa vixencia.

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 de un mediador designado por elas.

En canto á súa validez dispón o ET que *os convenios colectivos a que se refire esta Lei han de efectuarse por escrito, baixo sanción de nulidade.*

Os convenios deberán ser presentados ante a autoridade laboral competente, para os sós 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 dez días desde a presentación do convenio no rexistro disporase pola autoridade laboral a súa publicación obrigatoria e gratuita no «Boletín Oficial do Estado» ou, en función do ámbito territorial do mesmo, 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, que adoptará as medidas que procedan ao obxecto de emendar supostas anomalías, previa audiencia das partes, ademais a autoridade laboral velará polo respecto ao principio de igualdade nos convenios colectivos que puideran conter discriminacións, directas ou indirectas, por razón de sexo; para isto poderá recabar 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 dirixira á xurisdición competente por entender que o convenio colectivo puidera 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 corresponderá á comisión paritaria dos mesmos.*

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 o laudo arbitral terá a eficacia xurídica e tramitación dos convenios colectivos regulados na presente Lei, sempre que os que adoptasen o acordo ou suscrito o compromiso arbitral tiñesen 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 aos procedementos previstos para os convenios colectivos. Especificamente caberá o recurso contra o laudo arbitral no caso de que non observasen no desenvolvemento da actuación arbitral os requisitos e formalidades establecidos ao efecto, ou cando o laudo resolvese sobre puntos non sometidos á súa decisión.

Nos supostos de conflito colectivo relativos á interpretación ou aplicación do convenio deberá intervir a comisión paritaria do mesmo 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 na presente 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 estiveran afectadas por outro, comunicándoo á autoridade laboral competente a 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 os mesmos da imposibilidade de suscribir en dito ámbito un convenio colectivo dos previstos neste Título III ET, debida á ausencia de partes lexitimadas para isto.

A decisión de extensión adoptarase sempre a instancia de parte e mediante a tramitación do procedemento que regulamentariamente se determine, cuxa duración non poderá exceder de tres meses, tendo a ausencia de resolución expresa no prazo establecido efectos desestimatorios da solicitude.

Terán capacidade para iniciar o procedemento de extensión os que se atopen lexitimados para promover a negociación colectiva no ámbito correspondente (ex artigos 87.2 e 3 ET).



Por outra parte, resulta obrigado significar que se ben, como afirma a exposición de motivos do Decreto 7/2011, de 10 de xuño (BOE nº 139, de 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 se recoñece aos sindicatos de traballadores e ás 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 follga); 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 lembrarse, 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 precitado título III do Estatuto dos Traballadores de 1980 foi obxecto de reformas desde entón, se ben 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 pasaran 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 modo de relacións laborais e de negociación colectiva que, pese a 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 concrétnanse na capacidade de adaptación ás condicións cambiantes da economía e do emprego e do propio modo 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 concorrència 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 modo de convenios colectivos ten dificultades para axustar con prontitude as condicións de traballo presentes na empresa ás circunstancias económicas e produtivas polas que atravesara aquela nos diferentes momentos do ciclo ou da coxuntura 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 remata a vixencia pactada dos convenios colectivos (xa que unha vez denunciados, os convenios tardan en comezarse 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 propiciaran o desenvolvemento da negociación colectiva en todos eses ámbitos.

Sen dúbida, son as consideracións anteriormente expostas as que levaron ao lexislador a incluír na **Lei 35/2010, de 17 de setembro, de medidas urxentes para a reforma do mercado de traballo**, unha disposición na que se emprazaba ao Goberno a promover as iniciativas lexislativas que corresponderan para a reforma da negociación colectiva nos termos que, en exercicio da autonomía colectiva, foran 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, previa consulta coas organizacións empresariais e sindicais, debía adoptar as iniciativas que corresponderan para abordar diversos aspectos que configuran o actual sistema de negociación colectiva.

Iniciado o proceso de diálogo social bipartito ao comezar 2011, as organizacións suscribiron 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 suscribiron na mesma data xunto co Goberno. No citado Acordo de criterios básicos, as organizacións asinantes comprometéronse ao desenvolvemento dun proceso de negociación e a suscribir un acordo interconfederal no que se incorporaran os acordos de reforma da negociación colectiva. Desde febreiro ata maio de 2011, CEOE, CEPYME, CC.OO. e UGT desenvolveron un intenso proceso de negociación bipartita para a reforma da negociación colectiva.

A presente 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:

1º/ favorecer unha mellor ordenación da nosa negociación colectiva, propiciando á vez unha negociación colectiva máis cercana á empresa e unha negociación colectiva sectorial máis adaptada á situación de cada concreto sector de actividade económica.

2º/ 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.

3º/ 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 precitada EM, en resumo, dunha reforma da negociación colectiva para que haxa máis e mellor negociación colectiva, máis ordenados e mellores convenios colectivos, de forma tal que poidan cumprir de forma máis útil e eficaz a súa función de regulación das relacións laborais e das condicións de traballo e contribuir, a curto, medio e longo prazo, ao crecemento da economía española, á mellora da competitividade e da produtividade nas empresas españolas e, por isto, ao crecemento do emprego e a redución do desemprego.

Á vista dos indicados obxectivos, a arquitectura da reforma do sistema de negociación colectiva pódese afirmar que, segundo a resulta da regulación xa exposta, 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 han de negociar os convenios e das regras de lexitimación en cada caso, segundo o ámbito de que se trate.

Finalmente destacar a **creación do CONSELLO DE RELACIÓNS LABORAIS E DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA, en virtude da D.F. 2ª do Decreto 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 a desenvolver polo 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 da mesma, mediante un Observatorio da Negociación Colectiva, integrado no propio Consello de Relacións Laborais e de Negociación Colectiva, e que desenvolverá, entre outras, as seguintes tarefas:

1.º 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.

2.º 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 previa 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).

\*\*\*\*\*Ademais é necesario mencionar as seguintes disposicións:

### **Disposición Adicional primeira: Procedementos non xudiciais:**

Sen prexuízo da autonomía colectiva, as organizacións empresariais e sindicais máis representativas no ámbito estatal e de Comunidade Autónoma adoptarán antes do 30 de xuño de 2012 as iniciativas que correspondan para a adaptación dos procedementos non xudiciais de solución de conflitos establecidos mediante os acordos interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico previstos no artigo 83 do Estatuto dos Traballadores ás previsións contidas neste real decreto-lei.

Ata tanto, os acordos interprofesionais a que se refire o apartado anterior establezan los procedementos previstos no artigo 86.3 do Estatuto dos Traballadores, segundo a redacción dada ao mesmo por este real decreto-lei, en caso de imposibilidade de acordo no seo da comisión negociadora e transcorrido o prazo máximo de negociación dos convenios colectivos, as partes someteranse a un procedemento de arbitraje.

**Disposición Adicional segunda: Información sobre o alcance e o contido da negociación colectiva:**

Con anterioridade ao 31 de decembro de 2011 o Goberno procederá, previa consulta e negociación coas organizacións sindicais e empresariais máis representativas, a adoptar as seguintes medidas:

a) Revisar os modelos das follas estatísticas dos convenios colectivos, establecidos no Real Decreto 713/2010, de 28 de maio, sobre rexistro e depósito de convenios e acordos colectivos de traballo, co obxectivo de simplificar os seus contidos, referindo estes á información relevante e de utilidade pública a efectos da elaboración da estatística de convenios colectivos.

b) Favorecer a utilización dos instrumentos técnicos de apoio público que permitan unha máis áxil cumplimentación dos datos dos modelos oficiais das follas estatísticas dos convenios colectivos por parte das comisións negociadoras dos mesmos.

c) Identificar vías adicionais de coñecemento, distintas das follas estatísticas dos convenios colectivos, que permitan obter información completa e rigorosa dos contidos da negociación colectiva.

d) Efectuar as modificacións normativas oportunas para considerar como dato de cumplimentación obrigatoria o código do convenio colectivo aplicable na empresa nos documentos de cotización que mensualmente deben elaborar e remitir as empresas á Tesourería Xeral da Seguridade Social.

No prazo de un mes desde a data de entrada en vigor deste real decreto-lei, o Ministerio de Traballo e Inmigración constituirá un grupo técnico de traballo de carácter tripartito, formado por representantes de dito Ministerio, así como das organizacións empresariais e sindicais máis representativas, co obxecto de realizar, con anterioridade ao 31 de decembro de 2011, unha análise completa da situación actual da vixencia dos convenios colectivos, segundo as fontes dispoñibles, e de propoñer as medidas axeitadas para a xeración de información útil e actualizada, de acceso público, sobre a vixencia e efectos dos convenios colectivos.

- **Disposición Transitoria primeira: Réxime de aplicación temporal das normas contidas neste real decreto-lei:**

As normas contidas neste real decreto-lei relativas á lexitimación para negociar convenios colectivos, así como as correspondentes á flexibilidade interna negociada, serán de aplicación respectivamente ás comisións negociadoras que se constitúan e aos períodos de consultas que se inicien a partir da entrada en vigor deste real decreto-lei, manténdose en vigor a regulación anterior para as negociacións e consultas xa iniciadas.

As regras contidas neste real decreto-lei, relativas aos prazos para a denuncia dun convenio colectivo, prazo para o inicio das negociacións dun novo convenio e prazo máximo de negociación, serán de aplicación a aqueles convenios colectivos cuxa vixencia pactada remate a partir da entrada en vigor daquel.

As restantes regras incorporadas ao artigo 85.3 do Estatuto dos Traballadores, na redacción dada por este real decreto-lei, serán de aplicación aos convenios colectivos que se suscriban a partir da súa entrada en vigor.

- **Disposición Transitoria segunda: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos**

Ata tanto se produza a entrada en funcionamento do Consello de Relacións Laborais e de Negociación Colectiva establecido no artigo 7, continuará realizando a súa actividade a actual Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos regulada na disposición final segunda do Texto

Refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, na redacción dada á mesma polo Real Decreto Lexislativo 1/1995, de 24 de marzo, e as súas disposicións de desenvolvemento.

**Cristina Castroviejo Ojea**  
**Lcda. en Dereito. Corpo Superior da**  
**Administración da Xunta de Galicia. Subgrupo A1**





# **3. O CONTRATO DE TRABALLO. CONCEPTO. NATUREZA. SUXEITOS. FORMA. CONTIDO E RÉXIME XURÍDICO. MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN E EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO.**

## **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 por **Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo**, (en adiante ET) que establece: *“A presente 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 aquel contrato que liga ao 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 positiva destácanse as notas características do contrato de traballo: o obxecto do contrato é a prestación de *servizos retribuídos*, iso 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. Por tanto a posibilidade de substitución contradi o carácter persoalísimo da prestación do traballador. Por outra parte cómpre destacar que os servizos que presta o traballador realízaos 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 procure ao empresario, “remuneración pactada”, “remuneración que segundo convenio corresponda”, etc. Trátase dunha obriga, a de aboamento do salario, que se impón ao empresario en todo caso. Neste sentido pode dicirse que a alleidade nos riscos tamén distancia o contrato de traballo dos societarios. En resumo caracterizan ao contrato de traballo: a voluntariedade, a amenidade, a dependencia e a retribución.

En canto á determinación do ámbito negativo 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 devandita 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 cometidos 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 de quen os levan a cabo. Consideraranse familiares, a 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, no seu 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 do bo fin da operación asumindo o risco e ventura da mesma.

g) En xeral, todo traballo que se efectúe en desenvolvemento de relación distinta da que define o apartado 1 deste artigo.

A 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 exerzan, aínda cando os devanditos servizos se realicen de forma continuada para un mesmo cargador ou comercializador.

## **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 partes.
- Consensual. O contrato de traballo perfecciónase polo mero consentimento, e desde entón obriga a ambas partes que consentiron na súa realización.
- Típico e nominado. O contrato de traballo está tipificado, é dicir, regulado normativamente.
- Sinalagmático. O contrato de traballo contén obrigas recíprocas para ambas partes.

- Oneroso. O contrato de traballo é oneroso porque ambas partes se benefician mutuamente, unha da prestación de servizos, a outra do salario, existindo 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.

Por outro lado, debe distinguirse entre relacións laborais de natureza ordinaria e outras de natureza especial, nota 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.

## **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 sexan 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, por tanto que ambos teñan aptitude para que o negocio xurídico que pretenden levar a cabo sexa eficaz.

A efectos de determinar se concorre ou non nunha persoa física a nota de capacidade debe examinarse o requisito da idade. A capacidade de obrar do traballador regúlaa 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, a propsta do Ministerio de Traballo e Seguridade Social, previa 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. Con todo, hai que lembrar 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 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 lembrar que o **artigo 199 CC** (*“Ningún pode ser declarado incapaz senón por sentenza xudicial en virtude das causas establecidas na lei”*), 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”*).
- 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 lles 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 se derivan do seu contrato e para o seu cesamento.
- 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: que supón a de falta de aptitude para celebrar 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: xa que, de acordo co previsto no **artigo 7.b) 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”. E finalmente temos a situación de capacidade plena: e é que no dereito español posúen esta capacidade, “os que teñan plena capacidade de obrar conforme ao

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 existen outros requisitos impostos por lei, por exemplo, a posesión dun título profesional expedido por institucións facultadas ao efecto.

Requisito adicional ao de titulación pode ser o de colexiación, que é obrigatoria para o exercicio dalgunhas profesións.

Polo que se refire á concorrencia da nota de capacidade no empregador, patrón ou empresario lembrar 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 á lei pola que se rixa. 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.

Para o suposto de que o empregador sexa persoa física, recoñéceselle capacidade ao cumprir os 18 anos de idade tal e como establece o **A. 315 do CC** aínda que hai que salientar que o menor de idade pode celebrar contrato laboral por medio de representante legal pero producindo efectos na esfera xurídica do menor.

Non se pode esquecer que é requisito esencial para o perfeccionamento do contrato a prestación do consentimento das partes, tal e como resulta xa do **artigo 1262 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 devandito consentimento puido prestarse validamente ou resultar viciado, así o **A.1265 do CC** di que “*será nulo o consentimento prestado por erro, violencia, intimidación ou dolo*”.

## **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.

Exíxese que consten por escrito os contratos de traballo cando así o exixa unha disposición legal e, en todo caso, os de prácticas e para a formación, os contratos a tempo parcial, fixo-descontinuo e de substitución, os contratos de traballo a domicilio, os contratos para a realización dunha obra ou servizo determinado, así como os dos traballadores contratados en España ao servizo de empresas españolas no estranxeiro. Igualmente constarán por escrito os contratos por tempo determinado cuxa duración sexa superior a catro semanas. De non observarse tal exigencia, o contrato presumirase celebrado 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 (en prazo non superior a 10 días a contar desde a formalización do contrato) unha copia básica de todos os contratos que deban celebrarse por escrito, salvo nos contratos de relación laboral especial de alta dirección sobre os que se establece o deber de notificación á representación legal dos traballadores.

Posteriormente, a devandita 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. 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 ao 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 (A. 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.

## **CONTIDO E RÉXIME XURÍDICO**

Do contrato de traballo derivan obrigas para ambas 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 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 ET)**. A regulación da prestación de traballar inclúe 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. Ao respecto os **artigos 39 e 40 do ET** establecen que: a mobilidade funcional no seo da empresa non terá outras limitacións que as exixidas polas titulacións académicas ou profesionais precisas para exercer a prestación laboral e pola pertenza ao grupo profesional. A falta de definición de grupos profesionais, a mobilidade funcional poderá efectuarse entre categorías profesionais equivalentes.

A movilidade funcional para a realización de funcións non correspondentes ao grupo profesional ou categorías equivalentes só será posible se existisen razóns técnicas ou organizativas que a xustificasen e polo tempo imprescindible para a súa atención.

A mobilidade funcional efectuarase sen menoscabo da dignidade do traballador e sen prexuízo da súa formación e promoción profesional, tendo dereito á retribución correspondente ás funcións que efectivamente realice, agás nos casos de encomenda de funcións inferiores, nos que manterá a retribución de orixe.

