

Significación e claves da Lei de réxime xurídico do sector público

Significación y claves de la Ley de régimen jurídico del sector público

Significance and keys of the Legal regime of the public sector act



RAFAEL PIZARRO NEVADO*

Profesor titular de Dereito Administrativo
Universidade de Córdoba (Andalucía, España)
rpizarro@uco.es

Recibido: 07/05/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Tras a entrada en vigor da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, pode facerse unha valoración das razóns da reforma, da técnica empregada e do seu heteroxéneo contido. Constatase o limitado alcance da reforma, que asume no fundamental os contidos das leis que substitúe para perfeccionalos, buscando un funcionamento máis eficaz e eficiente do conxunto das administracións públicas, pero sen introducir reformas de gran calado, así como as dificultades que formula a súa entrada en vigor graduada e o complexo sistema de adaptación das entidades existentes á nova norma, que provoca unha grande incerteza sobre o réxime xurídico de moitas entidades durante ese dilatado período.

Palabras clave: organización administrativa, sector público, relacións interadministrativas, infraccións e sancións administrativas, responsabilidade patrimonial, convenios administrativos.

Resumen: Tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, puede hacerse una valoración de las razones de la reforma, de la técnica empleada y de su heterogéneo contenido. Se constata el limitado alcance de la reforma, que asume en lo fundamental los contenidos de las leyes que sustituye para perfeccionarlos, buscando un funcionamiento más eficaz y eficiente del conjunto de las administraciones públicas, pero sin introducir reformas de gran calado, así como las dificultades que plantea su entrada en vigor escalonada y el complejo sistema de adaptación de las entidades existentes a la nueva norma, que provoca una gran incertidumbre sobre el régimen jurídico de muchas entidades durante ese dilatado período.

Palabras clave: organización administrativa, sector público, relaciones interadministrativas, infracciones y sanciones administrativas, responsabilidad patrimonial, convenios administrativos.

Abstract: Following the entry into force of Law 40/2015, of 1 October, on the legal regime of the public sector, an assessment can be made of the reasons for the reform, the technique used and its heterogeneous content. It verifies the limited extension of the reform, which basically assumes the content of the replaced laws in order to improve them,

* Universidade de Córdoba. Grupo de Investigación da Junta de Andalucía SEJ-196. Proxecto de Investigación do Ministerio de Economía e Competitividade DER 2015/67685).

seeking for a more effective and efficient functioning of the public administrations, but without introducing major reforms; and the difficulties involved in its staged entry into force and the system of adaptation of existing entities to the new regulation, which causes great uncertainty about the legal regime of many entities during that long period.

Key words: administrative organisation, public sector, inter-administrative relations, administrative offenses and penalties, administrative responsibility, administrative agreements.

Sumario: 1 A reforma do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común. 1.1 Razóns e consecuencias dunha tramitación precipitada. 1.2 Unha reprochable separación en dúas leis. 1.3 A controvertida competencia estatal. 1.4 O limitado alcance subxectivo da reforma. 2 Unha reforma organizativa de pouco calado. 3 Réxime dos órganos administrativos. 3.1 Técnicas de alteración do exercicio da competencia. 3.2 Órganos colexiados. 4 A Administración xeral do Estado. 5 O sector público institucional. 5.1 Regulación básica sobre o sector público institucional. 5.1.1 A supervisión continua. 5.1.2 O Inventario de entidades do sector público estatal, autonómico e local. 5.1.3 Os consorcios. 5.2 O sector público institucional da Administración xeral do Estado. 5.2.1 Tipoloxía dos entes do sector público institucional estatal. 5.2.2 Control de eficacia e supervisión continua. 5.2.3 Os organismos públicos. 5.2.4 As sociedades mercantís estatais. 5.2.5 As fundacións do sector público estatal. 6 Os principios da potestade sancionadora. 7 A responsabilidade das administracións públicas. 8 O funcionamento electrónico do sector público. 9 Os convenios. 10 As relacións interadministrativas. 11 Valoración final. 12 Bibliografía.

1 A reforma do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común

A recente entrada en vigor da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, permite facer unha primeira valoración do seu contido e dos desafíos que suscita. Facémolo condicionados pola extensión propia dun artigo de revista, que non permite analizar en profundidade a totalidade de institucións afectadas, que son moitas e moi heteroxéneas. Ofrécese unicamente unha descrición xeral das súas características e contidos, dando conta das novidades máis relevantes e das críticas que xerou¹.

Con carácter preliminar, cómpre facer unhas consideracións xerais sobre as razóns da reforma e a técnica empregada, que mereceron un xuízo negativo da doutrina desde a presentación dos anteproxectos de lei. Cuestionouse a súa oportunidade, a artificiosa e falida separación en dous textos legais do organizativo e o procedemental e o tratamento dado a moitas das institucións reguladas².

1 Para unha análise máis detida das moitas cuestións que suscita a LRXSP, pode consultarse a bibliografía que se cita nas seguintes páxinas. Entre as obras de alcance xeral poden sinalarse as seguintes: GAMERO CASADO, E. (dir.), *Tratado de procedimient administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016; LÓPEZ MENUJO, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016; VELASCO CABALLERO, F. (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2016. Tamén son de interese os números monográficos das seguintes revistas: *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015, dedicado aos proxectos de Lei de réxime xurídico do sector público e do procedemento administrativo común das administracións públicas; e *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016, sobre as novas leis de procedemento administrativo común e de réxime xurídico do sector público.

2 Como mostra, poden citarse as análises dos proxectos de Lei de réxime xurídico do sector público e do procedemento administrativo común das administracións públicas publicadas en *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015; ou o de SÁNCHEZ MORÓN, M., "Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las administraciones públicas", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 56, 2015, pp. 18-27. LÓPEZ MENUJO é máis moderado na súa valoración da oportunidade das leis, aínda que se mostra bastante crítico sobre a súa corrección técnica ("Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, p. 16).

1.1 Razóns e consecuencias dunha tramitación precipitada

Unha das críticas máis recorrentes foi que a reforma respondía case exclusivamente a preocupacións de carácter continxente. Para consolidar a senda de crecemento económico, España incluíu no Programa Nacional de Reformas de 2015, como unha das reformas estruturais básicas no eixe de reforma das administracións públicas, a promulgación dunha nova Lei de procedemento administrativo e dunha nova Lei de réxime xurídico do sector público con dous obxectivos declarados: fomentar a Administración electrónica e crear un ámbito regulatorio máis favorable á actividade económica, para reducir as cargas administrativas que soportaban os cidadáns e as empresas. O programa foi presentado ás institucións comunitarias o 30 de abril, e o 15 de maio a Comisión fixo públicas unhas recomendacións en que recoñecía que España fixera algúns progresos en temas legislativos e de mellora da Administración, pero sinalaba que en moitos casos eses avances “foran limitados”. Isto podería explicar en parte por que os proxectos de lei tiveron unha tramitación parlamentaria tan acelerada³, cunha discusión inconsistente ao seu paso pola Comisión de Facenda e Administracións Públicas con competencia plena. Con mínimas emendas, os proxectos superaron o trámite e o 2 de outubro publicáronse no *Boletín Oficial del Estado* a Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (LPAC), e a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (LRXSP).

Esa urxencia impediu a participación no proceso da doutrina administrativista e dos operadores xurídicos que debían aplicalas. De existir o desexable diálogo co lexislador, co sosego que require unha reforma dos elementos estruturais do dereito público e do funcionamento do sector público, os anteproxectos enriqueceríanse cunha visión máis ampla, maior ambición nos obxectivos e unha corrección técnica da que carecen os textos resultantes en non poucos aspectos.

1.2 Unha reprochable separación en dúas leis

Tamén coinciden as críticas nas dificultades derivadas da separación da nova regulación en dúas leis consonte un criterio artificioso, que nin sequera é sempre respectado polo lexislador⁴. Para entender as razóns desa división, cómpre de novo traer a colación o proceso de reforma das administracións públicas promovido polo Goberno de España entre as medidas para combater a crise económica iniciada en 2009, aumentando a competitividade económica e a sustentabilidade fiscal. Aínda que por simplificar se afirma que ambas as dúas leis son froito do Informe da Comisión para a Reforma das Administracións Públicas –o coñecido como Informe CORA–, en realidade deben enmarcarse nun proceso máis amplo de racionalización do sector público estatal, autonómico e local iniciado en 2010, que explica os obxectivos e principios da LRXSP⁵ e do propio Informe CORA. Neste último propúñase a elaboración dun

3 Sobre o procedemento de aprobación seguido e as razóns desa prisa, *vid.* GAMERO CASADO, E., “Encuadre de la nueva legislación en el acervo del derecho administrativo”, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 111-117.

4 *Vid.* PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 19-21.

5 Para contextualizar a LRXSP no dito proceso de reforma do sector público, *vid.* LÓPEZ BENÍTEZ, M., “Reestructuración de la Administración Estatal y de las Administraciones Autonómicas”, *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 211-237; ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 43, 2016, pp. 4-8.

marco normativo común a todas as administracións públicas para dotalo de maior coherencia e evitar a profusión normativa característica deste sector. Con ese propósito aprobáronse a LPAC e a LRXSP. A segunda debía servir tamén para reformar a organización do sector público e impulsar a Administración electrónica.

O primeiro dos obxectivos, o que perseguía maior sistematización e coherencia no núcleo do dereito administrativo, non se alcanzou; entre outras cousas, pola artificiosa separación dos seus contidos. Non é doado entender as razóns desa fragmentación. Aínda que na exposición de motivos de ambas as dúas leis se explica que a LPAC contén as regras que ordenan as relacións dos cidadáns coas administracións públicas (relacións *ad extra*), con especial atención ao uso nas ditas relacións dos medios electrónicos, mentres que a LRXSP comprende a lexislación básica sobre o réxime xurídico aplicable a todas as administracións públicas, o réxime xurídico propio da Administración xeral do Estado e as relacións interadministrativas, o certo é que a distribución de contidos non sempre responde a ese criterio e as leis resultantes non son compartimentos estancos. As dúas están ateigadas de remisións recíprocas⁶ e en moitas materias o que cada unha delas inclúe é unha regulación parcial que se debe completar co disposto na complementaria (*v. gr.* funcionamento electrónico), polo que ao final é imposible entender a LRXSP sen a referencia constante á LPAC.

Por se fose pouco, o lexislador non sempre respectou o criterio escollido para determinar a localización de certos contidos, xa que non permite unha inserción doada na nova rede legal de institucións que non responden a esa lóxica⁷. Isto é moi evidente no título preliminar da LRXSP, en materias como a potestade sancionadora, a responsabilidade patrimonial ou o funcionamento electrónico das administracións públicas. Na LRXSP atópanse contidos que, de acordo co expresado nas exposicións de motivos, deberían atoparse na LPAC⁸.

Ademais, a criticable separación ten outras consecuencias negativas, posto que –como se comprobará máis adiante– tamén dificulta a identificación das normas que teñen carácter básico, polo que non pode afirmarse sinxelamente que a regulación resultante sexa máis sistemática, coherente nin ordenada⁹. As dificultades interpretativas poderían agudizarse cando no futuro se modifique calquera dos dous textos legais, xa que o outro necesariamente se verá afectado de forma máis ou menos directa. Se non se ten isto en consideración, xerárase aínda máis confusión e inseguridade xurídica.

6 Hai remisións expresas ao disposto na LPAC, por exemplo, nos artigos 19, 25, 28, 32, 36, 73, 89, 99, 104 e 110 LRXSP.

7 Advertía, por exemplo, o Consello de Estado sobre os efectos negativos que a nova sistemática ía ter sobre os contidos da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos e do Real decreto 1671/2009, do 6 de novembro, que a desenvolve parcialmente. Ambos os dous «ofrecen unha visión de conxunto do uso de medios electrónicos nas relacións entre os cidadáns e as administracións públicas e destas entre si que, non obstante, se esvaece nos anteproxectos de Lei de réxime xurídico do sector público e de procedemento administrativo común, a consecuencia da escisión e repartición entre ambos os dous da materia regulada a prol dunha pretendida separación entre aspectos orgánicos e procedementais».

8 É o caso, por exemplo, do artigo 4 LRXSP, que leva por título «Principios de intervención das administracións públicas para o desenvolvemento dunha actividade» e contén regras sobre unha manifestación da actividade administrativa que afecta directamente aos cidadáns, xa que esta pode limitar «o exercicio de dereitos individuais ou colectivos» ou exixir «o cumprimento de requisitos para o desenvolvemento dunha actividade», polo que de acordo coa sistemática da reforma se deberían incorporar á LPAC. Sobre o contido e alcance do artigo 4 LRXSP, *vid.* PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 43-45.

9 SÁNCHEZ MORÓN cualifícaa de “sistemática deplorable” (“Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las administraciones públicas”, cit., p. 21).

1.3 A controvertida competencia estatal

Antes de entrar no contido da LRXSP, é preciso reflexionar sobre os títulos competenciais empregados polo Estado, enunciados na disposición derradeira décimo cuarta de forma confusa, o que provoca unha innecesaria escuridade para o intérprete; e sobre a minuciosidade da regulación aprobada nalgúns preceptos aos que se lles atribúe carácter básico, que exige comprobar se o seu contido permite tal cualificación¹⁰.

Para a aprobación da LRXSP, o Estado invoca indiscriminadamente tres títulos competenciais, sen precisar que preceptos se fundamentan en cada un deles. Na disposición derradeira décimo cuarta indícase que a lei «se dita ao abeiro do disposto no artigo 149.1.18.^a da Constitución española, que lle atribúe ao Estado competencia exclusiva sobre as bases de réxime xurídico das administracións públicas, así como ao abeiro do previsto no artigo 149.1.13.^a, relativo ás bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica, e do artigo 149.1.14.^a, relativo á facenda pública xeral». O razoable tería sido enumerar a continuación os preceptos básicos, indicando o título competencial que lles dá cobertura. En lugar diso, na disposición derradeira décimo cuarta indícanse os preceptos que non teñen carácter básico e aplícanse á Administración xeral do Estado e ao sector público estatal, do que se pode deducir que o resto dos artigos si deberían telo. Esta particular forma de identificar o contido básico da lei (que é o exixido pola xurisprudencia constitucional) podería ter certa lóxica se a maior parte dos seus preceptos tivesen ese carácter e fosen menos os preceptos de carácter non básico. Pero non é así, senón todo o contrario, como se comproba cunha rápida lectura do apartado segundo da disposición derradeira décimo cuarta. Só teñen o carácter de lexislación básica os preceptos do título preliminar (salvo a subsección 2.^a da sección 3.^a do capítulo II, que é a referida aos órganos colexiados da Administración xeral do Estado), parte do título II (capítulos I e VI e os artigos 129 e 134, sobre fundacións), o título III (dedicado ás relacións interadministrativas) e algunhas disposicións adicionais, transitorias e derradeiras. A maior parte dos preceptos da LRXSP regula unicamente a organización e o funcionamento da Administración xeral do Estado e do seu sector público institucional.

Case todos os preceptos con carácter básico atopan cobertura no artigo 149.1.18.^a CE. A referencia ao artigo 149.1.14.^a só dá cobertura á modificación da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria (LXO), contida na disposición derradeira oitava; e a referencia ao artigo 149.1.13.^a CE, que lle recoñece ao Estado competencia sobre as bases e a coordinación da planificación xeral da actividade económica¹¹, daría cobertura exclusivamente á modificación da Lei 20/2015, do 14 de xullo, de ordenación, supervisión e solvencia das

10 Vid. GAMERO CASADO, E., "La estructura de la legislación sobre procedimientos administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 154-192; oo PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", cit., pp. 22-26.

11 Non pode adoptarse «unha lectura excesivamente ampla» do artigo 149.1.13.^a CE, que ten como obxecto característico a actividade económica privada, máis que a racionalización das estruturas administrativas. O artigo 149.1.13.^a CE autoriza o Estado a fixar as liñas directrices e os criterios globais de ordenación de sectores económicos concretos, así como as previsións de accións ou medidas singulares que sexan necesarias para alcanzar os fins propostos dentro da ordenación de cada sector [STC 34/2013, do 14 de febreiro, FX 4 b)]. Pero a eficiencia no uso dos recursos públicos, que é unha exixencia constitucional, debe ser un obxectivo de cada Administración pública no exercicio das súas respectivas competencias sobre organización, procedementos, empregados, bens e facenda. O Estado poderá impoer medidas con ese fin constitucional con base no artigo 149.1.18.^a e 14.^a CE, como declarou o TC en sentenzas como as SSTC130/2013 (FFXX 5 a 8) e 135/2013 (FX 3), que descartaron encadrar a controversia competencial suscitada pola Lei xeral de subvencións no apartado 13 do artigo 149.1 CE. Nos mesmos termos pronunciouse nas SSTC 156/2015, do 9 de xullo (FX 8) e 41/2016, do 3 de marzo (FX 3.c).

entidades aseguradoras e reaseguradoras (disposición derradeira undécima)¹². O resto dos preceptos declarados básicos, segundo precisa a disposición derradeira décimo cuarta, atoparían cobertura na competencia do Estado para fixar as bases do réxime xurídico das administracións públicas, que lle permite «establecer principios e regras básicas sobre aspectos organizativos e de funcionamento de todas as administracións públicas» (STC 32/1981, FX 6.º). En virtude dese título, o Estado pode establecer os elementos esenciais que garantan un réxime xurídico unitario aplicable a todas as administracións públicas, o que leva consigo que a competencia autonómica para determinar o réxime xurídico da organización e funcionamento da súa propia Administración non ten carácter exclusivo, senón que debe respectar e, se é o caso, desenvolver as bases establecidas polo Estado (STC 227/1988, FX 24, e 50/1999, FX 3).

Cómpre lembrar que este título competencial se interpretou extensivamente para permitir-lle ao Estado legislar tamén sobre os aspectos básicos de materias que, aínda non estando expresamente consideradas no artigo 149.1.18.ª CE, son institucións fundamentais da orde xurídico-administrativa. Na STC 130/2013, ditada no recurso de inconstitucionalidade interposto contra a Lei 38/2003, do 27 de novembro, xeral de subvencións, afirmábase que a competencia do Estado regulada no artigo 149.1.18.ª CE non se circunscribe ao réxime xurídico dos órganos e entes administrativos, pois «dentro do concepto funcionamento incardínanse as actividades xurídicas típicas a través das cales as administracións públicas desenvolven a súa función constitucional de satisfacción dos intereses xerais (artigo 103.1 da Constitución)», como eran neste caso as subvencións, pero o mesmo razoamento podería estenderse sen dificultade á potestade sancionadora¹³.

Máis sorprendente aínda resulta que non se aluda na disposición derradeira décimo cuarta a outros títulos competenciais que deberían servir de fundamento a un bo número de preceptos da LRXSP, como o que lle atribúe ao Estado competencia exclusiva para establecer o «sistema de responsabilidade de todas as administracións públicas», tamén incluído no artigo 149.1.18.ª CE, cando si se invoca na disposición derradeira primeira da LPAC. É unha mostra máis do descoido con que se realizaron as numerosas modificacións durante a tramitación parlamentaria, xa que se trasladaron á LRXSP as previsións sobre a responsabilidade patrimonial das administracións públicas, pero non se fixo o mesmo coa referencia ao título competencial que permite aprobar esa regulación. Malia iso, a omisión non afecta á validez desas disposicións (SSTC 133/1997, 233/1999 e 141/2014).

De maior relevancia práctica son as dúbidas sobre o carácter básico de certos preceptos. Uns conteñen unha regulación demasiado detallada, posto que a LRXSP incorpora precisións que ata a súa entrada en vigor estaban recollidas en simples normas regulamentarias. Outros son de aplicación unicamente á Administración xeral do Estado e aos entes de dereito público vinculados ou dependentes dela, polo que non poden considerarse bases de réxime xurídi-

12 Non serviría o dito título para fundamentar a reforma da Lei 22/2003, do 9 de xullo, concursal, contida na disposición derradeira cuarta. No seu momento, a Lei concursal aprobouse ao abeiro da competencia que lle corresponde ao Estado conforme o artigo 149.1.6.º e 8.º CE, polo que en boa lóxica a modificación que agora se produce debería sosterse nos mesmos títulos competenciais. A LRXSP non alude non obstante a ningún deses títulos competenciais.

13 LÓPEZ MENDO criticou duramente que os principios da potestade sancionadora se regularan ao abeiro da competencia estatal para establecer as bases do réxime xurídico das administracións públicas, por entender que non cabe que as comunidades autónomas desenvolvan a definición mesma dos principios. Por iso, sostén que esa regulación atopa mellor acomodo na competencia estatal sobre procedemento administrativo común ("Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma", cit., p. 36).

co das administracións pública¹⁴. Dos dous problemas o primeiro é o de maior gravidade, dado que o exhaustivo da regulación dalgunhas cuestións ás que se lles atribúe o carácter de lexislación básica é contrario á orde constitucional de competencias por reducir exaxeradamente as posibilidades de desenvolvemento da lexislación autonómica e a potestade de autoorganización das entidades que deben aplicala. Cando o Estado aproba as bases do réxime xurídico das administracións públicas, non pode esgotar o contido da materia regulada, nin incluír elementos que non sexan fundamentais ao esquema de organización e funcionamento das administracións públicas (SSTC 130/2013, 141/2014 e as que nela se citan). Como teremos ocasión de comprobar, a regulación de certos aspectos dos convenios ou dos órganos colexiados desborda o contido das bases que pode ditar o Estado¹⁵.

1.4 O limitado alcance subxectivo da reforma

Seguindo unha tendencia constante nas últimas leis administrativas, o ámbito subxectivo da LRXSP determínase mediante o concepto de sector público, que engloba as administracións públicas cos seus entes institucionais, non só os de natureza xurídico-administrativa¹⁶ (artigo 2). Pero en realidade a regulación contida na LRXSP non resulta de aplicación á totalidade destes entes. A maior parte desa regulación só se aplica á Administración xeral do Estado e ao seu sector público institucional. Sen prexuízo da aplicación supletoria deses preceptos, o resto das administracións públicas e os entes que integran os seus respectivos sectores públicos só están suxeitos aos artigos que teñen carácter de bases do réxime xurídico das administracións públicas (disposición derradeira décimo cuarta), nos termos xa explicados.

Pero é que tampouco os preceptos de carácter básico son aplicables á totalidade dos entes do sector público. A LRXSP configura distintos estatutos en función da natureza xurídica dos suxeitos regulados¹⁷. Se se toma como exemplo o título preliminar, pode comprobarse que a maior parte do seu articulado se aplica unicamente ás administracións públicas, concepto que inclúe a Administración xeral do Estado, as administracións das comunidades autónomas e as entidades que integran a Administración local, así como os organismos públicos e enti-

-
- 14 Así sucede, por exemplo, cos parágrafos segundo e terceiro do artigo 9.1, o artigo 13.3 ou o artigo 50.2.d), aínda que non son os únicos.
- 15 Así o advertiu tamén o Consello de Estado, que afirmaba no seu ditame sobre a LRXSP: «O anteproxecto sometido a consulta caracterízase, en realidade, por refundir nun só corpo legal as disposicións normativas en materia de organización administrativa xa en vigor e proceder a un maior desenvolvemento normativo destas que, en ocasións, resulta excesivo para unha norma con rango de lei de alcance xeral como a examinada, igual que o é a exposición de motivos que a precede». E recórdase no mesmo ditame que a «diferente natureza e función dunhas e outras normas, en razón do seu ámbito –leis xerais, leis especiais– e do seu rango –leis, regulamentos–, debe ter un reflexo obrigado no seu contido: en tal sentido, as normas con rango de lei de alcance xeral deben limitarse a regular os aspectos fundamentais da materia que sexa obxecto destas, deixando para as leis especiais de carácter sectorial ou remitindo ás disposicións de natureza regulamentaria o tratamento ou o desenvolvemento daquelas cuestións que, polo seu carácter máis específico, non deben figurar na lexislación xeral. [...] En definitiva, tan censurable pode resultar que as normas xerais dunha determinada materia se recollan en leis especiais ou en disposicións de carácter regulamentario como que aspectos accesorios ou accidentais máis propios destas se trasladan ás leis de alcance xeral». Sobre o alcance da competencia estatal nesta materia, *vid.* COSCULLUELA MONTANER, L., «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la competencia de organización de las comunidades autónomas», *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, volumen I, Civitas, Madrid, 2012, pp. 123-140.
- 16 Cómpre destacar en todo caso que os conceptos legais de sector público na LRXSP, na LXO, no Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público (TRLCSPP), ou na Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, entre outras, non coinciden, senón que presentan notables diverxencias que impiden unha interpretación conxunta e dificultarán atopar unha resposta axeitada naquelas cuestións en que poidan concorrer varios deses corpos legais.
- 17 *Vid.* BOTO ÁLVAREZ, A., «La noción de sector público institucional: aplauso, crítica y desconcierto», *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015, p. 2; SÁNCHEZ MORÓN, M., «La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público», *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.

dades de dereito público vinculados ou dependentes das administracións públicas¹⁸ (artigo 2.3 LRXSP). Non se aplicaría nin ás entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das administracións pública¹⁹ nin ás universidades públicas²⁰ (artigo 2.2 LRXSP).

E o mesmo sucede practicamente co resto da LRXSP, xa que o artigo 2.2.b) LRXSP só previu que as entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das administracións públicas queden «suxeitas ao disposto nas normas desta lei que especificamente se refiran a estas». A falta de previsión específica, as entidades de dereito privado só quedan sometidas na súa actuación aos «principios previstos» no artigo 3 e, en todo caso, cando exerzan potestades administrativas». Sen entrar agora a considerar esta última singularidade, que en calquera caso será algo excepcional, o certo é que son poucas as referencias ás sociedades mercantís e ás fundacións do sector público, e na súa maior parte teñen por obxecto as do sector público estatal. Polo tanto, respectando os principios recollidos no artigo 3 LRXSP, é moi ampla a liberdade do lexislador autonómico para configurar o réxime xurídico dos entes privados dependentes de administracións non estatais.

Por último, hai que destacar tamén que a vontade de homoxeneizar o réxime das entidades que integran o sector público estatal se viu debilitada pola necesidade –apreciada polo lexislador– de manter un bo número de estatutos especiais para determinados órganos e entidades, aos que non se aplica directamente a LRXSP, nin sequera os preceptos que teñen atribuído o carácter de bases do réxime xurídico das administracións públicas, malia que todos estes entes encaixarían sen esforzo no concepto de Administración pública do artigo 2.3 LRXSP. A moitos deles aplícaselles a LRXSP só con carácter supletorio mentres esa aplicación non sexa incompatible coa súa natureza xurídica ou as funcións que teñan atribuídas²¹. Noutras ocasións, a LRXSP expresamente exclúe do seu ámbito de aplicación os ditos órganos ou entidades²².

18 En relación con este último concepto, desconcerta a utilización que se fai do concepto de Administración pública en varios capítulos da LRXSP, nos cales erroneamente son mencionadas ao lado de entes que en sentido estrito se integran dentro desa categoría. Pódese por exemplo o capítulo V do título preliminar, dedicado ao funcionamento electrónico do sector público. Nos seus artigos 40, 41, 42 e 45 alúdese unicamente ás administracións públicas, mentres que nos artigos 38 e 39 se mencionan as administracións públicas xunto aos organismos públicos e entidades de dereito público, esquecendo que de conformidade co artigo 2.3 LRXSP os últimos están incluídos no primeiro concepto. E a mesma inexactitude conceptual se produce nos artigos 42, 43 e 44, que se aplicarían ás actuacións dunha «Administración pública, órgano, organismo público ou entidade de dereito público». E a mesma conclusión habería que manter noutros casos en que se repite este tipo de imprecisións, como por exemplo en moitos dos preceptos que regulan os convenios administrativos. Entendo que esa inexactitude non debe interpretarse no sentido de que os preceptos dos cales non se mencionan os entes instrumentais se apliquen unicamente ás administracións territoriais.

19 Por oposición aos conceptos de organismos públicos e entidades de dereito público que se inclúen na letra a), o apartado b) do artigo 2.2 LRXSP debe referirse ás sociedades mercantís e ás fundacións vinculadas ou dependentes das administracións públicas, que son os entes constituídos con forma xurídico-privada.

20 Tampouco existe un único estatuto para as entidades do sector público institucional que non son administracións públicas, porque o mesmo artigo 2 asignalles distinto réxime ás entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das administracións públicas (letra b) do apartado segundo) e ás universidades públicas (letra c) do apartado segundo). En relación con estas últimas, chama a atención que se lles negue a condición de Administración pública cando si se lles reconece noutras leis administrativas como no TRLCSP ou no EBEP. E tampouco resulta correcta a súa inclusión no sector público institucional. Sobre as implicacións desta cualificación e as dificultades que formulará, *vid.* PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 31 e 32; ou TARDÍO PATO, J. A., “¿Tiene sentido que las universidades públicas dejen de ser administraciones públicas en las nuevas leyes del sector público y de procedimiento administrativo común?”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.

21 Así sucede por exemplo coas autoridades portuarias e o organismo público Portos do Estado (disposición adicional duodécima), a Axencia Estatal de Administración Tributaria (disposición adicional décimo sétima) ou o Centro Nacional de Intelixencia (disposición adicional décimo oitava), entre outros. Sobre o réxime aplicable a estes e os demais entes, *vid.* PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 33-38.

22 É o caso da organización militar e as delegacións de Defensa, ás que non se lles aplica a LRXSP (disposición adicional décimo cuarta). A organización militar réxese pola súa lexislación específica e polas bases establecidas na Lei orgánica 5/2005, do 17 de novembro, da defensa nacional. Pola súa banda, as delegacións de Defensa permanecerán integradas no Ministerio de Defensa e rexeranse pola súa normativa

2 Unha reforma organizativa de pouco calado

Tampouco é moi innovadora a regulación sobre organización administrativa. A LRXSP non modificou no esencial a concepción de Administración pública, nin a estrutura de sector público, nin os modelos de relacións interadministrativas. Rebaixando as exaxeradas afirmacións da exposición de motivos, que anunciaba «unha reforma integral da organización e funcionamento das administracións», o lexislador segue a senda da continuidade, refundindo os contidos organizativos da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (LRXPAC), e os da Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado²³ (LOFAXE), aos que incorpora reformas de pouco calado orientadas cara á consecución dos obxectivos de racionalización do sector público e redución do gasto. Engádense ao conxunto previsións da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos (LAECSP) e dalgunhas das normas regulamentarias que desenvolvían as tres citadas. Non se tocan as liñas mestras das institucións afectadas²⁴, polo que non cabe esperar a renovación dunhas estruturas que reflicten o modelo clásico de Administración pública xerárquica e pechada, concibida case exclusivamente para exercer potestades administrativas.

A mesma liña de continuidade segue a regulación dos *principios de actuación e funcionamento do sector público*, que se enumeran no artigo 3 LRXSP para limitar a potestade organizatoria e orientar as decisións estruturais nos termos acuñados pola xurisprudencia constitucional²⁵. Non hai nada novidoso neles, xa que o precepto recolle sen maiores diferenzas os contidos na LRXPAC e na LOFAXE²⁶, aínda que inexplicablemente esquecen os principios que se recollían na Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns

específica. Atopamos aquí un suposto en que a LRXSP non resulta de aplicación a un órgano da Administración xeral do Estado. Non é o único caso, aínda que a situación do Servizo Exterior do Estado, que non é unha entidade autónoma nin goza de personalidade xurídica, non é exactamente a mesma. O artigo 80 remítese ao disposto na Lei 2/2014, do 25 de marzo, da acción e do servizo exterior do Estado, e á súa normativa de desenvolvemento «en todo o concernente á súa composición, organización, funcións, integración e persoal», sendo a LRXSP de aplicación supletoria.

- 23 Loxicamente, a entrada en vigor da LPAC e da LRXSP supuxo a derogación destas leis. Pero tamén se viron afectadas outras moitas normas organizativas, como a Lei 28/2006, do 18 de xullo, de axencias estatais para a mellora dos servizos públicos, aínda que esta con efectos diferidos, xa que se mantén en vigor ata que conclúa o prazo de adaptación das axencias existentes no sector público estatal regulado na disposición adicional cuarta. A LRXSP tamén derogou preceptos de distintas leis, en particular sobre Administración local, ademais de todas aquelas disposicións reguladoras dos consorcios ou os preceptos da Lei 50/2002 en relación coas fundacións do sector público estatal. Sobre a afección á lexislación local, *vid.* PIZARRO NEVADO, R., “Principios y bases del régimen jurídico de la organización local”, *La Ley* 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales, CEMCI, Granada, 2016, pp. 21-101.
- 24 LÓPEZ BENÍTEZ sostén que o artigo 103.1 CE non deixa moitas opcións para que a LRXSP se apartase do modelo burocrático e xerarquizado, que podía promover a simplificación de estruturas, aglutinar competencias, reducir órganos, favorecer desconcentracións entre os órganos, etc., pero respectando ao fin a identidade e a esencia do modelo organizativo (“Reestructuración de la Administración estatal y de las administraciones autonómicas”, cit., pp. 218 y 219).
- 25 En realidade, o artigo 3 non contén un conxunto homoxéneo de elementos, senón que xunto a principios xerais do dereito engade regras de funcionamento, criterios de relacións intersubxectivas e mesmo conceptos alleos ás ciencias xurídicas. LÓPEZ BENÍTEZ advirte que algúns dos seus contidos «máis que principios xerais e esenciais da organización administrativa son, en puridade, regras de funcionamento desta, que carecen dese valor informador e integrador que adorna os verdadeiros principios xerais». “Reestructuración de la Administración estatal y de las administraciones autonómicas”, cit., p. 216. Algúns enunciados, como o de «planificación e dirección por obxectivos e control da xestión e avaliación dos resultados das políticas públicas» (inciso g), son instrumentos de xestión de organizacións que foron incorporados ao vocabulario administrativo baixo o influxo da chamada nova xestión pública (*New Public Management*). Todos eles poderían considerarse ferramentas útiles para lograr unha maior eficacia e eficiencia na actuación administrativa, pero non son en si mesmos principios xurídicos. *Vid.* RAMÍO MATAS, C., “Principios de actuación de las administraciones públicas: análisis desde la ciencia política y de la Administración”, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 375-421.
- 26 Sobre o contido do artigo 3 LRXSP e o valor dos distintos principios, *vid.* PIZARRO NEVADO, “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 38-45.

Regap



ESTUDIOS

aos servizos públicos²⁷, que seguen sendo necesarios para orientar a normativa de desenvolvemento sobre esta materia e dar resposta aos conflitos que suscite o funcionamento electrónico do sector público.

Polo reducido alcance da lexislación básica en materia de organización (apartado 3), a reforma das administracións territoriais resulta epidérmica, mentres que a racionalización dos seus sectores públicos institucionais se reduce practicamente ao Inventario de entidades do sector público estatal, autonómico e local e á imposición dun novo mecanismo de control económico-financeiro, o sistema de supervisión continua (apartado 5.1). Foise un pouco máis ambicioso na regulación da Administración xeral do Estado (apartado 4) e do seu sector público institucional (apartado 5.2), na que se poden localizar novidades de certo interese. Tamén contén a LRXSP unha regulación sistemática das relacións entre as administracións (apartado 10), na que se establecen os principios xerais de actuación e as técnicas de relación entre os distintos suxeitos públicos.

Ademais dos contidos puramente organizativos, régulanse parcialmente na LRXSP materias nucleares do dereito administrativo²⁸, como os principios da potestade sancionadora (apartado 6) e da responsabilidade patrimonial das administracións públicas e doutros poderes do Estado (apartado 7), ademais dalgúns dos instrumentos esenciais para o funcionamento electrónico do sector público (apartado 8). Todas elas deben ser completadas co disposto no LPAC, onde seguramente atoparían un mellor acomodo. O sobrecargado conxunto remátase cun detallado réxime para os convenios administrativos (apartado 9). Coa excepción do disposto sobre convenios, o resto da regulación segue a liña continuísta xa comentada, introducindo algunhas novidades sobre a base da regulación tomada da LXPAC co propósito de axilizar o funcionamento das administracións (Administración electrónica) ou reforzar as súas potestades, sen robustecer ao mesmo tempo os dereitos dos cidadáns nin reforzar as súas garantías, especialmente cando se relacionen coas administracións públicas por medios electrónicos. De todo iso daremos conta nos seguintes apartados.

3 Réxime dos órganos administrativos

O capítulo II do título preliminar, que regula os órganos das administracións públicas, divídese en catro seccións dedicadas á configuración destes órganos, a competencia e as súas alteracións, o funcionamento dos órganos colexiados e o réxime de abstención e recusación. Con lixeiras variacións para encher certas lagoas, o seu contido correspóndese co do título II

27 Só se menciona algún deles en relación coa creación de sedes electrónicas no artigo 38 LRXSP, restándolles potencial ao priválos do seu carácter xeral. De todo iso advirte COTINO HUESO, L., "Regulación de los derechos de los ciudadanos ante la Administración pública (y punto de acceso)", *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la Administración electrónica*, xornada celebrada no Centro de Estudios Políticos e Constitucionais o 4 de maio de 2015, p. 12. [Dispoñible en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/actividades2015/fichacotinov7derechos-1.pdf>. Data de acceso: 11 de marzo de 2017].

28 Ademais da regulación contida no seu articulado, a LRXSP utilízouse tamén para modificar distintas leis, algunhas moi intensamente. A máis relevante é sen dúbida a contida na disposición derradeira terceira, que modifica en profundidade a Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, para regular detalladamente asuntos tan relevantes como a súa potestade normativa ou a iniciativa lexislativa. *Vid.* GALÁN VIOQUE, R., "Modificaciones introducidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (disposición final tercera)", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 475-493.

da LXPAC e, na parte que regula os órganos colexiados da Administración xeral do Estado, co do capítulo IV do título II da LOFAXE²⁹.

Desde un punto de vista xeral, o máis salientable é a atribución de carácter básico a preceptos que ata agora só eran de aplicación á Administración xeral do Estado. Como exemplo, poden sinalarse os conceptos de órgano e unidade administrativa, que a LRXSP toma da LOFAXE e aos que se lles atribúe ese carácter, polo que a definición agora vincula o lexislador autonómico. O artigo 5.1 LRXSP conserva unha visión redutora do concepto de órgano administrativo e só lle reconece a dita condición ás «unidades administrativas ás que se lles atribúan funcións que teñan efectos xurídicos fronte a terceiros, ou cuxa actuación teña carácter preceptivo». Desde un punto de vista funcional, o órgano pode descomporse á súa vez en varias unidades administrativas, ás que lles corresponde impulsar a tramitación dos procedementos administrativos (artigos 20.1 e 71.3 LPAC).

Cómpre destacar que, xunto aos requisitos tradicionais para a creación dun órgano administrativo, tomados do artigo 8.2 LXPAC, o artigo 5.4 LRXSP engade un límite, como é que non poden crearse novos órganos que supoñan «duplicación doutros xa existentes se ao mesmo tempo non se suprime ou restrinxe debidamente a competencia destes». Como garantía de cumprimento do novo límite, dispónse que «a creación dun novo órgano só terá lugar tras a comprobación de que non existe outro na mesma Administración pública que desenvolva igual función sobre o mesmo territorio e poboación». Dado que o precepto ten carácter básico, non contén maiores precisións sobre como debe realizarse esa comprobación. Outra cousa suporía unha restrición inaceptable da competencia organizativa das comunidades autónomas, pero si obriga estas a incorporar unha comprobación destas características no procedemento de creación de órganos administrativos.

3.1 Técnicas de alteración do exercicio da competencia

A sección 2.^a regula as técnicas de alteración do exercicio da competencia, onde se verteu a regulación da LXPAC, aínda que con mellor factura técnica.

A *delegación de competencias* regúlase no artigo 9 LRXSP, que ten un contido moi similar ao do artigo 13 LXPAC³⁰. O artigo 9 regula a forma en que a Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos ou entidades de dereito público deben acordar a delegación, incorporando aquí con máis desenvolvemento o disposto na disposición adicional décimo terceira da LOFAXE (parágrafos segundo e terceiro do apartado primeiro). Por iso, e pola súa propia redacción, hai que negar o seu carácter básico, aínda que a disposición derradeira décimo cuarta da LRXSP non os mencione entre os preceptos que non teñen carácter básico. Outra diferenza pode atoparse no apartado sétimo, que regula con maior precisión algún dos supostos de delegación das competencias atribuídas a órganos colexiados. Na nova redacción alúdese á delegación de competencia de órganos colexiados para o exercicio da

29 Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., "Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2755-2845; PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", cit., pp. 46-83; VELASCO CABALLERO, F., "Régimen jurídico-organizativo de la Administración local tras la LRJP", Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2016, pp. 49-61.

30 Son iguais os límites á delegación, por exemplo, e os apartados terceiro e cuarto do artigo 9 LRXSP teñen a mesma redacción que os seus equivalentes no artigo 13 LXPAC.

cal se requira un *quorum* ou maioría especial, mentres que na redacción anterior unicamente se aludía á existencia dun *quorum* especial. Con máis corrección indícase que é o acordo de delegación desas competencias o que debe adoptarse observando, en todo caso, o dito *quorum* ou maioría.

Tamén o artigo 10 LRXSP reproduce no esencial o contido do artigo 14 LRXPAC, aínda que introduce dúas precisións relevantes. Coa primeira permítese que o acordo de *avocación* se notifique aos «interesados no procedemento, se os houbese, con anterioridade ou simultaneamente á resolución final que se dite» (artigo 10.2 LRXSP). No artigo 14 LRXPAC indicábase que a notificación debía producirse «con anterioridade á resolución derradeira que se dite». Non estaba prevista a notificación simultánea das dúas decisións, polo que unha aplicación rigorosa deste obrigaba a paralizar o procedemento ata que se notificase o acordo de *avocación* aínda que o único que faltase para concluílo fose a resolución, con manifesto prexuízo para a economía procesual e sen vantaxe aparente para os interesados, porque non existe na LRXPAC límite temporal ningún para adoptar o acordo de *avocación*³¹.

A alusión á «resolución derradeira que se dite» do inciso comentado podería suxerir que o obxecto da *avocación* é sempre un asunto concreto, que se debe acordar caso a caso, pero non ten que ser necesariamente así. Para deixalo claro, o artigo 10.1 LRXSP dispón que «os órganos superiores poderán avocar para si o coñecemento dun ou varios asuntos cuxa resolución lles corresponda ordinariamente ou por delegación aos seus órganos administrativos dependentes». Esta é a segunda diferenza co artigo 14 LRXPAC, no apartado primeiro do cal só se aludía ao «coñecemento dun asunto». Ábrese dese xeito a posibilidade de avocar varios asuntos conxuntamente, establecéndoo así con carácter xeral en atención a algunha característica común a todos eles ou puntualmente, cando nun determinado momento se dean en varios procedementos as circunstancias de índole técnica, económica, social, xurídica ou territorial que o fagan conveniente.

A *encomenda de xestión* regúlase no artigo 11 LRXSP, que reduce os suxeitos que poden asumir a *encomenda* neste caso «a outros órganos ou entidades de dereito público desta ou de distinta Administración, sempre que entre as súas competencias estean esas actividades». Queda claro así que a *encomenda* a entidades de dereito privado só cabe nos termos do artigo 24.6 TRLCSP³² –ou o equivalente do texto legal que o substitúa por exigencias das directivas sobre contratación pública–, que permite a adxudicación directa de encargos aos entes, organismos e entidades do sector público que teñan a consideración de medios propios e servizos técnicos, incluíndo as sociedades mercantís se o seu capital social é integramente de titularidade pública e cumpren os requisitos establecidos na xurisprudencia do TXUE sobre os chamados *contratos in house providing*³³. Por outra banda, cando a *encomenda*

31 É obvio que a notificación do acordo de *avocación* xunto á resolución collerá desprevidos os interesados, pero iso non necesariamente fará que se vexan minguadas as súas facultades de reacción, xa que –igual que sucedía na lei anterior– o artigo 10.2 LRXSP non permite a interposición de recursos administrativos contra o acordo de *avocación*, polo que o interesado unicamente pode impugnar o dito acordo no recurso que se é o caso interpoña contra a resolución do procedemento. IZQUIERDO CARRASCO critica non obstante esta posibilidade (“Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones”, cit., pp. 2815).

32 Débese criticar que non se previra un réxime transitorio para ordenar como quedan as *encomendas* vixentes que non se axusten ao novo réxime, se é obrigada a súa adaptación e en que prazo debería facerse esta, se fose necesaria.

33 Sobre as *encomendas de xestión* na lexislación de contratos do sector público, *vid.* GARCÉS SANAGUSTÍN, M., “La autocontratación o contratación *in house providing*. Incidencia de la nueva regulación en las entidades instrumentales del sector público. Concepto de instrumentalidad y régimen tarifario”, *Aplicación práctica de los contratos en el sector público*, Escuela Riojana de Administración pública, Logroño, 2009, pp. 79-96; PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2010; ou COSSÍO CAPDEVILLA, A., “La fiscalización de la encomienda de gestión como forma de autoorganización ad-

de xestión se realice con base legal no artigo 11 LRXSP, o encargo non pode ter por obxecto «prestacións propias dos contratos regulados na lexislación de contratos do sector público» (parágrafo segundo do artigo 11.1 LRXSP), posto que en tal caso habería que axustarse ao previsto nesta. Como novidade, pode destacarse o disposto no artigo 11.2 LRXSP, que reflicte a preocupación das novas leis pola tutela dos datos de carácter persoal, o que neste caso leva a asignarlle á entidade ou órgano encomendado «a condición de encargado do tratamento dos datos de carácter persoal aos que puidese ter acceso en execución da encomenda de xestión, séndolle de aplicación o disposto na normativa de protección de datos de carácter persoal».

En canto á *delegación de sinatura*, regulada no artigo 12 LRXSP, a única diferenza relevante coa regulación anterior é que se suprimiu a prohibición de delegación de sinatura nas resolucións de carácter sancionador, eliminando así unha regra que só tiña sentido cando tamén estaba prohibido delegar o exercicio da potestade sancionadora. Unha vez que desapareceu esa prohibición tras a reforma da LRXPAC de 1999, carecía de sentido mantela na delegación de sinatura.

Como consecuencia da declaración de inconstitucionalidade do artigo 17.1 LRXPAC (STC 50/1999), introdúcese algunhas variacións en relación coa *suplicencia*, no apartado primeiro do artigo 13 LRXSP. Agora contén unha previsión xenérica que indica que os titulares dos órganos administrativos poderán ser suplidos temporalmente «na forma que dispoña cada Administración pública», permitindo que sexan as normas de cada Administración pública as que establezan o réxime de suplencia. Unicamente se mantén a regra de que, «se non se designa suplente, a competencia do órgano administrativo será exercida por quen designe o órgano administrativo inmediato superior de quen dependa». Tamén aumentaron os supostos en que procede a suplencia, engadindo aos de vacante, ausencia ou enfermidade do titular do órgano «os casos en que fose declarada a súa abstención ou recusación».

En canto ás súas exixencias formais, introduciuse un inciso final no artigo 13.2 LRXSP para precisar que para a validez da suplencia «non será necesaria a súa publicación», e un novo apartado cuarto en que se dispón que, «nas resolucións e actos que se diten mediante suplencia, se fará constar esta circunstancia e se especificará o titular do órgano na suplencia do cal se adoptan e quen efectivamente está a exercer esta suplencia». Malia seren precisións bastante detalladas que se establecen con carácter de lexislación básica, entendo que se axustan ás exixencias da xurisprudencia constitucional neste tipo de regras, en que o TC sostivo que a lexislación básica pode adquirir un maior alcance cando «afecta ao exercicio da competencia dos órganos administrativos e, por iso mesmo, ten incidencia directa sobre a relación das administracións públicas e os administrados»³⁴.

ministrativa: poniendo límites a la huida del derecho administrativo en materia de contratación pública”, *Auditoría pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, n. 61, 2013, pp. 25-33. Esta mesma autora ocúpase das modificacións que haberá que adoptar con motivo da aprobación da Directiva 2014/24/UE en “La encomienda de gestión: áreas de riesgo y perspectivas de futuro tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 32, 2015, pp. 199-214.

34 Con este razoamento mantivo o Tribunal Constitucional a constitucionalidade, por exemplo, da previsión da competencia contida no artigo 17.2 LRXPAC de que a suplencia non implica alteración, despois de declarar a inconstitucionalidade do apartado primeiro do mesmo precepto (STC 50/1999, do 6 de abril).

3.2 Órganos colexiados

A sección 3.^a do capítulo 2.^o dedícase aos órganos colexiados. A nova regulación non presenta variacións relevantes desde un punto de vista estrutural nin en canto á tipoloxía dos órganos colexiados³⁵. Como novidades, deben destacarse as múltiples referencias ao seu funcionamento electrónico e a separación en dúas subseccións dos preceptos de carácter básico e os que unicamente son de aplicación aos órganos da Administración xeral do Estado e das súas entidades de dereito público. Na subsección segunda concéntranse os preceptos da LXPAC que non tiñan carácter básico (STC 50/1999) e o previsto na LOFAXE sobre este tipo de órganos, con mínimas adaptacións para axustalos á xurisprudencia que lles afectara³⁶.

Se nos centramos nas novidades da subsección primeira, habería que comezar polo artigo 15.3 LRXSP, que prevé a publicidade do «acordo de creación e as normas de funcionamento dos órganos colexiados que diten resolucións que teñan efectos xurídicos fronte a terceiros» no boletín ou diario oficial da Administración pública en que se integran. Rexeitando unha interpretación redutora do principio de publicidade das normas, xa que non se pode admitir a existencia de normas organizativas non publicadas, entendo que é obrigado publicar os acordos de creación e as normas de funcionamento de todos os órganos colexiados³⁷.

Tamén é unha novidade a sesión universal regulada no artigo 17.2 LRXSP, que dispón no seu parágrafo terceiro que «Cando estivesen reunidos, de xeito presencial ou a distancia, o secretario e todos os membros do órgano colexiado, ou se é o caso as persoas que os suplan, estes poderán constituírse validamente como órgano colexiado para a celebración de sesións, deliberacións e adopción de acordos sen necesidade de convocatoria previa cando así o decidan todos os seus membros».

Non hai grandes cambios sobre o desenvolvemento das sesións unha vez constituído o órgano, salvo a posibilidade de que os membros interveñan a distancia empregando medios electrónicos. É un acerto que as normas básicas sobre utilización de medios electrónicos no funcionamento dos órganos colexiados sexan de aplicación directa, sen necesidade dun desenvolvemento previo regulamentario (artigo 17.1 LRXSP), aínda que sexa conveniente que os distintos órganos colexiados adapten os seus regulamentos de funcionamento á nova regulación³⁸.

35 Vid. CARBONELL PORRAS, E., “Regulación de los órganos colegiados”, en *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 235-263; PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 63-80; VALERO TORRIJOS, J., “Los órganos administrativos”, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2715-2731; e VELASCO CABALLERO, F., “Régimen jurídico-organizativo de la Administración local tras la LRJSP”, cit., pp. 57-61.

36 Baste como exemplo citar a redución da prohibición de absterse nas votacións dos membros que forman parte do órgano colexiado pola súa calidade de autoridade ou persoal ao servizo das administracións públicas. Agora, o artigo 19.3 LRXSP unicamente lles prohibe absterse aos que teñan a condición de membros natos de órganos colexiados en virtude do cargo que desempeñan. Sobre a regulación contida na subsección segunda, vid. CARBONELL PORRAS, E., “Regulación de los órganos colegiados”, cit., pp. 254-262.

37 CARBONELL PORRAS explica que a redacción do artigo 15.3 LRXSP se constrúe sobre a distinción entre órganos colexiados, que son os que teñen atribuídas funcións con efectos xurídicos fronte a terceiros ou cuxa actuación ten carácter preceptivo (artigo 5 LRXSP) e os grupos de traballo ou as reunións informais de titulares de órganos unipersoais, que non son órganos colexiados en sentido estrito (“Regulación de los órganos colegiados”, cit., pp. 241-242).

38 Sobre as dificultades para a implantación desta forma de actuación coa lexislación precedente, vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *Órganos colegiados electrónicos: el uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006; e “Órganos colegiados electrónicos”, Gamero Casado, E., e Valero Torrijos, J. (coord.), *La Ley de Administración electrónica: comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 811-854.

Non existen grandes dificultades para a convocatoria por medios electrónicos, pois é doado garantir tecnicamente a súa recepción por todos os membros. Ademais, xunto coa convocatoria, debe remitirse a orde do día e a documentación necesaria para as deliberacións cando sexa posible facelo por medios electrónicos (artigo 17.2 LRXSP), cando antes bastaba a súa posta á disposición dos membros do órgano Colexiado. A esa información a convocatoria debe engadir «as condicións en que se vai realizar a sesión, o sistema de conexión e, se é o caso, os lugares en que estean dispoñibles os medios técnicos necesarios para asistir e participar na reunión».

Maior dificultade presenta a celebración da sesión por medios electrónicos, aínda que se permita a utilización de calquera medio que asegure «a identidade dos membros ou persoas que os suplan, o contido das súas manifestacións, o momento en que estas se producen, así como a interactividade e a intercomunicación entre eles en tempo real e a dispoñibilidade dos medios durante a sesión» (artigo 17.1 LRXSP). Aínda que se citen como medios válidos o correo electrónico, as audioconferencias e as videoconferencias, é dubidoso que algúns deles –como o correo electrónico– sexan adecuados para desenvolver a sesión, porque non permiten a interacción en tempo real que a lei require. Outros unicamente poderán utilizarse se reúnen as condicións técnicas para garantir que esa interactividade se produce en tempo real e se mantivo durante toda a sesión.

Se se dan esas condicións, o desenvolvemento das deliberacións e das votacións non ten que ser moi diferente dos supostos en que todos os membros estean presentes nun mesmo lugar. Non hai cambios destacables sobre *quorum* para a válida constitución do órgano nin para a adopción de acordos, salvo a referencia ao lugar onde se adoptan os acordos cando as sesións se realizan a distancia. O artigo 17.5 LRXSP dispón que en tal suposto «os acordos se entenderán adoptados no lugar onde teña a sede o órgano Colexiado e, no seu defecto, onde estea situada a presidencia».

En canto á forma de documentar o desenvolvemento da sesión e os acordos adoptados, as novidades céntranse na aprobación da acta e na posibilidade –non é unha obriga– de gravar as sesións que celebre o órgano Colexiado (artigo 18.1 LRXSP). Polo tanto, cabe considerar a gravación no regulamento interno do órgano cando o ordenamento establece a publicidade das sesións. Nos restantes casos haberá que ponderar o interese de garantir a publicidade da sesión coa confidencialidade exixida nalgúns decisións e a debida discreción que impón o artigo 53.2 EBEP³⁹. O ficheiro resultante da gravación, xunto coa certificación expedida polo secretario da autenticidade e integridade deste, e cantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos da sesión, poderán acompañar a acta das sesións, sen necesidade de facer constar nela os puntos principais das deliberacións.

En canto á aprobación da acta, o artigo 18.2 LRXSP permite a súa aprobación na mesma reunión ou na inmediata seguinte e abre a posibilidade da súa aprobación tácita cando se remita a través de medios electrónicos aos membros do órgano Colexiado para que manifesten polos mesmos medios a súa conformidade ou reparos ao texto. Se todos manifestan a súa conformidade por ese medio, a acta enténdese aprobada o mesmo día da sesión.

39 CARBONELL PORRAS advirte que a gravación pode provocar ademais que o debate perda fluidez ou que se vexa comprometida a espontaneidade dos intervinientes (“Regulación de los órganos Colexiados”, cit., p. 253).

4 A Administración xeral do Estado

A Administración xeral do Estado regúlase no título I, en que se atopan poucas novidades, porque os cambios afectan fundamentalmente á súa administración institucional, á que se dedica boa parte do título II. A regulación da Administración xeral do Estado merece o mesmo xuízo que o resto da LRXSP, xa que mantén substancialmente as estruturas organizativas que regulaba a LOFAXE⁴⁰, e as poucas melloras introducidas case sempre están inspiradas polos principios de eficiencia e contención do gasto público. É significativa a posibilidade de xestión compartida dos servizos comúns dos ministerios, por exemplo, e como se reforza o papel coordinador do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas na xestión e organización dos servizos comúns que afecten a varios ministerios (artigo 68.3 a) LRXSP).

En relación cos distintos órganos, poden destacarse varias cuestións. A máis relevante é a maior densidade das listaxes de competencias dos distintos órganos e a reasignación de funcións entre eles, posto que a LRXSP atribúe como propias a distintos órganos funcións que habitualmente exercían por delegación do titular do departamento. Nada hai que obxectar á nova asignación, aínda que quizais non fose tan acertada a forma de realizala pola rixidez que deriva do rango normativo imposto, que impedirá unha rápida modificación cando as circunstancias o aconsellen⁴¹.

Como novidade, tamén en relación cos órganos centrais, cabe destacar a atribución dun carácter ordinario ás secretarías xerais dentro da estrutura ministerial (artigo 64 LRXSP), suprimíndose a excepcionalidade da súa creación que a LOFAXE impuña para si; o reforzamento dos subsecretarios, que pasan a depender xerarquicamente dos ministros; e a atribución a todos os órganos superiores e directivos, agás dos subdirectores xerais e asimilados, da condición de alto cargo (artigo 55.6 LRXSP), con aplicación do previsto na Lei 3/2015, do 30 de marzo, reguladora do exercicio de alto cargo da Administración xeral do Estado, para determinar, por exemplo, os requisitos de idoneidade para o seu nomeamento, os seus principios de actuación no exercicio das súas funcións e o réxime de conflito de intereses e de incompatibilidades.

O capítulo II do título I regula a Administración periférica do Estado de forma máis completa e sistemática, para o cal se incorporan á LRXSP previsións que ata agora tiñan rango regulamentario⁴². Simplifícase así a normativa existente, pero respectando o seu contido. Cabe destacar a competencia de coordinación que se lles atribúe aos subdelegados para a utilización dos medios materiais e dos edificios administrativos do ámbito territorial da súa competencia (artigo 75 e) LRXSP).

40 *Vid.* ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., "Organización y funcionamiento de la Administración general del Estado y del sector público institucional en la Ley 40/2015", cit., pp. 60-69; GALÁN VIOQUE, R., "La Administración general del Estado", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 153-196.

41 *Vid.* ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, "Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015", cit., p. 62.

42 Así sucede por exemplo con algunhas previsións organizativas e de funcionamento das delegacións e subdelegacións do Goberno que ata a súa entrada en vigor estaban reguladas no Real decreto 1330/1997, do 1 de agosto, de integración de servizos periféricos e de estrutura das delegacións do Goberno.

5 O sector público institucional

O título II, dedicado á organización e funcionamento do sector público institucional, debería servir para racionalizar e simplificar o heteroxéneo conxunto de entes que o compoñen e contribuír á redución do gasto público, pero tamén neste punto a regulación foi pouco ambiciosa⁴³. A maior parte das súas disposicións son unha mera refundición de preceptos da LOFAXE e da Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas (LPAP), e aplícanse unicamente ao sector público estatal. Son poucos os artigos aplicables ao sector público das restantes administracións territoriais e non parecen suficientes para contribuír á redución de gasto público polo que se dirá a continuación.

5.1 Regulación básica sobre o sector público institucional

O contido de carácter básico do título II redúcese ao disposto nos capítulos I e VI –centrado este no réxime xurídico dos consorcios– e dúas disposicións máis, unha sobre o réxime de adscrición das fundacións (artigo 129) e a segunda sobre o seu protectorado (artigo 134). É unha regulación de mínimos, en que se podería esbozar unha tipoloxía básica de entes instrumentais, ou mesmo unha definición xeral do sector público institucional que respectase as competencias autonómicas para determinar os entes aos cales se aplica a regulación básica⁴⁴. Pero a reforma foi moi suave, buscando case exclusivamente limitar o crecemento do número de entidades e favorecer a súa eficiencia. Ademais, a súa incidencia sobre o sector autonómico e local será mínima. Como indica o artigo 81.3 LRXSP, as entidades dependentes da Administración autonómica e local réxense pola súa propia lexislación, que só queda condicionada polo referido aos principios xerais de actuación inspiradores enunciados no artigo 81 e o mecanismo de supervisión continua, o Inventario de entidades do sector público estatal, autonómico e local, a regulación sobre os consorcios e algunhas previsións sobre fundacións. Non parecen ferramentas suficientes para combater o proceso que se quere atallar.

5.1.1 A supervisión continua

As normas de carácter básico están encabezadas polos principios xerais que deben respectar as entidades que integran o sector público institucional na súa actuación e que son os de «legalidade, eficiencia, estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, así como o principio de transparencia na súa xestión»⁴⁵ (artigo 81.1). Xunto aos principios, engade o precepto unha regra para someter a xestión de persoal, incluído o laboral, ás limitacións previstas na normativa orzamentaria e nas previsións anuais dos orzamentos xerais.

43 Vid. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015”, cit., pp. 1-40; BOTO ÁLVAREZ, A., “Organización y funcionamiento del sector público institucional (I)”, *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 197-283; MELLADO RUIZ, L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional”, *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016, pp. 219-294; MONTOYA MARTÍN, E., “El sector público institucional”, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2603-2639; RIVERO ORTEGA, R. “Novedades en la regulación de las entidades instrumentales de naturaleza pública”, *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 179-198.

44 Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., “La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”, cit.

45 Vid. BOTO ÁLVAREZ, A., “Organización y funcionamiento del sector público institucional (I)”, cit., pp. 206-209.

Para dar cumprimento a estes principios, obrígase todas as administracións públicas a establecer un *sistema de supervisión continua* das súas entidades dependentes «co obxecto de comprobar a subsistencia dos motivos que xustificaron a súa creación e a súa sustentabilidade financeira» (artigo 81.2). Este mecanismo entronca cos controis de eficacia previstos na LOFAXE para organismos autónomos e entidades públicas empresariais, aínda que agora se estenden a todos os entes do sector público de calquera Administración. Ademais, do seu resultado poden derivar consecuencias para a entidade supervisada, xa que para cumprir co obxecto expresado no artigo 81.2 LRXSP do sistema de supervisión continua deben extraerse periodicamente propostas de transformación, mantemento ou extinción da entidade supervisada.

A LRXSP non entra en máis detalle. Seguramente iso excedería a competencia estatal, ademais de que sería difícil fixar regras xerais para operar nun conxunto de entes tan dispares como os que poden configurarse nos sectores públicos autonómicos e locais. É unha tarefa que ten pendente o lexislador autonómico e que non pode ser resolta satisfactoriamente coa aplicación supletoria da regulación sobre o sistema de supervisión das entidades do sector público institucional estatal previsto nos artigos 85 e seguintes.

5.1.2 O Inventario de entidades do sector público estatal, autonómico e local

Tamén regula a LRXSP o Inventario de entidades do sector público estatal, autonómico e local (artigo 82), dándolle un rango máis axeitado a unha regulación que ata entón só tiña rango regulamentario. O Informe CORA propuña integrar os inventarios de entes do sector público estatal e dos sectores autonómico e local nun só para aumentar a información dispoñible e mellorar a súa ordenación e o seu tratamento. Con ese propósito, o Real decreto 696/2013, do 20 de setembro, modificou o Real decreto 256/2012, do 27 de xaneiro, polo que se desenvolve a estrutura orgánica básica do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas, para encomendarlle á Intervención Xeral da Administración do Estado a elaboración e o mantemento do Inventario de entes do sector público estatal, autonómico e local (INVENTE), mentres que se lle atribuían á Secretaría Xeral de Coordinación Autonómica e Local as tarefas de captación e tratamento «da información enviada por comunidades autónomas e entidades locais, sobre as súas entidades e organismos vinculados ou dependentes, para a formación e o mantemento dos inventarios de entes do sector autonómico e local».

A LRXSP asume esta configuración, polo que a Intervención Xeral da Administración do Estado segue sendo a responsable da súa xestión, aínda que se lle asigna ao inventario unha finalidade máis ampla que a dos inventarios que xa existían para os efectos orzamentarios⁴⁶, porque o Inventario de entidades do sector público estatal, autonómico e local previsto na LRXSP debe incluír «polo menos, información actualizada sobre a natureza xurídica, finalidade, fontes de financiamento, estrutura de dominio, se é o caso, a condición de medio propio, réximes de contabilidade, orzamentario e de control, así como a clasificación en termos de contabilidade nacional, de cada unha das entidades integrantes do sector público institucional» (artigo 82.2).

46 ÁLVAREZ FERNÁNDEZ dá conta dos inventarios de entidades instrumentais das distintas administracións públicas existentes antes da LRXSP, que previran as correspondentes normas orzamentarias. *Vid.* ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., "Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015", cit., p. 11. Tamén BOTO ÁLVAREZ, A., "Organización y funcionamiento del sector público institucional (I)", cit., pp. 209-212.

A LRXSP impón agora nitidamente a obrigatoriedade de inscribir polo menos a creación, transformación ou extinción de calquera entidade integrante do sector público institucional (artigo 82.3 LRXSP), e supedita á dita inscrición a obtención do número de identificación fiscal definitivo polo novo organismo⁴⁷. Esa obriga esténdese tamén ás entidades existentes, porque a disposición adicional oitava da LRXSP –que ten carácter básico– establece que o 2 de xaneiro de 2017 debían estar inscritos todos os organismos e entidades, vinculados ou dependentes de calquera Administración pública, calquera que fose a súa natureza xurídica.

5.1.3 Os consorcios

Os consorcios regúlanse no capítulo VI do título II, como se fose un máis dos entes do sector público institucional estatal, malia que a súa regulación ten expresamente atribuído carácter básico e é aplicable aos consorcios en que participe calquera Administración pública, polo que resulta máis axeitado ocuparse deles neste apartado⁴⁸. O máis destacable é que se reúne nun único texto legal a regulación promulgada nos últimos anos para unificar o réxime xurídico dos consorcios⁴⁹, á que a LRXSP engade poucas novidades⁵⁰.

O obxectivo perseguido case exclusivamente é, unha vez máis, que logren a ansiada estabilidade orzamentaria e a sustentabilidade financeira⁵¹. Ese fin explica as detalladas normas sobre a adscrición do consocio a unha das administracións e as relativas ao dereito á separación dos membros do consorcio (artigo 125 LRXSP). Ademais, a disposición adicional décima habilita as administracións públicas ou entes integrantes do sector público institucional que integren un consorcio para non cumpriren coa súa obriga de efectuar a achega ao fondo patrimonial ou o financiamento ao que se tivesen comprometido para o exercicio corrente, se algún dos demais membros do consorcio non realizase a totalidade das súas achegas monetarias correspondentes a exercicios anteriores ás que estean obrigados. É unha regu-

-
- 47 Loxicamente esa condición provocou o rexeitamento dalgunhas comunidades autónomas, que a consideraban lesiva das súas competencias de autoorganización. Ese rexeito pode reducirse se, como propuxo o Consello de Estado no seu informe sobre o anteproxecto de lei, a inscrición se concibe simplemente como o cumprimento dunha obriga de información sobre determinados aspectos da entidade unha vez creada e a obtención da certificación se produce automaticamente pola mera inscrición, unha vez achegada a documentación requirida para iso, sen que a Administración xeral do Estado entre a valorar o contido desa documentación nin as características do ente que se crea.
- 48 En calquera caso, para evitar equívocos por unha excesiva simplificación, débese precisar que non toda a regulación sobre consorcios ten tal carácter, posto que algúns preceptos unicamente son aplicables aos consorcios en que participe a Administración xeral do Estado ou os seus organismos públicos e entidades vinculados ou dependentes, como o artigo 123.2 ou a disposición transitória segunda.
- 49 A regulación dos consorcios fora modificada pola Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, que introduciu a disposición adicional vixésima na LRXPAC, que afectaba á súa creación e adscrición, e pola Lei 15/2014, do 16 de setembro, de racionalización do sector público, e outras medidas de reforma administrativa. Sobre estas reformas, *vid.* HERNANDO RYDINGS, M., “Las mancomunidades y los consorcios”, Almeida Cerredá, M. (dir.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 139-174.
- 50 Sobre o tratamento dos consorcios na LRXSP, *vid.* BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Los consorcios administrativos ante un nuevo régimen jurídico”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 94, 2016; CASTILLO BLANCO, F., “La incidencia de la nueva Ley de régimen jurídico del sector público en los instrumentos de cooperación del Estado autonómico: especial referencia a los consorcios públicos”, *La Administración al día*. Estudios e comentarios, edición do 9 de marzo de 2017, [http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507211]. Data de última consulta: 6 de maio de 2017; GARCÍA RUBIO, F., “Los consorcios locales en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público. Reflexiones necesarias”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015; e GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional (III)”, *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 306-359; HERNANDO RYDINGS, M., “La colaboración interadministrativa local: novedades en el nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios”, Campos Acuña, C. (dir.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 753-760; e TOSCANO GIL, F., “Los consorcios administrativos”, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2641-2703.
- 51 TOSCANO GIL opina que unha regulación básica cun obxecto tan concreto é un acerto porque respecta as competencias autonómicas sobre organización administrativa e deixa unha ampla marxe aos estatutos dos propios consorcios para configuralos de acordo coas circunstancias e a misión que se dean no caso concreto (“Los consorcios administrativos”, *cit.*, p. 2644).

lación exhaustiva, que suscita dúbidas de constitucionalidade por deixar pouca marxe ao desenvolvemento autonómico⁵². Por outra banda, a súa aplicación vai ser complexa, xa que a adscrición do consorcio a unha Administración pública non é permanente, non se mantén a que se asigna no momento de constitución, senón que pode variar anualmente en función dos criterios que establece o artigo 120 LRXSP e con iso tamén parte do seu réxime xurídico.

Impúxose unha vez máis a necesidade de fiscalización e iso ten reflexo tamén noutros aspectos da regulación. Para evitar calquera dispersión na regulación da figura, a LRXSP derogou parte dos preceptos da lexislación de réxime local sobre consorcios, aínda que uns poucos conservan a súa vixencia⁵³. Por outra banda, a excesiva atención prestada á inserción do consorcio na rede institucional da Administración á cal se adscribe provocou que a súa funcionalidade como mecanismo de cooperación quede bastante descoidada.

5.2 O sector público institucional da Administración xeral do Estado

5.2.1 Tipoloxía dos entes do sector público institucional estatal

O capítulo II, dedicado á organización e ao funcionamento do sector público institucional estatal, ábrese coa enumeración das entidades que o integran: os organismos públicos, na súa dobre variante de organismos autónomos e entidades públicas empresariais, as autoridades administrativas independentes, as sociedades mercantís estatais, os consorcios, as fundacións do sector público, os fondos sen personalidade xurídica⁵⁴ e as universidades públicas non transferidas (artigo 84.1). É unha enumeración pechada, xa que o artigo 84.2 impide que a Administración xeral do Estado ou as entidades integrantes do sector público institucional estatal poidan crear ou exercer un control efectivo sobre entidades distintas das enumeradas, que imposibilita a creación de novas axencias estatais⁵⁵.