Se como consecuencia da mobilidade funcional se realizasen funcións superiores ás do grupo profesional ou ás de categorías equivalentes por un período superior a seis meses durante un ano ou a oito durante dous anos, o traballador poderá reclamar o ascenso, se a iso non se opón o disposto no Convenio Colectivo ou, en todo caso, a cobertura da vacante correspondente ás funcións por el realizadas conforme ás regras en materia de ascensos aplicables na empresa, sen prexuízo de reclamar a diferenza salarial correspondente. Estas accións serán acumulables.

O cambio de funcións distintas das pactadas non incluído nos supostos previstos no ET 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 a tal fin se houbesen establecido no 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, ou ben contratacións referidas á actividade empresarial e entenderase que concorren estas causas cando a adopción das medidas propostas contribúa a mellorar a situación da empresa a través dunha máis axeitada organización dos seus recursos que favoreza a súa posición competitiva no mercado ou unha mellor resposta ás exixencias da demanda.

A decisión de traslado deberá ser notificada polo empresario ao traballador, así como aos seus representantes legais cunha antelación mínima de trinta días á data da súa efectividade.

Notificada a decisión de traslado, 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, rateándose 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 habendo optado pola extinción do seu

contrato se amose desconforme coa decisión empresarial poderá impugnala ante a xurisdición competente.

Cando, con obxecto de eludir as previsións contidas no ET, a empresa realice traslados en períodos sucesivos de noventa días en número inferior aos alcores alí sinalados, sen que concorran causas novas que xustifiquen tal actuación, os devanditos novos traslados consideraranse efectuados en fraude de Lei e serán declarados nulos e sen efecto.

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.

A traballadora vítima de violencia de xénero que se vexa obrigada a abandonar o posto de traballo na localidade onde viña prestando os seus servizos, para facer efectiva a súa protección ou o seu dereito á asistencia social integral, terá 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. O traslado ou o cambio de centro de traballo terán unha duración inicial de 6 meses, durante os cales a empresa terá a obriga de reservar o puesto de traballo que anteriormente ocupaba a traballadora. Rematado este período, a traballadora poderá optar entre o regreso ao seu posto de traballo anterior ou a continuidade no novo.

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, aboando, 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 3 meses. Os representantes legais dos traballadores terán prioridade de permanencia nos postos de traballo a que se refire este artigo.

Tempo da prestación. Tanto no referente á duración do contrato de traballo como ás limitacións de tempo de traballo efectivo (xornada de traballo, descanso e vacacións).

Dispón o **artigo 15 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 e que foi obxecto de reforma recentemente.

En canto á xornada de traballo establécese que a duración da xornada de traballo será a pactada nos convenios colectivos ou contratos de traballo. Se ben a duración máxima da xornada ordinaria de traballo será de 40 horas semanais de traballo efectivo de promedio en cómputo anual. O lexislador prevé que mediante convenio colectivo, ou por acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores ou acordos colectivos sectoriais, se poderá establecer a distribución irregular da xornada ao longo do ano.

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, agás 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, respectando en todo caso o descanso entre xornadas. Os traballadores menores de 18 anos non poderán realizar máis de 8 horas diarias de traballo efectivo, incluíndo, no seu 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 a mesma 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 respectando, no seu caso, o previsto naquela.

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, no seu caso, a mañá do luns e o día completo do domingo. A duración do descanso semanal dos menores de dezoito 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, sustituíndo para iso as de ámbito nacional que se determinen regulamentariamente e, en todo caso, as que se trasladen a luns.

O traballador, previo 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 ao efecto, o prazo será de catro días.
- c) Un día por traslado do domicilio habitual.
- d) Polo tempo indispensable, para o cumprimento dun deber inexcusable de carácter público e persoal, comprendido o exercicio do sufraxio activo.
- 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.

As traballadoras, por lactancia dun fillo menor de nove meses, 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 múltiple. A muller, pola súa vontade, poderá substituír este dereito 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 respectando, no seu caso, o establecido naquela. Este permiso poderá ser desfrutado indistintamente pola nai ou o pai en caso de que ambos traballen.

Quen por razóns de garda legal teña ao seu coidado directo algún menor de oito 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, coa diminución proporcional do salario entre, polo menos, un oitavo e un máximo da metade da duración daquela e 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 retribuida.

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.

As reducións de xornada contempladas no presente apartado constitúen un dereito individual dos traballadores, homes ou mulleres.

Finalmente e en canto ás vacacións o **artigo 38 ET** 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, no seu 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 dos meses antes, polo menos, do comezo do desfrute.

Tamén ha de considerarse: o deber de dilixencia e cantidade de traballo debida ou rendemento exixible (ao que se refire o **artigo 20.2 do ET**) e a

clase ou especie da prestación, e fundamentalmente á *calidade* do traballo especificado, temas aos que atende o estudo da *clasificación* profesional que regula o **artigo 22.1 do ET**,.

- 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 o salario en especie poderá superar o 30% das percepcións salariais do traballador, nin dar lugar á minoración da contía íntegra en diñeiro do salario mínimo interprofesional e 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 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, no seu 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 aos criterios que a tal efecto se pacten.

Regúlase expresamente o salario mínimo interprofesional (SMI): o Goberno fixará, previa consulta coas organizacións sindicais e asociacións empresariais máis representativas, anualmente, o SMI. Igualmente fixarase unha revisión semestral para o caso de que non se cumpran as previsións sobre o índice de prezos de referencia. 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.

A liquidación e o pagamento do salario faranse puntual e documentalmente na data e lugar convidados ou conforme aos usos e costumes. O período de tempo a que se refire o aboamento das retribucións periódicas e regulares non poderá exceder dun mes.

## **MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN E EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABAJO.**

A relación laboral xurdida entre empresario e traballador, en virtude do acordo subscrito entre ambos e plasmado no contrato de traballo, pode verse afectada por toda unha variada serie de circunstancias ao longo da súa vida:

1. Poderase modificar nas súas condicións.
2. Poderase suspender temporalmente.
3. Poderase extinguir definitivamente

O ET distingue, en canto ao seu réxime xurídico, segundo a modificación sexa substancial ou non o sexa. A «modificación substancial» de condicións

de traballo distínguese, por definición, das modificacións non esenciais que forman parte do *ius variandi* do empresario. O carácter substancial ou esencial da modificación contractual xustifica que o procedemento para levala a cabo non sexa o da pura decisión unilateral do empresario.

O **artigo 41 do ET** establece que a dirección da empresa, cando existan probadas razóns económicas, técnicas, organizativas ou de produción, poderá acordar modificacións substanciais das condicións de traballo e que terán a consideración de modificacións substanciais das condicións de traballo, entre outras, as 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) Sistema de traballo e rendemento.
- f) Funcións, cando excedan dos límites para a mobilidade funcional.

Entenderase que concorren as devanditas causas cando a adopción das medidas propostas contribúa a previr unha evolución negativa da empresa ou a mellorar a situación e perspectivas da mesma a través dunha máis axeitada organización dos seus recursos, que favoreza a súa posición competitiva no mercado ou unha mellor resposta ás exixencias da demanda.

Tal modificación pode revestir carácter individual ou colectivo. Considérase modificación de carácter individual a modificación daquelas condicións de traballo de que gozan os traballadores a título individual e considérase de carácter colectivo a modificación daquelas condicións recoñecidas aos traballadores en virtude de acordo ou pacto colectivo ou desfrutadas por estes en virtude dunha decisión unilateral do empresario de efectos colectivos. Non obstante non se considerarán en ningún caso de carácter

colectivo as modificacións funcionais e de horario de traballo que afecten, nun período de 90 días, a un número de traballadores inferior a:

- a) 10 traballadores, nas empresas que ocupen menos de 100 traballadores.
- b) O 10% do número de traballadores da empresa naquelas que ocupen entre 100 e 300 traballadores.
- c) 30 traballadores, nas empresas que ocupen 300 ou máis traballadores.

A decisión de modificación substancial de condicións de traballo de carácter individual deberá ser notificada polo empresario ao traballador afectado e aos seus representantes legais cunha antelación mínima de 30 días á data da súa efectividade. O traballador que non habendo optado pola rescisión do seu contrato se amose desconforme coa decisión empresarial poderá impugnala ante a xurisdición competente.

Se para eludir as previsións relativas ao trámite de consultas cos representantes dos traballadores a empresa realizase modificacións substanciais das condicións de traballo en períodos sucesivos de 90 días en número inferior aos alcores prefixados, sen que concorran causas novas que xustifiquen tal actuación, as devanditas novas modificacións consideraranse efectuadas en fraude de lei e serán declaradas nulas e sen efecto.

Sen prexuízo dos procedementos específicos que poidan establecerse na negociación colectiva, a decisión de modificación substancial de condicións de traballo de carácter colectivo deberá ir precedida nas empresas en que existan representantes legais dos traballadores dun período de consultas cos mesmos de duración non superior a 15 días, que versará 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.

Nas empresas nas que non exista representación legal dos traballadores, estes poderán optar por atribuír a súa representación para a negociación do acordo, á súa elección, a unha comisión dun máximo de 3 membros integrada por traballadores da propia empresa e elixida por estes democraticamente ou a unha comisión de igual número de compoñentes designados polos sindicatos máis representativos do sector ao que pertenza a empresa e que estivesen lexitimados para formar parte da comisión negociadora do convenio colectivo de aplicación á mesma. Empresario e representación dos traballadores poderán acordar en calquera momento a substitución do período de consultas polo procedemento de mediación ou arbitraje que sexa de aplicación no ámbito da empresa, que deberá desenvolverse dentro do prazo máximo sinalado para o devandito período.

Cando o período de consultas remate con acordo presumirase que concurren as causas xustificativas a que se aludiu con anterioridade e só poderá ser impugnado ante a xurisdición competente pola existencia de fraude, dolo, coacción ou abuso de dereito na súa conclusión. Pero cando a modificación colectiva se refira a condicións de traballo recoñecidas aos traballadores en virtude de acordo ou pacto colectivo ou desfrutadas por estes en virtude dunha decisión unilateral do empresario de efectos colectivos, unha vez rematado o período de consultas sen acordo, o empresario notificará aos traballadores a súa decisión sobre a modificación.

En caso de desacordo durante o período de consultas, calquera das partes poderá someter a discrepancia á Comisión paritaria do convenio, que disporá dun prazo máximo de sete días para pronunciarse, a contar desde que a discrepancia lle fose formulada.

Mediante os acordos interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico, previstos no **artigo 83**, deberanse establecer os procedementos de

aplicación xeral e directa para liquidar de maneira efectiva as discrepancias na negociación dos acordos.

\* En materia de traslados hai que estar ao disposto nas normas específicas establecidas no artigo 40 do ET, o cal exige o tratamento tanto da mobilidade xeográfica como da funcional, xa vistas.

**SUSPENSIÓN DO CONTRATO:** Outra circunstancia que pode incidir na duración do contrato laboral é a concorrencia dunha causa das denominadas de suspensión. O **artigo 45 do ET** regula as causas e efectos da suspensión cando dispón que: *“o contrato de traballo poderá suspenderse polas seguintes causas:*

*a) Mutuo acordo da partes.*

*b) As consignadas validamente no contrato.*

*c) Incapacidade temporal dos traballadores.*

*d) Maternidade, paternidade, risco durante o embarazo, risco durante a lactancia natural dun menor de nove meses e adopción ou acollemento, tanto preadoptivo como permanente ou simple, de conformidade co Código Civil ou as leis civís das Comunidades Autónomas que o regulen, sempre que a súa duración non sexa inferior a un ano, aínda que estes sexan provisionais, de menores de seis anos ou de menores de idade que sexan maiores de seis anos cando se trate de menores discapacitados ou que polas súas circunstancias e experiencias persoais ou por provir do estranxeiro, teñan especiais dificultades de inserción social e familiar debidamente acreditadas polos servizos sociais competentes.*

*e) Cumprimento do servizo militar ou da prestación social substitutoria.*

*f) Exercicio de cargo público representativo.*

*g) Privación de liberdade do traballador, mentres non exista sentenza condenatoria.*

*h) Suspensión de soldo e emprego, por razóns disciplinarias.*

*i) Forza maior temporal.*

*j) Causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción.*

*k) Excedencia forzosa.*

*l) Polo exercicio do dereito de folga.*

*m) Peche legal da empresa.*

*n) Por decisión da traballadora que se vexa obrigada a abandonar o seu posto de traballo como consecuencia de ser vítima de violencia de xénero.*

A suspensión exonera das obrigas recíprocas de traballar e remunerar o traballo.

Tamén suspende a relación laboral a excedencia, ben voluntaria, ben forzosa. O **artigo 46 ET** dedícase á regulación das excedencias: “a excedencia poderá ser voluntaria ou forzosa. A forzosa, que dará dereito á conservación do posto e ao cómputo da antigüidade da súa vixencia, concederase pola designación ou elección para un cargo público que imposibilite a asistencia ao traballo. O reingreso deberá ser solicitado dentro do mes seguinte ao cesamento no cargo público. O traballador, con polo menos unha antigüidade na empresa dun ano, ten dereito a que se lle recoñeza a posibilidade de situarse en excedencia voluntaria por un prazo non menor a catro meses e non maior a cinco anos. Este dereito só poderá ser exercitado outra vez polo mesmo traballador se transcorreron catro anos desde o final da anterior excedencia.

Polo que se refire á excedencia voluntaria, o ET dispón que os traballadores terán dereito a un período de excedencia de duración non superior a 3 anos para atender ao coidado de cada fillo, tanto cando o sexa por natureza, como por adopción, ou nos supostos de acollemento, tanto permanente como preadoptivo, aínda que estes sexan provisionais, a contar desde a data de nacemento ou, no seu caso, da resolución xudicial ou administrativa.

Tamén terán dereito a un período de excedencia, de duración non superior a 2 anos, agás que se estableza unha duración maior por negociación



*colectiva, os traballadores para atender ao coidado dun familiar ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, que por razóns de idade, accidente, enfermidade ou discapacidade non poida valerse por si mesmo, e non desempeñe actividade retribuida.*

*A excedencia voluntaria cuxo período de duración poderá desfrutarse de forma fraccionada, constitúe 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.*

*Cando un novo suxeito causante dese dereito a un novo período de excedencia, o inicio da mesma dará fin ao que, no seu caso, se viñese desfrutando.*

*O período en que o traballador permaneza en situación de excedencia será computable a efectos de antigüidade e o traballador terá dereito á asistencia a cursos de formación profesional, a cuxa participación deberá ser convocado polo empresario, especialmente con ocasión da súa reincorporación. Durante o primeiro ano terá dereito á reserva do seu posto de traballo. Transcorrido o devandito prazo, a reserva quedará referida a un posto de traballo do mesmo grupo profesional ou categoría equivalente.*

*Así mesmo poderán solicitar o seu paso á situación de excedencia na empresa os traballadores que exerzan funcións sindicais de ámbito provincial ou superior mentres dure o exercicio do seu cargo representativo.*

*O traballador excedente conserva só un dereito preferente ao reingreso nas vacantes de igual ou similar categoría á súa que houbera ou se producisen na empresa.*

A suspensión do contrato ou redución de xornada por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción ou derivadas de forza maior recóllense no artigo 47.

O contrato de traballo poderá ser suspendido a iniciativa do empresario por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción, conforme ao procedemento establecido no artigo 51 do ET e nas súas normas de desenvolvemento, coas seguintes especialidades:

- a) O procedemento será aplicable calquera que sexa o número de traballadores da empresa e do número de afectados pola suspensión.
- b) O prazo relativo á duración do período de consultas, reducirase á metade e a documentación será a estritamente necesaria nos termos que regulamentariamente se determinen.
- c) A autorización desta medida procederá cando da documentación obrante no expediente se desprenda razoablemente que tal medida temporal é necesaria para a superación dunha situación de carácter coyuntural da actividade da empresa.
- d) A autorización da medida non xerará dereito a indemnización ningunha.

A estes efectos, entenderase por redución de xornada a diminución temporal de entre un 10 e un 70 por cento da xornada de traballo computada sobre a base dunha xornada diaria, semanal, mensual ou anual. Durante o período de redución de xornada non poderán realizarse horas extraordinarias agás forza maior. Igualmente, o contrato de traballo poderá ser suspendido por causa derivada de forza maior conforme ao procedemento legalmente establecido.

Tamén cabe a suspensión do contrato de traballo por paternidade, e iso nos supostos de nacemento de fillo, adopción ou acollemento de acordo co artigo 45.1.d) ET: o traballador terá dereito á suspensión do contrato durante trece días ininterrompidos, ampliáveis no suposto de parto, adopción ou acollemento múltiples en dous días máis por cada fillo a partir do segundo. Esta suspensión é independente do desfrute compartido dos períodos de descanso por maternidade.

A suspensión do contrato a que se refire este artigo poderá desfrutarse en réxime de xornada completa ou en réxime de xornada parcial dun mínimo do 50%, previo acordo entre o empresario e o traballador, e conforme se determine regulamentariamente.

**EXTINCIÓN DO CONTRATO:** Finalmente hai que tratar a extinción ou finalización do contrato de traballo; a extinción regúlase nos artigos 49 e seguintes do ET.

O lexislador establece que o contrato de traballo se extinguirá:

- a) Por mutuo acordo das partes.
- b) Polas causas consignadas validamente no contrato salvo que as mesmas constitúan abuso de dereito manifesto por parte do empresario.
- c) Por expiración do tempo convindo ou realización da obra ou servizo obxecto do contrato. Á finalización 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, no seu caso, na normativa específica que sexa de aplicación.

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

pazo cando non medie denuncia ou prórroga expresa e o traballador continúe prestando servizos.

Expirada a devandita duración máxima ou realizada a obra ou servizo obxecto do contrato, se non huubese 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 notificar á outra a terminación do mesmo cunha antelación mínima de quince días.

- d) Por dimisión do traballador, debendo mediar o preaviso que sinalen os convenios colectivos ou o costume do lugar.
- e) Por morte, grande invalidez ou invalidez permanente total ou absoluta do traballador.
- f) Por xubilación do traballador.
- g) Por morte, xubilación nos casos previstos no réxime correspondente da Seguridade Social, ou incapacidade do empresario ou por extinción da personalidade xurídica do contratante.  
Nos casos de morte, xubilación ou incapacidade do empresario, o traballador terá dereito ao aboamento dunha cantidade equivalente a un mes de salario.  
Nos casos de extinción da personalidade xurídica do contratante deberán seguirse os trámites do artigo 51 desta Lei.
- h) Por forza maior que imposibilite definitivamente a prestación de traballo sempre que a súa existencia fose debidamente constatada.
- i) Por despedimento colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción, sempre que aquel fose debidamente autorizado conforme ao disposto na Lei.

- j) Por vontade do traballador, fundamentada nun incumprimento contractual do empresario.
- k) Por despedimento do traballador.
- l) Por causas obxectivas legalmente procedentes.
- m) Por decisión da traballadora que se vexa obrigada a abandonar definitivamente o seu posto de traballo como consecuencia de ser vítima de violencia de xénero.

O empresario, con ocasión da extinción do contrato, ao comunicar aos traballadores a denuncia, ou, no seu caso, o preaviso da extinción do mesmo, deberá achegar unha proposta do documento de liquidación das cantidades adebedadas. O traballador poderá solicitar a presenza dun representante legal dos traballadores no momento de proceder á sinatura do recibo do finiquito, facéndose constar no mesmo o feito da súa sinatura en presenza dun representante legal dos traballadores, ou ben que o traballador non fixo uso desta posibilidade. Se o empresario impedise a presenza do representante no momento da sinatura, o traballador poderá facelo constar no propio recibo, aos efectos oportunos.

Tamén pode que o contrato de traballo se extinga por vontade do traballador en cuxo caso serán causas xustas para que o traballador poida solicitar a extinción do contrato:

- a) As modificacións substanciais nas condicións de traballo que redunden en prexuízo da súa formación profesional ou en menoscabo da súa dignidade.
- b) A falta de pagamento ou atrasos continuados no aboamento do salario pactado.
- c) Calquera outro incumprimento grave das súas obrigas por parte do empresario, salvo os supostos de forza maior, así como a negativa do mesmo a reintegrar ao traballador nas súas anteriores condicións de traballo nos supostos previstos nos artigos 40 e 41 da presente Lei, cando unha sentenza xudicial declarase os mesmos inxustificadas. En tales casos,

o traballador terá dereito ás indemnizacións sinaladas para o despedimento improcedente.

O despedimento colectivo regúlase no **artigo 51 do ET** que establece que: se entenderá por despedimento colectivo a extinción de contratos de traballo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción cando, nun período de noventa días, a extinción afecte polo menos a:

- a) 10 traballadores, nas empresas que ocupen menos de 100 traballadores.
- b) O 10 por cento do número de traballadores da empresa naquelas que ocupen entre cen e trescentos traballadores.
- c) Trinta traballadores nas empresas que ocupen trescentos ou máis traballadores.

Enténdese que concorren causas económicas cando dos resultados da empresa se desprenda unha situación económica negativa, como a existencia de perdas actuais ou previstas, ou a diminución persistente do seu nivel de ingresos, que poidan afectar á súa viabilidade ou á súa capacidade de manter o volume de emprego. 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 e causas produtivas cando se produzan cambios, entre outros, na demanda dos produtos ou servizos que a empresa pretende colocar no mercado. E entenderase como despedimento colectivo a extinción dos contratos de traballo que afecten á totalidade do cadro de persoal da empresa, sempre que o número de traballadores afectados sexa superior a 5, cando aquel se produza como consecuencia do cesamento total da súa actividade empresarial fundada nas mesmas causas anteriormente sinaladas.

De acordo co previsto polo **artigo 52 ET** o contrato poderá extinguirse por causas obxectivas:

- a) Por ineptitude do traballador coñecida ou sobrevida con posterioridade á súa colocación efectiva na empresa. A ineptitude existente con anterioridade ao cumprimento dun período de proba non poderá alegarse con posterioridade ao devandito cumprimento.
- b) Por falta de adaptación do traballador ás modificacións técnicas operadas no seu posto de traballo, cando os devanditos cambios sexan razoables e transcorresen como mínimo dous meses desde que se introduciu a modificación. O contrato quedará en suspenso polo tempo necesario e ata o máximo de tres meses, cando a empresa ofrezca un curso de reconversión ou de perfeccionamento profesional a cargo do organismo oficial ou propio competente, que o capacite para a adaptación requirida. Durante o curso aboarase ao traballador o equivalente ao salario medio que viñera percibindo.
- c) Cando concorra algunha das causas previstas no artigo 51.1 desta Lei e a extinción afecte a un número inferior ao establecido no mesmo
- d) Por faltas de asistencia ao traballo, aínda xustificadas pero intermitentes, que alcancen o 20 % das xornadas hábiles en dous meses consecutivos, ou o 25 % en catro meses descontinuos dentro dun período de doce meses, sempre que o índice de absentismo total do cadro de persoal do centro de traballo supere o 2,5 % nos mesmos períodos de tempo.
- e) No caso de contratos por tempo indefinido concertados directamente polas Administracións públicas ou por entidades sen ánimo de lucro para a execución de plans e programas públicos determinados, sen dotación económica estable e financiados mediante consignacións orzamentarias ou extraorzamentarias anuais consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, pola insuficiencia da correspondente consignación para o mantemento do contrato de traballo de que se trate.

**Cristina Castroviejo Ojea**  
**Lcda. en Dereito. Corpo Superior da**

## **Administración da Xunta de Galicia. Subgrupo A1**



## **4. MODALIDADES DO CONTRATO DE TRABALLO. A DURACIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO.**

## **TEMA 4**

### **MODALIDADES DO CONTRATO DE TRABAJO. A DURACIÓN DO CONTRATO DE TRABAJO**

#### **1. Modalidades do contrato de traballo**

Na actualidade existen 15 tipos de contrato, pero este é un número relativo que cambia en función das novas leis:

- [Contrato indefinido](#)
- [Contrato indefinido de fixos-descontinuos](#)
- [Contratación de discapacitados](#)
- [Contrato para o fomento da contratación indefinida](#)
- [Contrato para a formación](#)
- [Contratos en prácticas](#)
- [Contrato temporal para traballadores desempregados en situación de exclusión social](#)
- [Contrato de obra ou servizo determinado](#)
- [Contrato eventual por circunstancias da produción](#)
- [Contrato de interinidade](#)
- [Contratación en substitución por anticipación da idade de xubilación](#)
- [Contrato de substitución](#)
- [Contrato a tempo parcial](#)
- [Contrato de traballo de grupo](#)
- [Contrato de traballo a domicilio](#)

Baixo este epígrafe regula o ET nos artigos 10 e seguintes distintas modalidades de contratos laborais:

- Traballo común e traballo en grupo
- Traballo a tempo parcial e de substitución
- Traballo a domicilio, etc

#### **Traballo en común e contrato de grupo**

No caso do contrato en común, isto é, se o empresario dese un traballo en común a un grupo dos seus traballadores, o ET establece que o empresario

conservará respecto de cada un dos traballadores, individualmente considerados, os seus dereitos e deberes.

En substitución, no suposto do contrato de grupo, caso en que o empresario houbera celebrado un contrato cun grupo de traballadores considerado na súa totalidade, o empresario non terá fronte a cada un dos seus membros os dereitos e deberes que como tal lle competen. A representación dos traballadores que integren o grupo exerceráa o xefe deste, respondendo das obrigas inherentes á devandita representación.

E se o traballador, conforme ao pactado por escrito, asociar ao seu traballo un auxiliar ou axudante, o empresario daquel serao tamén deste.

### **Contratos formativos**

O contrato para a formación terá por obxecto a adquisición da formación teórica e práctica necesaria para o desempeño axeitado dun oficio ou dun posto de traballo que requira un determinado nivel de capacitación.

O devandito contrato rexerase polas seguintes regras:

A/ Poderase celebrar con traballadores maiores de 16 anos e menores de 21 anos que carezan da titulación ou do certificado de profesionalidade requirido para realizar un contrato en prácticas.

Cando o contrato se concerte con desempregados que se incorporen como alumnos-traballadores aos programas públicos de emprego-formación, tales como os de escolas obradoiro, casas de oficios, obradoiros de emprego ou outros que se poidan aprobar, o límite máximo de idade será o establecido nas disposicións que regulen o contido dos citados programas. No suposto de desempregados que cursen un ciclo formativo de formación profesional de grao medio, o límite máximo de idade será de 24 anos. Pero o límite máximo de idade non será de aplicación cando o contrato se concerte con persoas con discapacidade.

B/ Mediante convenio poderase regular o número máximo de contratos a realizar e os postos de traballo obxecto deste contrato.

Os convenios colectivos de empresa poderán establecer o número máximo de contratos a realizar en función do tamaño do cadro de persoal, no suposto de que exista un plan formativo de empresa.

Se tales convenios colectivos non determinasen o número máximo de contratos que cada empresa pode realizar en función do seu cadro de persoal, o devandito número será o determinado regulamentariamente.

c) A duración mínima do contrato será de seis meses e a máxima de dous anos. Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal ou, no seu defecto, nos convenios colectivos sectoriais de ámbito inferior, poderanse establecer outras duracións atendendo ás características do oficio ou posto de traballo a desempeñar e aos requirimentos formativos do mesmo, sen que, en ningún caso, a duración mínima poida ser inferior a seis meses nin a máxima superior a tres anos, ou a catro anos cando o contrato se concerte cunha persoa con discapacidade, tendo en conta o tipo ou grao de discapacidade e as características do proceso formativo a realizar.

As situacións de incapacidade temporal, risco durante o embarazo, maternidade, adopción ou acollemento, risco durante a lactancia e paternidade interromperán o cómputo da duración do contrato.

d/ Expirada a duración máxima do contrato para a formación, o traballador non poderá ser contratado baixo esta modalidade pola mesma ou distinta empresa.

Non se poderán celebrar contratos para a formación que teñan por obxecto a cualificación para un posto de traballo que fora desempeñado con

anterioridade polo traballador na mesma empresa por tempo superior a doce meses.

e/ O tempo dedicado á formación teórica, que se impartirá sempre fóra do posto de traballo, dependerá das características do oficio ou posto de traballo a desempeñar e do número de horas establecido para a formación axeitada ao devandito posto ou oficio, sen que, en ningún caso, poida ser inferior ao 15 por 100 da xornada máxima prevista no convenio colectivo ou, no seu defecto, da xornada máxima legal. Respectando tal límite, os convenios colectivos poderán establecer o tempo dedicado á formación teórica e a súa distribución, establecendo, no seu caso, o réxime de alternancia ou concentración do mesmo respecto do tempo de traballo efectivo.

Cando o traballador contratado para a formación non finalizara a educación secundaria obrigatoria, a formación terá por obxecto prioritario a obtención do título de graduado en Educación Secundaria Obrigatoria. A tal efecto, as Administracións educativas deberán garantir unha oferta adaptada a este obxectivo. Ademais no marco dos programas públicos de emprego-formación que teñan por obxecto profesionalizar mozos con fracaso escolar e inserilos no mercado de traballo desenvolvidos polas Comunidades Autónomas, unha parte da formación teórica poderá impartirse polas Administracións Públicas previamente ao contrato, computando este tempo de formación aos efectos de formación realizada e de xornada de traballo ao formalizarse o contrato, facéndose constar expresamente neste.

Entenderase cumprido o requisito de formación teórica cando o traballador acredite, mediante certificación da Administración pública competente, que realizou un curso de formación profesional para o emprego axeitado ao oficio ou posto de traballo obxecto do contrato. O curso realizado deberá ter polo menos un número de horas equivalente ás horas de formación teórica que como mínimo debería recibir o traballador en proporción á

duración do seu contrato. Nestes supostos a retribución do traballador incrementarase proporcionalmente ao tempo non dedicado á formación teórica.

Cando o traballador contratado para a formación sexa unha persoa con discapacidade psíquica, a formación teórica poderá substituírse, total ou parcialmente, previo informe dos equipos multiprofesionais de valoración correspondentes, pola realización de procedementos de rehabilitación ou de axuste persoal e social nun centro psicosocial ou de rehabilitación sociolaboral.

Tanto o financiamento como a organización e impartición da formación teórica regularase nos termos que se establezan regulamentariamente.

f/ O traballo efectivo que preste o traballador na empresa deberá estar relacionado coas tarefas propias do nivel ocupacional, oficio ou posto de traballo obxecto do contrato.

g/ A cualificación ou competencia profesional adquirida a través do contrato para a formación será obxecto de acreditación nos termos previstos na **Lei Orgánica 5/2002, de 19 de xuño, das Cualificacións e da Formación Profesional e na súa normativa de desenvolvemento**. Conforme ao establecido na devandita regulación, o traballador poderá solicitar da Administración pública competente a expedición do correspondente certificado de profesionalidade. Sen prexuízo do anterior, á finalización do contrato, o empresario deberá entregar ao traballador un certificado no que conste a duración da formación teórica e o nivel da formación práctica adquirida.

h/ A retribución do traballador contratado para a formación será durante o primeiro ano do contrato a fixada en convenio colectivo, sen que poida ser inferior ao salario mínimo interprofesional en proporción ao tempo de

traballo efectivo. Durante o segundo ano do contrato para a formación, a retribución será a fixada no convenio colectivo, sen que en ningún caso poida ser inferior ao salario mínimo interprofesional, con independencia do tempo dedicado á formación teórica.

i/ A acción protectora da Seguridade Social do traballador contratado para a formación comprenderá todas as continxencias, situacións protexibles e prestacións, incluído o desemprego. Así mesmo, terase dereito á cobertura do Fondo de Garantía Salarial.

j) e, finalmente, sinalar que o contrato para a formación se presumirá de carácter común ou ordinario cando o empresario incumpra na súa totalidade as obrigas que lle correspondan en materia de formación teórica.