52 GARCÍA RUBIO considera que limita inxustificadamente a potestade de autoorganización das comunidades autónomas e as súas competencias sobre réxime local ("Los consorcios locales en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público. Reflexiones necesarias", cit.). En sentido contrario, TOSCANO GIL sostén o acerto dunha regulación básica cun obxecto tan concreto; considera que respecta as competencias autonómicas sobre organización administrativa e deixa unha ampla marxe aos estatutos dos propios consorcios para configuralos de acordo coas circunstancias e a misión que se dean no caso concreto ("Los consorcios administrativos", cit., p. 2644).

53 A LRXSP derogou o artigo 87 LBRL, o artigo 110 do texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local aprobado polo Real decreto lexislativo 781/1986, do 18 de abril, e os artigos 37, 38, 39 e 40 do Decreto do 17 de xuño de 1955 polo que se aproba o Regulamento de servizos das corporacións locais, todos eles relativos aos consorcios que poden constituír as entidades locais con outras administracións públicas. Pero seguen vixentes preceptos como os artigos 26.2, 57 ou as disposicións adicionais novena e duodécima da LBRL e as disposicións adicionais décimo terceira e décimo cuarta da LRSAL, que conteñen referencias aos consorcios que son de aplicación mentres non entren en conflito coas bases comentadas. Para despexar calquera dúbida, o artigo 119.3 LRXSP dispón que «As normas establecidas na Lei 7/1985, do 2 de abril, e na Lei 27/2013, do 21 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local sobre os consorcios locais, terán carácter supletorio» respecto ao disposto nesta lei». *Vid.* PIZARRO NEVADO, R., "Principios y bases del régimen jurídico de la organización local", cit., pp. 28-29.

54 A inclusión dos fondos carentes de personalidade xurídica é unha manifestación máis do evidente influxo da lexislación orzamentaria na LRXSP, posto que non son entidades en sentido estrito; nin sequera se configuran como unidades organizativas da Administración xeral do Estado, senón que son masas patrimoniais ordenadas á consecución de obxectivos públicos, dotados desde os orzamentos xerais do Estado. A LRXSP unicamente impón a súa creación por lei, aínda que admite a súa extinción por norma de rango regulamentario e remite o seu réxime xurídico ao establecido na norma de creación e ao resto de disposicións de dereito administrativo que lles resulten aplicables, en particular á LXO.

55 A razón tería sido a perda de atractivo da figura desde o momento en que unhas crecentes exixencias de control do gasto público restrinxen a maior autonomía financeira que as caracterizaba. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ insiste, non obstante, en que non debe restarse valor ás razóns que motivaron a aparición das axencias como instrumentos para a xestión eficaz de certas actividades administrativas e recorda que, mesmo durante os anos en que as leis xerais de orzamentos prohibían a creación de axencias, o mesmo Estado recorreu a esta figura para superar as «rixideces propias do funcionamento dos organismos autónomos e das entidades públicas empresariais, cinguidos a uns réximes xurídicos pouco dúctiles para axustarse a determinadas actividades administrativas» ("Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Lei 40/2015", cit., p. 15).

Non obstante, con esta previsión non se reconducen todas as entidades do sector público estatal ao réxime da LRXSP, porque a mesma lei exclúe do seu ámbito de aplicación certas entidades, que seguen suxeitas en primeiro termo á súa lexislación específica⁵⁶. Tampouco contribúen a esa homoxeneización as disposicións que ordenan o proceso de adaptación ao contido da LRXSP das entidades existentes á súa entrada en vigor, que regulan un mecanismo confuso en prexuízo unha vez máis da necesaria seguridade xurídica. A disposición adicional cuarta obriga a que se adapten ao réxime de calquera das categorías xerais que regula a LRXSP no prazo de tres anos «desde a súa entrada en vigor, rexéndose ata que se realice a adaptación pola súa normativa específica»⁵⁷. Pero a propia disposición adicional permite que as entidades existentes conserven as súas especialidades en materia de persoal, patrimonio, réxime orzamentario, contabilidade, control económico-financeiro, etc.⁵⁸ Permiúese dese xeito unha diversidade de réximes que desactiva o potencial ordenador da reforma.

Por outra banda, resulta cuestionable a inclusión no sector público institucional estatal das autoridades administrativas independentes e das universidades públicas non transferidas⁵⁹, por ser contraditoria coa súa posición institucional, que se caracteriza pola súa autonomía orgánica e funcional e, consecuentemente, por dispor dun réxime xurídico garante desa posición. Isto é particularmente evidente no caso das *autoridades administrativas independentes de ámbito estatal*⁶⁰, ás que se lles dedica o brevísimo capítulo IV, dado que «se rexerán pola súa lei de creación, os seus estatutos e a lexislación especial dos sectores económicos sometidos á súa supervisión e, supletoriamente e en canto sexa compatible coa súa natureza e autonomía», polo disposto na LRXSP⁶¹ (artigo 110.1). Así debe ser porque non se dá neste tipo de entidades a relación de dependencia e instrumentalidade que se predica do resto do sector público estatal. Pola contra, é precisamente a necesidade de garantir a súa neutralidade a que obriga a configurar o seu réxime xurídico de xeito que se eviten inxerencias por parte do Goberno e da Administración⁶².

56 As disposicións adicionais da LRXSP consagran esta solución para as autoridades portuarias, as entidades xestoras e os servizos comúns da Seguridade Social, a Axencia Estatal da Administración Tributaria (disposición adicional décimo sétima) ou o Centro Nacional de Intelixencia (disposición adicional décimo oitava), o Banco de España (disposición adicional décimo novena) e o Fondo de Reestruturación Ordenada Bancaria (disposición adicional vixésima).

57 A disposición transitoria segunda da LRXSP prevé que continuarán rexéndose pola súa normativa específica, incluída a normativa orzamentaria que lles resulte aplicable, ata a súa adaptación ao disposto na LRXSP. Pero tamén establece no seu apartado segundo que, sempre que non resulte contrario á súa normativa específica, aos organismos públicos existentes no momento da entrada en vigor da lei, e desde ese mesmo momento, lles serán aplicables os principios xerais de actuación, os mecanismos de control de eficacia e supervisión continua, así como as regras de transformación, fusión e disolución se se sometesen a algún deses procesos. Nas mesmas condicións será tamén de aplicación directa ás sociedades mercantís estatais, os consorcios, fundacións e fondos sen personalidade xurídica existentes á entrada en vigor e a partir dese momento a regulación propia desas entidades, tal como deriva da LRXSP.

58 As especialidades pódense manter sempre que non xeraren deficiencias no control de ingresos e gastos que causen unha situación de desequilibrio financeiro no momento da súa adaptación, nin resulten contrarias ao dereito da Unión Europea.

59 A LRXSP non contén regras específicas sobre as universidades públicas non transferidas. O artigo 84.3 simplemente se remite ao disposto sobre elas na LXO e na súa normativa específica, séndolles aplicable a LRXSP só supletoriamente.

60 *Vid.* BOTO ÁLVAREZ, A., “Organización y funcionamiento del sector público institucional (I)”, cit., pp. 267-281.

61 O artigo 110.1 LRXSP precisa con maior detalle a lexislación aplicable a estas entidades con carácter supletorio e non só alude ao disposto nesa lei, dentro da cal se remite ao disposto para os organismos autónomos. Tamén se refire á LPAC, á LXO, ao TRLCSP, á LPAP, «así como ao resto das normas de dereito administrativo xeral e especial que lles sexa de aplicación. En defecto de norma administrativa, aplicarase o dereito común».

62 Así se recoñece no artigo 109 LRXSP, que prevé a súa creación para exercer «funcións de regulación ou supervisión de carácter externo sobre sectores económicos ou actividades determinadas, por requirir o seu desempeño de independencia funcional ou unha especial autonomía respecto da Administración xeral do Estado, o que deberá determinarse nunha norma con rango de lei». Esa lei de creación debe establecer o réxime xurídico que garanta a independencia funcional ou a autonomía que precisan para o cumprimento da súa misión regulatoria e de supervisión.

5.2.2 Control de eficacia e supervisión continua

O artigo 85 LRXSP somete todas as entidades do sector público institucional estatal a un sistema de control de eficacia e supervisión continua⁶³ apoiado sobre a existencia previa dun plan de actuación⁶⁴. O dito plan debe conter «as liñas estratéxicas arredor das cales se desenvolverá a actividade da entidade», revisarse cada tres anos e completarse con plans anuais que desenvolvan o plan de actuación para cada exercicio económico. Pois ben, o novo sistema de control é desenvolto sobre unha avaliación en paralelo, por órganos e con obxecto diferenciado: un control de eficacia e un mecanismo de supervisión continua. O *control de eficacia* correspóndelle ao departamento a que estean adscritos, que o exercerán a través das inspeccións de servizos, e ten por obxecto avaliar o cumprimento dos obxectivos propios da actividade da entidade e a axeitada utilización dos seus recursos, de acordo co establecido no plan de actuación e as súas actualizacións anuais⁶⁵. Á marxe do anterior, todas as entidades integrantes do sector público institucional estatal quedan suxeitas desde a súa creación á *supervisión continua* do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas. Esta consiste na vixilancia pola Intervención Xeral da Administración do Estado da concorrencia dos requisitos previstos na LRXSP. Aínda que o artigo 85.3 habilita para o desenvolvemento regulamentario das actuacións de planificación, execución e avaliación correspondentes á supervisión continua, tamén impón uns contidos mínimos: a subsistencia das circunstancias que xustificaron a creación da entidade, a súa sustentabilidade financeira e a concorrencia da causa de disolución prevista nesta lei referida ao incumprimento dos fins que xustificaron a súa creación ou que a súa subsistencia non resulte o medio máis idóneo para logralos.

Os resultados da avaliación efectuada tanto polo ministerio de adscrición como polo Ministerio de Facenda e Administracións Públicas plasmaranse nun informe suxeito a procedemento contradictorio que, en función das conclusións que se obtivesen, conterá recomendacións de mellora ou unha proposta de transformación ou supresión da entidade (artigo 85.4 LRXSP). O procedemento para a eventual transformación dos organismos autónomos, as entidades públicas empresariais, as sociedades mercantís estatais ou as fundacións do sector público estatal regúlase no artigo 87 LRXSP. Outra posibilidade é a fusión dos organismos públicos da mesma natureza xurídica, ben mediante a súa extinción e integración nun novo organismo público, ben mediante a súa extinción por ser absorbido por outro organismo público xa existente, para o cal o artigo 94 LRXSP unicamente exige unha norma regulamentaria. E iso mesmo cando a fusión supoña a modificación da lei de creación. Como única cautela a esta deslegalización, o artigo 94.2 dispuxo que, se, como consecuencia da fusión, a norma regulamentaria crea un novo organismo público, deberá cumprir co previsto no artigo 91.2 sobre requisitos de creación de organismos públicos⁶⁶.

63 Coa excepción das autoridades administrativas independentes, que, sen prexuízo da súa suxeición ao principio de sustentabilidade financeira de acordo co previsto na Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, por razón da autonomía comentada non son sometidos a controis de eficacia pola Administración xeral do Estado.

64 A LRXSP impono como un presuposto para a creación de novas entidades. Aínda que non se establece nada expresamente sobre as xa existentes, haberá que entender que estas deben aprobalo para a súa adaptación ao disposto na lei, nos prazos e condicións establecidos na disposición adicional cuarta e transitoria segunda.

65 Todo iso sen prexuízo do control que, de acordo coa Lei 47/2003, do 26 de novembro, exerza a Intervención Xeral da Administración do Estado (artigo 85.2 LRXSP).

66 ÁLVAREZ FERNÁNDEZ denuncia que, coa xenérica referencia ao carácter regulamentario da norma de fusión, o artigo 94 LRXSP descoñece a existencia de real decreto para a transformación das entidades do sector público e rexeita a continuación que para a fusión dos organismos públicos baste cunha simple orde ministerial. Razoza que isto sería contrario ao artigo 129.4 LPAC, que exige que «as habilitacións para o desenvolvemento regulamentario dunha lei lle serán conferidas, con carácter xeral, ao Goberno ou Consello de Goberno respectivo.

5.2.3 Os organismos públicos

Como era de esperar, a LRXSP toma como base para a regulación de cada un dos tipos de entes do sector público estatal o disposto na LOFAXE, aínda que introduce algunhas novidades dirixidas a un control máis estrito na creación de novas entidades e a favorecer a fusión de entidades existentes, e regúlase con máis minuciosidade a disolución de organismos. Así se constata na regulación dos organismos públicos⁶⁷.

Tamén se flexibiliza a utilización dos distintos entes, esvaecendo as liñas que perfilaban os seus ámbitos funcionais. O artigo 88 LRXSP modifica o ámbito de actuación dos organismos autónomos que, ademais de a actividades de fomento, prestacionais e de xestión de servizos públicos, poden agora dedicarse á produción de bens de interese público, susceptibles de contraprestación. A distinción funcional entre estes e as entidades públicas empresariais queda así esvaecida e pódenselles encomendar practicamente as mesmas tarefas. Diferenciaríanse por un criterio puramente financeiro, xa que os artigos 103 e 107 LRXSP imponen que as entidades públicas empresariais se financien maioritariamente con ingresos de mercado⁶⁸. Se se conecta unha definición tan aberta das posibles actividades de ambos os dous tipos de entidades co feito de que a súa regulación tamén é común en moitos aspectos (artigos 89 e ss.), na práctica a forma xurídica elixida resultará case irrelevante⁶⁹.

Non remata aí a perturbadora modificación das actividades dos organismos autónomos, porque o artigo 88 LRXSP tamén alude á «supervisión ou regulación de sectores económicos», que é a actividade característica das autoridades administrativas independentes (artigo 109 LRXSP). Por esta vía quería-se configurar estas últimas como un tipo de organismos autónomos e incardinalas así –como xa se indicou– no sector público institucional estatal, a pesar do cuestionable que resulta esa solución.

En canto ao réxime xurídico común a todos os organismos públicos, cabe sinalar que se regula con máis detalle, impondo novas exixencias, o réxime de creación de organismos autónomos e entidades públicas empresariais (artigos 91 a 93), reláxanse as exixencias para a súa fusión (artigo 94) e simplifícase enormemente o procedemento de disolución deste tipo de entes (artigos 96 e 97). En relación coa creación de organismos públicos, que debe facerse por lei, merece destacarse a exixencia previa dun plan de actuación (artigo 92) que debe acompañar o anteproxecto de lei de creación e que será o eixe sobre o que posteriormente xirará o sistema de supervisión nos termos xa explicados. O dito plan debe expresar as razóns que xustifican a creación dun novo organismo público, razoar que a forma xurídica elixida é a máis eficiente das alternativas de organización e establecer os obxectivos do organismo

A atribución directa aos titulares dos departamentos ministeriais ou das consellarías do Goberno, ou a outros órganos dependentes ou subordinados deles, terá carácter excepcional e deberá xustificarse na lei habilitante» («Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Lei 40/2015», cit., p. 23).

67 *Vid.* BOTO ÁLVAREZ, A., «Organización y funcionamiento del sector público institucional (II)», cit., pp. 232-266.

68 O artigo 107.3 LRXSP precisa que unha entidade pública empresarial se financia maioritariamente con ingresos de mercado cando teña a consideración de produtor de mercando de conformidade co Sistema Europeo de Contas. De acordo co previsto no Regulamento (UE) n. 549/2013 do Parlamento Europeo e do Consello, do 21 de maio de 2013, relativo ao Sistema Europeo de Contas Nacionais e Rexionais da Unión Europea (SEC 2010), isto sucede cando a entidade cobre como mínimo o 50 % dos seus custos por medio das súas vendas de forma continuada ao longo de varios anos. O cumprimento deste tipo de exixencias obrigará á transformación dalgunhas das entidades públicas empresariais existentes. A natureza das súas actividades non será un grande obstáculo para facelo en organismo autónomo.

69 Déixase en mans de quen exerce a potestade de organización a posibilidade de optar case incondicionadamente entre múltiples formas organizativas. RIVERO ORTEGA fala dun principio de intercambiabilidade de formas («Novidades en la regulación de las entidades instrumentales de naturaleza pública», cit., pp. 188-190).

–xustificando a súa suficiencia ou idoneidade– e os indicadores para medilos, así como a programación plurianual de carácter estratéxico para alcanzalos, entre outros contidos. A actuación do novo organismo deberá axustarse ao contido deste plan de actuación e ao dos sucesivos plans anuais que se elaboren en desenvolvemento das súas previsións.

Ademais, o artigo 95 LRXSP impón a xestión compartida de todos ou algúns dos servizos comúns⁷⁰. Esta obriga só pode ser exceptuada se se xustifica axeitadamente na memoria que acompañe a lei de creación por razóns de eficiencia, de seguridade nacional ou nos casos en que a organización e xestión compartida afecte a servizos que deban prestarse de forma autónoma en atención á independencia do organismo.

5.2.4 As sociedades mercantís estatais

A regulación sobre as sociedades mercantís estatais está directamente inspirada nos artigos 166 e seguintes da LPAP, á que ademais se remite para completar o réxime xurídico deste tipo de entes⁷¹. Consecuentemente, dáse un concepto de sociedade estatal que atende exclusivamente á titularidade accionarial, que integran no sector público institucional estatal toda sociedade mercantil participada directamente en máis dun 50 % do seu capital social pola Administración xeral do Estado ou algunha das entidades que integran o seu sector público institucional, incluídas as sociedades mercantís estatais (artigo 111 LRXSP), sen considerar as actividades propias deste tipo de entes, que son as económicas ou de mercado⁷².

Só cabe agora destacar algunhas novidades⁷³. A máis relevante é sen dúbida, polas súas implicacións dogmáticas, a habilitación para que por lei poida atribuírse a unha sociedade mercantil estatal o exercicio de potestades administrativas, posto que tradicionalmente a regra era a contraria. Tamén agora a LRXSP lles reserva o exercicio de potestades administrativas aos organismos públicos estatais como regra xeral (artigo 89), pero, desenvolvendo a posibilidade apuntada no artigo 2.2.b) LRXSP, o artigo 113 LRXSP establece as condicións para materializar a dita atribución⁷⁴. Aínda que en primeiro termo prohibe que as sociedades mercantís estatais poidan dispor de facultades que impliquen o exercicio de autoridade pública, engade a continuación que excepcionalmente a lei pode atribuírlles o exercicio de potestades administrativas. Trátase dunha formulación demasiado imprecisa no manexo de conceptos fundamentais que recibiu todo tipo de críticas por non propor-

70 Por tales enténdense, de acordo co artigo 95.2 LRXSP, a xestión de bens inmobles, os sistemas de información e comunicación, a asistencia xurídica, a contabilidade e xestión financeira, publicacións e contratación pública.

71 *Vid.* GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional (II)”, cit., pp. 285-359; MONTOYA MARTÍN, E., “Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público”, *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 199-234; SALA ARQUER, “Sociedades mercantiles estatales y sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016, pp. 39-51.

72 SALA ARQUER criticou que a LRXSP mantivese o criterio formalista da titularidade e propón a súa substitución por outros máis acordes coa realidade das cousas (“Sociedades mercantiles estatales y sector público”, cit.)

73 Para unha visión completa do seu réxime xurídico, *vid.* MONTOYA MARTÍN, E., “Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público”, cit.

74 SÁNCHEZ MORÓN rexeita a inclusión desta expresión no artigo 2 da LPAC, atribuíndolles natureza de acto administrativo ás decisións de entidades privadas (“Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las administraciones públicas”, cit., p. 23). Pola contra, GAMERO CASADO considera un acerto, para pórle freo á fuxida do dereito administrativo, a nova previsión legal, que somete ao dereito administrativo o exercicio de potestades administrativas por calquera suxeito do sector público, mesmo cando adopte unha forma xurídico-privada (“La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación”, cit., pp. 234-235).

cionar elementos suficientes para diferenciar entre potestades administrativas e potestades públicas, que non poden exercer, por exemplo, as fundacións do sector público estatal (artigo 128.2) ou para determinar cales son as potestades administrativas que non implican exercicio de autoridade⁷⁵; e sobre todo que non se distinga entre as sociedades de capital integramente público e aquelas que contan con socios privados, en que poderían verse comprometidas as relacións de dependencia ou instrumentalidade e, polo tanto, ser máis rexeitable esa posibilidade⁷⁶.

En canto á súa creación, aínda que pode facerse por acordo do Consello de Ministros, é necesaria a elaboración con carácter previo dun plan de actuación que reflecta as razóns que xustifican a creación da nova sociedade e acredite a inexistencia de duplicidades. Ademais, ese plan debe establecer claramente os obxectivos anuais que se lle asignan e incorporar unha análise que xustifique que a forma xurídica proposta resulta máis eficiente fronte á creación dun organismo público ou outras alternativas de organización que se descartasen. Todo iso serve de base, como se comentou, para a posterior supervisión continua común ás entidades integrantes do sector público institucional (artigo 85 LRXSP).

Por último, cómpre salientar o novo réxime de responsabilidade dos membros dos consellos de administración das sociedades estatais designados pola Administración xeral do Estado (artigo 115 LRXSP). É de carácter administrativo, polo que será directamente asumida pola Administración xeral do Estado, sen prexuízo de que esta poida reclamar contra os seus empregados nos casos en que medie dolo, culpa ou negligencia grave por parte destes. A responsabilidade do resto de administradores da sociedade que non tivesen a condición de empregados públicos, ou que séndoo non formasen parte dun consello de administración, por aplicación do previsto no artigo 116.6 LRXSP, sería a que deriva do artigo 236 do Real decreto lexislativo 1/2010, do 2 de xullo, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de sociedades de capital, aínda que quedarían exonerados dela cando, malia as consecuencias danosas que eventualmente ocasionasen, cumprisen diligentemente coas instrucións impartidas polo ministerio de adscrición⁷⁷.

75 SÁNCHEZ MORÓN apunta unha posible interpretación sobre o significado deste inciso. O lexislador parece asumir que estes suxeitos exercen potestades administrativas cando adxudican un contrato do sector público, cando outorgan axudas ou subvencións, ou cando colaboran coa Administración como medio propio ou servizo técnico desta. Loxicamente nestes supostos aplícanse normas de dereito administrativo, pero non pode falarse de exercicio de potestades administrativas en sentido propio (“La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”, cit., p. 7). GAMERO CASADO esboza unha suxestiva definición doutrinal do concepto de potestade administrativa que se axustaría a esa formulación legal na “estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación”, cit., pp. 209-234, incluíndo un copioso aparato bibliográfico. De tal definición desprenderíase que non é esencial ao concepto de potestade administrativa o exercicio de autoridade (p. 220) e que o seu exercicio pode corresponder tanto a suxeitos públicos como privados (p. 233).

76 Ademais da doutrina citada, tamén destacaron as dificultades que suscitará a aplicación dos artigos 2.2.b) e 113 LRXSP, entre outros, BOTO ÁLVAREZ, A., “La noción de sector público institucional: aplauso, crítica y desconcierto”, cit., p. 2; MELLADO RUIZ, L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional”, cit., p. 234; PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 30 e 31; e SÁNCHEZ MORÓN, M., “La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”, cit., p. 7.

77 Sobre as dúbidas que xera a extensión do réxime de responsabilidade patrimonial das administracións públicas á responsabilidade dos membros dos consellos de administración das sociedades mercantís estatais designados pola Administración xeral do Estado, *vid.* MELLADO RUIZ, L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional”, cit., p. 278; e MONTOYA MARTÍN, E., “Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público”, cit., pp. 227-230.

5.2.5 As fundacións do sector público estatal

As fundacións dependentes ou vinculadas á Administración xeral do Estado regúlanse no capítulo VII do título II⁷⁸, aínda que dous dos seus preceptos teñen carácter de lexislación básica. En concreto, o artigo 129, relativo ao réxime de adscrición das fundacións para aqueles supostos en que varias administracións públicas se integren nunha fundación; e o artigo 134, sobre o protectorado das fundacións.

Aínda que a adscrición é un contido característico dos seus estatutos, a LRXSP dispón unha serie de criterios graduados para a determinación da súa adscrición cando na fundación participan varias administracións. Esta importante decisión para os efectos de control e fiscalización debe producirse ao comezo de cada exercicio orzamentario, o que inevitablemente provocará a modificación dos estatutos e afectará tamén ao protectorado, que será exercido «polo órgano da Administración de adscrición que teña atribuída tal competencia»⁷⁹ (artigo 134).

Do resto dos preceptos cabe destacar a existencia dunha lei para a creación de fundacións do sector público estatal ou a adquisición deste carácter por unha existente (artigo 133). Esta lei debe establecer os fins da fundación e os recursos económicos con que se dota. Con carácter previo, o anteproxecto correspondente debe acompañarse, para a súa tramitación, dunha proposta de estatutos e do plan de actuación a que alude o artigo 92 LRXSP para os organismos públicos. Ademais, o artigo 135 atribúelle ao empregado público designado como membro do padroado o réxime de responsabilidade aplicable a conselleiros que representan o capital público en sociedades mercantís estatais, comentado no apartado anterior e que merece o mesmo xuízo. Polo tanto, a entidade que o designou asumirá directamente a responsabilidade, sen prexuízo da eventual repetición contra o empregado público cando proceda, conforme o previsto nas leis administrativas en materia de responsabilidade patrimonial.

6 Os principios da potestade sancionadora

A reforma do réxime xurídico das administracións públicas tería sido unha ocasión ideal para aprobar a regulación xeral sobre a potestade sancionadora das administracións públicas tantas veces reclamada pola doutrina especializada⁸⁰, pero a regulación contida na LRXSP e na LPAC límitase a reproducir con mínimas melloras o contido da LRXPAC⁸¹. Tampouco é xustificable a separación dos principios e presupostos materiais do exercicio da potestade sancionadora, que quedan recollidos na LRXSP, das regras procedementais, que se incorporaron como es-

78 Vid. GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional (II)”, cit., pp. 330-338; e MELLADO RUIZ, L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional”, cit., pp. 278-288.

79 A modificación dos estatutos por cambio de adscrición «deberá realizarse nun prazo non superior a tres meses, contados desde o inicio do exercicio orzamentario seguinte a aquel en que se produciu o cambio de adscrición» (artigo 129.4).

80 Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones. En busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, n. 195, 2014, pp. 135-167; CANO CAMPOS, T., *Las sanciones de tráfico*, 2.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011; HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007; NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012; ou REBOLLO PUIG, M., “Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas”, *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, Madrid, 2004.

81 Unha boa parte das novidades non son tales, pois proveñen do Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, que foi derogado coa entrada en vigor da LPAC. Esta solución lexislativa tamén é criticable, porque dota a LPAC dun contido excesivamente detallado, impropio das normas de carácter básico, que se lles impón a todas as administracións públicas, o que podería constituir un exceso competencial por limitar indebidamente a posibilidade de desenvolvementos legais alternativos polas comunidades autónomas. Vid. PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 84 e 85.

pecialidades nos artigos que regulan os trámites do procedemento administrativo común na LPAC, porque resta claridade e coherencia ao conxunto e compromete a seguridade xurídica⁸².

A LRXSP recolle simplemente os principios da potestade sancionadora (artigos 25 a 31), asumindo no substancial a regulación contida no capítulo I do título IX da LRXPAC. É, polo tanto, unha regulación de mínimos, que deixa aberta a porta a unha dispersión normativa indesexable e a que se manteña unha casuística xurisprudencial inabarcable⁸³. Pero tamén é necesario destacar os acertos, que non son desdeñables, como a extensión dos principios recollidos na LRXSP «ao exercicio polas administracións públicas da súa potestade disciplinaria respecto do persoal ao seu servizo, calquera que sexa a natureza xurídica da relación de emprego». Isto suporá o reforzamento do principio de legalidade nun campo onde aínda se vía fortemente modulado⁸⁴. Pero a extensión non vai máis alá e seguen sen ser de aplicación ao «exercicio polas administracións públicas da potestade sancionadora respecto dos que estean vinculados a elas por relacións reguladas pola lexislación de contratos do sector público ou pola lexislación patrimonial das administracións públicas»⁸⁵ (artigo 25.4 LRXSP).

Engadiuse un apartado ao artigo 27 LRXSP que non ten equivalente na LRXPAC, no que se dispón que «As infraccións administrativas serán clasificadas pola lei en leves, graves e moi graves». Quérese impedir así que o lexislador renuncie a clasificar as infraccións tipificadas en función da gravidade da ilicitude e deixe ese xuízo en mans da Administración aplicadora, aínda que se oriente legalmente esa decisión con criterios xerais como a repercusión da infracción na integridade de persoas e bens, no grao de culpa do infractor ou na contía do beneficio obtido⁸⁶.

O artigo 26 LRXSP regula a retroactividade *in bonam partem* con maior precisión en canto á súa extensión e efectos que o artigo 128 LRXPAC. Agora está previsto que produzan efecto retroactivo as disposicións sancionadoras «en canto favorezan o presunto infractor ou o infractor». Dese xeito, queda claro que a eficacia retroactiva non favorece unicamente o presunto infractor, que era a quen se aludía na LRXPAC, finalizando os seus efectos cando

82 De todo iso advertiu o Consello de Estado nos seus ditames sobre os anteproxectos de lei. Concretamente no ditame 275/2015, relativo ao anteproxecto de LPAC, afirmábase que «a regulación da potestade sancionadora e da responsabilidade patrimonial deberá sempre realizarse de forma integral, contemplando de xeito unitario os requisitos substantivos e os principios procedementais de aplicación en ambas as dúas materias, xa que uns e outros constitúen aspectos esenciais da súa ordenación e, por iso, teñen un indubidable sentido institucional». Mesmo se propuña como alternativa remitir «a disciplina da potestade sancionadora e da responsabilidade patrimonial das administracións públicas a leis singulares e distintas dos anteproxectos en cuestión». A proposta, como tantas outras, caeu en saco roto. Tamén foron críticos coa dita separación MARTÍN REBOLLO, L., «La potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos procedimientos comunes especializados», *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 345-372; e SÁNCHEZ MORÓN, M., «Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las administraciones públicas», cit., p. 21.

83 Para unha exposición das carencias dos anteproxectos de lei nesa materia, que non foron corrixidas nos textos finalmente aprobados, *vid.* CANO CAMPOS, T., «La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa»; e CASINO RUBIO, M., «La potestad sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida», ambos en *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.

84 *Vid.* REBOLLO PUIG, M., «Potestad sancionadora y responsabilidad en la ley 40/2015», *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 351-356; e GARCÍA LUENGO, F., «Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico de sector público», cit., p. 15, onde se ocupa con detalle da repercusión desta previsión sobre o Estatuto básico do empregado público.

85 REBOLLO PUIG mostrouse moi crítico con esta exclusión, propondo unha interpretación correctora que limitaría os efectos desta disposición ás medidas non sancionadoras da lexislación de contratos do sector público e da lexislación patrimonial («Potestad sancionadora y responsabilidad en la ley 40/2015», cit., pp. 353-355).

86 O Tribunal Constitucional rexeitara esa posibilidade, por considerala contraria á «vertente material do dereito á legalidade sancionadora recollido no artigo 25.1 CE» e ao «principio de taxatividade xa que non garante minimamente a seguridade xurídica dos cidadáns, os cales ignoran as consecuencias que han de seguirse da realización dunha conduta xenericamente tipificada como infracción administrativa» (SSTC 100/2003, 210/2005, 98/2006, e 187/2006, entre outras)

se destrúe a presunción de inocencia, senón que alcanzan tamén o infractor, unha vez declarada a infracción e imposta a sanción. Ademais, delimitáanse os elementos da infracción cometida sobre os que despregará efectos retroactivos a nova regulación, ao detallar que lles serán de aplicación aquelas que os favorezan no referido á tipificación da infracción que tivesen cometido (ou puidesen ter cometido), á sanción que puidese corresponderlles e aos seus prazos de prescrición. O artigo 26.2 LRXSP precisa finalmente que a eficacia retroactiva alcanzaría mesmo as «sancións pendentes de cumprimento ao entrar en vigor a nova disposición». O inciso parece indicar que os efectos favorables non operarían sobre as sancións xa cumpridas, pero que si cabería exixir a aplicación retroactiva dunha norma favorable ao infractor en calquera momento antes do cumprimento efectivo da sanción imposta, aínda que a resolución sancionadora devíñese firme. Por suposto, isto supón tamén que pode apreciarse a retroactividade da norma sancionadora máis favorable en fase xudicial.

En relación co principio de responsabilidade persoal, introducíronse algunhas melloras técnicas na regulación dos supostos de responsabilidade solidaria e subsidiaria⁸⁷ (artigo 28.3 LRXSP) e nas «responsabilidades administrativas que deriven da comisión dunha infracción» distintas das sancións (artigo 28.4 LRXSP), simplificando o procedemento para a súa declaración e ratificando que a Administración pode recorrer á vía de constrinximento para resarcirse da débeda líquida que supón a indemnización non aboada.

Por non estendernos en exceso, faremos referencia por último á regulación da prescrición, onde se atopan algunhas novidades de interese. Ao regular a prescrición de infraccións, o artigo 32 LRXSP introduce unha referencia expresa á data de inicio do cómputo nas infraccións permanentes e continuadas. Pero a novidade máis relevante ten que ver coas consecuencias da paralización do procedemento sancionador «durante máis dun mes por causa non imputable ao presunto responsable». Neste caso, a LRXSP establece que o prazo de prescrición se reinicia, é dicir, que volve comezar, en lugar de retomarse onde se interrompera, que era o previsto no artigo 132 LRXPAC. Equipárase dese xeito a lexislación administrativa coa civil e co Código penal (artigo 132.2), onde a interrupción do prazo de prescrición determina que o cómputo comece de novo desde cero, un cambio que dificultará a produción da prescrición da infracción en prexuízo do presunto responsable, que verá como a Administración que incumpre o seu deber de tramitación dilixente do procedemento sancionador se atopa cun prazo maior para acordar a incoación dun novo.

Tamén cambiaron as regras de cómputo do prazo de prescrición das sancións, posto que se suprimiu a referencia á adquisición de firmeza da resolución sancionadora. O prazo de prescrición das sancións comeza agora a contarse «desde o día seguinte a aquel en que sexa executable a resolución pola que se impón a sanción ou transcorre o prazo para recorrer contra ela» (artigo 30.3 LRXSP). Conclúe o artigo 30 LRXSP cunha nova regra que ordena a prescrición en vía de recurso dando resposta á indefensión que tradicionalmente se daba nesta situación⁸⁸. No caso de desestimación presunta do recurso de alzada interposto contra a resolución pola que se impón a sanción, o prazo de prescrición da sanción comezará a contarse desde o día seguinte a aquel en que finalice o prazo legalmente previsto para a resolución do dito recurso.

87 *Vid.* PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", cit., pp. 90-94.

88 *Vid.* ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "La prescripción de las infracciones y las sanciones en vía de recurso administrativo. A propósito de la STC 37/2012, de 19 de marzo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 154, 2012, pp. 263-287.

7 A responsabilidade das administracións públicas

Polos mesmos motivos expostos ao tratar a potestade sancionadora, debe rexeitarse a separación da regulación da responsabilidade patrimonial das administracións públicas en dúas leis. A LRXSP recolle os principios e requisitos para que xurda a responsabilidade, mentres que as regras do procedemento para exixila se atopan dispersas ao longo da LPAC. Tamén regula a LRXSP a responsabilidade das autoridades e persoal ao seu servizo.