Na negociación colectiva fixaranse criterios e procedementos tendentes a conseguir unha presenza equilibrada de homes e mulleres vinculados á empresa mediante contratos formativos. Así mesmo, poderán establecerse compromisos de conversión dos contratos formativos en contratos por tempo indefinido.

O contrato de traballo en prácticas poderá concertarse cos que estiveren 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, de 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 6 meses nin exceder de 2 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, atendendo ás características do sector e das prácticas a realizar.

Non obstante interromperán o cómputo da duración do contrato as situacións de incapacidade temporal, risco durante o embarazo, maternidade, adopción ou acollemento, risco durante a lactancia e paternidade.

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 e 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.

Aos efectos deste artigo, os títulos de grao, máster e, no seu caso, doutorado, 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 estivera xa en posesión do título superior de que se trate e non se poderá concertar un contrato en prácticas en base a un certificado de profesionalidade obtido como consecuencia dun contrato para a formación celebrado anteriormente coa mesma empresa.



Salvo o disposto en convenio colectivo, o período de proba non poderá ser superior a un mes para os contratos en prácticas celebrados 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 celebrados con traballadores que están en posesión de título de grao superior ou de certificado de profesionalidade de nivel 3.

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.

Se ao termo do contrato o traballador continuase na empresa non poderá concertarse un novo período de proba, computándose a duración das prácticas a efecto de antigüidade na empresa.

### **Contrato a tempo parcial e contrato de substitución**

O contrato de traballo entenderase celebrado a tempo parcial cando se acordara 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.

A estes efectos entenderase por «traballador a tempo completo comparable» a 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 houbera 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.

O contrato a tempo parcial 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.

Se ben o contrato a tempo parcial se entenderá celebrado por tempo indefinido cando se concerte para realizar traballos fixos e periódicos dentro do volume normal de actividade da empresa.

O contrato a tempo parcial rexerase polas seguintes regras:

- a) O contrato deberá formalizarse necesariamente por escrito, no modelo que se estableza e nel deberán figurar o número de horas ordinarias de traballo ao día, á semana, ao mes ou ao ano contratadas e a súa distribución. De non observarse estas exixencias, o contrato presumirase celebrado a xornada completa, salvo proba en contrario que acredite o carácter parcial dos servizos.
- b) A xornada diaria no traballo a tempo parcial poderá realizarse de forma continuada ou partida. Cando o contrato a tempo parcial supoña 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 devandita xornada diaria, salvo que se dispoña outra cousa mediante Convenio Colectivo sectorial ou, no seu defecto, de ámbito inferior.
- c) Os traballadores a tempo parcial non poderán realizar horas extraordinarias, aínda que non se terá en conta, a efectos da duración máxima da xornada ordinaria laboral, nin para o cómputo do número máximo das horas extraordinarias autorizadas, o exceso das traballadas para previr ou reparar sinistros e outros danos extraordinarios e urxentes, sen prexuízo da súa compensación como horas extraordinarias. A realización de horas complementarias rexerase polo disposto no ET.
- 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

reglamentarias e nos Convenios Colectivos de maneira 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 impoñer 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 poidan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción. Para posibilitar a mobilidade voluntaria no traballo a tempo parcial, o empresario deberá informar aos 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 nos Convenios Colectivos sectoriais ou, no seu defecto, de ámbito inferior.

Os traballadores que acordaran a conversión voluntaria dun contrato de traballo a tempo completo noutro a tempo parcial ou viceversa e que, en virtude das informacións ás que se refire o parágrafo precedente, soliciten o retorno á situación anterior, terán preferencia para o acceso a un posto de traballo vacante da devandita natureza que exista na empresa correspondente ao seu mesmo grupo profesional ou categoría equivalente, de acordo cos requisitos e procedementos que se establezan nos Convenios Colectivos sectoriais ou, no seu defecto, de ámbito inferior. Igual preferencia terán os traballadores que, tendo sido contratados inicialmente a tempo parcial, prestasen servizos como tales na empresa durante tres ou máis anos, para a cobertura daquelas vacantes a tempo completo correspondentes ao seu mesmo grupo profesional ou categoría equivalente que existan na empresa.

Con carácter xeral, tales 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 maneira motivada.

f) Os Convenios Colectivos establecerán medidas para facilitar o acceso efectivo dos traballadores a tempo parcial á formación profesional continua, a fin de favorecer a súa progresión e mobilidade profesionais.

g) Os Convenios Colectivos sectoriais e, no seu defecto, de ámbito inferior, poderán establecer, no seu caso, requisitos e especialidades para a conversión de contratos a tempo completo en contratos a tempo parcial, cando iso estea motivado principalmente por razóns familiares ou formativas.

En canto ás horas complementarias defínense polo lexislador como aquelas cuxa posibilidade de realización fora acordada, como adición ás horas ordinarias pactadas no contrato a tempo parcial, conforme ao réxime xurídico establecido no presente apartado e, no seu caso, nos convenios colectivos sectoriais ou, no seu defecto, de ámbito inferior.

A realización de horas complementarias está suxeita ás seguintes regras:

a) O empresario só poderá exixir a realización de horas complementarias cando así o pactou expresamente co traballador. O pacto sobre horas complementarias poderá acordarse no momento da celebración do contrato a tempo parcial ou con posterioridade ao mesmo, pero constituirá, en todo caso, un pacto específico respecto do contrato. O pacto formalizarase necesariamente por escrito, no modelo oficial que ao efecto será establecido.

b) Só se poderá formalizar un pacto de horas complementarias no caso de contratos a tempo parcial de duración indefinida.

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 non poderá exceder do 15 por 100 das horas ordinarias de traballo obxecto do contrato. Os convenios colectivos de ámbito sectorial ou, no seu defecto, de ámbito inferior

poderán establecer outra porcentaxe máxima, que, en ningún caso, poderá exceder do 60 por 100 das horas ordinarias contratadas. En todo caso, a suma das horas ordinarias e das horas complementarias non poderá exceder do límite legal do traballo a tempo parcial definido no apartado 1 deste artigo.

d) A distribución e forma de realización das horas complementarias pactadas deberá aterse ao establecido ao respecto no convenio colectivo de aplicación e no pacto de horas complementarias. Salvo que outra cousa se estableza en convenio, o traballador deberá coñecer o día e hora de realización das horas complementarias cun preaviso de sete días.

e) A realización de horas complementarias haberá de respectar, en todo caso, os límites en materia de xornada e descansos establecidos nesta Lei.

f) As horas complementarias efectivamente realizadas retribuiranse como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización á Seguridade Social e períodos de carencia e bases reguladoras das prestacións. A estes efectos o número e retribución das horas complementarias realizadas deberase recoller no recibo individual de salarios e nos documentos de cotización á Seguridade Social.

g) O pacto de horas complementarias poderá quedar sen efecto por renuncia do traballador, mediante un preaviso de quince días, unha vez cumprido un ano desde a súa celebración, cando concorran as seguintes circunstancias:

- A atención de determinadas responsabilidades familiares: así quen por razóns de garda legal teña ao seu coidado directo algún menor de oito anos ou unha persoa con discapacidade física, psíquica ou sensorial, que non desempeñe unha actividade retribuída.
- Por necesidades formativas, na forma que regulamentariamente se determine, sempre que se acredite a incompatibilidade horaria.
- Por incompatibilidade con outro contrato a tempo parcial.

h) O pacto de horas complementarias e as condicións de realización das mesmas estarán suxeitos ao cumprimento dos requisitos precitados e, no

seu caso, ao réxime previsto nos convenios colectivos de aplicación. En caso de incumprimento de tales requisitos e réxime xurídico, a negativa do traballador á realización das horas complementarias, pese a ser pactadas, non constituirá conduta laboral sancionable.

Para que o traballador poida acceder á xubilación parcial, nos termos establecidos no **apartado 2 do artigo 166 da Lei Xeral da Seguridade Social** e demais disposicións concordantes, deberá acordar coa súa empresa unha redución de xornada e de salario de entre un mínimo dun 25 por 100 e un máximo do 75, conforme ao citado artigo 166, e a empresa deberá concertar simultaneamente un contrato de substitución, de acordo co establecido no apartado seguinte, con obxecto de substituír a xornada de traballo deixada vacante polo traballador que se xubila parcialmente. Tamén se poderá concertar o contrato de substitución para substituír aos traballadores que se xubilen parcialmente despois de cumprir sesenta e cinco anos.

A redución de xornada e de salario poderá alcanzar o 85 por 100 cando o contrato de substitución 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 recoñeza ao traballador en concepto de xubilación parcial.

A relación laboral extinguirase ao producirse a xubilación total do traballador.

O contrato de substitución, pola súa parte, 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 para os traballadores menores de 18 anos, a duración do contrato de substitución que se celebre como consecuencia dunha xubilación parcial terá que ser indefinida ou como mínimo, igual ao

tempo que falte ao traballador substituído para alcanzar a idade de sesenta e cinco anos. Se, ao cumprir dita idade, o traballador xubilado parcialmente continuase na empresa, o contrato de substitución que se celebrou por duración determinada poderá prorrogarse mediante acordo das partes por períodos anuais, extinguíndose, en todo caso, ao rematar o período correspondente ao ano en que se produza a xubilación total do traballador substituído.

No caso do traballador xubilado parcialmente despois de cumprir sesenta e cinco anos, a duración do contrato de substitución que poderá celebrar a empresa para substituír a parte de xornada deixada vacante polo mesmo poderá ser indefinida ou anual. Neste segundo caso, o contrato prorrogarase automaticamente por períodos anuais, extinguíndose na forma sinalada no parágrafo anterior.

c) Salvo no suposto xa citado de traballadores menores de 18 anos, o contrato de substitución 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 substituído poderá completar o do traballador substituído ou simultanearse con el.

d) O posto de traballo do traballador substituído poderá ser o mesmo do traballador substituído ou un similar, entendendo por tal o desempeño de tarefas correspondentes ao mesmo grupo profesional ou categoría equivalente.

Nos supostos en que, debido aos requirimentos específicos do traballo realizado polo xubilado parcial, o posto de traballo que vaia desenvolver o substituído non poida ser o mesmo ou un similar que o do xubilado parcial, deberá existir unha correspondencia entre as bases de cotización de ambos, nos termos previstos no artigo 166.2.e) da Lei Xeral da Seguridade Social.

Regulamentariamente desenvolveranse os requirimentos específicos do traballo para considerar que o posto de traballo do traballador substituído

non poida ser o mesmo ou un similar ao que viña desenvolvendo o xubilado parcial.

e) Na negociación colectiva poderanse establecer medidas para impulsar a celebración de contratos de substitución.

### **Contrato de traballo a domicilio**

Terá a consideración de contrato de traballo a domicilio aquel en que a prestación da actividade laboral se realice no domicilio do traballador ou no lugar libremente elixido por este e sen vixilancia do empresario.

O contrato formalizarase por escrito co visado da oficina de emprego, onde quedará depositado un exemplar, en que conste o lugar en que se realice a prestación laboral, a fin de que poidan exixirse as necesarias medidas de hixiene e seguridade que se determinen.

O salario, calquera que sexa a forma da súa fixación, será, como mínimo, igual ao dun traballador de categoría profesional equivalente no sector económico de que se trate.

Todo empresario que ocupe traballadores a domicilio deberá poñer a disposición destes un documento de control da actividade laboral que realicen, no que debe consignarse o nome do traballador, a clase e cantidade de traballo, cantidade de materias primas entregadas, tarifas acordadas para a fixación do salario, entrega e recepción de obxectos elaborados e cantos outros aspectos da relación laboral interesen ás partes.

Os traballadores a domicilio poderán exercer os dereitos de representación colectiva conforme ao previsto na presente Lei, salvo que se trate dun grupo familiar.



Tamén inclúen os autores no estudo das modalidades do contrato de traballo a clasificación que destes pode realizarse en función da súa duración. Así sinalar que o artigo 15 do ET establece que: O contrato de traballo poderá concertarse por tempo indefinido ou por unha duración determinada.

Poderán celebrarse contratos de duración determinada nos seguintes supostos:

a) Cando se contrate ao traballador 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 podan cubrirse con contratos desta natureza.

b) Cando as circunstancias do mercado, acumulación de tarefas ou exceso de pedidos así o exixiran, aínda 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 ditas 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 devanditas circunstancias se poidan producir. En tal suposto, o período máximo dentro do cal se poderán realizar será de dezoito meses, non podendo superar a duración do

contrato as tres cuartas partes do período de referencia establecido nin, como máximo, doce meses.

No 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 da devandita 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) Cando se trate de substituír a 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.

d) Cando se contrate a un traballador desempregado, inscrito na oficina de emprego, por parte dunha Administración pública ou entidade sen ánimo de lucro e o obxecto do devandito contrato temporal de inserción, sexa o de realizar unha obra ou servizo de interese xeral ou social, como medio de adquisición de experiencia laboral e mellora da ocupabilidade do desempregado participante, dentro do ámbito dos programas públicos que se determinen regulamentariamente. Os traballadores que sexan parte nestes contratos non poderán repetir a súa participación ata transcorridos tres anos desde rematar o anterior contrato desta natureza, sempre e cando o traballador fose contratado baixo esta modalidade por un período superior a nove meses nos últimos tres anos.

Os servizos públicos de emprego competentes, financiarán a través das partidas de gasto que correspondan, os custos salariais e de Seguridade Social destas contratacións subvencionando, a efectos salariais, a contía equivalente á base mínima do grupo de cotización ao que corresponda a categoría profesional desempeñada polo traballador así como os complementos salariais de residencia regulamentariamente establecidos e, a efectos de Seguridade Social, as cotas derivadas dos devanditos salarios. Todo iso con independencia da retribución que finalmente perciba o

traballador. O Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais informará con carácter trimestral á Comisión Delegada do Goberno sobre as subvencións concedidas e satisfeitas no devandito período así como sobre o seguimento e control das mesmas.

A retribución dos traballadores que se incorporen a estes programas será a que se acorde entre as partes, sen que poida ser inferior á establecida, no seu caso, para estes contratos de inserción no convenio colectivo aplicable. A incorporación de desempregados a esta modalidade contractual estará de acordo coas prioridades do Estado para cumprir as directrices da estratexia europea polo emprego.

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 puidese fixar para o período de proba, salvo que da propia natureza das actividades ou dos servizos contratados se deduxa claramente a duración temporal dos mesmos, todo iso sen prexuízo das demais responsabilidades a que houber lugar en dereito e presumiranse por tempo indefinido os contratos temporais celebrados en fraude de lei.

Os empresarios haberán de notificar á representación legal dos traballadores nas empresas os contratos realizados de acordo coas modalidades de contratación por tempo determinado previstas neste artigo cando non exista obriga legal de entregar copia básica dos mesmos.

Os traballadores que nun período de 30 meses estivesen contratados durante un prazo superior a 24 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 a disposición por empresas de traballo temporal, coas mesmas ou diferentes modalidades contractuais de duración determinada, adquirirán a condición de traballadores fixos, regra que tamén é de aplicación cando se produzan

supostos de sucesión ou subrogación empresarial conforme ao disposto legal ou convencionalmente.

Atendendo ás peculiaridades de cada actividade e ás características do posto de traballo, a negociación colectiva establecerá requisitos dirixidos a previr a utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos traballadores para desempeñar o mesmo posto de traballo cuberto anteriormente con contratos dese carácter, con ou sen solución de continuidade, incluídos os contratos de posta a disposición realizados con empresas de traballo temporal. Isto non será de aplicación á utilización dos contratos formativos, de substitución e interinidade, aos contratos temporais celebrados 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 devanditos contratos sexa considerado como parte esencial dun itinerario de inserción personalizado.

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 co contrato de inserción. Cando corresponda en atención á súa natureza, tales dereitos serán recoñecidos nas disposicións legais e regulamentarias e nos convenios colectivos de maneira 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.

Pola súa parte, o empresario deberá informar aos traballadores da empresa con contratos de duración determinada ou temporais, incluídos os contratos formativos, sobre a existencia de postos de traballo vacantes, a 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, a fin de mellorar a súa cualificación e favorecer a súa progresión e mobilidade profesionais.

O contrato por tempo indefinido de fixos-descontinuos concertarase para realizar traballos que teñan o carácter de fixos-descontinuos e non se repitan en datas certas, dentro do volume normal de actividade da empresa. Aos supostos de traballos descontinuos que se repitan en datas certas seralles de aplicación a regulación do contrato a tempo parcial celebrado por tempo indefinido.

Os traballadores fixos-descontinuos serán chamados na orde e forma que se determine nos respectivos convenios colectivos, podendo o traballador, en caso de incumprimento, reclamar en procedemento de despedimento ante a xurisdición competente, iniciándose o prazo para iso 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 maneira orientativa, 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-descontinuos da modalidade de tempo parcial, así como os requisitos e especialidades para a conversión de contratos temporais en contratos de fixos-descontinuos.

Nos supostos exixidos polo ET o empresario deberá facilitar por escrito ao traballador, nos dez días seguintes ao cumprimento dos prazos indicados, un documento xustificativo sobre a súa nova condición de traballador fixo da empresa. En todo caso, o traballador poderá solicitar, por escrito, ao Servizo Público de Emprego correspondente un certificado dos contratos de duración determinada ou temporais celebrados, aos efectos de poder acreditar a súa condición de traballador fixo na empresa. O Servizo Público de Emprego emitirá o devandito documento e porao en coñecemento da empresa na que o traballador preste os seus servizos.

**Cristina Castroviejo Ojea**  
**Lcda. en Dereito. Corpo Superior da**  
**Administración da Xunta de Galicia. Subgrupo A1**



## **5. RÉXIME DE REPRESENTACIÓN DE PERSOAL. ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN.**

## **TEMA 5**

### **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 influir nas decisións que adopta a súa empresa.

Trátase de exponer neste 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 cuasi norma en branco, toda vez que o seu contido e efectividade práctica se remite 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 tenor 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 por ambas 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 devanditos dereitos de representación, tales órganos poden ser unitarios/unilaterais ou mixtos. En concreto, en España



a dicotomía entre representación unitaria e representación sindical concreouse, como se anticipou, na opción por parte do lexislador, por un sistema dual (ao igual que ocorre 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 corresponde 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 ten atribuídas funcións esencialmente sindicais e porque, de acordo co proceso electoral que recolle o ET obsérvase, 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 ocorre ao falar de grupos de empresas comunitarios ou da sociedade anónima europea (proceso que comezou coa Directiva do Consello 94/451 de 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 Jurados Mixtos (Decreto 29.08.1935).

E é a fins dos anos cincuenta do pasado século cando comezan 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.

Por 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 dispón o lexislador, ao regular a participación 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 se impón 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 os devanditos órganos teñen que ver, por un lado, co número de traballadores ocupados na empresa ou centro de traballo (como se verá) e por outro 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 albor mínimo e só a partir do mesmo 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 contén 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 contempla matizacións:

- Se a empresa ten 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 o 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 é 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 (pertencendo a distintas provincias). Non se trata dunha facultade exercitable 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 nos artigos 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 corresponde aos delegados de persoal. Igualmente, como se anticipou, poderá haber un delegado de persoal naquelas empresas ou centros que contén entre seis e dez traballadores, se así o decidisen estes por maioría.

Os traballadores elixirán, mediante sufraxio libre, persoal, secreto e directo aos delegados de persoal na contía seguinte: ata 30 traballadores: 1 e de 31 a 49: 3

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 sivilo 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, por 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, podendo publicar e distribuir, sen perturbar o normal desenvolvemento do traballo, as publicacións de interese laboral ou social, comunicándoo á empresa.
- Dispoñer 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 adiante, corenta horas.

Poderá pactarse en convenio colectivo a acumulación de horas dos distintos membros do comité de empresa e, no seu 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 o 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 arrogarse outras funcións que as que expresamente se lles conceda 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 na mesma, nos termos previstos neste artigo.*

O lexislador ofrece senllos conceptos legais, un de información e defínea como *a transmisión de datos polo empresario ao comité de empresa, a fin de que este teña coñecemento dunha cuestión determinada e poida proceder ao seu exame e outro por consulta o intercambio de opinións e a apertura dun diálogo entre o empresario e o comité de empresa sobre unha cuestión determinada, incluíndo, no seu caso, a emisión de informe previo por parte do mesmo.*

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, tendo 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 medioambientais 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, no seu caso, sobre as medidas que se tivesen adoptado para

fomentar a igualdade entre mulleres e homes na empresa e, de terse establecido un plan de igualdade, sobre a aplicación do mesmo.

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, prevista a forma de sociedade por accións ou participacións, os demais documentos que se dean a coñecer aos socios, e nas mesmas condicións que a estes.
- Coñecer os modelos de contrato de traballo escrito que se empreguen na empresa así como os documentos relativos ao remate 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 aos mesmos 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 do mesmo, incluíndo a consulta cando se preveñan 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 do cadro de persoal e cesamentos totais ou parciais, definitivos ou temporais, daquela.
- As reducións de xornada.
- O traslado total ou parcial das instalacións.
- Os procesos de fusión, absorción ou modificación do estatus 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 deberase facilitar 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, no seu caso, a consulta e o informe e, pola súa parte, 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 xeito 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 recoñecen ao empresario ao respecto en relación con cada unha das devanditas 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 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, no seu 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 sostenibilidade 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 aos seus representados en todos os temas e cuestións sinaladas 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 a destacar é o tratamento e específica regulación polo ET do denominado deber de sixilo: *"recoñécese 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, no seu 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 aos traballadores representados sobre todos os aspectos contemplados 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 fao referencia a un grao de intensidade menor, de xeito que o sixilo faría referencia a unha utilización prudente da información que se posúe; tal interpretación doutrinal posibilita a eficacia de ambas previsións legais: o deber de sixilo e o dereito de información. Por outro lado, sobre o feito de que a dirección sinale 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 puidera, 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).

A impugnación das decisións da empresa de atribuir carácter reservado ou de non comunicar determinadas informacións aos representantes dos traballadores tramitarase conforme ao proceso de conflitos colectivos regulado no Capítulo VIII do Título II do Libro II da Lei de Procedemento Laboral, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Lexislativo 2/1995, de 7 de abril e tramitaranse conforme a 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, aprobado por Real Decreto Lexislativo 5/2000, de 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 adiante, 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, remitindo copia do mesmo á autoridade laboral, a 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 contan 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 comunicarán 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, expoñerá no taboleiro de anuncios os preavisos presentados, facilitando copia dos mesmos aos sindicatos que así o soliciten.

Só previo acordo maioritario entre os sindicatos máis representativos ou representativos de conformidade coa Lei Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Liberdade Sindical (en adiante LOLS), poderá promoverse a celebración de eleccións de xeito xeralizado nun ou varios ámbitos funcionais ou territoriais. Os devanditos 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 indicar que se prevé a promoción de eleccións parciais por dimisións, revogacións ou axustes da representación por incremento de persoal. Os convenios colectivos poderán prever o necesario para acomodar a representación dos traballadores ás diminucións significativas de persoal que poidan ter lugar na empresa. No seu defecto, a devandita 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 á mesma 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 tanto non se tivesen promovido e celebrado 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 ao efecto a 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 cubriranse automaticamente polo traballador seguinte na lista á que pertenza o substituído. Cando a vacante se refira aos delegados de persoal, cubrirase 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, publicándose, 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) elixíranse 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.

Poderanse presentar 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 atribuíndose 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, no seu caso, equivalente polo menos a tres veces o número de postos a cubrir.

*Na elección para delegados de persoal, cada elector poderá dar o seu voto a un número máximo de aspirantes equivalente ao de postos a 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 a cubrir. Non obstante, a renuncia de calquera candidato presentado nalgúnhas das listas para as eleccións antes da data da votación non implicará a suspensión do proceso electoral nin a anulación da devandita candidatura aínda cando sexa incompleta, sempre e cando a lista afectada permaneza cun número de candidatos, polo menos, do sesenta por cento dos postos a 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 atribuirase 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 a 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.

Sinalar que a inobservancia de calquera das regras precitadas determinará a anulabilidade da elección do candidato ou candidatos afectados.

No caso dos 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.

Por tanto, a efectos de determinar o número de representantes, estarase ao 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. Designaranse suplentes a aqueles traballadores que sigan aos titulares da mesa na orde indicada de antigüidade ou idade. Ningún dos compoñentes da mesa poderá ser candidato, e de selo substituíralle nela o seu suplente.

Cada candidato ou candidatura, no seu 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 da mesma aos traballadores que deban constituir a mesa, así como aos representantes dos traballadores, poñéndoo simultaneamente en coñecemento dos promotores.

A mesa electoral constituirase formalmente, mediante acta outorgada ao 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, remitirá aos compoñentes da mesa electoral o censo laboral, que se axustará, a estes efectos, ao modelo normalizado.

A mesa electoral cumprirá as seguintes funcións:

- Fará público entre os traballadores o censo laboral con indicación dos que son electores.
- Fixará o número de representantes e a data límite 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 haberán de transcorrer vinte e catro horas, debendo en todo caso a mesa facer pública coa suficiente antelación a hora de celebración da votación. Se se tivese presentado 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, constituida a mesa electoral solicitarase ao empresario o censo laboral e confeccionará, cos medios que lle haberá de 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 correccións 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 haxan de 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 devandito prazo, publicándose nos taboleiros referidos. Contra o acordo de proclamación poderase reclamar dentro do día laborable seguinte, resolvendo 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, téndose 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, depositándose 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 levantarase acta segundo modelo normalizado na que se incluírán as incidencias e protestas habidas no seu caso. Unha vez redactada a acta será asinada polos compoñentes da mesa, os interventores e o representante do empresario, se o houber. Acto seguido, as mesas electorais dunha mesma empresa ou centro, en reunión conxunta, estenderán a acta do resultado global da votación.

O presidente da mesa remitirá 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 remata 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.

Corresponde á oficina pública dependente da autoridade laboral o rexistro das actas, así como a expedición de copias auténticas das mesmas e, a requirimento do sindicato interesado, das certificacións acreditativas da súa capacidade representativa aos efectos dos artigos 6 e 7 da LOLS. As devanditas certificacións consignarán se o sindicato ten ou non a condición de máis representativo ou representativo, salvo que o exercicio das funcións ou facultades correspondentes requira a precisión da concreta representatividade ostentada.

A denegación do rexistro dunha acta pola oficina pública dependente da autoridade laboral só poderá facerse cando se trate de actas que non vaian estendidas 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, ao Presidente da mesa electoral para que no prazo de dez días hábiles proceda á emenda correspondente. O devandito 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 devandito 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, comunicándoo 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 devandita oficina pública, esta procederá sen máis trámite á denegación do rexistro, comunicándoo ao Presidente da mesa electoral, aos sindicatos que obtivesen representación e ao resto das candidaturas.

A resolución denegatoria do rexistro poderá ser impugnada ante a orde xurisdicional social.

Por tanto atopamos que xunto á representación unitaria xa exposta existe outra de carácter sindical, toda vez que se 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 devandito 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, exercendo, 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 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 perante 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 permite ao sindicato o acceso ao interior da empresa e que, en consecuencia, non admite un tratamento independente desta organización na que se integra.

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 a un concreto número de delegados sindicais de determinadas seccións sindicais, e so 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 a 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 integrarano aqueles delegados sindicais que deben limitar a súa actuación á estrita representación da sección sindical, despois de ser 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 exerciten as facultades que integran a liberdade sindical, sen prexuízo de que algúns deles, de concorrer todas as exixencias requiridas pola LOLS, contén ademais con outras facultades engadidas ás xerais. Ao 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 comunicar 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 fai 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**

# **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 SERVIZOS COMÚNS.**

## TEMA 6

### 1. Concepto e principios da Seguridade Social

A vixente Constitución de 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 desenvolva este precepto que é principio reitor da política social e económica a través **do Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral da Seguridade social** (en adiante TRLXSS). O **artigo 2 do TRLXSS** 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 tivesen ao seu cargo, a protección axeitada fronte ás continxencias e nas situacións que se contemplan 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 ceración 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 xestionábanse 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 plus familiar. As primeiras xorden como un complemento na protección de diversas profesións e o segundo financiábase exclusivamente polo empregador ou empresario e permitía a constante actualización dos salarios.

Pero os devanditos mecanismos de protección resultaron ser insuficientes e moi desiguais.

Os principios reitores ou que caracterizan ao actual modelo de Seguridade social concrétnanse 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 pode xestionarse a través de entidades privadas).
- Participación dos interesados na xestión, xa que a propia CE establece no A.129 a lei establecerá as formas de participación dos interesados na Seguridade social. A regulación provisional da devandita participación levouse a cabo polo RD 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 IMSERSO), precisan os termos desa participación nos órganos directivos dos devanditos 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.

## **2. 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 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 os riscos da sociedade industrial para os que leven a cabo unha actividadee profesional e suplir as carencias do sistema contributivo e conseguir o obxectivo social dunha certa redistribución da renda cara os 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 ao colectivo máis amplo, que comprende aos traballadores por conta allea da industria e dos servizos, cando non lles sexa de aplicación un Réxime Especial. Regúlase no título II TRLXSS.
- Réximes especiais, que, segundo establece o **art. 10.1** se establecerán *naquelas actividadees profesionais nas que, pola súa natureza, as súas peculiares condicións de tempo e lugar ou pola índole dos seus procesos produtivos, se fixer preciso tal establecemento para a axeitada aplicación dos beneficios da Seguridade Social*. Regúlanse no A. 10 do TRLXSS.

Tras a **LXSS de 1994**: mantéñense os seguintes réximes especiais (**art. 10.2**):

1. Traballadores do campo, isto é, dedicados ás actividadees agrícolas, forestais e pecuarias, así como os titulares de pequenas explotacións que as cultiven directa e persoalmente (**D. 2123/1971, de 23 de xullo, texto refundido do réxime especial agrario da SS; D. 3772/1972 de 23 de decembro, que aproba o seu regulamento**). Reformado agosto 2011: entrada en réxime xeral: epígrafe III.

2. Traballadores do mar (**D. 2864/1974, de 30 de agosto, polo que se aproba o TR do réxime especial de SS de traballadores do mar; D. 1867/1970, de 9 de xullo, aproba o seu regulamento.**
3. Traballadores por conta propia ou autónomos (**D. 2530/1970, de 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).**
4. Funcionarios públicos, civís e militares. Malia que o **art. 10 da LXSS** contempla dentro do sistema da Seguridade Social aos funcionarios públicos civís e militares, o seu réxime xurídico de Seguridade Social está fóra e régúlese 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.
5. Empregados de fogar (**D. 2346/1969, de 25 de setembro, polo que se regula o réxime especial da Seguridade Social do Servizo doméstico**). Vid reforma: entrada en réxime xeral: epígrafe III.
6. Estudantes (**Lei de 17 de xullo de 1953 sobre establecemento do Seguro escolar**).
7. Os demais grupos que determine o Ministerio de Traballo e Seguridade Social, por considerar necesario o establecemento para eles dun Réxime Especial, de acordo co previsto no apartado 1 deste artigo. Dentro deste grupo pódense incluír aos Mineiros do Carbón (**Decreto 298/1973, de 8 de febreiro** e normas de desenvolvemento).

E polo que se refire aos socios traballadores de cooperativas de traballo asociado, hai que ter en conta a **D. A. 4ª TR LXSS**, segundo a cal: *“Os socios traballadores das Cooperativas de traballo asociado gozarán dos beneficios da Seguridade Social, podendo optar a cooperativa entre as modalidades seguintes:*

*a) Como asimilados a traballadores por conta allea. As devanditas cooperativas quedarán integradas no Réxime Xeral ou nalgún dos Réximes*

*Especiais da Seguridade Social, segundo proceda, de acordo coa súa actividadee.*

*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 ao 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 integraríanse no réxime xeral.