Como existe unha continuidade nas liñas esenciais da regulación⁸⁹, unicamente destacaremos algunhas novidades dignas de mención. A máis relevante atópase no artigo 32, que coincide parcialmente no seu contido co artigo 139 LXPAC, xa que nos seus dous primeiros apartados enumera os requisitos para que naza a obriga de reparar toda lesión que sufran os particulares en calquera dos seus bens e dereitos como consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos⁹⁰. Nos restantes regúlase a responsabilidade a que debe facer fronte a Administración xeral do Estado polo funcionamento da Administración de xustiza e polo funcionamento anormal do Tribunal Constitucional na tramitación dos recursos de amparo e das cuestións de inconstitucionalidade, ademais da responsabilidade por actos do poder lexislativo⁹¹. Ao tratamento que facía desta cuestión o artigo 139 LXPAC, que se ocupaba unicamente da responsabilidade por actos lexislativos de natureza non expropiatoria, suma o artigo 32 LRXSP dous supostos que ata agora unicamente foran recoñecidos pola xurisprudencia, como son aqueles en que a responsabilidade ten a súa orixe na declaración de inconstitucionalidade dunha norma con rango de lei (artigo 32.4) ou na declaración dunha norma como contraria ao dereito da Unión Europea (artigo 32.5). Dese xeito quedan mellor perfilados os contornos da institución, aínda que a súa plasmación legal foi moi restritiva, ao sometela a exixencias que non se deducen necesariamente da xurisprudencia en que se inspira.

O artigo 32.3 LRXSP supedita a responsabilidade por danos causados pola aplicación dunha lei inconstitucional a dous requisitos: a existencia dunha sentenza firme desestimatoria dun recurso contra a actuación administrativa que causou o dano, e que no proceso se denunciara a inconstitucionalidade da lei aplicada. Restrínxense enormemente as posibilidades de obter unha reparación dos danos sufridos pola aplicación da norma ao obrigar a quen fose lesionado a esgotar primeiro a vía administrativa e despois a interpor un recurso contencioso-administrativo, xa que só así pode obterse unha sentenza firme desestimatoria. E non só iso, senón que necesita «alegar a inconstitucionalidade posteriormente declarada», o cal supón que o tribunal non apreciaría motivos para formular unha cuestión previa de inconstitucionalidade (ou, se é o caso, unha cuestión prejudicial ante o TXUE, como se verá), xa que parece obrigado que o demandante o deba solicitar expresamente.

89 Para unha exposición da nova regulación, *vid.* PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 102-121; ou REBOLLO PUIG, M., “Potestad sancionadora y responsabilidad en la ley 40/2015”, cit., pp. 478-495.

90 Neste punto, a LRXSP practicamente limitase a asumir a regulación da LXPAC, deixando pasar tamén nesta materia a ocasión de asumir as propostas doutrinais para corrixir as carencias da lexislación vixente e reducir a inseguridade xurídica e o protagonismo xudicial na súa aplicación.

91 Sobre esta cuestión, *vid.* GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del Estado legislador*, Barcelona, 2001; QUINTANA LÓPEZ, T., “La responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, n. 135, 1994. Para unha crítica certaíra da regulación desta cuestión contida no proxecto de LRXSP, *vid.* GALÁN VIOQUE, R., “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador (Un nuevo intento introducido en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.

A regulación da responsabilidade por danos causados pola aplicación de leis contrarias ao dereito da Unión Europea podería vulnerar ademais o principio de equivalencia, por exixir para o seu recoñecemento que «o particular obtivese, en calquera instancia, sentenza firme desestimatoria dun recurso contra a actuación administrativa que ocasionou o dano» e que no proceso «se alegase a infracción do dereito da Unión Europea posteriormente declarada». Adicionalmente, o artigo 32.5 LRXSP exige que se dean outros requisitos, algúns bastante esvaradíos⁹²: a norma «debe ter por obxecto conferir-lles dereitos aos particulares» e o incumprimento debe estar «suficientemente caracterizado»⁹³. Un último requisito é que exista «unha relación de causalidade directa entre o incumprimento da obriga imposta á Administración responsable polo dereito da Unión Europea e o dano sufrido polos particulares»⁹⁴.

Ademais, o artigo 34 LRXSP limita a indemnización en ambos os dous casos aos danos producidos «no prazo dos cinco anos anteriores á data da publicación da sentenza que declare a inconstitucionalidade da norma con rango de lei ou o carácter de norma contraria ao dereito da Unión Europea, salvo que a sentenza dispoña outra cousa». É dubidoso que por lei ordinaria poida determinarse o alcance das decisións xurisdiccionais⁹⁵, pero sobre todo debe denunciarse a arbitrariedade que supón limitar a extensión da indemnización facéndoa depender dunha circunstancia tan aleatoria (e allea ao control do prexudicado) como o momento en que se dite a sentenza que declare a inconstitucionalidade da norma con rango de lei ou o carácter de norma contraria ao dereito da Unión Europea.

A indemnización regúlase no artigo 34 LRXSP, que asume sen variacións o disposto no artigo 141 LRXPAC, ao que engade algúns contidos. No apartado segundo inclúese unha regra sobre a indemnización nos supostos de morte e lesións corporais que remite á «valoración incluída nos baremos da normativa vixente en materia de seguros obrigatorios e da Seguridade Social». O lexislador decantouse por un dos criterios de valoración que a xurisprudencia utilizaba con carácter orientativo para fixar estas indemnizacións, descartando a aplicación das táboas indemnizatorias utilizadas no ámbito dos seguros de circulación de vehículos. A remisión aos baremos da normativa vixente en materia de seguros obrigatorios e da Seguridade Social debe conectarse co artigo 150 do texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social e a Orde do 15 de abril de 1969, que o aproba⁹⁶. Cómpre lembrar que o Tribunal Supremo recorría á aplicación destes baremos de forma non preceptiva, senón orientativa, corrixindo o resultado cando este non garantise a *restitutio ad integrum*. Esta

92 Son exixencias enumeradas pola xurisprudencia do TXUE desde a Sentenza do 19 de novembro de 1991 (asunto *Franco vich*) e repetidas por moitas outras con posterioridade, polo que en principio non habería inconveniente en incorporalos ao ordenamento xurídico nacional, se non fose porque exixir este requisito para apreciar a responsabilidade do Estado por violacións do dereito da Unión Europea e non facelo cando se aprecia a derivada de leis contrarias á Constitución vulnera o principio de equivalencia.

93 A xurisprudencia española entende que para valorar se o incumprimento está suficientemente caracterizado hai que acudir ao criterio da inobservancia manifesta e grave por parte dun Estado membro dos límites impostos á súa facultade de apreciación (STS do 2 de outubro de 2012), valorándose por tanto circunstancias como a claridade e a precisión da norma vulnerada, o carácter intencional ou involuntario do incumprimento, ou o carácter escusable do erro de dereito, entre outros. *Vid.* COBREROS MENDAZONA, E., “La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea”, *Revista de Administración Pública*, n. 196, 2015, pp. 11-59.

94 GALÁN VIOQUE entende que o establecemento destes requisitos, que non se exixen no caso da responsabilidade por danos causados por leis inconstitucionais, vulnera o principio de equivalencia (“A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador”, cit., pp. 5-7).

95 *Vid.* GALÁN VIOQUE, R., “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador”, cit., p. 6.

96 Esta orde sufriu varias modificacións e actualizacións. A última produciuse pola Orde ESS/66/2013, do 28 de xaneiro, pola que se actualizan as cantidades a prezo concertado das indemnizacións por lesións, mutilacións e deformidades de carácter definitivo e non invalidantes.

solución non ten por que cambiar, xa que o artigo 34 LRXSP indica que este baremo «se poderá tomar como referencia», o que permitiría corrixir os valores resultantes para garantir a indemnidade do lesionado.

En canto ao momento que debe terse en conta para calcular a indemnización, o artigo 34.3 LRXSP mantén a regra de que sexa o «día en que a lesión efectivamente se produciu, sen prexuízo da súa actualización á data en que se poña fin ao procedemento de responsabilidade», pero introdúcense dúas pequenas variacións. A primeira afecta ao índice de referencia que debe aplicarse para a actualización da cantidade obtida polo método anterior á data en que finalice o procedemento que recoñeza esa responsabilidade. Substituíuse a alusión ao índice de prezos ao consumo polo índice de garantía da competitividade, tamén fixado polo Instituto Nacional de Estatística. A segunda ten que ver coa mención á lexislación aplicable aos xuros pola demora no pagamento da indemnización fixada, que se ampliou. Xunto á LXO, que era a única citada no artigo 141 LRXPAC, inclúese agora unha referencia ás normas orzamentarias das comunidades autónomas.

Outra novidade importante é a extensión do réxime de responsabilidade das administracións públicas tamén aos supostos en que se serven de personificacións de dereito privado (artigo 35 LRXSP), isto é, cando se serve de entes instrumentais de dereito privado para a xestión directa de servizos públicos⁹⁷.

8 O funcionamento electrónico do sector público

É xusto recoñecer o paso adiante que supoñen a LPAC e a LRXSP no complicado proceso de adaptación do funcionamento das administracións públicas á chamada sociedade da información⁹⁸. O reto é normalizar o seu funcionamento a través de medios electrónicos para aumentar a súa eficacia e eficiencia, así como implantar sistemas interoperables para facilitar as relacións interadministrativas⁹⁹.

Entre os cambios introducidos debe destacarse un fundamental, como foi a integración da regulación do funcionamento electrónico do sector público na regulación xeral sobre organización e procedemento administrativo. Deixa de ser unha regulación especial para inserirse na lexislación administrativa xeral¹⁰⁰, ao tempo que se lle atribúe o carácter de bases do réxime xurídico das administracións públicas ou de procedemento administrativo común, impóndose en consecuencia a todas as administracións públicas.

97 Nada se dispón sobre a competencia e o procedemento para declarar esa responsabilidade, nin sobre a xurisdición competente para coñecer desta cuestión. GARCÍA LUENGO sostén que a doutrina do levantamento do veo permitiría manter a unidade de foro e atribuírle a competencia á xurisdición contencioso-administrativa ("Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico de sector público", cit., p. 25).

98 LÓPEZ MENUDO afirma que o único punto forte de ambas as dúas leis foi integrar o funcionamento electrónico do sector público ("Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma", cit., p. 16). Tamén destacou ese obxectivo MARTÍN DELGADO, I., "La reforma de la Administración (electrónica): hacia una auténtica innovación administrativa", *Revista Democracia y Gobierno Local*, n. 32, 2016, p. 7.

99 Por iso, o artigo 3.2 LRXSP obriga as administracións públicas a relacionarse «entre si e cos seus órganos, organismos públicos e entidades vinculados ou dependentes a través de medios electrónicos, que aseguren a interoperabilidade e seguridade dos sistemas e solucións adoptadas por cada unha delas, garantirán a protección dos datos de carácter persoal, e facilitarán preferentemente a prestación conxunta de servizos aos interesados».

100 MARTÍN DELGADO, I., "La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, p. 45.

Pero, unha vez recoñecido ese esforzo, non se pode deixar de sinalar as dúbidas que suscita a nova regulación¹⁰¹. A doutrina destacou as dificultades que provoca a separación da regulación contida na Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos (LAECSP), en dous textos legais que non sempre se articulan axeitadamente¹⁰². Como exemplo, podería sinalarse a regulación da sede electrónica, que é o elemento fundamental para canalizar as relacións entre a Administración e os cidadáns. A sede regúlase de forma confusa no artigo 38 LRXSP, sen que se diferencie nitidamente de conceptos como o de portal de internet (artigo 39) e o de punto de acceso xeral electrónico, que é mencionado nas LPAC e LRXSP como portal de entrada aos servizos electrónicos dunha Administración, pero sen definirse legalmente¹⁰³. Esa falta de precisión xerará enormes dúbidas na aplicación da LPAC, que fai un uso extensísimo destes conceptos¹⁰⁴.

Tamén se criticou que a nova regulación estea marcada sobre todo polas exigencias de eficacia administrativa e que non se lle prestase a mesma atención a garantir os dereitos dos cidadáns que se relacionan coa Administración por estes medios¹⁰⁵. Ademais, se se considera o elevado grao de incumprimento de LAECSP, non é exaxerado afirmar que as previsións da LPAC e da LRXSP son pouco realistas. A pesar do tempo transcorrido desde a súa entrada en vigor, boa parte das previsións da LAECSP non estaban implantadas plenamente en moitas administracións. Mesmo nas administracións onde esa implantación se atopaba máis avanzada, existían enormes diferenzas entre as súas distintas dependencias. Por iso, non é aventurado afirmar que a situación pode reproducirse tras a entrada en vigor das novas leis e que moitos miles de pequenas administracións terán dificultades para adaptarse ás novas exigencias de funcionamento electrónico¹⁰⁶. Quizais por ser consciente de todo iso, a LPAC atrasou ata o 2 de outubro de 2018 a entrada en vigor das previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, rexistro de empregados públicos habilitados, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico (disposición derradeira sétima). Como é lóxico, esa “benintencionada” demora na exixibilidade deses instrumentos inevitablemente levará consigo o atraso na implantación das restantes exigencias vinculadas

101 Vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Administraciones y entidades públicas electrónicas: el funcionamiento electrónico del sector público y las relaciones interadministrativas electrónicas”, *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016, pp. 299-344; GAMERO CASADO, E., “Funcionamiento electrónico del sector público”, *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 83-113; ou PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 121-136.

102 Son varios os autores que abordaron o estudo conxunto de ambas as dúas regulacións para tratar de sistematizar os dous textos. Vid. MARTÍN DELGADO, “La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública”, cit., pp. 41-82; e GAMERO CASADO, E., “Funcionamiento electrónico del sector público”, cit., pp. 83-113.

103 MARTÍN DELGADO apunta algúns elementos para a distinción na “reforma da Administración electrónica: unha panorámica xeral do impacto da nova Lei de procedemento administrativo común nas relacións dos cidadáns coa Administración pública”, cit., pp. 59-60.

104 GAMERO CASADO enunciou as antinomías que se producen por non articular correctamente a regulación destes instrumentos na LRXSP e na LPAC (“Funcionamiento electrónico del sector público”, cit., pp. 96-109).

105 Coa derogación da LAECSP desaparecieron referencias expresas a principios inspiradores da actuación electrónica das administracións públicas e viuse reducido o estatuto do cidadán nas súas relacións coa Administración por medios electrónicos. Suprimíronse, por exemplo, as referencias á igualdade no acceso electrónico aos servizos das administracións públicas e o correlativo principio de non discriminación entre os que acceden electronicamente e presencialmente, así como o dereito a elixir as aplicacións ou sistemas para relacionarse coas administracións públicas. Vid. MARTÍN DELGADO, I., “La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública”, cit., pp. 48-57.

106 Non existen tampouco nas leis mecanismos axeitados para mitigar ese risco. GAMERO CASADO mostrouse crítico con algunhas das poucas medidas previstas, que entende que exceden a competencia estatal e limitan inxustificadamente a potestade de autoorganización das administracións públicas. Como alternativa propón a declaración dunha serie de servizos básicos de administración electrónica xunto a medidas que constrinxan as administracións públicas a unha efectiva implantación destes (“Encuadre de la nueva legislación en el acervo del derecho administrativo”, cit., pp. 125-127).

ao funcionamento electrónico do sector público. É evidente que a operatividade da sede electrónica non será total mentres non se implantase plenamente o rexistro electrónico, ou que a nova política de xestión documental (artigo 46 LRXSP) non poderá culminarse mentres non estea operativo o arquivo único electrónico.

Se nos centramos na regulación contida o capítulo V do título preliminar da LRXSP, hai que sinalar que non é moi ambiciosa; basicamente reproduce unha parte dos contidos da LAECSP. Tamén no capítulo IV do título III, dedicado ás relacións electrónicas entre as administracións, se atopan regras tomadas da LAECSP. A ese núcleo engadíronse algúns preceptos do Real decreto 1671/2009, do 6 de novembro, que desenvolvía parcialmente a dita lei¹⁰⁷. O resultado foi a conversión en lexislación básica e a súa conseguinte aplicación ás comunidades autónomas e aos entes locais dun conxunto de regras minuciosas, máis propias dunha norma de carácter regulamentario, que ata agora unicamente eran de aplicación á Administración xeral do Estado, o que xera dúbidas de constitucionalidade en varios extremos.

Os instrumentos regulados no capítulo V conservan os trazos que tiñan na LAECSP. Non se aproveitou a experiencia adquirida para innovar nesta materia, nin para corrixir algunhas das carencias da lexislación derogada, limitándose o lexislador a anovar lixeiramente algunhas das súas características. A regulación da sede electrónica é un bo exemplo, como pode apreciarse no artigo 38 LRXSP, que se inspira no artigo 10 LAECSP, ao que engade pequenas variacións para acomodar a lexislación española ás exixencias do Regulamento (UE) 910/2014, do 23 de xullo de 2014, relativo á identificación electrónica e os servizos de confianza nas transaccións electrónicas no mercado interior e polo que se derroga a Directiva 1999/93/CE.

Introducíronse cambios máis substanciosos nos sistemas de identificación (artigo 9 LPAC), diferenciándoos claramente dos de sinatura electrónica (artigo 10 LPAC), para adaptar a lexislación española ás exixencias do citado Regulamento (UE) 901/2014¹⁰⁸. Mentres que os primeiros permiten comprobar a identidade do asinante, o sistema de sinatura electrónica permite constatar, ademais, que a súa vontade é a plasmada no documento electrónico asinado. Mellorando neste aspecto a regulación contida na LAECSP, a mesma lóxica reflíctese na LRXSP en relación cos sistemas de identificación e sinatura das administracións públicas, xa que o funcionamento dunha sede electrónica exige que se asegure a plena identificación e diferenciación destes instrumentos de prestación de servizos e de comunicación cos interesados.

Para entender mellor o cambio, hai que considerar a posición da Administración pública cando establece relacións por medios electrónicos, pois, aínda que sempre debe acreditar a súa identidade, vaino facer de distinta forma segundo actúe como receptora ou emisora de contidos. Cando actúa unicamente como receptora de actuacións de terceiros (consultas ou solicitudes na sede electrónica), estes necesitan comprobar que o receptor (o titular da sede electrónica) é o ente público ao que se queren dirixir (artigo 38.3 LRXSP). Para iden-

107 O Real decreto 1671/2009 foi parcialmente derogado pola LPAC e pola LRXSP, aínda que boa parte do seu contido segue vixente.

108 Sobre os sistemas de identificación previstos na LRXSP e na LPAC, *vid.* ALAMILLO DOMINGO, I., "Perspectiva jurídica de los aspectos tecnológicos", *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la administración electrónica*, xornada celebrada no Centro de Estudos Políticos e Constitucionais o 4 de maio de 2015, p. 12. [Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/actividades2015/fichaalamillov1.pdf>. Data de acceso: 20 de marzo de 2017]; CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Administraciones y entidades públicas electrónicas: el funcionamiento electrónico del sector público y las relaciones interadministrativas electrónicas", *cit.*, pp. 313-315; ou PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", *cit.*, pp. 127-133.

tificarse nestes casos a Administración pode utilizar certificados de dispositivo seguro nos termos previstos no artigo 38.6 LRXSP ou calquera dos sistemas de identificación previstos no artigo 40 LRXSP: selo electrónico¹⁰⁹. Á marxe do anterior, entenderase identificada a Administración pública respecto da información que se publique como propia no seu portal de internet (artigo 40.2 LRXSP).

Estes medios unicamente serven para a identificación e garantía dunha comunicación segura, pero non poden utilizarse para asinar electronicamente documentos, porque non permiten acreditar a vontade da Administración ou do órgano que actúa. Os instrumentos que a Administración debe empregar cando se dirixe a terceiros no exercicio das súas funcións son diferentes. Nestes casos debe utilizar unha sinatura electrónica, que non só identifica ao interviniente, senón que permite acreditar a vontade do suxeito actuante. Para isto último a LRXSP regulou con carácter básico dúas cuestións que convén separar. Por unha parte, dáselle un tratamento máis completo á actuación administrativa automatizada, que se define no artigo 41 para establecer os seus sistemas de sinatura no artigo 42, posto que neste caso non intervén de forma directa ningún empregado público, mentres que o artigo 43 se dedica á sinatura electrónica do persoal ao servizo das administracións públicas¹¹⁰.

Ao regular os sistemas de sinatura para a actuación administrativa automatizada, o artigo 42 LRXSP deixa que cada Administración pública elixa entre dúas alternativas. A primeira é o «selo electrónico de Administración pública, órgano, organismo público ou entidade de dereito público, baseado en certificado electrónico recoñecido ou cualificado que reúna os requisitos exixidos pola lexislación de sinatura electrónica». Unha segunda posibilidade sería utilizar o «código seguro de verificación vinculado á Administración pública, órgano, organismo público ou entidade de dereito público, nos termos e condicións establecidos, permitíndose en todo caso a comprobación da integridade do documento mediante o acceso á sede electrónica correspondente». Cómpre lembrar que o código seguro de verificación non é propiamente unha sinatura electrónica e consecuentemente non cumpre os requisitos de garantía exixibles a un sistema de sinatura, xa que ese código só permite verificar a autenticidade e a integridade dun documento por comparación co documento electrónico orixinal na sede electrónica correspondente, pero non permite acreditar tecnicamente que é un documento lexítimo e que non foi alterado se non foi asinado electronicamente cun sistema axeitado¹¹¹.

Cando a actuación administrativa a leven a cabo persoas físicas utilizando medios electrónicos, autenticarase mediante sinatura electrónica do titular do órgano ou do empregado público (artigo 43.1 LRXSP). Suprimíuse a referencia que se contiña no artigo 19 LAECSP á sinatura electrónica baseada no documento nacional de identidade, polo que se aposta por sistemas

109 Para a identificación das administracións públicas, o artigo 40 LRXSP previu a utilización dun «selo electrónico baseado nun certificado electrónico recoñecido ou cualificado que reúna os requisitos exixidos pola lexislación de sinatura electrónica».

110 Para reforzar o valor de todos estes instrumentos, a disposición derradeira segunda da LPAC modificou o artigo 3 da Lei 59/2003, do 19 de decembro, de sinatura electrónica, engadindo un novo apartado, o undécimo, no que se dispón que «Todos os sistemas de identificación e sinatura electrónica previstos na Lei de procedemento administrativo común das administracións públicas e na Lei de réxime xurídico do sector público terán plenos efectos xurídicos».

111 *Vid.* ALAMILLO DOMINGO, I., "Perspectiva jurídica de los aspectos tecnológicos", cit., p. 34; ou FONTDEVILA ANTOLÍN, J., ficha de traballo presentada en *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la Administración electrónica*, xornada celebrada no Centro de Estudos Políticos e Constitucionais o 4 de maio de 2015, p. 8. [Dispoñible en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/actividades2015/ficha-de-propuestas---fondevila-ca.pdf>. Data de acceso: 20 de marzo de 2017].

de sinatura baseados noutros certificados facilitados á autoridade ou empregado público pola propia Administración (certificados electrónicos de empregado público na terminoloxía do Real decreto 1671/2009).

Outro cambio importante é que a partir da entrada en vigor da LRXSP será obrigatorio almacenar por medios electrónicos «todos os documentos utilizados nas actuacións administrativas [...], salvo cando non sexa posible» (artigo 46.1 LRXSP). Isto en principio non debería presentar grandes dificultades porque os artigos 26 e 36 LPAC impoñen a forma electrónica para trámites e documentos administrativos. Pero, aínda que sexa excepcional, seguirá habendo actuacións ou trámites que se reflectan en papel ou noutros soportes non electrónicos. Todos eles deben ser dixitalizados para o seu arquivo. Xa non será potestativo, como prevía o artigo 31.1 LAECSP. A única razón que no futuro xustificaría que non se fixese esa dixitalización é que pola súa natureza non fose posible¹¹².

Para entender o tratamento legal do arquivo electrónico de documentos (artigo 46 LRXSP), cómpre enmarcalo na obriga legal que teñen todas as administracións de desenvolver unha política de xestión de documentos, nacida do artigo 21.1.a) do Real decreto 4/2010, do 8 de xaneiro, polo que se regula o Esquema Nacional de Interoperabilidade no ámbito da Administración electrónica, e na que son claves os repositorios electrónicos. O arquivo electrónico de documentos regulado no artigo 46 LRXSP é unha peza máis desa composición. Dadas as singulares características dos documentos electrónicos, estes arquivos teñen que cubrir o ciclo de vida completo dos documentos electrónicos e configurarse de maneira que «garantan a integridade, autenticidade, confidencialidade, calidade, protección e conservación dos documentos almacenados» de acordo co previsto no Esquema Nacional de Seguridade (artigo 46.3 LRXSP). En particular, asegurarán a identificación dos usuarios e o control de accesos, o cumprimento das garantías previstas na lexislación de protección de datos. Ata aquí como se regulaba no artigo 31.3 LAECSP. Como novidade, engádesse que tamén deben asegurar «a recuperación e conservación a longo prazo dos documentos electrónicos producidos polas administracións públicas que así o requiran, de acordo coas especificacións sobre o ciclo de vida dos servizos e sistemas utilizados». Polo tanto, o arquivo electrónico é un dispositivo que ofrece almacenamento seguro para os documentos e ficheiros relacionados con cada expediente, e permite xestionar o ciclo de vida de cada documento desde a súa creación e rexistro ata o seu arquivo definitivo (preservación e custodia). Ademais da funcionalidade de almacenamento, facilita a recuperación e consulta dos documentos de cada procedemento administrativo tanto por parte dos empregados da Administración como dos interesados no procedemento¹¹³.

112 Esta exigencia non admite excepcións cando os documentos electrónicos «conteñan actos administrativos que afecten a dereitos ou intereses dos particulares». Segundo o artigo 46.2 LRXSP, estes necesariamente «deberán conservarse en soportes desta natureza, xa sexa no mesmo formato a partir do que se orixinou o documento ou noutro calquera que asegure a identidade e integridade da información necesaria para reproducilo. Asegurarse en todo caso a posibilidade de trasladar os datos a outros formatos e soportes que garantan o acceso desde diferentes aplicacións».

113 Sobre as características e o desenvolvemento do arquivo electrónico de documentos, *vid.* Centro Nacional de Referencia de Aplicación das TIC baseadas en fontes abertas (CENATIC), *Software de fuentes abiertas en la Administración electrónica. Archivo electrónico de las administraciones públicas*, [Dispoñible en: http://www.cenatic.es/laecsp/page37/files/LAECSP_Archivo.pdf. Data de acceso: 20 de marzo de 2017]; CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Administraciones y entidades públicas electrónicas: el funcionamiento electrónico del sector público y las relaciones interadministrativas electrónicas", cit., pp. 318-323; ou PIZARRO NEVADO, "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", cit., pp. 133-136.

9 Os convenios

O capítulo VI do título preliminar contén unha regulación sobre convenios administrativos que supera amplamente a da LXPAC, non só en extensión, senón tamén no seu ámbito de aplicación, xa que alcanza máis suxeitos e introduce maiores garantías e controis¹¹⁴. A exposición de motivos proclama que o obxectivo era proporcionar un «réxime completo dos convenios», aínda que o resultado é máis modesto. Obviamente esa pretensión excedía as posibilidades do lexislador básico; ademais, a propia LRXSP limita o seu alcance ao negar a súa aplicación a un bo número de convenios. Aínda que se parte dunha definición ampla de convenio, que inclúe «os acordos con efectos xurídicos adoptados polas administracións públicas, os organismos públicos e entidades de dereito público vinculados ou dependentes ou as universidades públicas entre si ou con suxeitos de dereito privado para un fin común» (artigo 47.1), a continuación négase a consideración de convenios aos protocolos xerais de actuación ou calquera instrumento similar que non supoñan a formalización de compromisos xurídicos concretos e exixibles (parágrafo segundo do artigo 47.1). Tampouco se aplica esta regulación aos que non son convenios de colaboración, pois non perseguirían un fin común¹¹⁵, nin a outros acordos que poderían encaixar na definición inicialmente dada, como a terminación convencional, as encomendas de xestión (artigo 48.9 LRXSP) ou os convenios interautonómicos para a xestión e prestación de servizos destas (artigo 47.2.a) LRXSP).

Esta primeira redución é expresiva da complexidade dunha figura que carece dunha definición asumida doutrinal e xurisprudencialmente, e que en moitas ocasións é difícil de distinguir doutras afíns, como os contratos das administracións públicas. A LRXSP non reduciu esa dificultade, posto que sobre tan espiñenta cuestión se limita a dicir que os convenios «non poden ter por obxecto prestacións propias dos contratos»¹¹⁶ (parágrafo terceiro do artigo 47.1). Aínda que parece apuntarse que o criterio para determinar a aplicación a un acordo da lexislación de contratos do sector público é o seu elemento obxectivo¹¹⁷, nalgúns supostos isto non será suficiente, porque a imprecisa delimitación que fan do seu ámbito de aplicación tanto a LRXSP como as leis de contratos do sector público permitiría atribuír –sen contraríalas– a natureza de contrato e de convenio a certos negocios bilaterais especiais¹¹⁸. Para despexar esa incógnita, é inevitable recorrer polo tanto á causa, ao «fin común» que caracteriza o convenio.

Contén tamén a LRXSP unha clasificación dos convenios en atención aos suxeitos que os subscriben (artigo 47.2), aínda que non se acerta a entender completamente a súa utilidade,

114 Sobre a regulación dos convenios contida na LRXSP, *vid.* BUSTILLO BOLADO, R., “Los convenios”, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1057-1087; GARCÍA LUENGO, J., “Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico de sector público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016, pp. 25-27; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Los convenios administrativos”, *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 265-305; e “Principios de la actividad administrativa conveniada de las administraciones locales”, *cit.*; HERNANDO RYDINGS, M., “La colaboración interadministrativa local: novedades en el nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios”, *cit.*, pp. 736-752; ou PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, *cit.*, pp. 137-152.

115 É o caso dos convenios de composición (convenios arbitrais, transaccións), que se someten á súa regulación específica.

116 Sobre as dificultades para definir o convenio administrativo e os criterios para distinguilo de figuras afíns á vista da nova regulación, *vid.* GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Los convenios administrativos”, *cit.*, pp. 269-283.

117 *Vid.* HERNANDO RYDINGS, M., “La colaboración interadministrativa local: novedades en el nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios”, *cit.*, p. 743.

118 GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Principios de la actividad administrativa conveniada de las Administraciones locales”, *cit.*, pp. 506 e 507.

xa que só se establecen regras específicas para dous dos tipos e co propósito de excluílos da aplicación desta lei¹¹⁹. O resto de previsións en cuestións tan diversas como validez, eficacia, execución ou extinción son comúns ao resto de categorías. Así, por exemplo, o artigo 49 LRXSP impón un contido mínimo que debe constar en calquera dos tipos de convenios enumerados no artigo 47.2, entre os que se inclúen os elementos do convenio (subxectivos, obxectivo e teleolóxico) e o réxime básico da súa execución e modificación.

As previsións procedementais son loxicamente moi concisas, xa que só se exige «unha memoria xustificativa onde se analice a súa necesidade e oportunidade, o seu impacto económico, o carácter non contractual da actividade en cuestión, así como o cumprimento do previsto nesta lei» (artigo 50.1)¹²⁰. Tamén é débil a garantía establecida sobre publicidade dos convenios, xa que as previsións do artigo 48.8 LRXSP se aplican unicamente a aqueles en que intervéñen a Administración xeral do Estado ou algún dos seus organismos públicos ou entidades de dereito público. Nestes supostos, a inscrición no Rexistro Electrónico Estatal de órganos e instrumentos de cooperación do sector público estatal e a súa publicación no *Boletín Oficial del Estado* son unha condición de eficacia do convenio¹²¹. Non obstante, a publicidade dos convenios en que non interveña ningún ente do sector público non queda completamente en mans do lexislador autonómico ou sectorial, xa que existe un deber xeral de publicidade activa que deriva do artigo 8.1 da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno. A iso hai que engadir que o artigo 144 LRXSP obriga á inscrición de todo convenio de cooperación entre administracións nos rexistros electrónicos que deben crear para recoller os órganos de cooperación en que cada unha delas participe. Son medidas limitadas, cuxa eficacia podería aumentarse simplemente engadindo a publicación periódica dunha relación de convenios asinados por cada Administración, con simple referencia a certos elementos do seu contido.

Tamén contribuirá a un maior control o deber de comunicación e remisión ao Tribunal de Contas ou órgano externo de fiscalización da comunidade autónoma, segundo corresponda, daqueles convenios que supoñan a asunción de compromisos económicos que superen os 600.000 euros. Non só é obrigatoria a comunicación da súa subscripción, senón que o deber se estende ademais ás modificacións, prórrogas ou variacións de prazos, alteración dos importes dos compromisos económicos asumidos e á extinción do convenio.

Por último, régúlase a extinción e liquidación dos convenios, cubrindo así unha materia normalmente esquecida na regulación precedente. Ademais da súa terminación polo cumprimento do seu obxecto, no artigo 51.2 LRXSP enuméranse outras causas de resolución sen ánimo exhaustivo, posto que se admite a extinción por calquera outra causa establecida «no convenio ou noutras leis». Unha vez extinguido, procede a liquidación do convenio co obxecto de determinar as obrigas e os compromisos de cada unha das partes (artigo 52.1 LRXSP). Neste punto apréciase novamente como a preocupación do lexislador se enfoca en aspectos estritamente financeiros, dado que a regulación máis detallada é a contida no

119 Mesmo se criticou a inclusión nesa tipoloxía dos convenios intraadministrativos, pois a relación de instrumentalidade exclúe a posición de igualdade dos subscritores, polo que debería recorrerse á encomenda de xestión, nas súas formas previstas no artigo 11 LRXSP ou 4 TRLCSP. *Vid.* GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Los convenios administrativos”, cit., p. 290.

120 GOSÁLBEZ PEQUEÑO criticou esa moderación e suxire que a regulación procedemental se complete con outros trámites preceptivos en atención ás características de cada un dos tipos de convenios enumerados no artigo 47.2 LRXSP, tomando en consideración os suxeitos asinantes e os distintos obxectos (“Principios de la actividad administrativa conveniada de las administraciones locales”, cit., p. 542).

121 Previamente e con carácter facultativo, poderanse publicar no boletín oficial da comunidade autónoma ou da provincia que corresponda á outra Administración asinante.

apartado segundo, que resulta de aplicación unicamente aos convenios «dos cales deriven compromisos financeiros», establecendo os supostos en que proceden compensacións económicas entre as distintas partes. Á marxe da preocupación financeira, no artigo 52.3 LRXSP só está previsto que, cando existan actuacións en curso de execución á finalización do convenio, as partes poderán acordar a continuación e finalización das actuacións en curso que consideren oportunas, así como o prazo necesario para iso, que será improrrogable. Sorprende unha previsión tan simplista, que parece esquecer que un dos contidos mínimos que as partes deben acordar en cada convenio son as consecuencias aplicables en caso de incumprimento das obrigas e compromisos asumidos por cada unha das partes e, se é o caso, os criterios para determinar a posible indemnización polo incumprimento (artigo 49.e) LRXSP). Como é lóxico, non todos os incumprimentos darán lugar á extinción do convenio; poden preverse mecanismos para intimar ao cumprimento, compensacións para aqueles intervinientes que asuman as actuacións omitidas para evitar prexuízos ao fin común, etc. Pero, cando pola súa entidade as partes acordan que un determinado incumprimento suporá a extinción de convenio, deben despregarse todas as consecuencias pactadas, non só a eventual finalización das actuacións en curso, e exixirse as compensacións que procedan, que non se limitarán a satisfacer os compromisos financeiros asumidos e non desembolsados. E desde logo non pode sosterse que a exixibilidade de todo iso precise do acordo das partes, como podería suxerir a redacción do artigo 52.3 LRXSP.