### **3. 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 TRLXSS establece que estarán obrigatoriamente incluídos no Réxime Xeral da Seguridade Social os traballadores por conta allea ou asimilados e a 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 implica a realización das funcións de dirección e xerencia da sociedade, nin posúen o seu control nos termos establecidos no apartado 1 na disposición adicional vixésimo sétima da presente Lei.*

*Agás 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 segres 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 Corps 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 Corps 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, de 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 no apartado un da disposición adicional vixésimo sétima da presente Lei, cando o desempeño do seu cargo implique a realización das funcións de dirección e xerencia da sociedade, sendo retribuídos por iso ou pola súa condición de traballadores por conta da mesma.*

*Agás 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, de 2 de agosto, de Liberdade Sindical que exerzan funcións sindicais de dirección con dedicación exclusiva ou parcial e percibindo unha retribución.*

*m) Calquera outras persoas que, no sucesivo e por razón da súa actividade, sexan obxecto, por Real Decreto a proposta do Ministro de Traballo e Seguridade Social, da asimilación prevista no apartado 1 deste artigo.*

Tamén están incluídos no réxime xeral da Seguridade social:

- Españois que ostenten a condición de funcionarios de organismos internacionais
- Integrados en autónomos: están os traballadores ferroviarios, artistas, toreiros (profesionais taurinos como matadores, rejoneadores, sobresaíntes, puntilleros, toreiros 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 substitutorias 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 atopaban pendentes de integración.

Polo que atinxe aos **réximes especiais** destacar que se ben 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 que resultan indisolublemente asociadas ou por especiais condicións de tempo e lugar da prestación do traballo, o que realmente caracteriza ao 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 nalgunhas 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. Por 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 resinera, os servizos extraordinarios de hostalaría, a industria de conservas vexetais, empresas dedicadas á manipulación, envasado e comercialización de froitas e hortalizas, os manipuladores ou empaquetadores de tomate fresco realizado por colleiteiros exportadores, os traballadores fixos descontinuos que presten servizos en empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas e salas de festa e finalmente, os traballadores fixos descontinuos que presten servizos en empresas de estudos de mercado e de opinión pública.

Como se anticipou, o **artigo 10.2 TRLXSS** enumera do 1 ao 7 os que considera réximes especiais, actualmente responden integramente a esa clasificación os réximes enumerados do 1 ao 6 así como o réxime establecido para a mineiría do carbón.

En concreto:

- Réxime especial agrario: inclúe a aqueles traballadores españois que, como medio de vida e dentro de territorio español, realicen labores agrícolas, forestais ou pecuarios. Tal execución poderá realizarse por conta propia ou por conta allea. Se se realizan por conta propia exíxese ademais ter 18 anos cumpridos, realizar os labores de forma persoal e directa e sin que o número de xornadas aboadas a traballadores eventuais supere o número das que corresponden a un traballador fixo por ano.

Goberno, patronal e sindicatos alcanzaron o acordo definitivo para a integración de máis de 850.000 traballadores por conta allea do campo (Reass) no Réxime Xeral da Seguridade Social. Trátase dunha medida que tamén se recolle no recente acordo de pensións alcanzado entre Goberno, sindicatos e empresarios.

A integración dos traballadores agrarios por conta allea no Réxime Xeral da Seguridade Social incluíuse en 1995 nas recomendacións do Pacto de Toledo sobre simplificación dos réximes da Seguridade Social, e foi recollido despois no Acordo sobre Medidas de Seguridade Social de 2006 e máis recentemente no Acordo Social e Económico. Pechado o texto do anteproxecto de lei, agora está pendente o seu

trámite parlamentario co obxectivo de que poida entrar en vigor o 1 de xaneiro de 2012, aínda que tal integración no Réxime Xeral será progresiva, para concluír en 2031 (a integración farase por medio da creación dun sistema especial dentro do Réxime Xeral que mantén a especificidade deste colectivo e o contido plasmarase nun proxecto de lei que establecerá un período transitorio de vinte anos para que as melloras non incidan sobre as explotacións agrarias.

Bonificarase a creación de empregos de maior duración e os fixos discontinuos para mellorar a estabilidade do empregado e dotar de maior flexibilidade ao empregador, de forma que ambos encaixen mellor coas peculiaridades do traballo agrícola).

A integración fará posible que os empregados agrícolas coticen tanto en períodos de actividade como de inactividade e os empresarios, pola súa parte, terán bonificacións ata 2031 para non prexudicar a súa competitividade (na actualidade, a pensión media en España situase en 895,30 euros, pero non chega a 504,52 a do réxime especial da agricultura, e a diferenza amplíase no caso das prestacións por xubilación).

- Réxime especial dos 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 a 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 a emigrantes españois; os administrativos, técnicos e subalternos ao servizo de empresas que se dediquen ás devanditas actividades e os armadores de embarcacións con máis de 10 TM de rexistro bruto ou máis de 5 tripulantes, se figuran no rol e perciben como retribución unha participación no denominado monte menor ou ben un salario como tripulantes”*. O lexislador considera a estes efectos traballadores por conta propia: *“os armadores de embarcacións que non excedan das 10 TM de rexistro bruto ou non leven máis de cinco tripulantes, incluídos eles; os traballadores que se dediquen a 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 aos 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 autorice 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 estar 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.

Nestes tres réximes especiais citados intégranse ou inclúen o cónxuxe e os familiares ata o 2º grao dos traballadores por conta propia sempre que: presten servizos xunto a eles, non sexan os seus asalariados e reúnan as restantes condicións regulamentariamente exixidas.

Réxime especial dos empregados do fogar: inclúe traballadores maiores de 16 anos que se dediquen a servizos exclusivamente domésticos para un ou varios cabezas de familia e sempre que o traballo se realice no domicilio destes últimos a cambio dun soldo ou remuneración doutra clase. Se se tratase de servizos parciais ou descontinuos para varios cabezas de familia só poden darse de alta neste réxime se traballan 72 horas mensuais repartidas en 12 días. [Na actualidade](#), os empregadores só cotizan por estes traballadores se traballan 20 horas á semana ou máis. Se o empregado traballa durante, polo menos, 72 horas mensuais para máis dun fogar, ten a opción de pagar el mesmo as cotas.



O aprobado en agosto supón que os empregados de fogar cotizarán ao réxime xeral desde a primeira hora. Para iso, establécense 15 tramos de cotización cunhas bases que van desde os 90,2 euros mensuais ata os 748,2.

Grazas ao cambio, os traballadores domésticos equipáranse ao resto de asalariados, agás no dereito a cobrar prestación por desemprego. Así, cando estean de baixa percibirán unha paga por incapacidade temporal desde o cuarto día e non desde o 25º, como agora. A diferenza co resto de traballadores é que a Seguridade Social se fará cargo desta prestación desde o noveno día e non desde o 16º.

A pesar de que as modificacións entrarán en vigor o próximo 1 de xaneiro, o texto establece un periodo transitorio ata o 1 de xullo para que empregados e empregadores regularicen a situación. Tamén se establece un periodo transitorio, neste caso ata 2019, para equiparar as cotizacións destes empregados ás do réxime xeral. Así, en 2012, pagarase un 22% por contingencias comúns dos que 18,3 puntos porcentuais corresponderán ao empregador e un 3,7 aos empregados. Ano a ano, a porcentaxe aumentará ata chegar ao 28,3%.

- Réxime especial da mineiría do carbón: inclúe a aqueles traballadores por conta allea dedicados á extracción de carbón en minas subterráneas ou a ceo aberto, á fabricación de aglomerados de carbón vexetal, ao seu transporte fluvial, a fornos de produción de cok, investigación, recoñecemento e escollida do carbón de entulleiras e aproveitamento de carbóns e augas residuais carbonosas, etc.
- Réxime especial dos estudantes: acoge a estudantes menores de 28 anos, matriculados en 3º e 4º de ESO, programas de garantía social, bacharelato, FP e estudos universitarios de grao medio e superior e os quen 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.

#### 4. **A xestión da Seguridade social: entidades xestoras e servizos comúns.**

Á xestión da Seguridade social dedícanse os **artigos 57 e seguintes do TRLXSS** establecendo que *A xestión e administración da Seguridade Social se efectuará, 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, polas 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 no apartado c) seguinte.*

*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, a efectos da debida homoxeneización e racionalización dos servizos, coordinarán a súa actuación en orde á utilización de instalacións sanitarias, mediante os concertos ou colaboracións que ao efecto se determinen entre as mesmas.

As entidades xestoras teñen a natureza de entidades de dereito público e capacidade xurídica para o cumprimento dos fins que lles están encomendados. As entidades xestoras gozarán do beneficio de xustiza gratuita a efectos xurisdiccionais.

En canto á súa **estrutura e competencias**, o lexislador dispón que o Goberno, a 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, se ben os centros asistenciais das entidades xestoras poderán ser xestionados e administrados polas entidades locais.

Ademais, o TRLXSS faculta ao 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 que figurarán, fundamentalmente, a 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, a proposta do Ministerio de Traballo e Seguridade Social

A Tesourería Xeral da Seguridade Social é un Servizo común con personalidade xurídica propia, no que, 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.

### **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 aos mesmos 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 adquiran 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 ten carácter reservado e só poderán utilizarse 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 a efectos do cumprimento de obrigas fiscais no ámbito das súas competencias.
  - c) A colaboración coa Inspección de Traballo e Seguridade Social, no exercicio da función inspectora ou coas demais entidades xestoras da Seguridade Social distintas do cedente e demais órganos da Administración da Seguridade Social.
  - d) A colaboración con calquera outras Administracións públicas 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 que, por esgotarse os demais medios ou fontes de coñecemento sobre a existencia de bens e dereitos do debedor, se motive a necesidade de solicitar 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, considerárase 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 sigilo respecto deles, salvo nos casos dos delitos anteditos, nos que 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 sigilo considerárase sempre falta disciplinaria moi grave.

\*Os funcionarios da Administración da Seguridade Social rexeranse polo disposto na Lei 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para a Reforma da Función Pública, e demais disposicións que lles sexan de aplicación.

- *Subministro de información ás entidades xestoras das prestacións económicas da Seguridade Social:* polos organismos competentes dependentes do Ministerio de Economía e Facenda ou, no seu 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, a petición das mesmas, os datos relativos aos niveis de renda e demais ingresos dos titulares de prestacións, en canto determinen o dereito ás mesmas, así como dos beneficiarios cónxuxes e outros membros das unidades familiares, sempre que deban terse en conta para o recoñecemento, mantemento ou contía das devanditas prestacións a fin de verificar se aqueles cumpren en todo momento as condicións necesarias para a percepción das prestacións e na contía legalmente establecida.

A petición das entidades xestoras da Seguridade Social facilitarase, polos mesmos organismos, un número de conta corrente do interesado para proceder, cando se recoñeza a prestación, ao seu aboamento.

O organismo que designe o Ministerio de Xustiza facilitará ás entidades xestoras da Seguridade Social a información que estes soliciten acerca das inscricións e datos obrantes no mesmo e que poidan gardar relación co nacemento, modificación, conservación

ou extinción do dereito ás prestacións económicas da Seguridade Social.

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. Todos os datos relativos aos solicitantes de prestacións económicas do Sistema de Seguridade Social, que obren 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 da 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 devanditos organismos ou empresas mediante certificación en soporte papel.

Finalmente, e polo que se refire á **colaboración**, o TRLXSS 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 poderase realizar tamén por asociacións, fundacións e entidades públicas e privadas, previa inscrición nun rexistro público.

### **Mutuas de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social**

Consideraranse mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social as asociacións debidamente autorizadas polo Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais que con tal denominación se constitúan, sen ánimo de lucro e con suxeición ás normas regulamentarias que se establezan, por empresarios que asuman ao efecto unha responsabilidade mancomunada e co principal obxecto de colaborar na xestión da Seguridade Social, sen prexuízo da realización doutras prestacións, servizos e actividades que lle sexan legalmente atribuídas.

Para constituírse e desenvolver a colaboración na xestión a que se refire o artigo anterior, as mutuas haberán de reunir os seguintes requisitos:

a) Que concorran, como mínimo, 50 empresarios e 30.000 traballadores, cotizando un volume de cotas non inferior ao límite que regulamentariamente se estableza.

b) Que limiten a súa actividade, sen prexuízo do establecido na disposición adicional undécima desta Lei, á protección, en réxime de colaboración, das continxencias de accidente de traballo e enfermidade profesional.

c) Que presten fianza, na contía que sinalan as disposicións de aplicación e desenvolvemento desta Lei, para garantir o cumprimento das súas obrigas.

Para formalizar a protección respecto ás continxencias de accidente de traballo e enfermidade profesional do persoal ao seu servizo, os empresarios poderán optar entre facelo na entidade xestora competente ou asociándose á Mutua de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social. Os empresarios asociados a unha Mutua aos fins das presentes normas, haberán de protexer na mesma entidade á totalidade dos seus traballadores correspondentes a centros de traballo situados na mesma provincia, sempre que esta se atope comprendida no ámbito territorial da Mutua.

Os Estatutos establecerán, necesariamente a responsabilidade dos asociados que desempeñen funcións directivas, así como do director xerente, xerente ou cargo asimilado, e a forma de facer efectiva a devandita responsabilidade. A tal efecto recollerase expresamente que responden fronte á Seguridade Social, a Mutua e os empresarios asociados, polo dano que causen por actos contrarios á normativa aplicable ou aos Estatutos, así como polos realizados sen a dilixencia coa que deben desempeñar o cargo. Así mesmo deberá consignarse a responsabilidade solidaria dos membros da Xunta directiva respecto dos acordos lesivos adoptados pola mesma, salvo que proben que, non habendo intervido na súa adopción e execución, descoñecían a súa existencia ou coñecéndoa fixeron todo o conveniente para evitar o dano ou, polo menos, se opuxeron expresamente a el. De igual forma deberá sinalarse que en ningún caso exonerará de responsabilidades a circunstancia de que o acto ou acordo lesivo fose adoptado, autorizado ou ratificado pola Xunta Xeral.

Corresponden ao Ministerio de Traballo e Seguridade Social as facultades de dirección e tutela sobre as Mutuas de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social. As mutuas serán obxecto, anualmente, dunha auditoría de contas, que será realizada pola Intervención Xeral da Seguridade Social.



Para a realización da auditoría, a Intervención Xeral da Seguridade Social, en caso de insuficiencia de medios persoais propios, poderá solicitar a colaboración de entidades privadas, as cales deberán axustarse ás normas e instrucións que determine o devandito centro directivo, quen poderá, así mesmo, efectuar a estas as revisións e os controis de calidade que estime convenientes. A devandita colaboración requirirá da autorización ministerial, correspondente, a teor do previsto no artigo 93.

Os créditos que se xeren a consecuencia de atencións, prestacións e servizos que dispensen as Mutuas de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social a favor de persoas que carezan de dereito á asistencia sanitaria da Seguridade Social ou cando, ostentando o mesmo, exista un terceiro obrigado ao seu pagamento, son recursos do Sistema da Seguridade Social adscritos a aquelas e teñen o carácter de recursos de dereito público.

O importe destes créditos será liquidado pola Mutua, que instará o seu pagamento do suxeito obrigado ao mesmo na forma, prazos e condicións establecidos na norma ou concerto do que naza a obriga. A falta de pagamento da débeda dará lugar á súa recadación pola Tesourería Xeral da Seguridade Social, de acordo co establecido na presente Lei e nas súas normas de aplicación e desenvolvemento.

A extinción da débeda en forma distinta á do seu pagamento en efectivo, así como aqueloutros supostos que regulamentariamente se determinen, requirirá a conformidade do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais.

Pero existen unha serie de incompatibilidades xa que non poderán ostentar o cargo de Director-Xerente, Xerente ou levar baixo calquera outro título a dirección executiva dunha Mutua de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social:

- a) Os que pertencen ao Consello de Administración ou desempeñen calquera actividade remunerada en calquera empresa asociada á mutua.
- b) Os que, eles mesmos, os seus cónxuxes ou fillos sometidos a patria potestade, ostenten a titularidade dunha participación igual ou superior ao 25 por 100 do capital social en calquera das empresas asociadas á mutua.
- c) Os que, como consecuencia dun expediente sancionador, fosen suspendidos das súas funcións, ata o tempo que dure a suspensión.