10 As relacións interadministrativas

Por último, hai que valorar a sistematización das relacións entre administracións contida no título III da LRXSP, que tampouco se caracteriza por introducir novidades rompedoras¹²². Tómanse os elementos existentes no noso ordenamento xurídico para perfeccionalos buscando un funcionamento máis eficaz e eficiente do conxunto das administracións públicas, para o cal, en primeiro lugar, fórmulanse os principios que deben presidir as relacións interadministrativas e, posteriormente, detállanse as técnicas concretas de relación entre os distintos suxeitos públicos. Como novidade inclúense nesta regulación xeral as administracións locais¹²³, cuxas relacións con outras administracións quedan agora sometidas en primeiro lugar á LRXSP e só no seu defecto se rexen pola lexislación básica en materia de réxime local (artigo 140.2), e dedícase todo un capítulo ás «relacións electrónicas entre as administracións»¹²⁴. Tamén se quere aumentar a transparencia no funcionamento das administracións, para o cal se crean novos rexistros públicos, como é o Rexistro Electrónico Estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación (artigo 145.3 LRXSP) para a inscrición de todos aqueles órganos de cooperación en que participe a Administración xeral do Estado, e intímase o resto de administracións

122 Sobre a regulación contida no título III, *vid.* NICOLÁS LUCAS, A., “Principios de actuación y funcionamiento del sector público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016, pp. 38-49; SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Las relaciones interadministrativas”, *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 361-474; SANZ RUBIALES, I., “Marco general de las relaciones interadministrativas”, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2849-2890.

123 *Vid.* SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “La incidencia en las administraciones locales de la nueva regulación de las relaciones interadministrativas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público”, *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016, pp. 103-213.

124 *Vid.* CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Administraciones y entidades públicas electrónicas: el funcionamiento electrónico del sector público y las relaciones interadministrativas electrónicas”, *cit.*, pp. 325-344.

públicas para que creen rexistros similares (artigo 144.3 LRXSP). Por resolver queda, entre outros, o tema das relacións coas institucións da Unión Europea¹²⁵.

A enumeración de principios do artigo 140 LRXSP está marcada polas SSTC 42/1983 e 18/1992, e parte da existencia dun principio xeral de colaboración que se desprega arredor dos principios de cooperación, que é voluntaria, e coordinación, que é obrigatoria. Xunto a estes engádense outros tan relevantes como o principio de lealdade institucional, o de adecuación á orde de distribución de competencias establecida na Constitución e nos estatutos de autonomía e na normativa do réxime local, ou o de eficiencia na xestión dos recursos públicos, para conseguir un conxunto que enmarque axeitadamente as distintas técnicas de relación entre administracións públicas. Mellora así a regulación anterior neste aspecto, que resultaba asistemática, mesturándose as referencias a principios xerais e simples regras xurídicas en artigos da LRXPAC, a LOFAXE, a Lei do Goberno ou a LBRL, entre outras moitas.

Seguidamente, a LRXSP enumera unha serie de deberes que o lexislador deriva do principio de colaboración (artigo 141), tomados fundamentalmente dos artigos 4 LRXPAC e 55 LBRL¹²⁶, e as técnicas para facer efectivos eses deberes (artigo 142). Nin un nin outro son novidosos, nin exhaustivos, nin é clara a diferenciación dos seus contidos, posto que entre as técnicas se atopan deberes enunciados no artigo 141, como o «deber de asistencia e auxilio» ao que se alude no apartado c) do artigo 142.

O capítulo III dedícase ás técnicas de cooperación, que se enuncian no artigo 144 LRXSP, aínda que non é unha listaxe pechada. Nel atópanse os mecanismos clásicos, que basicamente canalizan a cooperación a través de convenios interadministrativos e da participación en órganos de cooperación. A novidade aquí reside na obriga de cada Administración de manter «actualizado un rexistro electrónico dos órganos de cooperación en que participe e de convenios que subscribise» (artigo 144.3). Só se regulan con certo detalle os instrumentos orgánicos, en particular o relativo ás conferencias sectoriais, e elévanse a rango de lei as prescricións estatutarias sobre a Conferencia de Presidentes¹²⁷. Ademais, o artigo 154 LRXSP regula por primeira vez a nivel estatal as comisións territoriais de coordinación, que, malia a súa denominación, son claramente órganos de cooperación, como se deduce das súas funcións e do feito de que os seus acordos só son «de obrigado cumprimento para as administracións que os subscriban».

Son poucas as referencias á coordinación na LRXSP, que se define confusamente no artigo 140.1.e) como un principio das relacións interadministrativas «en virtude do cal unha Administración pública e, singularmente, a Administración xeral do Estado, ten a obriga de garantir a coherencia das actuacións das diferentes administracións públicas afectadas por unha mesma materia para a consecución dun resultado común, cando así o prevé a Constitución e o resto do ordenamento xurídico». Non se regulan na LRXSP técnicas específicas de coordinación; só aparecen xenéricas referencias a esa actuación diluídas entre as funcións das conferencias sectoriais.

125 Só se alude a elas no artigo 155.3 LRXSP, referido á interconexión dos sistemas de información das administracións públicas coas redes das institucións da Unión Europea e doutros Estados membros.

126 Sobre o contido destes deberes, *vid.* SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Las relaciones interadministrativas”, cit., pp. 389-398.

127 O Regulamento interno de funcionamento da Conferencia de Presidentes foi aprobado na súa cuarta reunión celebrada o día 14 de decembro de 2009 e publicado mediante a Orde TER/3409/2009, do 18 de decembro. Foi recentemente modificado na súa sexta reunión, mantida o 17 de xaneiro de 2017, para dotar o comité preparatorio de impulso e seguimento de novas funcións de avaliación e execución dos acordos adoptados. A modificación foi publicada mediante a Orde PRA/265/2017, do 23 de marzo.

Neste título tamén se lle concede grande importancia á normalización do uso de medios electrónicos no intercambio de información entre administracións públicas¹²⁸ (capítulo IV), na liña que establece o artigo 3.2 LRXSP, que impón ás administracións o deber de relacionarse «entre si e cos seus órganos, organismos públicos e entidades vinculados ou dependentes a través de medios electrónicos, que aseguren a interoperabilidade e seguridade dos sistemas e solucións adoptadas por cada unha delas». O artigo 155 tamén lles impón o deber de facilitar o acceso das restantes administracións públicas aos datos relativos aos interesados que consten no seu poder» cando sexan necesarios para a tramitación e resolución dos procedementos e actuacións da súa competencia, e só os que resulten estritamente necesarios para tal fin. Para todo iso cómpre que os sistemas de información sexan interoperables e que se garanta que o fluxo de información se produza coas máximas garantías de seguridade e integridade¹²⁹. Con ese propósito regúlanse o Esquema Nacional de Interoperabilidade e o Esquema Nacional de Seguridade¹³⁰. O primeiro recolle os criterios e as recomendacións en materia de seguridade, conservación e normalización da información e aplicacións que xestionen as administracións no exercicio das súas competencias. Todo iso debe ser considerado á hora de deseñar e desenvolver as decisións tecnolóxicas para garantir a interoperabilidade entre sistemas e evitar a discriminación aos cidadáns por razóns tecnolóxicas. Pola súa banda, o Esquema Nacional de Seguridade pretende reforzar a confianza na utilización destes medios, e está formado polos principios básicos e os requisitos mínimos que garanten a seguridade da información tratada, polo cal deben ser tidos en conta por cada Administración ao establecer a súa política de seguridade. En calquera caso, a regulación contida na LRXSP é demasiado xenérica e non ofrece garantías suficientes, deixando sen resolver cuestións importantes como quen é o responsable de establecer e soste os medios necesarios para todo iso (a rede de interconexión) e os requisitos técnicos de seguridade e interoperabilidade¹³¹.

11 Valoración final

No seu conxunto, a Lei 40/2015 supón unha reforma modesta da organización e o funcionamento das administracións e entidades do sector público. Aínda que incorpora novidades valiosas e resolve algúns problemas que necesitaban atención urxente, faíno asumindo unhas estruturas consolidadas –non por iso necesariamente inútiles nin desbotables–, conservando

128 Xunto ás regras que ordenan as relacións interadministrativas por medios electrónicos, no capítulo IV atopamos outras que en realidade perseguen unha maior eficiencia na utilización de sistemas e aplicacións de propiedade da Administración (artigo 157), obrigando as administracións a por á disposición das que o soliciten as aplicacións desenvolvidas polos seus servizos ou que fosen obxecto de contratación e de cuxos dereitos de propiedade intelectual sexan titulares. As administracións públicas, con carácter previo á adquisición, desenvolvemento ou ao mantemento ao longo de todo o ciclo de vida dunha aplicación, tanto se se realiza con medios propios como pola contratación dos servizos correspondentes, deben consultar no directorio xeral de aplicacións, dependente da Administración xeral do Estado, se existen solucións dispoñibles para a súa reutilización, que poidan satisfacer total ou parcialmente as necesidades, melloras ou actualizacións que se pretenden cubrir. No caso de existir unha solución dispoñible para a súa reutilización total ou parcial, as administracións públicas estarán obrigadas ao seu uso, salvo que a decisión de non reutilizala se xustifique en termos de eficiencia conforme o artigo 7 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira.

129 *Id.* MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Relaciones interadministrativas por medios electrónicos: interoperabilidad”, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2891-2932; ou SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Las relaciones interadministrativas”, *cit.*, pp. 471-473.

130 Ambos os dous foron desenvolvidos no Real decreto 3/2010, do 8 de xaneiro, polo que se regula o Esquema Nacional de Seguridade no ámbito da Administración electrónica, e o Real decreto 4/2010, do 8 de xaneiro, polo que se regula o Esquema Nacional de Interoperabilidade no ámbito da Administración electrónica.

131 Sobre as dificultades para a implantación destas previsións, *vid.* GAMERO CASADO, E., “Funcionamiento electrónico del sector público”, *cit.*, pp. 85-91. En particular, ocúpase da deficiente regulación dada á interoperabilidade e das dificultades que pode suscitar a omisión na LRXSP de referencias ao procedemento de aprobación do Esquema Nacional de Interoperabilidade.

a rede que sustenta cada un os organismos tratados sen comprometer os seus elementos estruturais. Desde logo queda lonxe de ser a anunciada «reforma integral» das administracións públicas e do seu ordenamento xurídico, e dá a sensación de que se deixou pasar unha boa ocasión para abordar as materias tratadas cun enfoque renovador e acoller algunhas das valiosas propostas doutriniais que durante anos se maduraron para contribuír á necesaria reforma continua do dereito administrativo.

12 Bibliografía

- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 43, 2016.
- ALAMILLO DOMINGO, I., “Perspectiva jurídica de los aspectos tecnológicos”, *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la Administración electrónica*, xornada celebrada no Centro de Estudos Políticos e Constitucionais o 4 de maio de 2015.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “La prescripción de las infracciones y las sanciones en vía de recurso administrativo. A propósito de la STC 37/2012, de 19 de marzo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 154, 2012.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones. En busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, n. 195, 2014.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Los consorcios administrativos ante un nuevo régimen jurídico”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 94, 2016.
- BOTO ÁLVAREZ, A., “La noción de sector público institucional: aplauso, crítica y desconcierto”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- BOTO ÁLVAREZ, A., “Organización y funcionamiento del sector público institucional (I)”, *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- BUSTILLO BOLADO, R., “Los convenios”, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CANO CAMPOS, T., *Las sanciones de tráfico*, 2.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- CANO CAMPOS, T., “La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- CARBONELL PORRAS, E., “Regulación de los órganos colegiados”, *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- CASINO RUBIO, M., “La potestad sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.

regap



ESTUDIOS

- CASTILLO BLANCO, F., "La incidencia de la nueva Ley de régimen jurídico del sector público en los instrumentos de cooperación del Estado autonómico: especial referencia a los consorcios públicos", *La Administración al día*. Estudios e comentarios, edición do 9 de marzo de 2017.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *Órganos colegiados electrónicos: el uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la administración*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Órganos colegiados electrónicos", Gamero Casado, E., e Valero Torrijos, J. (coord.), *La ley de Administración electrónica: comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2010.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Administraciones y entidades públicas electrónicas: el funcionamiento electrónico del sector público y las relaciones interadministrativas electrónicas", *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016.
- COBREROS MENDAZONA, E., "La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea", *Revista de Administración Pública*, n. 196, 2015.
- COSCULLUELA MONTANER, L., "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la competencia de organización de las comunidades autónomas", *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, volumen I, Civitas, Madrid, 2012.
- COSSÍO CAPDEVILLA, A., "La fiscalización de la encomienda de gestión como forma de autoorganización administrativa: poniendo límites a la huida del derecho administrativo en materia de contratación pública", *Auditoría pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, n. 61, 2013.
- COSSÍO CAPDEVILLA, A., "La encomienda de gestión: áreas de riesgo y perspectivas de futuro tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública", *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 32, 2015.
- COTINO HUESO, L., "Regulación de los derechos de los ciudadanos ante la Administración pública (y punto de acceso)", *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la Administración electrónica*, xornada celebrada no Centro de Estudos Políticos e Constitucionais o 4 de maio de 2015.
- FONTDEVILA ANTOLÍN, J., Ficha de traballo presentada en *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la Administración electrónica*, xornada celebrada no Centro de Estudos Políticos e Constitucionais o 4 de maio de 2015.

- GALÁN VIOQUE, R., "Modificaciones introducidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (disposición final tercera)", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- GALÁN VIOQUE, R., "La Administración general del Estado", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- GALÁN VIOQUE, R., "A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador (Un nuevo intento introducido en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)", *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- GAMERO CASADO, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GAMERO CASADO, E., "Funcionamiento electrónico del sector público", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- GAMERO CASADO, E., "Encuadre de la nueva legislación en el acervo del derecho administrativo", *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GAMERO CASADO, E., "La estructura de la legislación sobre procedimientos administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación", *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M., "La autocontratación o contratación *in house providing*. Incidencia de la nueva regulación en las entidades instrumentales del sector público. Concepto de instrumentalidad y régimen tarifario", *Aplicación práctica de los contratos en el sector público*, Escuela Riojana de Administración Pública, Logroño, 2009.
- GARCÍA LUENGO, J., "Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016.
- GARCÍA RUBIO, F., "Los consorcios locales en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público. Reflexiones necesarias", *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L., "Organización y funcionamiento del sector público institucional (II)", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016.

- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., "Los convenios administrativos", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- HERNANDO RYDINGS, M., "Las mancomunidades y los consorcios", Almeida Cerredá, M. (dir.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- HERNANDO RYDINGS, M., "La colaboración interadministrativa local: novedades en el nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios", Campos Acuña, C. (dir.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., "Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., "Reestructuración de la Administración estatal y de las administraciones autonómicas", *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- LÓPEZ MENUDO, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- LÓPEZ MENUDO, F., "Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- MARTÍN DELGADO, I., "La reforma de la administración (electrónica): hacia una auténtica innovación administrativa", *Revista Democracia y Gobierno Local*, n. 32, 2016.
- MARTÍN DELGADO, I., "La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- MARTÍN REBOLLO, L., "La potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos procedimientos comunes especializados", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "Relaciones interadministrativas por medios electrónicos: interoperabilidad", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MELLADO RUIZ, L., "Organización y funcionamiento del sector público institucional", *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016.

- MONTOYA MARTÍN, E., "El sector público institucional", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MONTOYA MARTÍN, E., "Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- NICOLÁS LUCAS, A., "Principios de actuación y funcionamiento del sector público", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016,
- NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.
- PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2010.
- PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- PIZARRO NEVADO, R., "Principios y bases del régimen jurídico de la organización local", *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016.
- QUINTANA LÓPEZ, T., "La responsabilidad del Estado legislador", *Revista de Administración Pública*, n. 135, 1994.
- RAMIÓ MATAS, C., "Principios de actuación de las administraciones públicas: análisis desde la Ciencia Política y de la Administración", *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- REBOLLO PUIG, M., "Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas", *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, Madrid, 2004.
- REBOLLO PUIG, M., "Potestad sancionadora y responsabilidad en la ley 40/2015", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016,
- RIVERO ORTEGA, R. "Novedades en la regulación de las entidades instrumentales de naturaleza pública", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- SALA ARQUER, "Sociedades mercantiles estatales y sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., "Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las administraciones públicas", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 56, 2015.

Regap



ESTUDIOS

- SÁNCHEZ MORÓN, M., "La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público", *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "Las relaciones interadministrativas", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "La incidencia en las administraciones locales de la nueva regulación de las relaciones interadministrativas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público", *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016.
- SANZ RUBIALES, I., "Marco general de las relaciones interadministrativas", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017,
- TARDÍO PATO, J. A., "¿Tiene sentido que las universidades públicas dejen de ser administraciones públicas en las nuevas leyes del sector público y de procedimiento administrativo común?", *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- TOSCANO GIL, F., "Los consorcios administrativos", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- VALERO TORRIJOS, J., "Los órganos administrativos", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- VELASCO CABALLERO, F. (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2016.
- VELASCO CABALLERO, F., "Régimen jurídico-organizativo de la Administración local tras la LRJSP", Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, Instituto de Derecho Local, Madrid.

Limitacións e indemnizabilidade nas zonas de protección segundo a normativa estatal e autonómica de estradas

Limitaciones e indemnizabilidad en las zonas de protección según la normativa estatal y autonómica de carreteras

Limitations and compensation possibilities in protection zones according to the state and autonomous community roads regulation

53
Regap

VÍCTOR RODRÍGUEZ ALBÁN

Enxeñeiro de Camiños, Canles e Portos e Licenciado en Dereito Universidade da Coruña (Galicia, España)
v.rodriguez.alban@udc.es

Recibido: 01/04/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: A recente aprobación das normas estatal e autonómica de estradas, tras máis de dúas décadas sen alteracións relevantes, configura un réxime regulatorio diverxente que require dun estudo comparado co obxecto de redefinir a figura das limitacións sobre o dereito de propiedade que os titulares lindeiros deben soportar pola súa especial situación respecto do dominio público. Son restricións sen dereito a compensación ningunha e cuxos confíns co concepto expropiatorio, debilmente argumentados, parecen diluírse coas novas regulacións, albergando así novas posibilidades indemnizatorias.

Palabras clave: estradas, titularidade, dominio público viario, adxacencia, limitacións á propiedade, función social, indemnización.

Resumen: La reciente aprobación de las normas estatal y autonómica de carreteras, tras más de dos décadas, sin alteraciones relevantes configura un régimen regulatorio divergente que requiere de un estudio comparado con objeto de redefinir la figura de las limitaciones sobre el derecho de propiedad que los titulares colindantes han de soportar por su especial ubicación respecto del dominio público. Se trata de restricciones sin derecho a compensación alguna y cuyos confines con el concepto expropiatorio, débilmente argumentados, parecen diluirse con las nuevas regulaciones, albergando así nuevas posibilidades indemnizatorias.

Palabras clave: carreteras, titularidad, dominio público viario, colindancia, limitaciones a la propiedad, función social, indemnización.

Abstract: The recent adoption of the State and Autonomous Community roads regulation after more than two decades without outstanding changes designs a divergent regulatory regimen where a comparative analysis is needed in order to redefine the figure about restrictions on the right of ownership through bordering landowners must bear the consequences because their spatial location with respect public domain. These restrictions have no entitlement to

compensation and their boundaries linked to expropriation institution, weakly supported, seem to be barred with new regulations, so compensation possibilities could be coming soon.

Key words: roads, legal owner, public vial domain, bordering, limitations concerning private property, social utility, compensation.

Sumario: 1 Aproximación á adxacencia desde o concepto de estrada. 1.1 O elemento físico e a súa dimensión funcional. 1.2 A súa integración no ordenamento xurídico. 1.3 A interacción co espazo urbanístico. 2 A zonificación do espazo adxacente á vía. 2.1 O dominio público viario. 2.2 As zonas de protección da estrada. 3 Réxime xurídico de uso das estradas. 3.1 A autorización administrativa. 3.2 Restrición de usos nas zonas de servidume e afección. 3.3 Limitacións ao dereito de construción. 4 O réxime expropiatorio. 4.1 A expropiación fronte ás limitacións da propiedade. 4.2 A función social como teoría negatoria da indemnización. 4.3 A habilitación da indemnización expropiatoria na adxacencia segundo a normativa sectorial. 5 Conclusións. 6 Bibliografía.

1 Aproximación á adxacencia desde o concepto de estrada

1.1 O elemento físico e a súa dimensión funcional

A diferenza da vía pública, conceptualmente máis ampla, o viario público identificado coas actuais estradas comprende o espazo físico do territorio destinado á libre circulación das persoas mediante o uso de automóbiles, caracterizado pola especialización do seu uso tanto desde o punto de vista da perigosidade inherente ao tipo de tránsito para o cal está concibida como dos condicionantes impostos aos seus usuarios, concretada na autorización ou permiso –de circulación– correspondente.

Pero esa especialización característica da estrada non comprende máis que a adecuación da tecnoloxía actual á forma concibida de mobilidade do cidadán contemporáneo e en atención ás súas necesidades creadas para o efecto. E así, as súas limitacións circulatorias ligadas á velocidade de tránsito e ao aseguramento da seguridade debida non deben minguar a condición de libre acceso e circulación que se lle presume.

A función tradicional de acceso ás propiedades próximas ou lindeiras inherente aos camiños e vías públicas queda cuestionada coa actual concepción das estradas, que, mesmo na súa clasificación de ordinarias en correspondencia con aquelas de menor intensidade de tráfico, permiten o acceso directo ou inmediato ás propiedades lindeiras de forma excepcional para maior garantía da seguridade circulatoria.

Desta forma, tanto a perigosidade da vía como a preocupación social crecente pola seguridade viaria debida en correspondencia co servizo público prestado acaban desprazando a esencia conceptual da estrada como centro xurídico propio de convivencia, dando paso a unhas vías especializadas e restritivas en canto aos accesos e requisitos de uso, segundo o grao de perigosidade ou o nivel de tráfico adscrito.

Sen dúbida, a liberdade de circulación inicialmente pretendida tivo que ser redefinida ante conceptos innovadores como a seguridade viaria ou a contaminación ambiental, cunha perspectiva de estrada como foco xerador de presión e enturbador do contorno próximo que dista moito da identificación co antano elemento de progreso que incrementaba as perspectivas urbanísticas dos titulares lindeiros e, en consecuencia, o valor do solo circundante polo que transitaba.

1.2 A súa integración no ordenamento xurídico

A relevancia xurídica das estradas proxéctase na propia Constitución de 1978 como instrumento adecuado para lograr certos fins económicos e sociais en coherencia cos valores e principios que persegue, destacando o dereito de liberdade de circulación complementado¹ coa subordinación da riqueza do país ao interese xeral desde o punto de vista da planificación.

A nosa Constitución, nos seus artigos 148 e 149, establece unha repartición de competencias pola cal o Estado posúe exclusividade sobre a materia relativa a «transportes terrestres que transcorran polo territorio de máis dunha comunidade autónoma» (artigo 149.1.21.º) e en canto «a obras públicas de interese xeral ou cuxa realización afecte a máis dunha comunidade autónoma» (artigo 149.1.24.º). Pola súa banda, as comunidades autónomas poden asumir tanto as «obras públicas de interese da comunidade autónoma no seu propio territorio» (artigo 148.1.4.º) como «os ferrocarrís e estradas cuxo itinerario se desenvolva integramente no territorio da comunidade autónoma» (artigo 148.1.5.º).

Pero ademais debe considerarse simultaneamente o feito relevante de que boa parte dos tramos das actuais estradas ocupan un espazo e atenden a unha función que non é desligable da ordenación do territorio, podendo á súa vez afectar ao ámbito urbanístico correspondente. Deberá así terse en conta para o efecto o artigo 148.1.3.º, polo que poderán asumir competencias as comunidades autónomas en materia de «ordenación do territorio, urbanismo e vivenda».

A configuración legal do réxime xurídico relativo tanto ás estradas como ás limitacións exercidas nas zonas de protección adxacentes determínase, para as vías de ámbito estatal, mediante a Lei 37/2015, do 29 de setembro, de estradas (a partir deste momento LEs), mentres que para as vías de titularidade autonómica rexerá a Lei 8/2013, do 28 de xuño, de estradas de Galicia, modificada por Lei 6/2015, do 7 de agosto (a partir deste momento LEsG), ambas as dúas desenvolvidas polo Regulamento xeral de estradas aprobado polo Real decreto 1812/1994, do 2 de setembro (a partir deste momento RXEs), vixente² en todo o que non contraveña as leis mencionadas.

E en canto á identificación legal do obxecto limitante, isto é, a estrada, corresponderase con «aquelas vías de dominio e uso público proxectadas, construídas e sinalizadas³ fundamentalmente para a circulación de vehículos automóbiles».

1.3 A interacción co espazo urbanístico

A concreción das zonas de protección da estrada non pode desligarse da realidade urbanística do seu contorno máis inmediato, establecendo as normas de estradas unha progresión gradual en canto á determinación dos espazos físicos limitantes tendo en conta non só a

1 Non faltou quen defenda a prevalencia doutros artigos, como os referidos á axeitada utilización do lecer ou o dereito de gozo respecto ao medio ambiente, relacionando nestes casos a conexión física evidente dos camiños e as estradas ás que bilateralmente se accede, cfr. PONCE SOLÉ, J., "Algunas consideraciones jurídicas sobre los caminos de uso público y titularidad municipal", *Cuadernos de Derecho Local*, n. 15, 2007, pp. 30-39.

2 Aínda que cabe esperar que nos próximos meses cada norma estea desenvolvida polo seu propio regulamento, cuestión sen precedentes en canto ao ámbito autonómico se refire.

3 A LEsG omite o termo *sinalizadas* co obxecto de poder efectivamente servir de base de regulación ás entidades locais do seu ámbito territorial en coherencia co seu artigo 1.

categoría –ou perigosidade– da vía, senón tamén a súa titularidade e a maior ou menor afección polos instrumentos⁴ de planificación urbanística existentes.

Desta forma, pártese dunha tipoloxía de vías denominadas como urbanas, que por definición legal non pertencen ao xénero de estradas e onde a intervención é delegada de forma plena a favor do planeamento, xa que non opera a normativa de estradas.

Nunha fase intermedia de afección urbanística onde a estrada persiste en canto á súa funcionalidade e características do tráfico, a normativa sectorial require da introdución de conceptos como as travesías e os tramos urbanos, similares en canto ao seu significado pero diverxentes respecto ás consecuencias sobre a adxacencia segundo a titularidade da vía en atención ás distintas perspectivas sobre o papel que deben desempeñar respecto á vertebración e accesibilidade do territorio en conxunto coa súa escala de actuación.

Por unha parte, a LEsG liga os ditos conceptos ás determinacións que o planeamento leve a cabo, requiríndose que o solo anexo fose clasificado como urbano para, coa mera identificación do tramo de estrada como urbano, substituír as zonas de protección da vía pola figura urbanística da aliñación; desta forma a travesía concíbese como un estado previo á consideración de vía urbana en constatación dunha realidade edificatoria consolidada.

En contraposición, a LEs desmárcase desas consideracións co fin de garantir certa autonomía na concreción das zonas limitantes na adxacencia e minimizar así a posible dependencia do planeamento. As travesías⁵ de novo atenden á realidade física edificatoria existente no ámbito próximo como fase posterior á clasificación do solo como urbano para a súa consideración como tramo, requiríndose para a determinación das zonas de protección da estrada un estudo, de delimitación de tramos urbanos, que debe realizar o Ministerio de Fomento. De non se tratar dunha travesía, fixarase mediante este a liña de delimitación da zona de servidume, debendo en todo caso concretarse tanto os contornos do dominio público como a liña límite de edificación, para o cal o planeamento servirá de referencia ou motivo para a redución legalmente prevista respecto á distancia ordinaria; pero todo iso sen condicionante impositivo ningún.

E así, en función de cal sexa a figura que regule as zonas de restrición adxacentes e a área onde se pretenda a actuación, establecerase a correspondencia co titular concedente da autorización e o emisor do informe vinculante respectivo.

Fóra daqueles tramos adxacentes a solo clasificado como urbano (ou delimitado de núcleo rural con aliñacións marcadas), a normativa de estradas goza de plenitude para a determinación legal física das zonas de protección, o que se corresponde con gran parte do territorio polo que transita desde o punto de vista cuantitativo en razón dos titulares lindeiros afectados.

4 En todo caso, a súa concreción a través da figura dos sistemas xerais queda condicionada polas determinacións efectuadas polas distintas administracións públicas titulares das infraestruturas tanto na fase de elaboración como en modificacións sucesivas, destacando a eficacia directa ou forza vinculante de instrumentos de ordenación do territorio no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, como os plans e proxectos sectoriais de incidencia supramunicipal, desenvolvidos polo Decreto 80/2000, do 23 de marzo.

5 O artigo 46 da LEs define a travesía en atención á consolidación da edificación en dúas terceiras partes da lonxitude en ambas as dúas marxes e unha rede de rúas conectadas con aquela en polo menos unha das súas marxes.

2 A zonificación do espazo adxacente á vía

2.1 O dominio público viario

O dominio público (viario) engloba os bens que se destinan ao uso público, sen necesidade de mediación ningunha, representando a utilidade pública en si mesma de xeito inmediato, concentrando un interese para a sociedade que converte as estradas en necesidades vitais, visión que foi cristalizada a través da responsabilidade do Estado de garantir a liberdade individual na súa manifestación de liberdade da circulación, sendo imprescindible para iso unha axeitada e completa rede viaria.

O concepto legal da expresión *dominio público viario* aparece ligado nas últimas lexislacións aprobadas ao ámbito da xestión. Tanto a norma estatal como a autonómica coinciden na determinación do que debe incluír tal denominación⁶, correspondéndose con:

- as estradas de titularidade da Administración correspondente,
- os terreos ocupados polos elementos funcionais das ditas estradas e as construcións e instalacións existentes neles.
- as zonas de dominio público adxacentes tanto ás estradas antes mencionadas como aos seus elementos funcionais.

Malia que a descrición efectuada se basea máis na norma autonómica que na propia LEs, o fundamento das dúas é idéntico e as diferenzas xorden pola distinta forma de determinación da rede de estradas considerada.

A delimitación ou influencia sobre dereitos reais anexos ou próximos require, aínda que só sexa por cuestións de seguridade xurídica, establecer un espazo físico perfectamente claro e delimitado. E esa zonificación toma como base, en coherencia co fin que fundamenta a protección ou existencia do ben público, a precisa definición do dominio público viario.

É técnica común na normativa de estradas esa determinación mediante o establecemento de dúas subdivisións: por unha parte o espazo realmente modificado con respecto ao terreo orixinal⁷ e por outra unha franxa paralela⁸ á aresta de intersección co dito terreo primitivo, caracterizada pola súa artificiosidade con respecto á realidade viaria. Ambas as dúas subzonas non deben levar a confusión, posto que tanto a unha como a outra conforman en conxunto a zona de dominio público e, xa que logo, serán ambas as dúas obxecto de expropiación na execución de novos tramos de estrada, tanto de nova planta como dos acondicionamentos e melloras das actuais.

Aínda que a definición da vía gozou de homoxeneidade no plano comparado, cuestión moi distinta sucede cos denominados elementos funcionais⁹ da estrada. A través desta figura, a

6 Malia que a LEs se refire a este concepto no seu preámbulo como elemento innovador desde o punto de vista nominativo e que vén englobar unha realidade xa existente na xestión, volve desenvolver no seu articulado o dominio público, sen engadir o termo viario, o que puidese ser un erro tipográfico posto que o preámbulo, de grande extensión, non deixa lugar a dúbidas de forma reiterada.

7 Aresta exterior da explanación.

8 Denominada na LEsG como *dominio público adxacente*.

9 Segundo a LEs, defínese como “toda zona permanentemente afecta á súa conservación ou á explotación do servizo público viario...”.

evolución normativa foi afectando de forma crecente a certos espazos lindeiros coa vía, pero a súa maior repercusión non reside na súa inclusión no dominio público, feito indubidable, senón na distinta forma en que se debe tomar como orixe para delimitar a outra subzona do dominio público. E é aquí onde a normativa estatal e a autonómica diverxen¹⁰, posto que non só certos elementos que son considerados como funcionais nunha non o son para a outra, senón que ademais se establecen criterios de definición do dominio público singulares.

Así, a LEs especifica que o espazo ocupado polos elementos funcionais, malia que sempre constituirá dominio público, non será tido en conta para a delimitación da zona de protección de dominio público¹¹.

Pola súa banda, a LEsG toma en consideración os elementos funcionais¹² de forma expresa para determinar as zonas de protección en caso de existiren aqueles, situándoos ao mesmo nivel que as estradas convencionais.

En canto ás distancias fixadas a partir desa aresta, cabe mencionar a distinta forma de medición, pois aínda que na LEs se mantén unha distancia constante, a LEsG establece esta como un límite máximo, co que se obtén unha maior modulación segundo a incidencia territorial e o seu funcionamento como eixe vertebrador de actividade.

2.2 As zonas de protección da estrada

As zonas de protección das estradas (obviando o espazo de dominio público) comprenden os predios próximos ao dominio público viario, de forma que a soa situación física daqueles respecto deste configura o seu réxime de propiedade de forma distinta respecto doutros titulares non lindeiros.

Foi o feito de que parte dos obxectivos das zonas de protección da estrada se satisfagan sen necesidade ningunha de expropiación o que centrou a discusión arredor das figuras da servidume ou da limitación da propiedade, chegando a ser equiparadas baixo a errónea concepción de que ambas as dúas se alimentan das mesmas facultades que o dereito de propiedade primario aínda persistente; non obstante, esa permanencia da servidume no debate está relacionada coa súa propia evolución e a súa concepción arredor da servidume administrativa baseada na relación de servizo, que perdeu probablemente a súa utilidade¹³ pola autosuficiencia lograda a través da figura das limitacións da propiedade. Será pois a condición ou limitación do exercicio do dereito de propiedade fronte a un interese público a que debe predominar por enriba da consideración do ofrecemento dun servizo predial ou da redución de facultades.

10 Mentres que para a LEs os elementos funcionais non forman parte da estrada, a LEsG non leva a cabo unha exclusión expresa, debendo interpretarse como unha zona accesoria pero non escindible co fin de poder manter invariable a definición de estrada de acordo cos artigos 3.2. e 37.2.

11 En interpretación conxunta dos artigos 28.4 e 29.1 da LEs.

12 Un dos efectos prácticos máis notables constitúeno os habituais camiños de servizo que transcorren paralelos á vía principal como servizo aos predios lindeiros; esta configuración nas vías autonómicas ten consecuencias moi relevantes en canto á delimitación do dominio público, xa que son por definición legal elementos funcionais, e a súa aresta exterior de explanación será a que marque o inicio do cómputo. En cambio, na norma estatal, nada obsta a que a partir da dita aresta dea comezo de forma inmediata a zona de servidume.

13 En apoio da tese de servidume a favor da Administración como titular de terreos de dominio público, *vid.* MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., *Carreteras, su régimen jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1990, pp. 279-280, aínda que con reservas, dada a confusión que produce a existencia dunha zona específica denominada *de servidume* e con recoñecemento de que só cabe falar de limitación en relación con terreos de propiedade privada.

Non estamos polo tanto ante un enfrontamento propiamente entre dereitos reais, posto que «as limitacións á propiedade e as servidumes non se exclúen nin se opoñen; é máis, conviven perfectamente, como conviven os dereitos, o de servidume e o de propiedade»¹⁴.

A delimitación física da zona de servidume é determinada pola LEs como dúas franxas a ambos os dous lados da vía cuxo bordo exterior se sitúa a unha distancia variable segundo a tipoloxía de estrada. A LEsG establece de forma lixeiramente distinta o método de definición, posto que, en vez de tomar como punto fixo de referencia a liña de explanación, considera o espazo desta zona como de ancho fixo e en continuación coa zona de dominio público (véxanse as figuras adxuntas como comparación entre normas respecto ás distintas zonas de protección). Os elementos funcionais son obxecto de mención expresa na LEsG e seralles de aplicación a distancia menor da mencionada.

De forma similar será tratada a zona de afección, máis alá da zona de servidume. Correspóndese esta franxa coa maior atenuación exercida sobre os titulares lindeiros pola presenza do dominio público viario; xa só caberá falar de limitacións á propiedade, xa que as expropiacións non plenas en razón do servizo non operan nesta zona.

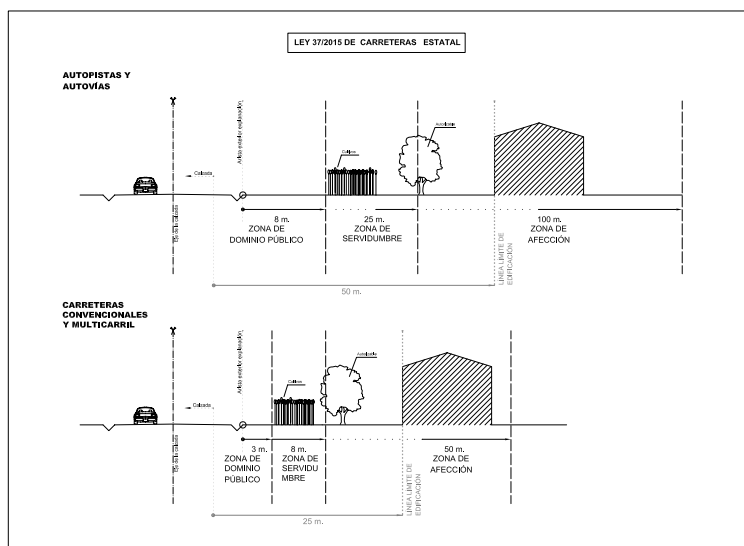
Por último, a LEs determina unha zona de protección á edificabilidade, definida de forma indirecta de igual modo e pola mesma liña na LEsG, establecendo un réxime de prohibición ligado á construción en xeral (non só edificación).

Regap



ESTUDIOS

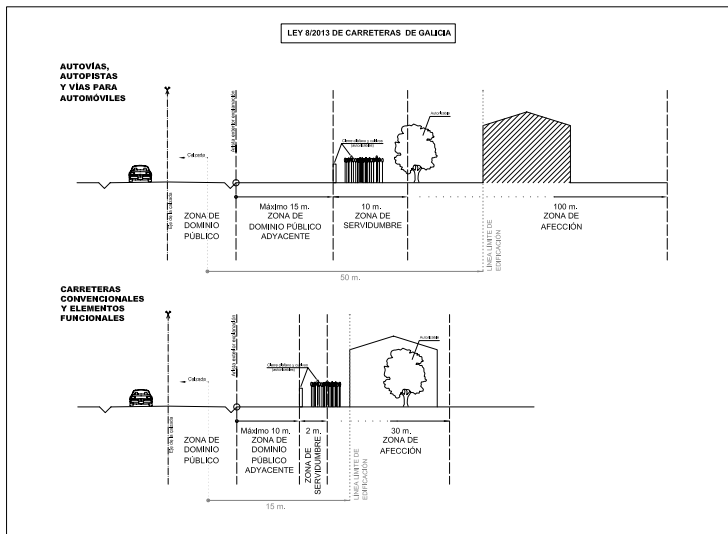
Figura 1. Delimitación de zonas de protección segundo a norma estatal de estradas



Fonte: elaboración propia

14 Cit., BOBES SÁNCHEZ, M.ª J., *La teoría del dominio público y el derecho de carreteras*, Iustel, Madrid, 2007, p. 203, pará. 2.º

Figura 2. Delimitación de zonas de protección segundo a norma autonómica de estradas



Fonte: elaboración propia

3 Réxime xurídico de uso das estradas

3.1 A autorización administrativa

Tanto a execución de obras ou instalacións como a realización de calquera outra actividade dentro das zonas de protección da estrada veranse sometidas á técnica de control administrativo configurada pola autorización, onde o exercicio do dereito preexistente de uso que deriva do dereito de propiedade dos aínda titulares dos predios situados no dito espazo require, co fin de materializarse, do estudo, aceptación e, se é o caso, do establecemento dos condicionantes necesarios, ademais de subsistir a posibilidade de denegación do solicitado.

Esa autorización deberá estar motivada pola Administración titular da vía, instrumentada xeralmente polo órgano ou departamento responsable da xestión do servizo de explotación, oscilando comunmente arredor da garantía do mantemento da seguridade viaria.

No caso dos tramos con afección polo planeamento urbanístico, esa autorización poderá ser emitida polo concello competente logo de informe vinculante do titular do dominio público viario; no caso de travesías de titularidade estatal, iso sucederá máis alá do dito dominio público, limitándose ao exterior da zona de servidume en caso de tan só corresponderse con tramos urbanos.

No que respecta ao regulado pola LEsG e con só identificarse eses tramos como urbanos, derivarase a competencia da autorización na zona exterior ás beiravías, o que implica unha maior derivación competencial a favor da Administración local en canto a espazo obxecto de fiscalización; ben é certo que boa parte desas actuacións se corresponderán con obras e actividades cuxo titular é o propio concello.

Unha das consecuencias prácticas que emanan da resolución do procedemento de autorización é a concreción da limitación exercida sobre o titular lindeiro. Malia que a definitiva aprobación do proxecto de actuación debe resultar suficiente para a motivación¹⁵ debida, aínda que esa restrición sobre o dereito de propiedade dos potenciais afectados nace con anterioridade á solicitude de autorización, non cabe manifestación ou mesura da afección ata a resolución firme desta.

3.2 Restrición de usos nas zonas de servidume e afección

Tanto a LEs como o RXEs condicionan os usos na zona de servidume á súa compatibilidade coa seguridade viaria e a axeitada explotación da vía, prohibíndose a realización de obras e instalacións e sometendo todo uso, con excepción dos cultivos, á autorización pertinente, malia que xa se avanza que o seu grao de restrición respecto a construcións de toda índole e plantacións será elevado posto que se debe garantir non só a seguridade viaria, senón a propia efectividade da servidume. Trátase polo tanto dunha zona onde a condición de servizo limita en gran medida os usos posibles dos lindeiros propietarios, que ven limitado o seu dereito de propiedade á vez que deben asumir a carga propia da servidume.

En canto ás obrigas que o propietario debe soportar, o RXEs diferencia entre aquelas que a Administración reserva para si sen necesidade de notificación ningunha e que se corresponden cunha maior emerxencia, e aquelas accións ou fins que, sendo posible a súa previsión, deben requirir de notificación previa. Tanto unhas como outras constitúen restricións ao gozo dos dereitos dos propietarios lindeiros que poden ser cualificadas como ocupacións temporais, dividíndose a doutrina en canto á súa consideración como expropiatoria ou como servidumes administrativas limitativas do dereito de propiedade¹⁶.

Nestas restricións, de feito a Administración actúa por definición pola vía de feito, en virtude da autorización legal xeral que lle outorga a lei para realizar sobre o inmovible o que o interese público exige ou o que a Administración poida considerar que ten dereito a exixir.

Nas obrigas de deixar facer, a lei non especifica o momento en que a Administración debe actuar, nin sequera o prazo de tempo polo que poida ocupar os terreos. Por ese motivo, esas restricións non poderán efectuarse se non se dan as causas que o xustifican.

No que respecta á LEsG, mantense unha liña restritiva similar amparada, no mellor dos casos, na autorización dos usos, que aquí se define con maior extensión en canto á casuística posible; cabe destacar en canto á construción de cerramentos a súa necesaria relación co aproveitamento agrícola¹⁷ ou gandeiro debidamente acreditado, o que implicaría unha maior restrición en comparación coa LEs.

15 Na práctica este feito debe ser matizado, con especial atención á coordinación planta-alzado en conxunción cos volumes dos bens situados nas zonas adxacentes.

16 *Vid.* MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., *Carreteras, su régimen jurídico*, cit., p. 276.

17 Contempla a LEsG como autorizables os cultivos agrícolas, o cal contravén ao RXEs; a pesar da súa xerarquía superior, debera imperar a lóxica comparativa coa LEs, o especial ámbito rural de aplicación e a lexislación autonómica precedente, malia que cabe a alternativa de especificar certos cultivos habituais, como o millo, cuxa altura pode resultar conflitiva coa visibilidade requirida.

Caracterízase a zona de afección por presentar o menor grao de limitación sobre o dereito de propiedade daqueles que, sendo titulares de predios próximos á estrada, xa non necesariamente serán lindeiros en modo estrito en razón das distancias¹⁸ ás que agora nos referimos.

Especifica a LEs que en todo caso deben quedar sometidas a autorización as obras ou instalacións fixas ou provisionais, o cambio de uso ou destino das existentes e a plantación ou corta de árbores.

Respecto das construcións existentes, poderán realizarse obras de reparación e mellora sempre que non impliquen un aumento de volume e sen que o incremento de valor por esas actuacións –autorizadas– poida ser tido en conta en procesos expropiatorios futuros. De tratarse da área situada máis alá da liña límite da edificación, só poderá denegarse esa autorización en consecuencia de programación de obras de ampliación ou mellora por prazo futuro de dez anos como máximo, ou tamén baseándose en criterios de seguridade viaria ou por motivos relacionados coa explotación da estrada, aínda que estes últimos resultarán máis inhabituais.

Sen lugar a dúbidas, é bastante conflictiva a restrición ao incremento de volume nas edificacións máis alá da liña límite de edificación dentro desta zona, cuestión que se confirma por vía do artigo 83 RXEs e que debe entenderse por iso tamén de aplicación ás estradas de titularidade autonómica (non recolléndose no seu artigo 45 LEsG).

Esa restrición en moitas ocasións nin se corresponderá con previsións certas de ampliación nin suporá unha mingua cuantificable no servizo ou explotación viaria, ao que hai que sumar o feito de que sexan autorizables novas construcións nesta especial franxa de terreo na que á súa vez non se permite o incremento de volume ás existentes.

Co foco nesta polémica e a partir do incremento da liña límite de edificación ata cen metros naquelas variantes ou estradas de circunvalación que teñan por obxecto evitar o paso por poboacións, o Goberno autonómico catalán presentou recurso de inconstitucionalidade (motivado na hipotética incompetencia urbanística derivada do determinado neste caso polo RXEs) considerando que se superaba así a zona de afección, coa inxerencia que iso suporía, cuestión que de forma artificiosa o TC tivo que resolver¹⁹ a través dunha polémica clasificación das estradas obxecto do conflito, como se de autovías ou vías rápidas se tratase.

Parece que ese debate non foi obviado pola actual LEs, que fixa en cincuenta metros a liña límite de edificación para estas variantes e anula así o especificado no RXEs.

3.3 Limitacións ao dereito de construción

As facultades do titular lindeiro relativas ás posibilidades construtivas que realmente pode levar a cabo abranguen boa parte das posibilidades de gozo do seu dereito de propiedade. Atopámonos ante un concepto material extenso que debe ser acoutado en atención tanto ao elemento viario de afección como á casuística máis común, clasificando para iso

18 En certos casos, tratándose de autovías ou autoestradas, a distancia de cen metros pode xerar confusión, á vista da STSX de Castela e León, con sede en Valladolid, do 8 de outubro de 1999, que nos seus FX 2.º e 3.º aclara e reafirma o contido na LEs de aplicación, de igual contido que a actual ao respecto.

19 *Vid.* STC 65/1998, do 22 de abril, FX 16.º

a actividade construtiva e diferenciando as obras de acceso, as relacionadas con elementos publicitarios e as edificatorio-construtivas, onde ademais das restricións específicas ás que se ven sometidas as posibilidades construtivas cabe destacar os elementos de peche pola súa habitual conflitividade.

Especial consideración merecen o uso relativo ás obras de acceso á propia estrada en todo caso autorizables, que gozou dunha especial consideración desde a Lei 25/1988 de estradas dada a súa incidencia na seguridade viaria, promovendo un tratamento cambiante da normativa respecto á admisibilidade de acceso tanto ás propiedades lindeiras como respecto de vías de servizo ou vías colectoras de fluxos de tráfico.

E así foron obxecto de desenvolvemento normativo, tanto no ámbito estatal²⁰ como no autonómico²¹, os instrumentos necesarios para levar a cabo a restrición de accesos exixida.

O conflito que xorde entre o dereito de acceso xenérico de toda propiedade privada como facultade inherente ao seu uso e desfrute e a supresión ou denegación de acceso por parte da Administración quedou meridianamente resolto por vía xurisprudencial²² en confirmación da potestade e discrecionalidade administrativa para dirimir sobre os dereitos de acceso dos lindeiros xa que a norma non deixa lugar a dúbidas.

Sen dúbida, mantense actualmente aínda unha falsa percepción por parte dos lindeiros e á súa vez usuarios da estrada baseada no dereito de acceso a esta como elemento de valor debido en contraprestación ás limitacións que á súa vez deben sufrir pola súa relación de proximidade coa vía; esta visión de correspondencia ou equilibrio de dereitos configurou no seu día unha teoría xustificatoria para denegar a indemnización debida pola limitación a que se ve sometido o dereito da propiedade lindeira coas estradas, pero carece de validez ante a determinación expresa actual da lexislación sectorial.

Non resulta inhabitual o feito de que certas actuacións de mellora en estradas como ensanches, rectificacións de curvas ou acondicionamentos xenéricos por tramos, cuxo fin perseguido non é outro máis que o incremento da velocidade de traxecto ou a mellora da seguridade viaria, provoquen a supresión dos anteriores accesos directos ás propiedades lindeiras²³, xa se correspondan estas con vivendas habituais ou establecementos mercantís, co indubidable prexuízo que iso ocasiona realmente²⁴. Non obstante, iso non modifica o exercicio potestativo

20 Orde do 16 de decembro de 1997 pola que se regulan os accesos ás estradas do Estado, as vías de servizo e a construción de instalacións de servizos (modificada pola Orde FOM/1740/2006, do 24 de maio, e a Orde FOM/392/2006, do 14 de febreiro), de acordo coa cal tamén quedarían afectadas as novas estradas (construídas con posterioridade á entrada en vigor da Lei 25/1988, de estradas) en canto á prohibición de accesos directos se refire; non obstante, a actual LEs non inclúe estas, a diferenza doutros elementos como interseccións, vías de xiro ou carrís de cambio de velocidade, polo que non deberan ser recollidas en razón do xenérica que resulta tal definición.

21 Orde circular 1/2014 pola que se regulan os accesos na rede autonómica de estradas de Galicia.

22 De forma expresa e contundente menciónase así por exemplo na STS, Sala Terceira do Contencioso- Administrativo, Sección 6.ª, do 17 de abril de 1998: «... o que implica non xa a inexistencia de dereito ningún a que o acceso ao establecemento do demandante conservase a mesma configuración, senón que supón que este está obrigado pola citada lei a ter acceso ao seu establecemento a través dunha vía de servizo».

23 Como é o caso tanto da STS 6732/2003, do 30 de outubro, en que se reclama o dano provocado no predio respectivo pola privación do acceso directo a consecuencia das obras realizadas na estrada nacional, coa consideración de non indemnizable baseándose na doutrina reiterada en sentenzas previas do 25 de marzo de 1999 e do 17 de abril de 1998.

24 *Vid.* STS 6191/2006, do 11 de outubro, onde se solicita indemnización polos prexuízos derivados da perda de accesos a un establecemento desde a estrada como consecuencia dunha reordenación de accesos debido a unha mellora de trazado; séndolle expropiado parte do aparcadoiro e substituíndo o acceso anterior, non cabe indemnización polas perdas ocasionadas pola minusvalía producida no local hostaleiro, dado que só procedería no caso de privárselle totalmente dos ditos accesos.

administrativo para proceder á supresión ou reordenación de accesos, debéndose recordar o exposto no artigo 36.11 da actual LEs, segundo o cal a obtención polos propietarios dun beneficio especial debido á construción dun acceso poderá ser repercutido a través da contribución especial correspondente.

Pero, por outra parte, tampouco pode proceder a Administración á supresión dos accesos existentes con motivo de novas obras na vía sen facilitar alternativas aos lindeiros afectados. De tal forma, é posible o acceso mediante vías de servizo a teor do artigo 36 da LEs con excepción do caso en que estea suficientemente xustificada a imposibilidade doutro tipo de acceso, onde será procedente, a falta dun estudo e posterior execución do necesario proxecto de reordenación, a indemnización correspondente²⁵.

A liña límite de edificación fíxase desde a aresta exterior da calzada a unha distancia que varía segundo a clasificación da estrada, abrangendo unha zona –de limitación á edificación– na que se prohíbe toda obra de construción, reconstrución ou ampliación e que en todo caso incluírá a zona de servidume, podendo verse reducida en función das realidades urbanísticas da área de afección, como xa se comentou.

Respecto aos usos posibles nesta zona, quedan relegados á execución de obras de conservación e mantemento das construcións existentes, así como reparacións por razóns de ornato e hixiene dos inmobles logo de sometemento do proxecto á Dirección Xeral de Estradas. Calquera tipo de construción de nova planta, por enriba ou por debaixo da rasante, debe quedar relegada máis alá da liña límite de edificación.

Por outra parte, tanto a edificación propiamente residencial como toda construción asimilada a ela quedarán sometidas ás zonas de servidume por inmisión acústica establecidas polo Ministerio de Fomento mediante a correspondente determinación dos mapas de ruído que se definen na Lei 37/2003, do 17 de novembro, do ruído, en virtude do artigo 33.1 LEs.

Esta zonificación non garda relación ningunha coas zonas de protección obxecto de estudo e, en consecuencia, non se distingue nin se restrinxe a unha distancia concreta.

Nela considérase que os titulares propietarios deben soportar a contaminación sonora procedente da infraestrutura viaria próxima posto que as inmisións acústicas poderán superar os obxectivos de calidade acústica aplicables ás correspondentes áreas e onde se poderán establecer restricións para determinados usos do solo, actividades, instalacións ou edificacións, coa finalidade de cumprir os valores límite de inmisión.

Estamos polo tanto ante unha restrición indirecta de efectos similares á zona de limitación á edificación, cuxa introdución resulta novidosa na LEs.

Na propia LEsG non aparecen integrados eses mapas de ruído, aprobándose con posterioridade o Decreto 106/2015, do 9 de xullo, sobre contaminación acústica, polo que haberá

25 É o caso do expresado na STS, Sala Terceira do Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, do 5 de abril de 2001, pola que o recorrente se ve privado do acceso directo á estrada pola transformación desta en autovía, alegándose a facultade da Administración para a reordenación dos accesos, «... pero a dita facultade non é omnímoda e arbitraria, senón que debe estar suxeita a razóns lóxicas; por iso a supresión sen buscar unha resolución alternativa e sen xustificación ningunha debe ser resolta mediante a condena á Administración a restablecer o acceso na forma que a seguridade da circulación o permita e a ser posible polo mesmo punto en que antes existía. Só nos supostos en que a construción do acceso non fose posible tecnicamente ou por razóns de seguridade, o que non se acreditou, a Administración non estaría obrigada a establecelo, pero si, pola contra, a indemnizar os prexuízos derivados do illamento do predio en cuestión».

que cumprirá observar futuras modificacións lexislativas para que sexan introducidas tales premisas.

No que respecta aos elementos de cerramento, aínda que non constitúen unha especialidade dentro da normativa sectorial e son considerados como unha expresión máis de entre as posibilidades construtivas, o certo é que constitúen un obxecto habitual de interferencia co servizo público viario en conflito co dereito recollido no Código civil que todo propietario posúe para cercar ou pechar as súas herdades, polo que ben merece unha breve dedicación individualizada.

No que se refire a obra nova, os cerramentos, como construcións que son, quedarán sometidos a autorización previa da Administración titular da estrada sempre que se pretenda a súa localización na zona de afección, debéndose ter en consideración á súa vez os condicionantes relativos a outros ámbitos sectoriais e en especial o ordenamento urbanístico.

Na zona de limitación á edificabilidade prohibese todo tipo de obras; non obstante, é posible o establecemento de peches diáfanos fóra da zona de dominio público. De tratarse dun tramo urbano²⁶ (ou travesía no caso de titularidade autonómica da vía), a liña límite de edificabilidade determinarase e concretarase coa aliñación, sendo tarefa do planeamento urbanístico tanto a localización como as características da estrutura de cerramento.

Respecto dos cerramentos preexistentes ás obras de modificación ou ampliación das estradas, é posible que tras a intervención e conseguinte ampliación das diversas zonas de protección e translación da liña límite de edificación (se existe un desprazamento lateral da calzada) estes poidan seguir na súa posición orixinal incluso ocupando áreas onde a súa construción non está permitida e sempre que non interfiran na explotación ou seguridade viaria.

Neste caso, a limitación sobre as obras de peche recae sobre posibles incrementos deste, así como a súa reconstrución²⁷ se se sitúa na zona de limitación á edificabilidade, só podendo executarse labores de mantemento e conservación; se se trata da zona restante de afección, o muro poderá ser reparado ou mellorado, pero sen incremento de volume.

De non poder manterse a localización primitiva do cerramento por consideracións da Administración titular da estrada, a LEsG alberga a posibilidade de que, en caso de que o dito cerramento gozase de autorización previa ás obras que motivan o seu desprazamento, poidan ser recolocadas no extremo da zona de dominio público (ou extremo da denominada adxacente) e polo tanto na zona de servidume, sempre baixo o estudo facultativo pertinente respecto ao servizo público viario.

A publicidade pode englobarse dentro das construcións posibles existentes nas zonas de protección do dominio público viario, debendo diferenciarse dous feitos distintos, como son o elemento soporte, que se identificará, polo xeral²⁸, coa construción ou ben inmovible

26 Debe destacarse que para a LEsG e en contraposición coa LEs, nos tramos urbanos, isto é, os que transitan por terreos coa dita clasificación urbanística, non existen zonas de protección da estrada, quedando reducida ao dominio público e con fixación da aliñación segundo o planeamento en coincidencia coa liña límite de edificación.

27 En relación co termo *reconstrución* fronte á reparación, véxase a STSXG 9667/2000, do 7 de decembro, FX 3.º e 4.º, onde na zona de servidume se leva a cabo unha mellora e incremento de volume no muro xa existente e sen autorización previa, «... o que revela unha actuación que claramente excede o que se puidese considerar como mera reparación, conservación ou mellora...».

28 Malia que o artigo 90 RXEs tamén ten en conta os rótulos ou imaxes soportados en vehículos, que non terán a cualificación de publicidade.

e a publicidade en si mesma como elemento intanxible, prohibida polo artigo 37 LEs fóra dos tramos urbanos e sempre que sexa visible desde a calzada²⁹, co fin de evitar captar a atención dos condutores e pór así en risco a seguridade viaria.

A diferenciación entre o soporte e a publicidade pode dar lugar a confusións varias entre o lugar de localización do primeiro e a visibilidade do segundo. Así, é posible que un panel publicitario situado máis alá da zona de afección e debidamente legalizado sexa visible desde a calzada, e polo tanto susceptible de incorrer en infracción da norma; pero nestes casos tamén debéra atenderse á visibilidade real do contido, posto que, se a distancia fai imposible a lexibilidade do obxecto publicitario, cabería preguntarse se realmente iso provoca unha efectiva desviación da atención por parte do condutor.

Tamén se pode producir a confusión entre o elemento soporte e a publicidade, posto que aquel constitúe esta, polo que haberá que someter a dita obra á maior restrición producida entre a visibilidade e a autorización pertinente en función da zona de protección (á marxe do cumprimento doutro tipo de legalizacións sectoriais).

Por último, cabe destacar os rótulos³⁰ dos establecementos mercantís ou industriais situados nos edificios ou terreos ligados á actividade correspondente. Mentres que a LEs os permite de forma xeral en tramos non urbanos e con reservas potestativas relativas á seguridade viaria ou á explotación nas travesías, a LEsG só os permite se a edificación que lle dá soporte se atopa máis alá da liña límite de edificación.

4 O réxime expropiatorio

4.1 A expropiación fronte ás limitacións da propiedade

A expropiación foi configurada no noso ordenamento xurídico como un sistema amplo de garantía do patrimonio do particular onde non só a translación do dominio, senón tamén a imposición de servidumes, as ocupacións temporais ou a subtracción de certas facultades da propiedade teñen cabida na súa concepción. E así, ademais da expropiación plena necesaria para a integración do dominio público viario, nada obsta á súa aplicación na adxencia, como se expón ao final deste capítulo.

Dado que lle corresponderá á lei definir³¹ o contido do dereito de propiedade segundo o precepto constitucional, serán as leis de estradas as que determinen a afección sobre os lindeiros do dominio público viario, debendo interpretarse en directa correspondencia o expropiable e o indemnizable, pois non hai expropiación sen compensación.

O feito xurídico materializado na privación ou negación dalgunha das facultades de uso preexistentes á intervención administrativa a favor do titular lindeiro é común tanto á ex-

29 A diferenza da anterior Lei de estradas, que abrangía todo o dominio público.

30 Quedan en todo caso excluídos aqueles que conteñan comunicación adicional tendente a promover a contratación de bens ou servizos.

31 Confirmado por xurisprudencia recente segundo a STS 1453/2016, do 4 de abril: «... que esta sala xa ten declarado que os prexuízos derivados das limitacións legais establecidas para os terreos próximos ás estradas non son susceptibles de indemnizacións, pois eles derivarían da propia construción da estrada e non do instituto expropiatorio do exercicio do cal aquí se trata...».

propiación como á figura das limitacións da propiedade, constituíndose a contraprestación como o elemento diferenciador³² ao final.

Fronte á xeneralidade e previsibilidade causal emanada da determinación legal exixida á expropiación, a limitación da propiedade toma forma a través da autorización, que, se ben restrinxen usos ou dereitos con independencia da súa titularidade, deberá ser particularizada en cada caso en razón do seu procedemento. Só naqueles casos en que a propia lei especifique prohibicións de uso ou actividade, poderá anticiparse o efecto da limitación, pois a discrecionalidade da autorización non pode contravir a lei que a ampara.

4.2 A función social como teoría negatoria da indemnización

Así como a expropiación forzosa toma causa na utilidade pública –non cuestionada aquí– contida no propio patrimonio do propietario, requiríndose unha contraprestación para o reequilibrio do principio de igualdade, a figura da limitación da propiedade requiriu de argumentacións³³ máis sofisticadas que concluíron sempre nun mesmo resultado, a negación da correspondente indemnización.

Sustentada no contido circunstanciado do dereito dos titulares, a función social da propiedade representa a preeminencia dos intereses xerais sobre os particulares (a presenza do dominio público viario neste caso), lexitimando a imposición de determinadas obrigas ao particular, prohibicións de facer ou abstencións que puidesen pór en perigo o fin social atribuído á propiedade baixo o paraugas constitucional.

A función social conectou coa utilidade pública de forma directa e plena en ámbitos sectoriais que se ven identificados de forma directa con aspectos culturais e humanos que non requiren de maiores xustificacións artificiosas ou mesmo do socorrido emprego da cláusula constitucional de sometemento da riqueza ao interese xeral, que en última instancia podería absorber calquera tipo de actividade. E baixo esta premisa foron obxecto de desenvolvemento legal as augas continentais, a zona marítimo-terrestre, os espazos naturais, o patrimonio histórico-cultural, o aproveitamento urbanístico e, con maior polémica, as reformas agrarias.

Pero no relativo ás estradas, nin constitúen un ben natural ou histórico (só predicable dos camiños que gozan desa condición) nin os terreos polos que transitan teñen unha especial capacidade de atracción destas posto que non hai predios máis proclives que outras para albergar o espazo público viario³⁴.

32 Malia que o carácter indemnizable como criterio distintivo entre as categorías da limitación e a expropiación non goza de unanimidade entre a doutrina, autores de referencia como GARCÍA DE ENTERRÍA chegaron a establecer como nota característica propia das limitacións precisamente a non indemnizabilidade, *vid.* MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., *Carreteras, su régimen jurídico*, cit., p. 285.

33 Superadas certas teses de entre as que destacou a consideración do lindeiro como beneficiario-usuario pola súa privilexiada posición respecto á vía, a teoría da xeneralidade persistiu ata principios deste século como un argumento artificioso e formal, amparado no numeroso das afeccións e que perde valor tras as conclusións emanadas da STC 227/1998, do 29 de novembro.

34 Non obstante, debe terse en conta que, cando a estrada estea circundada polo espazo urbano, o sistema de compensación de cargas e a afección plena do territorio a escala local polo instrumento de planeamento logran restaurar o principio de igualdade fronte ás limitacións á propiedade.

En todo caso, trátase dunha decisión discrecional administrativa, a través da técnica do planeamento ou da programación e os seus estudos correlativos³⁵, a que trae causa da adopción dun ou outro trazado. E esta debera ser a razón definitiva para rexeitar o emprego da función social, dado que a atribución dese potencial de restrición intrínseca da propiedade supón privar o lexislador de cumprir o seu mandato respecto do dereito de propiedade, que non é outro que definilo positivamente.

4.3 A habilitación da indemnización expropiatoria na adxacencia segundo a normativa sectorial

Tradicionalmente as únicas expropiacións contempladas máis alá do espazo de dominio público de forma persistente nas sucesivas normas de estradas e sen transmisión da titularidade relaciónanse coas ocupacións temporais ou expropiacións non plenas, desenvolvidas polo RXEs no seu artigo 81 e con base tanto na normativa estatal como autonómica.

Correspóndense estas con actuacións indemnizables polo uso en razón do servizo en canto á súa efectiva realización por parte da Administración na zona de servidume.

Por outra banda, a prohibición de construír á que se someten os afectados pola determinación da zona de limitación da edificabilidade resulta indemnizable de non poder exercer o dito dereito noutras localizacións en atención ao ordenamento urbanístico.

A supletoriedade doutras normas en relación co ámbito sectorial de afección provocou que esa indemnización non sempre quedase recollida nas normas de estradas³⁶, e incluso na actual LEsG, e, a diferenza da LEs, segue sen mencionarse tal posibilidade mediante a negación de toda indemnización con carácter xeral polas restricións sufridas a consecuencia da definición da liña límite de edificación, polo que deberá seguir sustentándose esa contraprestación por vía xurisprudencial³⁷.

En todo caso, resultará «... imprescindible a acreditación de que na porción restante do predio resulta imposible concentrar a edificabilidade que ten asignada no planeamento urbanístico...», cláusula de habitual emprego en distintas sentenzas³⁸ ditadas polo TS.

Polo que se refire á zonificación de servidume acústica e os seus efectos indirectos restritivos respecto da edificación residencial, a LEs habilita a correspondente indemnización polas ditas limitacións sempre que os afectados acrediten tanto o menoscabo dos seus dereitos como a imposibilidade do seu exercicio noutras localizacións.

35 Os estudos informativos (artigo 11 LEs) son os documentos técnicos, xurídicos e económicos que recollen e valoran as distintas alternativas ao trazado formulado; e nesa valoración serán tidos en conta, entre outros, o impacto ambiental ou a ordenación do territorio, pero non como contido básico único ou predominante, pois os condicionantes técnicos ou económicos constitúense ao final como os elementos decisores principais.

36 Xa a Lei de autoestradas de 1972 e a Lei de 1974 de estradas (de forma anómala e inxusta, dado que só toma en consideración as autovías e autoestradas en detrimento do resto de estradas) contemplaban esa indemnización, sendo acomodada polo Regulamento de estradas de 1977 á Lei do solo de 1976, malia que isto non tivo continuidade coa Lei de estradas de 1988, que non só non trata esa indemnización, senón que mediante o seu desenvolvemento regulamentario (RXEs) no seu artigo 87 a nega.

37 Pero a xurisprudencia seguiu mantendo o seu apoio ao texto legal do Regulamento de 1977 amparándose na correcta interpretación da Lei do solo, *vid.* STS 2943/2001, do 7 de abril, STS 7609/2002, do 16 de novembro, STS 1230/2003, do 24 de febreiro.

38 Entre outras, STS 1230/2003, do 24 de febreiro, ou STS 7609/2002, do 16 de novembro.

O impacto desa previsión compensatoria será en todo caso moi escaso, dado que, por unha parte, os mapas de ruído son previsións establecidas para vías de comunicación de grandes aglomeracións de poboación e, por outra, a LEsG non recolle tal previsión indemnizatoria.

Cabe destacar a distinta natureza da indemnización que se está a tratar neste punto relativa á edificabilidade expectante fronte ás compensacións por contaminación sonora como resultado da construción de infraestruturas sobre as propiedades lindeiras, que en todo caso se identifican con indemnizacións expropiatorias³⁹ dada a obvia previsibilidade dos prexuízos sufridos con ocasión da circulación de vehículos.

Unha compensación esta última que, malia poder formar parte do prezo xusto, tamén poderá ser evitada mediante as correspondentes xustificacións relativas ás medidas ambientais previstas no proxecto⁴⁰.

Pero, sen lugar a dúbidas, a novidade legislativa sitúase na posibilidade de indemnización da depreciación orixinada nos predios contiguos como consecuencia das modificacións ou creacións de novas estradas levadas a cabo a partir da entrada en vigor da norma, polo menoscabo sufrido no estatuto xurídico da propiedade.

A concisión empregada pola LEs en continuidade coa técnica legislativa habitual na dita normativa sectorial deberá ser completada co regulamento respectivo para poder comprender o alcance desta nova cláusula que, aínda que se sitúa no artigo 33 da LEs relativo á zona de limitación á edificabilidade, representa un avance moi destacable a favor da indemnización por adxacencia.

Aínda así, os seus efectos serán escasos dado que esta nova posibilidade non ten efectos retroactivos e non deixa de ser unha medida que se desenvolve ao mesmo tempo que se dá practicamente por rematada a ampliación da rede de estradas por parte da Administración xeral do Estado.

Tamén cumprirá observar a interpretación que se faga da Lei 8/1972, do 10 de maio, de construción, conservación e explotación de autoestradas en réxime de concesión, aínda vixente, respecto da depreciación agora admitida na LEs e non reflectida naquela, aínda que non parece coherente que se produza un tratamento desigual, xa que a única diferenza reside no réxime de concesión.

En contraposición e co fin de evitar remisións ao RXEs, de forma clara e firme o artigo 42 da LEsG establece que as limitacións establecidas pola determinación das distintas zonas de protección e os usos restrinxidos por estas non alteran a situación de propiedade preexistente nin a súa titularidade, á vez que non xeran dereito de indemnización ningún.