Non poderán formar parte da Xunta Directiva dunha Mutua, nin exercer o cargo de director xerente, xerente ou asimilado, as persoas que, na súa condición de axentes ou comisionistas, se dediquen á tramitación por conta da Mutua, de Convenios de asociación para a cobertura dos riscos de accidentes de traballo e enfermidades profesionais.



Tampouco poderá formar parte da Xunta Directiva, nin por si mesma nin en representación de empresa asociada, calquera persoa que manteña coa Mutua relación laboral, de prestación de servizos de carácter profesional ou que, por calquera outro concepto, perciba da entidade prestacións económicas, a excepción do representante dos traballadores a que se refire o artigo 34.1 do Regulamento Xeral sobre colaboración das Mutuas de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social na xestión da Seguridade Social.

E non poderán formar parte da Xunta Directiva nin desempeñar a dirección executiva nin formar parte da Comisión de Control e Seguimento nin da Comisión de Prestacións Especiais aquelas empresas ou persoas que ostenten calquera destes cargos noutra Mutua.

Non poderá recaer nunha mesma persoa e simultaneamente máis dun cargo da Xunta Directiva das Mutuas de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social, xa sexa por si mesmos, como mutualistas ou en representación doutras empresas asociadas.

O incumprimento destas previsións considérase falta moi grave a efectos do establecido na Lei 8/1988, de 7 de abril, sobre Infraccións e Sancións de Orde Social.

Tamén se establecen prohibicións:

- Os membros da Xunta Directiva, os Directores-Xerentes, Xerentes ou asimilados, ou calquera outra persoa que exerza funcións de dirección executiva nunha Mutua de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais, non poderán comprar nin vender para si mesmos, nin directamente nin por persoa ou entidades interpostas, calquera activo patrimonial da entidade.

A estes efectos, entenderase que a operación se realiza por persoa ou entidade interposta cando se execute por persoa unida por vínculo de parentesco en liña directa ou colateral, consanguinidade ou afinidade, ata o cuarto grao inclusive, por mandatario ou fiduciario, ou por calquera sociedade en que as persoas citadas no parágrafo anterior, teña directa ou indirectamente unha porcentaxe igual ou superior ao 25 por 100 do capital social ou exerzan nel as funcións que impliquen exercicio de poder de decisión.

- Con cargo a recursos públicos, as Mutuas de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social non poderán satisfacer indemnizacións por extinción da relación laboral co seu persoal, calquera que sexan a forma da devandita relación e a causa da súa extinción, que superen as establecidas nas disposicións legais

e regulamentarias en materia laboral reguladoras da devandita relación.

A caución ou garantía que, no seu caso, deban constituir as Mutuas de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social como consecuencia das reclamacións previas e dos recursos que as mesmas formulen, tanto en vía administrativa como en vía xudicial, contra as resolucións da Secretaría de estado ou das Entidades Xestoras e Servizos Comúns da Seguridade Social, así como os gastos de calquera orde que poidan derivarse da impugnación de tales resolucións, en ningún caso poderán ser financiados con cargo a recursos que formen parte do patrimonio da Seguridade Social. Igual limitación será de aplicación respecto do aboamento do importe das sancións impostas ás Mutuas por infraccións derivadas da súa colaboración na xestión da Seguridade Social.

### Colaboración das empresas

As empresas, individualmente consideradas e en relación co seu propio persoal, poderán colaborar na xestión da Seguridade Social exclusivamente nalgunha ou nalgunas 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) Asumindo a colaboración na xestión da asistencia sanitaria e da incapacidade laboral transitoria derivadas de enfermidade común e accidente non laboral, con dereito a percibir por iso unha participación na fracción da cota correspondente a tales situacións e continxencias, que se determinará polo Ministerio de Traballo e Seguridade Social.*

c) Pagando aos seus traballadores, a cargo da entidade xestora obrigada, as prestacións económicas por incapacidade laboral transitoria, así como as demais que poidan determinarse 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, a tal efecto, fixe o Ministerio de Traballo e Seguridade Social.

O Ministerio de Trabajo 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 Trabajo e Seguridade Social determinará as condicións polas que ha de rexerse 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 apartado 1 deste artigo poderá ser autorizada a agrupacións de empresas, constituídas a este único efecto, sempre que reúnan as condicións que determine o Ministerio de Trabajo e Seguridade Social.

**Cristina Castroviejo Ojea**

**Lcda. en Dereito. Corpo Superior da**

**Administración da Xunta de Galicia. Subgrupo A1**

## **7. A ACCIÓN PROTECTORA. AS CONTINXENCIAS PROTEXIDAS: CADRO XERAL. PRESTACIÓNS.**

## **TEMA 7**

### **1. A acción protectora**

Co termo acción protectora estase facendo 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 alcanzan as devanditas prestacións).  
\*Das continxencias protexidas tratarase no próximo epígrafe.

Esta materia, o tratamento xeral da mesma, 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:** que dispensa un tipo de prestacións económicas ao que tería dereito todo cidadán que careza dun 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 petitionario.

**2. Nivel contributivo:** alude a prestacións económicas que actúan como substitutivas da renda do traballo anteriormente percibida polo beneficiario das mesmas 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 corresponde á empresa privada, comprende os mecanismos de seguro privado que se poidan constituir. O A. 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 da presente 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 ao previsto no número anterior, a Seguridade Social non poderá ser obxecto de contratación colectiva”*.

O A. 38 contén o cadro xeral da acción protectora do sistema de SS, nos seus niveis contributivo e asistencial. Partindo da enumeración das prestacións outorgadas, así 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 lactancia 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, a proposta do Ministro de Traballo e Inmigración.*

*As prestacións por desemprego, nos seus niveis contributivo e asistencial, outorgaranse de acordo coa regulación que das mesmas se contén no 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 das mesmas se contén no 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 deste mesmo artigo (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 en orde ao cumprimento das obrigas alimenticias 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 teñan que 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 ás mesmas.

Para a imputación de responsabilidades en orde ás prestacións, na súa modalidade contributiva, a entidades ou persoas distintas das anteditas, estarase 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 prohíba 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 prohibese 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 das devanditas 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 na presente 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 á percepción das prestacións a prezo fixado e por unha soa vez caducará ao ano, a contar desde o día seguinte ao de ter sido notificada en forma ao interesado a súa concesión e se se tratase de prestacións periódicas, o dereito á percepción de cada mensuralidade caducará ao ano do seu respectivo vencemento.
- **Reintegro de prestacións indebidas:** os traballadores e as demais persoas que percibisen indebidamente prestacións da Seguridade Social virán 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 cobro, 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, a tal efecto abonde indicar brevemente que as pensións aboadas polo Réxime Xeral e os Réximes Especiais, así como as de modalidade non contributiva da Seguridade Social, terán, a efectos do previsto na presente Sección, a consideración de pensións públicas, a teor do establecido no **artigo 37** da **Lei 4/1990, de 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, incluído o importe da pensión mínima, serán revalorizadas ao comezo de cada ano, en función do correspondente índice de prezos ao consumo previsto para o devandito 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 por art. 4.1 de Real Decreto-lei 8/2010, de 20 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, no seu caso, ao importe anual íntegro xa revalorizado das outras pensións públicas percibidas polo seu titular.

## **2. As continxencias protexidas: cadro xeral**

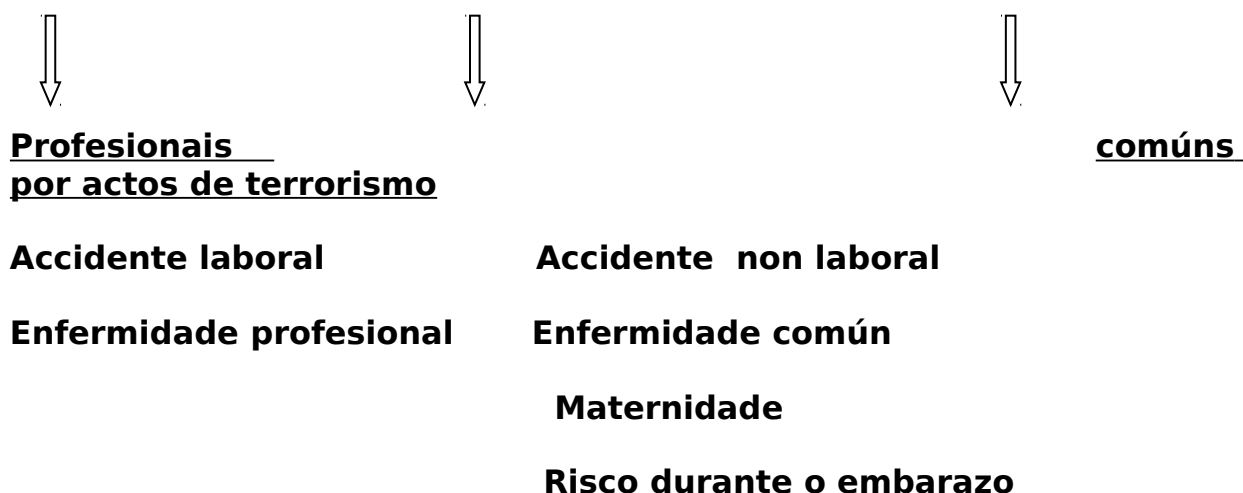
As continxencias protexidas son unha serie de eventos ou circunstancias cuxa actualización xera a aparición dun estado de necesidade no suxeito protexido.

En síntese, pódese afirmar que o ámbito máximo de protección do sistema español de seguridade social comprenda 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**



## **Cesamento laboral por xubilación**

## **Cesamento laboral por incapacidade**

## **Cesamento laboral involuntario**

## **Cargas familiares**

Debe abordarse tamén o estudo dos requisitos xerais para obter as prestacións, iso 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 reunir os requisitos específicos de cada prestación cumpran uns requisitos xenéricos:

- estar afiliadas e
- estar de alta ou en situación asimilada no momento en que se produce a continxencia protexida. Neste caso hai **excepcións**, xa que hao situacións asimiladas á de alta real que se caracterizan por presentar un enorme casuismo, 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 ocorre co traslado ao estranxero 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 incumple 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 ex traballadores 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 se ben 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 adiante IT).

A lei regula supostos en que se produce unha atenuación do requisito de cotización, así que se en xeral se exige estar ao corrente da 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.

### **3. 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 o traballador ser 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 o inicio 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 antedita 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 os mesmos, cunha duración máxima de seis meses, prorrogables por outros seis cando se estime 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, estando 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 sexto día de baixa no traballo ocasionada pola enfermidade ou o accidente, estando a cargo do empresario o aboamento da prestación ao traballador desde os días cuarto ao décimoquinto de baixa, ambos inclusive.

O subsidio aboarase mentres o beneficiario se atope en situación de incapacidade temporal, conforme ao establecido no artigo 128 da presente 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:**

O dereito ao subsidio extinguirse polo transcurso do prazo máximo establecido para a situación de incapacidade temporal de que se trate; por ser dado de alta médica o traballador, con ou sen declaración de incapacidade permanente; por haber sido recoñecido ao beneficiario o dereito ao percibo 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.

No suposto de que o dereito ao subsidio se extinga polo transcurso do prazo máximo establecido para supostos de enfermidade común ou profesional e accidente (365 días prorrogables a 180 días) e o traballador fose dado de alta médica sen declaración de incapacidade permanente, só poderá xerarse un novo proceso de incapacidade temporal pola mesma ou similar patoloxía se media un período de actividade laboral superior a 180 días ou se o Instituto Nacional da Seguridade Social, a través dos órganos competentes para avaliar, cualificar e revisar a situación de incapacidade permanente do traballador, emite a baixa aos exclusivos efectos da prestación económica por incapacidade temporal.

Cando a situación de incapacidade temporal se extinga polo transcurso do prazo de 545 días examínase necesariamente, no prazo máximo de tres meses, o estado do incapacitado a efectos da súa cualificación, no grao de incapacidade permanente que corresponda.

- Perda ou suspensión do dereito ao subsidio: o dereito ao subsidio por incapacidade temporal poderá ser denegado, anulado ou suspendido:

a) Cando o beneficiario actuase 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 for 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 no sucesivo, 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):**

A 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 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 os devanditos 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, de 24 de marzo, e no artigo 30.3 da Lei 30/1984, de 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 a efectos de verificar a acreditación do período mínimo de cotización que, no seu caso, corresponda.

### Prestación económica.

A prestación económica por maternidade consistirá nun subsidio equivalente ao 100 por 100 da base reguladora correspondente. A 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 emitirase resolución definitiva, pero se a base non tivese variado, 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 tivese actuado fraudulentamente para obter ou conservar a devandita 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 ao artigo 133 quáter ou á DA7ª fose de contía inferior, en cuxo caso estarase a esta.

A duración da prestación, que terá a consideración de non contributiva aos efectos do artigo 86, será de 42 días naturais a contar desde o parto, podendo 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 a devandita 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.

\*Aos efectos da consideración da familia numerosa, estarase ao disposto na Lei 40/2003, de 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**

A 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 os devanditos 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 por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 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, de 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 da devandita 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.

Aos 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, de 8 de novembro, de Prevención de Riscos Laborais**, o devandito cambio de posto non resulte técnica ou obxectivamente posible, ou non poida razoablemente exixirse por motivos xustificadas.

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 concederase 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 a outro compatible co seu estado.
- A prestación económica consistirá en subsidio equivalente ao 100 por 100 da base reguladora correspondente. A 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 corresponderá 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 LACTANCIA NATURAL**

### Situación protexida.

Aos efectos da prestación económica por risco durante a lactancia 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, de 8 de novembro, de Prevención de Riscos Laborais, o devandito cambio de posto non resulte técnica ou obxectivamente posible, ou non poida razoablemente exixirse por motivos xustificadas.

### **Prestación económica**

A prestación económica por risco durante a lactancia natural concederase 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:

Recoñecerase unha prestación económica aos proxenitores, adoptantes ou acolletores de carácter preadoptivo ou permanente, naqueles casos en que ambos 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.

Regulamentariamente determinaranse as enfermidades consideradas graves, a efectos do recoñecemento desta prestación económica.

Para o acceso ao dereito a esta prestación exixíranse 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, a 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, previo informe do Servizo Público de Saúde ou órgano administrativo sanitario da 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 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 de un deles.

A xestión e o pagamento da prestación económica corresponderá á Mutua de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais ou, no seu caso, á Entidade Xestora coa que a empresa teña concertada a cobertura dos riscos profesionais.

### INVALIDEZ

Na modalidade contributiva, é invalidez permanente a situación do traballador que, despois de ser 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 a devandita 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 minusválidas e con posterioridade á afiliación tales reducións se agravasen, provocando 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. Pero non será necesaria a alta médica para a valoración da invalidez permanente cando concorran secuelas definitivas.

O artigo 137 do TRLXSS establece que a incapacidade permanente, calquera que sexa a súa causa determinante, clasificarase, en función da porcentaxe de redución da capacidade de traballo do interesado, valorado 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 a 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 das mesmas, a efectos da redución da capacidade de traballo, e a determinación dos distintos graos de incapacidade, así como o réxime de incompatibilidades dos mesmos, serán obxecto de desenvolvemento regulamentario polo Goberno, previo 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 reunir a condición xeral (de afiliación e alta) tivesen cuberto 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, en cuxo caso non será exixido ningún período previo de cotización.

Non se recoñecerá o dereito ás prestacións de incapacidade permanente derivada de continxencias comúns cando o beneficiario, na data do feito causante, teña 65 anos de idade 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 cumpriu os vinte anos e o día en que se houbo producido o feito causante, cun mínimo, en todo caso, de cinco anos. Neste suposto, polo menos a quinta parte do período de

cotización exigible 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 exigible, 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 exigible será de mil oitocentos días, que deben estar comprendidos nos dez anos inmediatamente anteriores á data na que se extingue a incapacidade temporal da que se 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 exigible será, en todo caso, de quince anos.

### **Prestacións.**

A prestación económica correspondente á incapacidade permanente parcial para a profesión habitual consistirá nunha cantidade a prezo fixado.