Desta forma, a norma autonómica desmárcase da posición aperturista emprendida pola LEs a favor da indemnización por adxacencia, sen dúbida no entendemento de que, en materia de investimento de infraestrutura viaria, nin foron concluídas as obras de estradas principais

39 *Vid.* STS 6013/2002, do 21 de setembro, FX 1.º: «... sobradamente séndolle coñecida a aquel representante a doutrina xurisprudencial sobre a indemnizabilidade dos prexuízos causados polo impacto sonoro derivado da execución das vías públicas (sentenzas desta Sala do Tribunal Supremo do 19 de xullo de 1997 –recurso de casación 9285/92– e 25 de novembro de 1997 –recurso de apelación 1455/92–, fundamento xurídico decimo terceiro)».

40 *Vid.* STSXG 5404/2008, do 16 de xaneiro, FX 4.º

vertebradoras da Comunidade Autónoma de Galicia, nin a fortaleza orzamentaria autonómica é comparable coa capacidade de endebedamento da Administración xeral do Estado.

5 Conclusións

Fronte ás expectativas de revalorización dos predios contiguos ás estradas, antano maioritariamente compartidas e fundadas en hipotéticos dereitos preferentes de acceso e perspectivas urbanísticas sen base legal, en lóxica e reflexiva interpretación das actuais normas sectoriais que regulan e restrinxen o dereito de propiedade dos titulares lindeiros só pode identificarse a presenza do dominio público viario como unha carga ou gravame, sen dúbida causa de depreciación en todo estudo ou taxación debidamente razoado.

De forma continuada, as prescricións legais non situaron esas afeccións no ámbito da institución expropiatoria, negando así calquera contraprestación posible aos propietarios de predios próximos á vía polas restricións sufridas. A argumentación baseada na función social configuradora do dereito de propiedade, satisfactoriamente esgrimida noutros sectores, non goza de axeitado encaixe no ámbito viario posto que se esvaece o elemento natural e queda comprometido o principio de igualdade fronte a unha decisión que, en todo caso, resulta dunha determinación administrativa discrecional.

Pero, ademais, esas limitacións non tiveron unha contestación social xurisdicionalmente activa en comparación con outros campos tamén gobernados pola figura das limitacións á propiedade. Sen dúbida niso tivo influencia a percepción, hoxe caduca, dunha contraprestación en especie polo aparente beneficio outorgado pola situación de adxacencia, ademais do carácter silente que presentan as ditas restricións, só postas de manifesto xa que o titular pretende materializar algunha das súas facultades de gozo emanadas do dereito de propiedade e que, aínda así, requiren de confirmación ou concreción a través do filtro da autorización administrativa.

En canto á normativa sectorial, as recentes aprobacións respectivas configuran un panorama que emprendeu unha diverxencia notable na regulación viaria, especialmente no espazo urbanístico, onde a norma autonómica resulta máis permeable aos instrumentos urbanísticos de xestión local.

Pero será no ámbito das limitacións nas zonas de protección onde se produza unha deriva máis relevante arredor da indemnización por depreciación nos predios lindeiros como consecuencia do menoscabo no estatuto xurídico da propiedade, respecto das obras ou modificacións levadas a cabo con posterioridade á entrada en vigor da norma estatal, aspecto innovador da LEs e que pode supor un cambio de postura en canto á indemnización por limitacións á propiedade.

A causa parece residir na consideración por parte do Ministerio de Fomento de terse chegado a completar de xeito suficiente as infraestruturas que comprenden a Rede Xeral do Estado, xa que o sistema actual satisfai sobradamente as necesidades futuras a medio prazo.

A igual e contraria conclusión debe chegarse no caso das comunidades autónomas, especialmente na Comunidade Autónoma de Galicia. A crise económica e a consecuente redución do investimento por parte da Administración non permitiron finalizar diversos corredores

internos necesarios para completar a Rede Autonómica Primaria estratéxica, polo que non parece previsible que nun futuro próximo a LEsG, mediante as modificacións oportunas, albergue a posibilidade de indemnización polas restricións infrinxidas na adxacencia.

Aínda que, pola contra, as determinacións da norma estatal tamén poden pór en cuestión esas diverxencias e influír en posibles modificacións en defensa do principio de igualdade no plano da xustiza comparativa.

6 Bibliografía

BOBES SÁNCHEZ, M.^a J., *La teoría del dominio público y el derecho de carreteras*, Iustel, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., *Carreteras, su régimen jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1990.

PONCE SOLÉ, J., "Algunas consideraciones jurídicas sobre los caminos de uso público y titularidad municipal", *Cuadernos de derecho local*, n. 15, 2007.

Regap



ESTUDIOS

As leis 39 e 40 de 2015 e as universidades públicas: a súa exclusión da esfera da Administración pública e consecuencias derivadas

Las leyes 39 y 40 de 2015 y las universidades públicas: su exclusión de la esfera de la Administración pública y consecuencias derivadas

Laws 39 and 40 of 2015 and public universities: their exclusion from the field of public Administration and derived consequences

53 Regap

ALBERT LLADÓ MARTÍNEZ

Profesor asociado de Derecho Administrativo
Universidade de Girona (Cataluña, España)
albert.llado@udg.edu

Recibido: 09/05/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: O artigo estuda o alcance e as consecuencias dos cambios introducidos polas leis 39 e 40 de 2015, do procedemento administrativo das administracións públicas e do réxime xurídico do sector público, respectivamente, sobre o réxime xurídico das universidades, a partir da exclusión destas institucións da consideración de administracións públicas.

En primeiro lugar, conséntase que esta exclusión existe, derivada do ámbito subxectivo de aplicación ditado en ambas as dúas leis. Seguidamente, detállanse as implicacións que comporta esta exclusión, así como o seu alcance e efecto sobre diferentes ámbitos da actuación universitaria, ao estar boa parte das disposicións de ambas as dúas leis dirixidas especificamente ás administracións públicas e non ser, polo tanto, de aplicación supletoria ás universidades públicas por teren sido excluídas desta condición.

As solucións que aquí se propoñen aos graves problemas que derivan do anterior pasan preferiblemente pola modificación destas leis para volver considerar as universidades como administracións públicas ou, polo menos, non excluídas de xeito explícito desta condición. Non facelo implica privar as universidades de boa parte das potestades e garantías que as novas leis lles reservan ás administracións públicas.

Palabras clave: dereito administrativo, universidades, Administración pública, goberno universitario, xestión universitaria.

Resumen: El artículo estudia el alcance y las consecuencias de los cambios introducidos por las leyes 39 y 40 de 2015, del procedimiento administrativo de las administraciones públicas y del régimen jurídico del sector público, respectivamente, sobre el régimen jurídico de las universidades, a partir de la exclusión de estas instituciones de la consideración de administraciones públicas.

En primer lugar, se constata que esta exclusión existe, derivada del ámbito subjetivo de aplicación dictado en ambas leyes. Seguidamente, se detallan las implicaciones que comporta esta exclusión, así como su alcance y efecto sobre

diferentes ámbitos de la actuación universitaria, al estar buena parte de las disposiciones de ambas leyes dirigidas específicamente a las administraciones públicas y no ser, por tanto, de aplicación supletoria a las universidades públicas por haber sido excluidas de esta condición.

Las soluciones que aquí se proponen a los graves problemas que se derivan de lo anterior pasan preferiblemente por la modificación de estas leyes para volver a considerar las universidades como administraciones públicas o, por lo menos, no excluirlas de manera explícita de esta condición. No hacerlo implica privar a las universidades de buena parte de las potestades y garantías que las nuevas leyes reservan a las administraciones públicas.

Palabras clave: derecho administrativo, universidades, Administración pública, gobierno universitario, gestión universitaria.

Abstract: This article examines the scope of the changes introduced by Laws 39/2015 and 40/2015, of the administrative procedure of public administrations and the legal system of the public sector respectively, and the consequences of these changes on the legal regime of public universities, mainly due to the exclusion of these institutions from being considered public administrations.

The study first confirms that this exclusion exists, derived from the scope of application issued in both laws. Next, it study the implications of this exclusion, as well as its scope and effects on the different areas of university activity.

The preferred solution to these serious problems would preferably include the modification of these laws returning to the universities the consideration of public administrations or, at least, not to exclude them explicitly. Failure to do so implies depriving universities of many of the powers and guarantees that the new laws reserve to public administrations.

Key words: administrative law, universities, public Administration, higher education.

Sumario: 1 Introducción. 2 Consideración xurídica das universidades na historia recente. 3 Consideración xurídica das universidades nas leis 39 e 40 de 2015. 4 A exclusión das universidades da condición de administracións públicas. 4.1 Administración pública versus administración. 4.2 Unha exclusión non motivada e non solicitada. 4.3 Unha exclusión contraditoria co resto do ordenamento xurídico universitario. 5 O dano causado débese reparar, non empeorar: as leis universitarias non deben crear un dereito administrativo paralelo. 6 As consecuencias da aplicación das leis 39 e 40 sobre diversos ámbitos universitarios e algunhas aclaracións para o seu exercicio. 6.1 A estrutura orgánica das universidades: os órganos colexiados. 6.2 O rexistro administrativo. 6.3 As garantías do silencio administrativo e da revisión de oficio dos actos. 6.4 A contratación administrativa. 6.5 A potestade disciplinaria. 6.6 O patrimonio universitario e a responsabilidade patrimonial. 6.7 O persoal docente, investigador e de administración da universidade. 6.8 A potestade regulamentaria das universidades. 7 Conclusións. 8 Bibliografía.

1 Introducción

A aprobación e entrada en vigor das novas leis que configuran o réxime xurídico do sector público e o procedemento administrativo común das administracións públicas, respectivamente Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (en diante L40/2015) e Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante L39/2015), supuxeron un novo movemento na táboa de nomenclaturas e categorizacións das institucións que forman a estrutura dos entes públicos. Principalmente, o feito de retirarlles ás universidades a condición de Administración pública provoca unha serie de consecuencias de máxima importancia que deben ser atendidas con urxencia para que estas institucións poidan seguir desenvolvendo as súas funcións con seguridade xurídica e baixo as garantías previstas polo dereito administrativo para as administracións públicas.

2 Consideración xurídica das universidades na historia recente

Aténdonos concretamente á institución da universidade, a súa clasificación na historia recente baixo unha forma concreta ou dentro dunha categoría específica de entidade pública non foi formalmente ben resolta por ningún marco xurídico, universitario ou administrativo. Efectivamente, e sen pretender ser exhaustivo, un repaso ás diferentes formas en que as

universidades públicas foron definidas ao longo do último século dá unha idea de como foi de espesa e cambiante a definición da súa natureza xurídica¹:

- 1943: “corporación de mestres e escolares”, segundo a Lei sobre ordenación da universidade española, que “terá plenitude de personalidade xurídica en todo o que non estea limitado pola lei e sempre dentro do exercicio das súas funcións universitarias”.

- 1962: “organismo autónomo”, do tipo que desenvolve os servizos que lle son encomendados vía subvencións consignadas nos orzamentos do Estado e polas taxas, recargas e outros que teña establecidos, segundo o Decreto 1348/1962, do 14 de xuño, polo que se dá cumprimento ao disposto na disposición transitoria sexta da Lei de réxime xurídico de entidades estatais autónomas, do 26 de decembro de 1958, e se aproba a clasificación das ditas entidades.

- 1970: “terán personalidade xurídica e patrimonio propio” e “gozarán de autonomía” baseándose na cal “terán plena capacidade para realizar todo tipo de actos de xestión e disposición, sen máis limitacións que as establecidas polas leis”, segundo a Lei xeral de educación, coñecida como Lei Villar Palasí. Con esta lei introdúcese no marco normativo a figura dos estatutos das universidades.

- 1970-1971: “organismo autónomo”, “corporación de dereito público” e/ou “entidade de dereito público”, segundo os diferentes estatutos que aproban as universidades a partir da Lei Villar Palasí.

- 1983: “están dotadas de personalidade xurídica e desenvolven as súas funcións en réxime de autonomía”, segundo a Lei de reforma universitaria (LRU) dese ano, xa ditada coa Constitución de 1978 en vigor.

- 1985: “entidades de dereito público que teñen personalidade xurídica e patrimonio propios”, “entes públicos institucionais”, “corporación de dereito público” ou “institución de dereito público”, segundo os estatutos aprobados polas universidades a partir da LRU.

- 2001: “están dotadas de personalidade xurídica e desenvolven as súas funcións en réxime de autonomía”, segundo a Lei orgánica de universidades (LOU), que reproduce a definición empregada na LRU de 1983.

- 2001-: “entidade de dereito público que ten personalidade xurídica e patrimonio propios”, “institución de dereito público con personalidade xurídica e patrimonio propio”, entre outras definicións, nos estatutos aprobados a partir da LOU de 2001 e posteriores.

Esta diversidade de caracterizacións fai referencia unicamente ao disposto na normativa: durante todos estes anos a xurisprudencia foi acuñando tamén formas diferentes de referirse á institución universitaria. Así, o Tribunal Supremo (STS do 10 de maio de 1988, ar. 4144) cualificounas de “administración independente” e, na STS do 1 de decembro de 2003, de “entidades de dereito público” vinculadas á Administración xeral do Estado ou á da correspondente comunidade autónoma. O Tribunal Constitucional, na STC 101/2003, do

1 Da recompilación que presenta con maior detalle TARDÍO PATO, J. A., “¿Tiene sentido que las universidades públicas dejen de ser administraciones públicas en las nuevas leyes del sector público y de procedimiento administrativo común?”, *Documentación Administrativa*, n. 2, xaneiro-decembro, 2015.

2 de xuño, fai unha descrición en que cualifica a natureza das universidades de “peculiar”, explicando que as considera “administración institucional”, “organismo autónomo”, e que pola súa organización se parecerían máis ás “corporacións”. Pola súa banda, o Consello de Estado cualificou as universidades, ao ditaminar no seu día sobre estatutos emitidos en desenvolvemento da LRU, de “entes administrativos autónomos”, que non eran asimilables aos “organismos autónomos”. E todo isto sen nin sequera entrar a considerar todo o que se escribiu sobre o tema por parte da doutrina, que reproduce e abunda no uso de todas estas cualificacións e clasificacións.

3 Consideración xurídica das universidades nas leis 39 e 40 de 2015

Visto o ampla variedade de consideracións que recibiu a natureza xurídica da universidade, imos ver que din agora as aínda recentes leis básicas administrativas, que achegaron a última novidade á lista e, sobre todo, se a nova cualificación debe significar cambios importantes na consideración e no funcionamento das institucións universitarias.

Ambas as dúas leis prevén un ámbito de aplicación subxectiva practicamente idéntico e fano no mesmo número de artigo, o segundo, dirixíndose algunhas precisións específicas ás entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das administracións públicas, e un apartado para as corporacións de dereito público, este último unicamente na L39/2015. A primeira concreción en canto ás universidades públicas é notable porque son mencionadas no apartado c) do punto 2, onde se di que “*se rexen pola súa normativa específica e, supletoriamente, polas previsións desta lei*”. Obviamente, esta é unha afirmación importante, á que haberá que referirse cando nos empeceamos a facer preguntas derivadas doutros apartados cos que se relaciona directamente.

E neste mesmo artigo segundo de ambas as dúas leis atópase tamén o aspecto que suscitará máis preguntas e dúbidas. Nel exponse, así o anuncia o seu título, o ámbito subxectivo de aplicación destas normativas. Concretamente, os apartados que configuran os suxeitos a que é de aplicación din:

“1. Esta lei aplícase ao sector público, que comprende:

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

2. O sector público institucional está integrado por:

- a) Calquera organismo público e entidades de dereito público vinculados ou dependentes das administracións públicas.*
- b) As entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das administracións públicas (...).*

c) As universidades públicas, que se rexen pola súa normativa específica e, supletoriamente, polas previsións desta lei”.

Así pois, estas leis aplícanse ao sector público institucional; e as universidades forman parte do sector público institucional. Porén, o apartado 2c establece que estas leis só serán de aplicación supletoria ás universidades, que se rexen en primeiro lugar pola súa normativa específica. Atopamos aquí, polo tanto, o primeiro elemento que nos fará xurdir dúbidas sobre o alcance da aplicación desta nova normativa administrativa acerca das universidades públicas.

Non obstante, e malia ser unha redacción ambigua e que necesita concreción posterior, este primeiro elemento configurador do réxime xurídico universitario non motivaría por si só unha análise sobre o alcance da aplicación da normativa, menos aínda cando, como vimos, a institución universitaria está acostumada a navegar nestas augas de ambigüidade en canto á súa consideración e a encontrarse regulada desde máis dun nivel, a través da lei orgánica que desenvolve a institución, e mais as leis administrativas vixentes en cada momento que ordenan o seu funcionamento, as leis autonómicas como no caso da LUC en Cataluña, as diversas normativas sectoriais e os seus propios estatutos. O que crea un nivel alarmante de dúbida, e que xera preguntas máis alá do que poderíamos considerar habitual para a institución, é a exclusión que se produce de xeito explícito neste artigo 2 de ambas as dúas leis, unha exclusión explícita das universidades da condición de Administración pública, disposición que é totalmente inaudita na lexislación posconstitucional.

Efectivamente, no apartado 3 do mesmo artigo segundo establécese que non son os que teñen a consideración de Administración pública:

“3. Teñen a consideración de administracións públicas a Administración xeral do Estado, as administracións das comunidades autónomas, as entidades que integran a Administración local, así como os organismos públicos e as entidades de dereito público que prevé a letra a) do apartado 2”.

As universidades, que se atopan listadas na letra c) do apartado 2, quedan así excluídas deste punto e non teñen, polo tanto, a consideración de Administración pública. Esta si é unha previsión legal que xera dúbidas razoables e que baixo o meu parecer é merecedora, polo menos, dun repaso polas cuestións que a primeira vista parecen destinadas a suscitar controversias, e que poderían dar lugar a actuacións ou interpretacións diversas e problemáticas.

En primeiro lugar, a partir do que vimos que se dispón no artigo 2 de ambas as dúas leis L39/2015 e L40/2015, podemos resumir que as universidades:

a) *se atopan englobadas dentro do sector público institucional, ao que lle son de aplicación as leis 39 e 40 de 2015. Pero só lle serán de aplicación supletoria, xa que se rexen en primeiro lugar pola súa propia normativa.*

b) *non teñen a consideración de administracións públicas.*

Acábase de perfilar a súa renovada natureza coa actual Lei orgánica 4/2007, do 12 de abril, pola que se modifica a Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades (LOMLOU), que estipula que están dotadas de personalidade xurídica e desenvolven as súas funcións en réxime de autonomía e de coordinación entre todas elas, segundo a redacción vixente do seu artigo 2.

4 A exclusión das universidades da condición de administracións públicas

4.1 Administración pública *versus* administración

A partir desta configuración podemos empezar a facernos preguntas. En primeiro lugar, sobre o alcance concreto da supletoriedade das leis L39/2015 e L40/2015: ao longo destas dúas leis existe un bo número de apartados e preceptos que están explicitamente dirixidos ás administracións públicas. Vimos que estes mesmos textos legais lles negan esta condición ás universidades públicas; significa isto que tales apartados non serán de aplicación supletoria ás universidades? É dicir, as leis 39 e 40 de 2015 deberán ser aplicadas de forma supletoria ás universidades (como di o artigo 2.2 c) pero non lles serán de aplicación aqueles apartados e artigos dirixidos explicitamente ás administracións públicas (xa que o artigo 2.3 di que as universidades non o son)?

Porque, efectivamente, estas dúas leis marcan unha diferenciación entre os termos “administración” e “Administración pública”, dous conceptos que foron empregados tradicionalmente como sinónimos nos textos que tratan o dereito administrativo, pero sobre os que as L39/2015 e L40/2015 marcan unha liña divisoria, falando sempre desde o punto de vista das universidades, ao establecer qué administracións (termo xenérico) teñen a condición de administracións públicas (termo reforzado). E, como vimos, as administracións das universidades non se atopan neste último grupo.

Isto representa un aspecto central do problema, e é «o que para os efectos prácticos priva de lexitimación as universidades en canto á aplicación das previsións arredor dos actos administrativos, os seus requisitos, eficacia e executividade, así como o réxime de actuación dos interesados» e das correspondentes á ordenación do procedemento administrativo común. En resumo, os aspectos básicos e comúns que rexen a actuación das administracións públicas e as súas relacións entre elas e cos axentes externos.

Para afondar un pouco máis no problema, cómpre comezar pola definición da categoría *Administración pública* que crean ambas as dúas leis no artigo 2.3. Non é que se faga unha definición do seu contido ou das súas características, pero o importante é que se establece a categoría e que no mesmo artigo se escribe a lista pechada dos entes que terán esta consideración de Administración pública. O resto de entidades que aparecen no mesmo artigo 2 pero noutros apartados, por exclusión, non pertencen a esta categoría. Por outra banda, todos os entes que aparecen nos artigos 2.1 e 2.2 se atopan comprendidos no sector público, universidades incluídas.

Curiosamente, o concepto *sector público* só aparece fóra do preámbulo da L39/2015 neste artigo segundo, e posteriormente unicamente cando se menciona a L40/2015. Nesta última si que aparecen numerosas disposicións que se dirixen aos entes incluídos no ámbito do sector público. Sendo boa parte desta lei de aplicación exclusiva á Administración xeral do Estado, moitos destes preceptos están dirixidos a esta de forma singular, mentres que moitos outros fan referencia só ao sector público institucional do Estado, das comunidades autónomas e os entes locais. En canto ás universidades como integrantes do concepto sector público, é destacable a previsión do artigo 81.1 da L40/2015, en que se detallan os principios a que están

sometidas estas entidades, case todos de transfondo económico: principio de legalidade, de eficiencia, de estabilidade orzamentaria, de sustentabilidade financeira, de transparencia na xestión e, en materia de persoal, as limitacións previstas na lexislación orzamentaria. Non hai outras prerrogativas ou disposicións dirixidas á universidade, máis alá do –limitado– carácter supletorio xeral de ambas as dúas leis exposto no artigo 2.2 c).

O feito de considerar as administracións públicas como unha categoría diferenciada, da cal forman parte unicamente unhas institucións concretas, fai que debamos ter en conta a partir de agora como conceptos diferentes os que en textos normativos anteriores (e en todo tipo de documentación) se utilizaban como sinónimos ou, cando menos, como formas ambivalentes de referirse a unha mesma tipoloxía de entidades. Refírome ao uso da palabra *administración* como sinónimo de *Administración pública*, unha utilización dual que xa non podemos manter cando pretendamos referirnos á administración das universidades. É evidente que as universidades teñen unha administración, pero, a partir da definición que se nos deu, esta non se atopa dentro da categoría Administración pública.

Polo tanto, cando estudamos esta lexislación básica desde a óptica da administración universitaria, debemos diferenciar cando os seus preceptos fan referencia ás administracións (en que a universidade se poderá considerar incluída, porque podemos entender que se refire a administracións do sector público), daqueles en que se fai mención concreta das administracións públicas, xa que nesta categoría non se conta a universidade. Alí onde as leis 39 e 40 de 2015 din “administración”, podemos seguir considerando incluído o aparato administrativo das universidades, tal como se facía nas redaccións das leis básicas anteriores. Pero naquelas disposicións en que estas leis mencionan de forma específica as “administracións públicas” temos que entender, porque así nolo di o artigo 2.3, que unicamente se están a referir ás administracións territoriais e a aquelas da letra a) incluídas nesta categoría e, polo tanto, deberanse excluír da aplicación destas partes do articulado as universidades públicas.

Esta diferenciación por exclusión representa obviamente problemas de calado considerable: en primeiro lugar pola enorme limitación que o expresado nos parágrafos anteriores supón en referencia á aplicación supletoria destas normas ás universidades, unha limitación que implica consecuencias graves para a actuación destas entidades, como veremos máis adiante. En segundo lugar, existen outros textos legais igualmente vixentes aos que me referirei máis adiante, algúns deles tamén de carácter básico e mesmo orgánico, que modulan e nalgúns casos contradín claramente esta natureza de non-Administración pública que as leis 39 e 40 de 2015 outorgan ás universidades públicas. As contradicións son de fondo calado e non estou seguro de que poidan resolverse coas simples “adaptacións normativas” que ambas as dúas leis prevén nas súas disposicións derradeiras. Antes, non obstante, algunhas consideracións sobre a necesidade desta exclusión.

4.2 Unha exclusión non motivada e non solicitada

Debe facerse notar que un cambio de profundidade tan marcado foi efectuado literalmente sen motivo, é dicir, sen que o lexislador motivase de ningunha forma, nin no propio preámbulo



dos textos analizados nin durante a súa elaboración, tanto nos anteproxectos de lei como na súa tramitación parlamentaria².

Por outra banda, ata hoxe non me consta que o ámbito daquilo que chamamos “comunidade universitaria” nin ningún dos seus órganos de representación expresasen o seu desexo de verse apartados da condición de Administración pública. Certamente, pídeses máis autonomía e un mellor financiamento, pero a exclusión das institucións universitarias do conxunto de principios e normas que configuran o dereito administrativo e que deben ser observadas por aqueles entes que serven ao interese xeral non responde aos eventuais chamamentos en favor de maior autonomía ou financiamento. As entidades públicas que exercen potestades e que prestan servizos públicos deben someterse ás garantías que o dereito administrativo configura, moi especialmente a través da normativa reguladora da actuación das administracións públicas, do procedemento administrativo e do resto de garantías que se prevén na súa lexislación básica. E, como vimos, deixar de ser Administración pública para pasar a ser administración leva consigo quedar excluída de boa parte destas obrigas e garantías.

E, ademais, esta exclusión non solicitada e non desexada tampouco era necesaria. Hai que puntualizar, de entrada, que certamente as universidades son entidades de gran complexidade e que sen dúbida necesitan normativizar determinadas especialidades nos seus procedementos. Por este motivo, e en virtude da súa autonomía de xestión, as universidades teñen recoñecida e exercen a potestade regulamentaria, a través da cal poden adecuar ás súas necesidades os principios básicos sobre os que se asenta a actividade das administracións públicas de forma común. E esta adecuación regulamentaria en ningún caso xustifica a exclusión do exercicio das potestades que a lexislación lles recoñece ás administracións públicas, nin xustifica librarse da observancia das garantías e da protección que a normativa outorga aos cidadáns como contrapartida ao exercicio daquelas potestades. En segundo lugar, tal como di Rivero Ortega (2017), as universidades non botaron en falta en ningún momento a necesidade de dotarse dun procedemento ou duns principios de actuación administrativa propios: *“nin a Lei orgánica de universidades, nin os estatutos das nosas universidades públicas, nin a lexislación universitaria autónoma nin outras normas internas de cada institución regulan nin o réxime xurídico dos seus actos nin os aspectos xerais do seu procedemento administrativo. Non o fan porque o consideran innecesario, ao entender e dar por suposto que as universidades non se diferencian na maior parte da súa natureza e réxime xurídico do resto de administracións públicas”*³.

4.3 Unha exclusión contraditoria co resto do ordenamento xurídico universitario

Máis alá das diferentes nomenclaturas e clasificacións, expostas ao principio deste texto, a xurisprudencia considerou sempre o réxime universitario como integrante do que se aplica ás administracións públicas, dentro do respecto á súa normativa universitaria específica. Como exemplo, a STC 192/2012, do 29 de outubro, en que, referíndose ao cargo de reitor de universidade, se di: *“do cadro normativo que configura este cargo académico infírese, en*

2 Explicao con detalle AMOEDO-SOUTO, C-A., “El impacto de las leyes 39 y 40/2015 en las universidades públicas: contenido, hipótesis y retos de futuro”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, xaneiro-marzo, 2017, pp. 283-312.

3 RIVERO ORTEGA, R., “La aplicación de las leyes 39 y 40/2015 a las universidades públicas: eliminando interrogantes”, *Revista de Administración Pública*, n. 201, setembro-décembro, 2016, pp. 279-302.

primeiro lugar, que as universidades públicas se integran –nos efectos que aquí importan e sen prexuízo da especificidade do seu réxime xurídico– no marco das administracións públicas”.

Por outra parte, desde o punto de vista competencial, hai que remarcar que a actual Lei orgánica de universidades (disposición derradeira primeira) se dita ao abeiro de diversas competencias que a Constitución lle reserva ao Estado no artigo 149, como son as relativas ao fomento e a coordinación da investigación científica, ou os condicionantes para obter e expedir titulacións académicas. Pero interézanos agora especialmente que se invoque tamén a competencia prevista no apartado décimo oitavo deste artigo, sobre o réxime das administracións públicas. En concreto:

“As bases de réxime xurídico das administracións públicas e do réxime estatutario dos seus funcionarios, que, en todo caso, garantirán aos administrados un tratamento común ante elas; o procedemento administrativo común, sen prexuízo das especialidades derivadas da organización propia das comunidades autónomas; lexislación sobre expropiación forzosa; lexislación básica sobre contratos e concesións administrativas e o sistema de responsabilidade de todas as administracións públicas”. (CE, artigo 149.1.1 18.^ª).

Resulta pois que nesta norma –Lei orgánica de universidades– o lexislador estatal puido establecer a regulación das universidades a partir da competencia constitucional que o Estado ten atribuída sobre as administracións públicas. Pero agora, e compartindo vixencia coa anterior desde hai meses, o lexislador estatal tamén regulou o réxime xurídico e o procedemento común das administracións públicas coas leis 39 e 40 de 2015, onde fixo constar que as universidades non teñen tal consideración. Resulta evidente que non se poden manter as dúas afirmacións ao mesmo tempo: ou as universidades se poden regular (LOMLOU) baseándose na competencia constitucional mencionada porque son administracións públicas, ou ben se deberá recorrer a outro precepto que lexitime a competencia estatal para esta regulación. Alternativamente, o lexislador administrativo deberá atribuírlles consideración de Administración pública ás universidades.

En todo caso, o artigo 2.2 c) das leis 39 e 40 de 2015 establece que as universidades se rexen en primeiro lugar pola súa normativa específica, de xeito que teremos que aplicar en primeiro lugar, e preferentemente, a LOMLOU. E, consecuentemente co que esta prevé na disposición derradeira primeira, terémola que aplicar en todos os ámbitos que abranguen as súas atribucións competenciais: a derivada do mencionado apartado 149.1.18 CE, así como os puntos 15 e 30 do mesmo artigo referentes ao fomento e á coordinación xeral da investigación científica e técnica e as normas básicas para o desenvolvemento do artigo 27.10 da Constitución, que, como é sabido, dispón a autonomía das universidades nos termos que a lei estableceza.

Así, en primeiro lugar, esta apelación da LOMLOU á competencia estatal sobre as bases do réxime xurídico das administracións públicas, referidas á administración das universidades, levaríanos a aplicar na súa totalidade as disposicións das leis básicas administrativas actuais, as leis L39/2015 e L40/2015. Non obstante, atopámonos con que estas leis apartan as universidades da categoría de Administración pública, mentres que a LOMLOU as empurra cara a ela.

Por outra banda, considerar as universidades como Administración pública non é un tratamento puntual ou exclusivo da LOMLOU: o Consello de Estado, cando emitiu o ditame correspondente á tramitación do anteproxecto da Lei orgánica de universidades de 2001

(que xa incluía a disposición derradeira primeira do título competencial tal como está redactada na actualidade), considerou acertada a elección das competencias baixo as que se ditaba o anteproxecto⁴. Implicitamente, pois, reforza esta asunción das universidades como administracións públicas.

Na mesma liña, a Lei de universidades de Cataluña de 2003 (LUC) tamén liga o réxime xurídico das universidades á lexislación catalá sobre o procedemento administrativo xeral, así como o réxime dos seus funcionarios: *“En defecto de norma expresa e no marco da lexislación básica do Estado, é de aplicación supletoria ás universidades públicas de Cataluña a lexislación da Generalitat sobre o procedemento administrativo, o réxime dos funcionarios da Administración da Generalitat, salvo o réxime estatutario aplicable aos funcionarios dos corpos docentes universitarios, o réxime patrimonial e financeiro e a contratación administrativa”* (LUC, artigo 102.3). A lei catalá é aínda máis clara no apartado seguinte do mesmo artigo (102.4), en que lles outorga de xeito explícito ás universidades públicas *“as prerrogativas establecidas pola normativa vixente para as administracións públicas”*, con excepción daquelas propias e exclusivas dos entes territoriais.

Máis habitualmente, as referencias á universidade como Administración pública tiveron un carácter elíptico ou sobreentendido; rara vez se mencionaba esta condición de forma clara e na maioría dos textos déixase implícita a súa natureza xurídica. Un exemplo diso é a constante remisión que se fai na propia LOMLOU á xurisdición contencioso-administrativa cando se regulan as formas de proceder contra os actos e disposicións de órganos de universidades que esgotan a vía administrativa⁵, unha remisión que se traslada tamén aos estatutos das universidades públicas. O feito de dirixir os recorrentes cara a esta xurisdición, así como a propia concepción de *“ter esgotado a vía administrativa”*, foron xa comunmente interpretados pola doutrina como algunhas das caracterizacións das universidades como administracións públicas⁶.

É relevante tamén facer notar as numerosas contradicións que a exclusión das universidades da consideración de Administración pública xera respecto á normativa sectorial en vigor: normativa que regula apartados da máxima importancia para a actuación dos entes públicos. Un primeiro exemplo é a Lei de contratos do sector público (LCSP)⁷, que no seu artigo 3.2 dispón: *“dentro do sector público, e para os efectos desta lei, terán a consideración de administracións públicas os seguintes entes, organismos e entidades: (...) c) As universidades públicas”*. E aínda con maior contundencia, en referencia ao persoal ao servizo das

4 Ditame do Consello de Estado, n. 1.998/2001, do 19 de xullo de 2001, Anteproxecto da Lei orgánica de universidades, apartado IV: *“Os títulos competenciais do Estado en que pretende ampararse o anteproxecto veñen recollidos na súa disposición derradeira primeira. E, aínda que se trata de títulos competenciais de alcance diverso (pois inclúense competencias exclusivas e plenas do Estado xunto con competencias para establecer «as bases» ou «as normas básicas»), o certo é que se estima acertada a súa cita, xa que teñen unha conexión suficiente co que constitúe o contido material da disposición”*.

5 LOMLOU, artigo 6.4: *“Nas universidades públicas, as resolucións do reitor e os acordos do Consello Social, do Consello de Goberno e do Claustro Universitario esgotan a vía administrativa e serán impugnables directamente ante a xurisdición contenciosa administrativa”*. LOMLOU, artigo 6.7.3: *“As resolucións do Consello de Universidades e do reitor a que se refiren os apartados anteriores esgotan a vía administrativa e serán impugnables directamente ante a xurisdición contenciosa administrativa”*.

6 ZAMBONINO PULITO, M., “Las universidades públicas como administraciones públicas. Bases de su creación y régimen jurídico”, *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 167-204.

7 Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público, BOE n. 276, de 16/11/2011.

universidades, no Estatuto básico do empregado público (EBEP)⁸, artigo 2.1: “este estatuto aplícase ao persoal funcionario e no que proceda ao persoal laboral ao servizo das seguintes administracións públicas: (...) e) as universidades públicas”.