A prestación económica correspondente á incapacidade permanente total consistirá nunha pensión vitalicia, que poderá excepcionalmente ser substituída por unha indemnización a prezo 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 regulamentariamente 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, incrementándose a súa contía cun complemento, destinado a que o inválido poida remunerar á persoa que lle atenda. O importe do devandito 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; se ben 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 regulamentariamente.

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 a efectos de revisión.

Requisitos xerais:

- O requisito da afiliación e a alta: Exíxese para os graos de I. P. Parcial e de I. P. 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 en alta, deberá reunir un período de cotización superior ao ordinario: 15 anos en todos os supostos. O momento en que se exige estar en 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 (a reunir en toda a vida do traballador) e o específico (a acreditar nos últimos anos).

En canto á primeira, o período mínimo de cotización exixido non pode tratarse de forma unitaria, senón que cómpre 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, cómpre 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 da 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 extinguiuse a incapacidade temporal da que se derive a invalidez permanente.

2) Invalidez Total, Absoluta e Grande Invalidez: O período mínimo de cotización exixible será, dependendo da idade do beneficiario:

a) Se ten menos de vinte e seis anos de idade, a metade do tempo transcorrido entre a data en que cumpriu os 16 anos e a do feito causante da pensión.

b) Se causante trñ cumptidos vinte e seis anos de idade, un cuarto do tempo transcorrido entre a data en que cumpriu os vinte anos e o día en que se houberse producido o feito causante, cun mínimo, en todo caso, de cinco anos; (Para fraccións de idade e redondeos, ver artigo 4.1 do Real Decreto 1.799/85).

## 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 cumprido sesenta e cinco anos de idade.

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. A 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 contemplados no devandito 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, a 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 a 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 discapacidades regulamentariamente determinadas nos que concorran evidencias que determinan de forma xeralizada e apreciable unha redución da esperanza de vida desas persoas.

A aplicación dos correspondentes coeficientes redutores da idade en ningún caso dara a 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:

a) Ter cumpridos os sesenta e un anos de idade, sen que a estes efectos resulten de aplicación os coeficientes redutores a que se fixo referencia.

b) Atoparse inscritos nas oficinas de emprego como demandantes de emprego durante un prazo de, polo menos, seis meses inmediatamente anteriores á data de solicitude da xubilación.

c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de trinta anos, sen que, a tales efectos, se teña en conta a parte proporcional por pagas extraordinarias. A estes exclusivos efectos, computarase como cotizado á Seguridade Social, o período de prestación do servizo militar obrigatorio ou da prestación social substitutoria, co límite máximo dun ano.

d) Que o cesamento no traballo, como consecuencia da extinción do contrato de traballo, non se producise por causa imputable á libre vontade do traballador; entendéndose por libre vontade do traballador a inequívoca manifestación de vontade de quen, podendo continuar a súa relación laboral e non existindo razón obxectiva que a impida, decide poñer fin á mesma e considerarse, en todo caso, que o cesamento na relación laboral se produciu de forma involuntaria cando a extinción se producise por algunha das causas previstas no **artigo 208.1.1** (*Cando se extinga a súa relación laboral*:

*a) En virtude de expediente de regulación de emprego ou de resolución xudicial adoptada no seo dun procedemento concursal.*

*b) Por morte, xubilación ou incapacidade do empresario individual, cando determinen a extinción do contrato de traballo.*

*c) Por despedimento.*

*d) Por despedimento baseado en causas obxectivas.*

*e) Por resolución voluntaria por parte do traballador, nos supostos previstos nos artigos 40, 41.3, 49.1.m) e 50 do Estatuto dos Traballadores.*

*f) Por expiración do tempo convido ou realización da obra ou servizo obxecto do contrato, sempre que as devanditas causas non actuasen por denuncia do traballador.*

*g) Por resolución da relación laboral, durante o período de proba, a instancia do empresario, sempre que a extinción da relación laboral anterior se deba a algún dos supostos contemplados neste apartado, ou transcorrese un prazo de tres meses desde a devandita extinción).*

Os requisitos exixidos nos apartados b) e d) non serán exixibles naqueles supostos en que o empresario, en virtude de obriga adquirida mediante acordo colectivo ou contrato individual de prexubilación, aboase ao traballador tras a extinción do contrato de traballo, e nos dous anos inmediatamente anteriores á solicitude de xubilación anticipada, unha cantidade que, en cómputo global, represente un importe mensual non inferior ao resultado de sumar a cantidade que lle correspondera en concepto de prestación por desemprego e a cota que houbera aboado ou, no seu caso, a cota de maior contía que houbera podido aboar en concepto de convenio especial coa Seguridade Social.

Nos casos de acceso á xubilación anticipada a que se refire este apartado, a pensión será obxecto de redución mediante a aplicación, por cada ano ou fracción de ano que, no momento do feito causante, lle falte ao traballador para cumprir os sesenta e cinco anos, dos seguintes coeficientes:

1º Entre trinta e trinta e catro anos de cotización acreditados: 7,5 por 100.

2º Entre trinta e cinco e trinta e sete anos de cotización acreditados: 7 por 100.

3º Entre trinta e oito e trinta e nove anos de cotización acreditados: 6,5 por 100.

4º Con corenta ou máis anos de cotización acreditados: 6 por 100.

Para o cómputo dos anos de cotización tomaranse anos completos, sen que se equipare a un ano a fracción do mesmo.

Contía da pensión

A contía da pensión de xubilación, na súa modalidade contributiva, determinarase aplicando á base reguladora, calculada conforme ao disposto no artigo precedente, as porcentaxes seguintes:

1º Polos primeiros quince anos cotizados: o 50 por 100.

2º Por cada ano adicional de cotización, comprendido entre o decimosexto e o vixésimo quinto, ambos incluídos: o 3 por 100.

3º Por cada ano adicional de cotización, a partir do vixésimo sexto: o 2 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.

Cando se acceda á pensión de xubilación a unha idade superior aos 65 anos, sempre que ao cumprir esta idade se houberse reunido o período mínimo de cotización, recoñecerase ao interesado unha porcentaxe adicional consistente nun 2 por 100 por cada ano completo transcorrido entre a data en que cumpriu a devandita idade e a do feito causante da pensión. A devandita porcentaxe elevarase ao 3 por 100 cando o interesado houberse acreditado polo menos corenta anos de cotización ao cumprir 65 anos.

A porcentaxe adicional obtida segundo o establecido no parágrafo anterior sumarase á que con carácter xeral corresponda ao interesado de acordo co apartado 1, aplicándose a porcentaxe resultante á respectiva base reguladora a efectos de determinar a contía da pensión, que non poderá ser superior en ningún caso ao límite establecido no artigo 47.

Cando a contía da pensión recoñecida alcance o límite indicado sen aplicar a porcentaxe adicional ou aplicándoa só parcialmente, o interesado terá dereito, ademais, a percibir anualmente unha cantidade cuxo importe obterase aplicando ao importe do devandito límite vixente en cada momento a porcentaxe adicional non utilizado para determinar a contía da pensión, redondeado á unidade máis próxima por exceso.

A devandita cantidade devengarase por meses vencidos e aboarase en catorce 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 (recollidos no artigo 165.1 TRLXSS)

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 salvidades e nos termos que legal ou regulamentariamente se determinen.

Con todo, as persoas que accedan á xubilación poderán compatibilizar o percibo da pensión cun traballo a tempo parcial nos termos que regulamentariamente se establezan. Durante a devandita situación, minorarase o percibo da pensión en proporción inversa á redución aplicable á xornada de traballo do pensionista en relación á 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, de 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 devandito posto, sen que iso afecte ás súas revalorizacións.

Tamén será incompatible o percibo da pensión de xubilación, na súa modalidade contributiva, co desempeño dos altos cargos aos que se refire o **artigo primeiro da Lei 25/1983, de 26 de decembro, de Incompatibilidades de Altos Cargos**.

### **Xubilación parcial.**

Os traballadores que cumprisen 65 anos de idade 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 dun 25 por 100 e un máximo dun 75 por 100, poderán acceder á xubilación parcial sen necesidade da celebración simultánea dun contrato de substitución. As porcentaxes indicadas entenderanse referidas á xornada dun traballador a tempo completo comparable.

Así mesmo, sempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de substitución, os traballadores a tempo completo poderán acceder á xubilación parcial cando reúnan os seguintes requisitos:

a) Ter cumprido a idade de 61 anos, ou de 60 se se trata dos traballadores a que se refire a norma 2ª do apartado 1 da disposición transitoria terceira, sen que, a tales efectos, se teñan en conta as bonificacións ou anticipacións da idade de xubilación que puidesen ser de aplicación ao interesado.

b) Acreditar un período de antigüidade na empresa de, polo menos, 6 anos inmediatamente anteriores á data da xubilación parcial. A tal efecto computarase a antigüidade acreditada na empresa anterior se mediou unha sucesión de empresa nos termos previstos no artigo 44 da Lei 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 75 por 100, ou do 85 por 100 para os supostos en que o traballador relevista sexa contratado a xornada completa mediante un contrato de duración indefinida e se acrediten, no momento do feito causante, seis anos de antigüidade na empresa e 30 anos de cotización á Seguridade Social, computados ambos nos termos previstos nas letras b) e d). As devanditas porcentaxes entenderanse referidas á xornada dun traballador a tempo completo comparable.

d) Acreditar un período previo de cotización de 30 anos, sen que, a estes efectos, se teña en conta a parte proporcional correspondente por pagas extraordinarias.

e) Que, nos supostos en que, debido aos requirimentos específicos do traballo realizado polo xubilado parcial, o posto de traballo deste non poida ser o mesmo ou un similar que o que vaia desenvolver o traballador relevista, exista unha correspondencia entre as bases de cotización de ambos, de modo que a correspondente ao traballador relevista non poderá ser inferior ao 65 por 100 da base pola que viña cotizando o traballador que accede á xubilación parcial. Regulamentariamente desenvolveranse os requirimentos específicos do traballo para considerar que o posto de traballo do traballador relevista non poida ser o mesmo ou un similar ao que viña desenvolvendo o xubilado parcial.

f) Os contratos de substitución 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 sesenta e cinco anos.

O gozo da pensión de xubilación parcial en ambos supostos será compatible cun posto de traballo a tempo parcial. 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, no seu caso, subsidio temporal en favor de familiares.

En caso de morte causada por accidente de traballo ou enfermidade profesional concederase, ademais, unha indemnización a prezo fixado.

### **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 lactancia natural, que cumpran o período de cotización que, no seu caso, estea establecido.
- c) Os pensionistas por incapacidade permanente e xubilación, ambos 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 ocorrese dentro dos cinco anos seguintes á data do accidente; aínda que en caso de enfermidade profesional admitirase tal proba, con independencia do tempo transcorrido.

Os traballadores que tivesen desaparecido 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, excepción feita 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 de enterro a quen os soportase. Presumirase, salvo proba en contrario, que os devanditos gastos foron satisfeitos por esta orde: polo cónxuxe supervivente, ou sobrevivente dunha parella de feito nos termos regulados no apartado 3 do artigo 174, fillos e parentes do falecido que convivisen 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, houbese 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, á data de falecemento, non se atopase en alta ou en situación asimilada á de alta, sempre que o mesmo houbese completado un período mínimo de cotización de quince anos.

Nos supostos excepcionais en que o falecemento do causante derivara de enfermidade común, non sobrevida tras o vínculo conxugal, requirirase, ademais, que o matrimonio se houbese celebrado cun ano de antelación como mínimo á data do falecemento ou, alternativamente, a existencia de fillos comúns. Non se exixirá a devandita duración do vínculo matrimonial cando na data de celebración do mesmo se acreditara un período de convivencia co causante, nos termos establecidos no parágrafo cuarto do apartado 3, que, sumado ao de duración do matrimonio, houbese superado os dous anos.



Nos casos de separación ou divorcio, o dereito á pensión de viuvez corresponderá a quen, reunindo os requisitos en cada caso exixidos no apartado anterior, sexa ou fose cónxuxe lexítimo, neste último caso sempre que non tivese contraído novas nupcias ou tivese constituído 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 quedara extinguida á morte do causante. No suposto de que a contía da pensión de viuvez fose superior á pensión compensatoria, aquela diminuirá ata alcanzar a contía desta última.

En todo caso, terán dereito á pensión de viuvez as mulleres que, aínda 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, habendo mediado 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, garantíndose, en todo caso, o 40 por 100 a favor do cónxuxe supervivente ou, no seu caso, do que, sen ser cónxuxe, convivise co causante no momento do falecemento e resultara 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 corresponderá ao supervivente ao que se lle recoñecese o dereito á indemnización a que se refire o artigo 98 do Código Civil, sempre que non tivese contraído novas nupcias ou houbese constituído unha parella de feito nos termos a que se refire o apartado seguinte. A devandita 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. A devandita 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 constituida, con análoga relación de afectividade á conxugal, por quen, non atopándose 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 rexistros específicos existentes nas Comunidades Autónomas ou concellos do lugar de residencia ou mediante documento público no que conste a constitución da devandita 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 houbese 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 dezoito anos ou estean incapacitados para o traballo, e que aquel se atopase en alta ou en situación asimilada á alta.

Nos casos en que o fillo do causante non efectúe un traballo lucrativo por conta propia ou allea 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 do falecemento do causante, aquel fose menor de 22 anos, ou de 24 se non sobrevivise ningún dos dous pais ou o orfo presentase unha discapacidade nun grao igual ou superior ao 33%.

No caso de orfandade absoluta, se o orfo estivese cursando estudos e cumpriše os 24 anos durante o transcurso do curso escolar, a percepción da pensión de orfandade manterase ata o día primeiro do mes inmediatamente posterior ao de inicio do seguinte curso académico.

A pensión de orfandade aboarase a quen teña ao seu cargo aos 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 previa 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, reconocerase dereito a pensión aos fillos ou irmáns de beneficiarios de pensións contributivas de xubilación e invalidez, en quen se dean, nos termos que se establezan nos Regulamentos xerais, as seguintes circunstancias:

- a) Ter convivido 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.

A 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 prezo 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 prezo 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 do presente 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, no seu 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 fose 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 ás que deron lugar á pensión de orfandade, ou no seu 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 aplicárase á determinación inicial das expresadas contías, pero non afectará ás revalorizacións periódicas das pensións que procedan no sucesivo.

Aos 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, conseguintemente, 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.

A 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 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 devandita 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, de 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 aportación 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 aportación do traballador nos termos previstos no apartado 4 do artigo 214 desta Lei.

2) No nivel asistencial:

a) Subsidio por desemprego.

b) Aboamento, no seu 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, no seu 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, no seu caso, das competencias de xestión das políticas activas de emprego que se desenvolverán pola Administración Xeral do Estado ou pola Administración Autonómica correspondente, de acordo coa normativa de aplicación.

### **Contía da prestación por desemprego:**

A base reguladora da prestación por desemprego será o termo medio da base pola que se cotizase pola devandita continxencia durante os últimos 180 días do período a que se refire o apartado 1 do artigo anterior. A contía da prestación determinarase aplicando á base reguladora as seguintes porcentaxes: o 70 por 100 durante os cento oitenta primeiros días e o 60 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 devandito indicador.

A contía mínima da prestación por desemprego será do 107 por 100 ou do 80 por 100 do indicador público de rendas de efectos múltiples, segundo que o traballador teña ou non, respectivamente, fillos ao seu cargo.

En caso de desemprego por perda de emprego a tempo parcial, as contías máxima e mínima a que se refiren os parágrafos anteriores determinaranse tendo en conta o indicador público de rendas de efectos múltiples en función das horas traballadas.

**Cristina Castroviejo Ojea**

**Lcda. en Dereito. Corpo Superior da**

**Administración da Xunta de Galicia. Subgrupo A1**

**8. AS PRESTACIÓNS NON  
CONTRIBUTIVAS DA  
SEGURIDADE SOCIAL:  
FINALIDADE E CLASES.  
INVALIDEZ NON CONTRIBUTIVA:  
REQUISITOS E PROCEDEMENTO  
PARA A SÚA OBTENCIÓN.  
XUBILACIÓN NON  
CONTRIBUTIVA.**