En cambio, coa aprobación das leis 39 e 40 de 2015, a regulación de boa parte do procedemento administrativo común, dos actos administrativos, a potestade sancionadora ou a responsabilidade patrimonial, entre outros, ademais de todo o sistema de garantías para as persoas que se basea na aplicación sen fisuras do dereito administrativo, son aspectos da máxima importancia que quedan desregulados nas universidades desde outubro de 2016, como quedou claro a partir da redacción aprobada coas leis L39/2015 e L40/2015. Todas estas garantías e obrigas procedementais quedaron agora reservadas de forma exclusiva ás administracións territoriais e aos seus organismos vinculados ou dependentes.

5 O dano causado débese reparar, non empeorar: as leis universitarias non deben crear un dereito administrativo paralelo

A partir destas exclusións explícitas que fai a actual lexislación básica administrativa da condición de Administración pública das universidades, e atendendo á previsión do artigo 2.2 c de ambas as dúas leis en que se especifica que estas se rexen en primeiro lugar pola súa normativa, pode haber quen defenda que se abriu a porta a que unha nova lei orgánica de universidades, ou unha reforma da actual, inclúa a regulación dos principios do dereito administrativo, exposta nos parágrafos previos e da que foron excluídas as universidades públicas en quedaren despoñadas da condición de Administración pública.

Esta opción, que pode parecer posible –mesmo facilitada– polas normas básicas administrativas referidas, equivalería a introducir uns principios e garantías de funcionamento e de actuación propios para as administracións das universidades, así como unha teoría e regulación do acto administrativo e un procedemento específico para a administración universitaria. Tamén se deberían regular os principios e o procedemento sancionador, así como os de responsabilidade patrimonial, se é que se conclúe que ás universidades lles corresponden, aínda que non sexan unha Administración pública.

Creo sinceramente que non é necesario entrar a describir o volume e a complexidade que esta tarefa suporía, e como de contraria sería aos principios de eficiencia e de economía normativa, por non falar de que suporía romper a uniformidade da regulación dos entes públicos, xa que non hai que esquecer que, máis alá da nomenclatura ou o subgrupo de órganos en que sexan colocadas, as universidades públicas son iso, entidades que forman parte do sector público e que se nutren principalmente dos orzamentos que lles achegan as administracións territoriais, estatal ou autonómica, e das taxas e prezos públicos propios. Outra opción equivocada, na mesma liña, sería optar por reproducir a regulación básica do procedemento administrativo e do réxime xurídico das administracións públicas, duplicándoa dentro da lei orgánica de universidades.

8 Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, BOE n. 261, de 31/10/2015.

A alternativa a estes despropósitos sería simplemente volver situar as universidades no círculo das administracións públicas. Ou polo menos eliminar a súa exclusión explícita deste ámbito que se substancia nos artigos 2.3 de ambas as dúas leis; a universidade navegou durante os últimos decenios, como expliquei ao principio, sen unha definición clara da súa natureza xurídica, pero co acordo *de facto* de todas as partes –universidades, doutrina, xurisprudencia e lexislación (coa excepción do legislador de 2015)–, de que lle son de aplicación os principios e a lexislación básica das administracións públicas. Continuar con este réxime sobreentendido non é ideal desde o punto de vista científico xurídico, pero na práctica retornaría a calma a un sector, o universitario, que se atopa no período inicial de toma de conciencia da magnitude do cambio introducido.

Comentei previamente, e reitéro aquí, que as universidades teñen necesidades específicas e diferenciadas doutras administracións, derivadas sobre todo das condicións únicas e especiais de relación que se establecen entre estas institucións e os seus usuarios. Tales necesidades, que abranguen aspectos concretos de desenvolvemento da obriga de relación e do procedemento electrónico, do ámbito disciplinario ou das vías de acceso por citar algúns, poden e deben ser modulados pola propia institución, en uso da potestade regulamentaria que as universidades teñen recoñecida co fin de adecuar as previsións da normativa básica á súa actividade⁹. Recordemos neste sentido que existe unha reserva de lei para a inclusión de trámites adicionais ou distintos dos previstos na normativa básica de procedemento administrativo, tal como estipula o artigo 1.2 da Lei 39/2015. Polo tanto, as universidades deberían limitarse a perfilar aqueles trámites xa existentes, como di o mesmo artigo: *“poderanse establecer especialidades do procedemento referidas aos órganos competentes, prazos propios do procedemento concreto por razón da materia, formas de iniciación e terminación, publicación e informes que se deben solicitar”*.

Con todo o exposto ata aquí, considero que queda meridianamente claro que os principios de actuación e as normas básicas das administracións públicas deben ser aplicables e aplicados ás universidades. Pero ao mesmo tempo tamén se fixo evidente que a redacción actual das leis L39/2015 e L40/2015 o imposibilita, concretamente naqueles apartados en que estas normas se refiren de forma concreta ás administracións públicas.

En todo caso, hai que convir en que é inviable que unhas institucións como as universidades públicas operen sen un marco claro de funcionamento da súa administración. Por pór algúns exemplos, é obvio que as universidades realizan actos administrativos, algúns dos cales poden ser nulos ou anulables, uns actos que han de poder ser revisados; como tamén é certo que os cidadáns deben poder recorrer contra as resolucións dos seus órganos, ou seguir reclamando as posibles responsabilidades patrimoniais; ou que as universidades deben poder guiarse co uso dun procedemento administrativo común co resto das entidades públicas e que no exercicio das súas actividades deben garantir os dereitos dos cidadáns. Non é posible operar á marxe da estrutura xurídica de dereitos, obrigas e garantías configurada polo dereito administrativo, simplemente porque a redacción pouco afortunada dunha lei abra a porta a que sexa así.

⁹ Son exemplos desta adecuación o “Regulamento para a actuación administrativa automatizada na Universidade de Alacante”, o “Regulamento para a aplicación na Universidade de Salamanca da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, e da Lei 40/2015, do 1 de outubro, sobre réxime xurídico do sector público”, da Universidade de Salamanca, ou as “Directrices de adaptación das leis 39/2015 e 40/2015 á administración electrónica na Universidade de Zaragoza”.

Por todo iso, pois, é urxente e inescusable unha revisión das leis 39 e 40 de 2015 en que –sen entrar noutros defectos, que os hai e moitos– se corrixa o que non se pode cualificar doutra maneira que de erro e se lles devolva ás universidades públicas a condición de Administración pública, como se explicita no EBEP, ou que polo menos sexa considerada como tal, como se fai na actual LCSP. Mentres isto non se atenda, a aplicación destes textos administrativos básicos e da súa concreción no ámbito universitario continuará necesariamente sendo suxeito de interpretación, coa correspondente litixiosidade que leva consigo e xerando unha inseguridade xurídica que será sen dúbida crecente.

Á espera de que se produza unha modificación destes textos legais o antes posible coa reconsideración das universidades como administracións públicas, cómpre que a súa actividade se guíe atendendo a uns principios e a unhas normas de funcionamento claras, normativizadas e que garantan a seguridade xurídica, tanto para as propias institucións como para os seus traballadores e para os cidadáns en xeral.

Unha forma de garantir estas condicións, a máis sensata na miña opinión, é continuar aplicando a lexislación básica administrativa vixente, tal como na práctica, ata onde teño coñecemento, se continuou facendo desde a entrada en vigor das leis 39 e 40 de 2015. Certamente, como expuña máis arriba, a redacción actual destas leis exclúe as universidades da lista de entes considerados Administración pública, pero malia iso, e mentres non se dea unha reforma na dirección mencionada que corrixa o problema, haberá que fundamentar igualmente as actuacións administrativas universitarias baixo estas leis, xa que doutro xeito estas institucións se atoparían nunha situación de desregulación, carentes dunha normativa tanto de réxime xurídico como de procedemento que lles fose aplicable na súa totalidade. Para iso, á espera dunha mellor solución, insisto, as universidades poden atopar lexitimación na interacción co resto de administracións e organismos que, como veremos nos apartados seguintes, recoñecen na súa práctica as universidades como administracións públicas, como tamén o fai, de forma implícita, a numerosa xurisprudencia ditada e xa citada arredor da acción universitaria desde a entrada en vigor do ordenamento establecido pola Constitución de 1978, que en ningún momento puxo en cuestión que as universidades sexan administracións públicas.

6 As consecuencias da aplicación das leis 39 e 40 sobre diversos ámbitos universitarios e algunhas aclaracións para o seu exercicio

6.1 A estrutura orgánica das universidades: os órganos colexiados

Os órganos administrativos atópanse definidos no artigo 5.1 da L40/2015. Na definición estrita poderían entenderse incluídos os órganos das universidades, xa que o seu literal di que teñen a consideración de órganos administrativos “*as unidades administrativas ás que se lles atribúan funcións que teñan efectos xurídicos fronte a terceiros, ou a actuación das que teñan carácter preceptivo*”. Non obstante, o capítulo que engloba o articulado dedicado a estas unidades leva por título nada menos que “*os órganos das administracións públicas*”. O lexislador continúa, polo tanto, tendo como referente as entidades incluídas nesta consideración, é dicir, tal como fun repetindo, as Administracións territoriais e os organismos e



entidades vinculados ou dependentes. E remárcalo de xeito moi explícito cando, no artigo 3 expón que a creación de "*calquera órgano administrativo*" exige que se determine "*a súa forma de integración na Administración pública de que se trate*". Unha vez máis, a redacción establece unha configuración que se debuxa exclusivamente para unha tipoloxía de Administracións da cal as universidades públicas foron excluídas.

É obvio non obstante que a administración das universidades está composta por órganos, e que as competencias e atribucións universitarias son exercidas a través desta distribución orgánica. Polo tanto, en primeiro lugar é a propia observación da realidade a que nos obriga a constatar que a administración universitaria se organiza organicamente, exactamente igual que calquera Administración pública. E non só se compón de órganos administrativos meramente operacionais ou técnicos, senón que as competencias universitarias son exercidas en primeiro lugar polos seus órganos de goberno, en formatos tanto unipersoais como colexiados. Este aspecto lévanos a continuar polo tratamento que fai a L40/2015 dos órganos colexiados, concretamente na subsección primeira da sección terceira, capítulo II do seu título preliminar. Xa de entrada, o nome da sección fai referencia aos órganos colexiados "*das diferentes administracións públicas*".

No texto (artigos 15 a 18), especifica continuamente que se está a referir aos órganos colexiados das administracións públicas. Así, o artigo 15.2 estipula que "*deben quedar integrados na Administración pública que corresponda*" e, se é o caso, o acordo de creación e as normas de funcionamento deberán publicarse no boletín ou diario oficial "*da Administración pública en que se integran*" (artigo 15.3). No mesmo sentido, o secretario do órgano pode ser unha persoa "*ao servizo da Administración pública correspondente*" (artigo 16.1).

Como é sabido, no ámbito universitario os órganos colexiados teñen encomendadas funcións de carácter político, no sentido da toma de decisións sobre as competencias que para o cumprimento das funcións universitarias teñen asignadas, e sobre a súa execución. Neste sentido, o da súa función de toma de decisións, non son diferentes dos órganos colexiados doutra Administración pública. Así, para acordar e levar a cabo as decisións do órgano, é necesario un sistema de funcionamento e de formación da súa vontade que garanta que esta vontade é o resultado da expresión da dos seus integrantes, de acordo cunhas regras claras de actuación.

A L40/2015 establece o marco xurídico apropiado para as necesidades descritas, que non é outro que o que reserva para as administracións públicas. Aínda que se inclúen algunhas disposicións máis que discutibles, como o feito de considerar o correo electrónico como medio válido para celebrar sesións a distancia, as disposicións que integra configuran un sistema de funcionamento común que inclúe desde os requisitos para as convocatorias, a orde do día ou a documentación necesaria, ata a elaboración da acta da sesión, pasando polas exigencias que deben observarse para a correcta constitución do órgano e para as súas votacións e toma de decisións. Sendo as universidades entes públicos e que, como expliquei e é sobradamente coñecido, ordenan e deciden a súa actuación a través de órganos colexiados de goberno, é necesario que os preceptos que configuran a actuación destes órganos na L40/2015 lles sexan de aplicación. Non facelo deixaría a actuación destes órganos, e consecuentemente a das universidades, fóra do sistema de regras de formación da vontade previsto para o resto de institucións públicas, de forma que cada universidade –mesmo cada órgano– podería establecer o seu propio sistema de formación dos órganos colexiados e a súa propia forma de

toma de decisións. Por suposto, esta situación levaría a unha absoluta inseguridade xurídica, que repercutiría nas propias universidades, as cales verían deslexitimada a súa actuación.

6.2 O rexistro administrativo

Aínda que probablemente non sexa de forma intencionada, as disposicións relativas ao rexistro administrativo, en particular o artigo 16 da L39/2015, non fan mención da categoría “Administración pública”, senón que dirixen practicamente todas as súas previsións ás “administracións” de forma xenérica, ou ben aos “organismos”. Esta ausencia de restricións respecto aos suxeitos de aplicación permitiríanos entender incluídas as administracións universitarias nestas disposicións que enmarcan o funcionamento dos rexistros. Non obstante, non hai que perder de vista que os artigos que configuran non só o rexistro, senón as normas xerais de actuación das administracións, se atopan incluídos no título II, que se denomina “da actividade das administracións públicas”.

Esta utilización durante o articulado de ambas as dúas leis dos dous termos como sinónimos, cando no artigo 2 xa deixaron claro que “administracións” e “Administracións públicas” son dous conxuntos que non inclúen os mesmos elementos no seu interior, non nos deixa máis remedio que formular aquí tamén a dúbida acerca da aplicación destas previsións sobre as universidades públicas. De todos os xeitos, e en coherencia co que expoño nestes apartados, creo que as previsións relativas aos rexistros electrónicos se deben aplicar ás universidades, exactamente igual que o resto de disposicións que regulan a actividade das administracións públicas. Sobre todo, para manter a necesaria coherencia no funcionamento das administracións dos entes públicos, que lles debe dar a imprescindible seguridade xurídica a todos os axentes implicados: cidadáns, persoas xurídicas e aos propios integrantes das administracións.

Existe un segundo punto de discusión en relación coa actividade rexistral que parte da interpretación extensiva que nalgúns ámbitos de administracións, non só universitarias, se fixo do réxime transitorio establecido pola disposición derradeira sétima da L39/2015, que prevé que as previsións relativas aos rexistros electrónicos, entre outros, producen efectos ao cabo de dous anos da entrada en vigor da lei, é dicir, a primeiros de outubro de 2018. A interpretación inadecuada a que me refiro consiste en entender a partir desta previsión que calquera acción administrativa en que interveña ou teña que intervir o rexistro electrónico queda afectada pola moratoria da disposición adicional sétima e non é, polo tanto, exigible á administración ata a data referida.

Esta interpretación nace, probablemente e na maioría dos casos, da necesidade de gañar tempo en moitas administracións, aínda pouco preparadas para actuar electronicamente, para garantir unha estrutura ben preparada cando efectivamente se consideren obrigadas a aplicar a totalidade das previsións de actuación administrativa electrónica. Tamén pode tratarse do non desprezable reflexo de resistencia ao cambio que sofren tradicionalmente os grandes aparatos administrativos. Sexa cal sexa o motivo, esta interpretación é ao meu xuízo errónea, xa que o réxime transitorio que formula a disposición adicional sétima afecta unicamente á posta en funcionamento do “*rexistro electrónico xeral*”, que debe ser único para cada administración, no sentido previsto no artigo 16 da L39/2015. Estes dous anos engadidos que se dan para unificar os rexistros non afectan en cambio á actividade electrónica da administración, que se debe continuar cursando de forma electrónica cando proceda.

Regap



ESTUDIOS

Así o corrobora a disposición transitoria cuarta da mesma lei, do réxime transitorio dos arquivos, rexistros e punto de acceso xeral, que aclara que *"mentres non entren en vigor as previsións relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico..."*, as administracións públicas deben manter *"as mesmas canles, medios ou sistemas electrónicos viventes relativos ás materias mencionadas, que permitan garantir o dereito das persoas a relacionarse electronicamente coas administracións"*. Polo tanto, a disposición fala claramente de canles, medios ou sistemas, é dicir, as ferramentas que a administración emprega para rexistrar e enviar a documentación. En ningún caso se di que exista unha moratoria que permita absterse de tramitar ningún documento ou fase do procedemento en formato electrónico. Ao contrario, repetindo a última frase desta disposición transitoria, durante estes dous anos deben manter canles *"que permitan garantir o dereito das persoas a relacionarse electronicamente coas administracións"*. O funcionamento electrónico das administracións é, polo tanto, totalmente exixible desde o 2 de outubro de 2016; doutro xeito non se podería garantir este dereito a relacionarse de forma electrónica. Outra cousa é o rexistro xeral de cada Administración, que debe funcionar como un portal que facilite o acceso aos rexistros electrónicos de organismos vinculados ou dependentes daquela Administración, tal como prevé o artigo 16, cuxo establecemento é unha tarefa de organización interna e a obrigatoriedade da cal será efectiva aos dous anos da entrada en vigor da lei, xunto coa creación do rexistro electrónico de apoderamentos, o rexistro de empregados públicos habilitados, o punto de acceso xeral electrónico da Administración e o arquivo único electrónico.

6.3 As garantías do silencio administrativo e da revisión de oficio dos actos

Neste apartado veremos dúas situacións que son moi diferentes na súa natureza, pero que desde o punto de vista da análise deste capítulo teñen o nexos común de representaren garantías xurídicas de máxima importancia para os administrados ante posibles actuacións abusivas ou impropias das administracións. Vaia por diante que considero que estas garantías deben poder ser exercidas e exixidas ante as universidades públicas, exactamente igual que con calquera outra administración pública.

No caso do silencio administrativo, a súa propia existencia constitúe unha defensa para os administrados, que impide que a Administración descoide a obriga que ten de resolver de xeito expreso todos os procedementos, calquera que sexa a súa forma de iniciación (artigo 21.1 L39/2015). A figura do silencio posibilita que, ante un eventual incumprimento deste mandato, o procedemento non quede interrompido e nunha especie de limbo, senón que o simple cumprimento do prazo sen resolver comporte por si mesmo consecuencias xurídicas, a partir das cales o administrado poderá continuar coas súas pretensións.

Certamente, a regulación do silencio administrativo non mellorou coa entrada en vigor das leis que aquí analizo (neste caso tampouco empeorou, xa que practicamente se mantivo a regulación anterior), e tamén é certo que, se as administracións públicas exercesen as súas funcións con eficiencia, esta figura non debería ser necesaria, xa que a obriga de resolver en calquera circunstancia debería facer imposible que se producisen casos de non-resposta administrativa. Non obstante, a realidade fai necesarias estas previsións, e a actuación das administracións universitarias non queda á marxe desta realidade. As regulacións previstas na nova lexislación básica administrativa referentes á obriga de resolver, os prazos para facelo, a suspensión ou ampliación destes prazos e os posibles resultados da falta de resolución

expresa deben ser aplicados ás universidades, coherentemente coa súa actuación como entes públicos.

En canto á regulación deseñada para a revisión dos actos das administracións en vía administrativa, atopámonos, unha vez máis, cun articulado (106 a 110 L39/2015) que se dirixe de forma exclusiva ás “Administracións públicas” e que, tamén unha vez máis, a súa lectura literal deixaría fóra do seu ámbito subxectivo de aplicación (artigo 2.3) as universidades públicas.

Non habería que insistir na necesidade e na importancia de que as administracións entendidas en sentido amplo dispoñan duns mecanismos de revisión de oficio, é dicir, con carácter previo ao sistema de recursos administrativos e o control xudicial. Estes mecanismos, que son os previstos nos artigos mencionados, teñen como finalidade que as decisións administrativas se aseguren axustadas a dereito, tanto sexa por razóns de legalidade a través da revisión de oficio dos actos nulos e a declaración de lesividade dos actos anulables como por motivos de oportunidade coa revogación de actos¹⁰. Mesmo a mera rectificación de erros materiais do artigo 109.2 actúa como garantía de que impedirá a posible repetición de procedementos enteiros que lles podería causar prexuízos tanto ás administracións como aos administrados.

Non poden quedar as universidades á marxe destas vías de control: doutro xeito, caeríase na imposibilidade de extinguir ningún acto administrativo, aínda que fose contrario ao ordenamento xurídico, nin tampouco se poderían reformular en ningún caso as decisións administrativas desfavorables para os cidadáns. Mesmo se podería chegar á situación grotesca de quedar bloqueada a actuación da institución por un simple erro numérico na súa norma orzamentaria, que non podería ser reparada doadamente sen a aplicación destas disposicións de revisión, neste caso a de rectificación de erros materiais.

Sería, pois, impensable que a revisión de oficio non fose de aplicación ás universidades, igual que esta aplicación debe ser levada a cabo observando todas as garantías establecidas na lexislación. Neste sentido, cabe destacar que a revogación de actos prevista no artigo 109.1 só é de aplicación para aqueles actos desfavorables ou de gravame, e en ningún caso para actos favorables ou declarativos de dereitos para os administrados. Se a Administración modifica un acto favorable e dita en substitución un de gravame, estaríamos ante un acto nulo de pleno dereito¹¹.

En canto á revisión de actos nulos, sexa por iniciativa da propia Administración ou por instancia de persoa interesada (acción de nulidade), cómpre remarcar que tamén para as universidades é imprescindible seguir o procedemento previsto no artigo 106, con fundamentación da revisión nun dos motivos de nulidade de pleno dereito que se prevén no artigo 47.1 da propia L39/2015 e solicitando o ditame, que é preceptivo e vinculante, do Consello de Estado ou órgano equivalente autonómico para os actos das universidades. Para que o acto sexa efectivamente declarado nulo e eliminado, é imprescindible, ademais, que o ditame emitido sexa favorable neste sentido.

10 TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Derecho administrativo, parte general*, 3.ª ed., Atelier, Barcelona, 2017, pp. 340-341.

11 *Ibíd.*, pp. 421-429.

6.4 A contratación administrativa

En canto ás universidades como suxeitos en relación coa súa capacidade de contratación pública, este tema foi xa estudado por Tardío Pato¹² baixo a nova consideración das leis básicas administrativas actuais. As universidades atópanse incluídas entre os considerados poderes adjudicadores para a Directiva europea 2014/24/UE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública e pola que se derroga a Directiva 2004/18/CE.

As universidades estarían comprendidas en canto á directiva europea entre os entes definidos como organismos de dereito público (artigo 2.1 4). Estes organismos deben cumprir tres requisitos, que se dan no caso das universidades: a) que se creasen especificamente para satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, b) que estean dotados de personalidade xurídica propia e c) que estean financiados maioritariamente polo Estado, as autoridades rexionais ou locais ou outros organismos de dereito público ou que a súa xestión estea suxeita á supervisión destas autoridades ou organismos (...). Así, e atendendo a que o artigo 1.2 define a contratación pública como a adquisición mediante un contrato deste tipo por un ou máis dun dos entes definidos como poder adjudicador, queda bastante claro que nas universidades lles é de aplicación esta directiva.

Desde o punto de vista da lexislación estatal, xa mencionei previamente como exemplo a actual Lei de contratos do sector público (LCSP). Concretamente, o artigo 2 define como contratos do sector público sometidos a esta norma aqueles contratos que asinen os entes mencionados no artigo 3. E este artigo é claro na concreción do ámbito subxectivo de aplicación e inclúe unha lista detallada de entidades, entre as cales as universidades públicas se integran no apartado c).

Polo tanto, as universidades forman parte do sector público con respecto á contratación pública, pero esta LCSP vai aínda máis alá, e engloba no apartado seguinte (artigo 3.2 c) as universidades públicas entre os entes que, para os efectos desta lei, teñen a consideración de Administración pública. Esta inclusión ten consecuencias no réxime, que pode ser administrativo ou privado, que rexerá os contratos do sector público. As universidades quedarán englobadas nas tipoloxías especificadas no artigo 19 que lista os contratos que teñen carácter administrativo debido ao feito de seren formalizados por administracións públicas. Polo tanto, as universidades atópanse sometidas ao réxime dos contratos administrativos, e a orde xurisdiccional competente para resolver os litixios será a contencioso-administrativa, tal como di o artigo 21 da mesma Lei de contratos.

No ámbito catalán, a LUC tamén redirecciona cara á LCSP; concretamente, no artigo 160 dispón que *"a contratación das universidades públicas queda suxeita á normativa reguladora dos contratos das administracións públicas"*, sen prexuízo da regulación específica establecida no artigo 83 da LOMLOU para os traballos de carácter científico, técnico ou artístico e para o desenvolvemento de ensinanzas de especialización ou actividades específicas de formación.

En canto ao exercicio da contratación, existen numerosos exemplos xurisprudenciais que validan a contratación polas universidades como poderes adjudicadores e, máis concretamente,

12 TARDÍO PATO, J. A., "¿Tiene sentido que las universidades públicas dejen de ser administraciones públicas en las nuevas leyes del sector público y de procedimiento administrativo común?", cit.

como administracións públicas, aínda que ata agora ditadas baixo a lei básica administrativa previa, a Lei 30/1992, do 26 de novembro (LRXAPAC). Ver, por exemplo, as STS do 28 de setembro de 2005, RX 2005\8721; STSX Comunidade Valenciana 150/2001, do 3 de febreiro, RXCA 2001\1000; STSX Castela e León 2864/2005, do 24 de decembro, XUR 2006\79531 e STSX Galicia 773/2000, do 3 de maio, XUR 2000\221403.

Igualmente, dan fe da normalidade da actividade contractual das universidades como administracións públicas os ditames que foron emitidos neste ámbito pola Comisión Xurídica Asesora (CXA) da Generalitat de Cataluña, organismo que exerce nesta comunidade autónoma as funcións asesoras do Consello de Estado. En ningún caso se cuestiona nos seus ditames esta capacidade das universidades, e ao mesmo tempo deixan constancia da participación destas institucións como poder adxudicador nas diversas modalidades contractuais administrativas. Neste sentido, a norma reguladora da CXA (Lei catalá 5/2005, do 2 de maio, da Comisión Xurídica Asesora) estipula entre as súas funcións a de emitir ditame preceptivamente sobre a *"resolución e nulidade de concesións e doutros contratos administrativos, nos casos que establece a normativa de contratación administrativa"* (artigo 8e). Son exemplos destes ditames preceptivos sobre contratación en que participan universidades públicas como contratantes o Ditame 180/2012, *"Interpretación do contrato suscrito entre a Universidade de Lleida e a empresa «T.»*, pola prestación do servizo de telefonía fixa corporativa nas sedes e dependencias da universidade", e o Ditame 123/2003, do 29 de abril, *"Resolución do contrato de servizos para o mantemento de xardinería da Universidade Autónoma de Barcelona suscrito entre esta universidade e a empresa «A., SA»"*.

Regap



ESTUDIOS

6.5 A potestade disciplinaria

O ámbito disciplinario é probablemente o que se atopaba xa máis desatendido nas universidades, especialmente en canto ao colectivo dos estudantes. E é que hai que facer unha primeira distinción en referencia ao réxime disciplinario e sancionador universitario: por un lado, o que afecta aos estudantes, que foi tradicionalmente atribuído ás universidades como a continuación detallarei. Por outra parte, o ámbito disciplinario e sancionador do profesorado e o persoal de administración universitario, que se rexen, debido á súa relación funcional ou laboral coa institución, polo Estatuto básico do empregado público, que prevé o réxime disciplinario para estes empregados coa correspondente tipificación das faltas, as sancións correspondentes e o seu procedemento de aplicación, con remisión supletoria á lexislación laboral para os traballadores con relación contractual polo que non estea previsto no EBEP.

En canto a estes dous últimos colectivos, a potestade sancionadora da universidade queda bastante clara, xa que en primeiro lugar as universidades públicas se atopan incluídas no ámbito de aplicación do EBEP a partir do disposto no seu artigo 2, que prevé que *"este estatuto se lle aplica ao persoal funcionario e, no que proceda, ao persoal laboral ao servizo das seguintes administracións públicas: (...) e) as universidades públicas"*. Máis alá de que o Estatuto considere administracións públicas as universidades, interesa agora en canto á potestade sancionadora o que o EBEP prevé no seu título VII dedicado ao réxime disciplinario; concretamente, o artigo 93.1 di: *"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"*. E a continuación, no 93.4: *"O réxime disciplinario do persoal laboral rexeráse, no non previsto neste título, pola lexislación laboral"*.

Así, tanto o profesorado e o persoal de administración funcionarios como os contratados laborais de ambos os dous colectivos quedan incluídos no ámbito de aplicación descrito. Cabe lembrar que o persoal de administración e servizos funcionario e laboral, así como o profesorado contratado laboral, están vinculados á universidade en que prestan os seus servizos. Os profesores funcionarios sono a nivel estatal, como explicarei no apartado sobre os recursos humanos, o que fai que lles sexan de aplicación supletoria, esta vez sen limitacións, as leis L39/2015 e L40/2015 como funcionarios dunha Administración territorial á hora de seguir un procedemento sancionador. En todos os casos, os colectivos de traballadores universitarios quedan incluídos en primeiro lugar dentro do ámbito subxectivo de aplicación do réxime disciplinario previsto no EBEP.

En cambio, a potestade disciplinaria sobre os estudantes universitarios presentou problemas graves de concreción desde a aprobación da Constitución de 1978, uns problemas que aínda non foron resolto e aos que as leis administrativas L39/2015 e L40/2015 tampouco fan ningunha achega positiva.

Empezamos por ver a que debería ser a vía de regulación desta potestade, unha vía que foi prevista, pero que non foi executada. A LRU xa facía unha previsión neste sentido e no artigo 27.3, que dicía que *"as universidades, por proposta do Consello de Universidades, establecerán as normas que regulen as responsabilidades dos estudantes relativas ao cumprimento das súas obrigas académicas"*. Non era, por suposto, unha redacción clara ao respecto da potestade disciplinaria ou sancionadora, e presentaba problemas en relación co cumprimento do principio de legalidade que impón o artigo 25.1 da Constitución, pola súa remisión en branco cara ás universidades da potestade sancionadora. Un estudo en profundidade da situación de desregulación do réxime disciplinario na época da LRU fíxoo PEMÁN GAVÍN¹³.

Posteriormente, a LOU de 2001 (e a LOMLOU que en 2007 mantivo a mesma redacción), estableceu novamente a mesma remisión desta potestade sen definir o marco necesario e dunha forma aínda máis vaga, concretamente no artigo 46.2 sobre dereitos e deberes dos estudantes: *"os estatutos e as normas de organización e funcionamento desenvolverán os dereitos e os deberes dos estudantes, así como os mecanismos para a súa garantía"*. Esta pouca concisión, que seguía a liña da lei orgánica anterior, deixaba esta vez unha porta aberta para o seu desenvolvemento. O artigo 46.5 da LOMLOU dispón que *"O Goberno aprobará un estatuto do estudante universitario"* en que, ao ter que tratar supostamente de forma máis exhaustiva das temáticas que afectan aos estudantes, se podería abordar o seu réxime disciplinario.

Pero non foi así: o Real decreto 1791/2010, do 30 de decembro, polo que se aproba o Estatuto do estudante universitario, non entra a regular a materia sancionadora. En vez diso, volve abrir unha nova porta para facelo, aparentemente decisiva polo menos no previsto no texto incluído na disposición adicional segunda deste real decreto, titulada *"regulación de procedementos administrativos sancionadores no ámbito universitario"*. O seu literal dispón que *"o Goberno presentará ás Cortes Xerais, no prazo dun ano, a partir da entrada en vigor deste real decreto, un proxecto de lei reguladora da potestade disciplinaria, onde se conterá a tipificación de infraccións, sancións e medidas complementarias do réxime sancionador para os estudantes universitarios de acordo co principio de proporcionalidade. De igual xeito,*

13 PEMÁN GAVÍN, J., "El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios: sobre la vigencia y aplicabilidad del Reglamento de disciplina académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954)", *Revista de Administración Pública*, n. 135, setembro-décembro, 1994, pp. 435-471.

no dito proxecto de lei procederáse á adaptación dos principios do procedemento administrativo sancionador ás especificidades do ámbito universitario, de maneira que garanta os dereitos de defensa do estudante e a eficacia do desenvolvemento do procedemento". Desafortunadamente, ata a data este proxecto de lei non se presentou, a lei non foi aprobada e polo tanto o réxime disciplinario dos estudantes universitarios continúa orfo de regulación.

Onde nos deixa esta carencia dunha regulación clara da normativa disciplinaria? Pois aproximadamente no mesmo lugar onde nos deixou a aprobación da LRU. Temos por un lado o principio constitucional de legalidade aplicado á potestade sancionadora (artigo 25.1), que exige que unha norma con rango de lei dea cobertura a esta capacidade das administracións, unha exigencia que foi ratificada de abastecemento pola xurisprudencia constitucional¹⁴. En cambio, como expuxen previamente, a LOMLOU non vai máis alá de facer unha remisión xenérica, encomendando esta regulación nos estatutos e regulamentos posteriores das universidades, sen ditar o que lle sería exigible como norma de rango legal: a tipificación das faltas e a atribución das correspondentes sancións, deixando para os estatutos universitarios ou os regulamentos ditados por estas a concreción e gradación do previsto na lei¹⁵.

Ante a carencia dunha disposición de rango legal que incorpore as previsións necesarias, as universidades víronse obrigadas a recorrer a unha norma previa á Constitución: o *Decreto do 8 de setembro de 1954 polo que se aproba o Regulamento de disciplina académica dos centros oficiais de ensino superior e de ensino técnico dependentes do Ministerio de Educación Nacional*. Este decreto, polo menos, incorpora unha tipificación das condutas ilícitas ("*faltas dos escolares*"), unha escala para a súa gradación en graves, menos graves e leves, e as sancións que se poden impor en función de cada caso ("*as correccións aplicables*"), así como un procedemento para a súa instrución. Evidentemente, ao tratarse dunha norma preconstitucional, a utilización deste decreto debe facerse en todos os casos tendo en conta as previsións da Constitución de 1978. A súa aplicación nas universidades, aínda que sexa practicamente só para poder aducir unha cobertura legal á hora de exercer a potestade disciplinaria ou como soporte legal para ditar os regulamentos que a regulen dentro dunha universidade, debe ser moi coidadosa en adaptala á realidade actual. De feito, boa parte do previsto (tribunais de honra, actos deshonorosos, falta de probidade ou de decoro, por citar algúns exemplos) non ten sentido nin cabida no marco constitucional presente.

A partir deste decreto de 1954 e da remisión en branco que fai a LOMLOU no artigo 46.2 cara aos estatutos das universidades, estas actuaron de formas diversas en canto á regulación do réxime disciplinario dos seus estudantes. Algunhas simplemente recolleron nos seus estatutos unha lista de deberes dos estudantes, mentres que outras (Universitat Pompeu Fabra (UPF), Universitat Rovira i Virgili (URV) no caso de Cataluña¹⁶) deron o paso de ditar

14 Un estudo detallado sobre a delimitación xurisprudencial da potestade sancionadora da Administración e o réxime xurídico aplicable aos estudantes universitarios é o de GÓMEZ GARCÍA, M. J., "La potestad sancionadora de las universidades", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 603-635.

15 SSTC 83/1994, do 24 de xullo; 109/1994, do 11 de abril; 253/1994, do 19 de setembro; 145/1995, do 3 de outubro; 52/2003, do 17 de marzo; 26/2005, do 14 de febreiro; 297/2005, do 21 de novembro, e 229/2007, do 5 de novembro, citadas en GÓMEZ GARCÍA, M. J., "La potestad sancionadora de las universidades", cit.

16 Réxime disciplinario dos estudantes da Universitat Pompeu Fabra (Acordo do Consello de Goberno do 18 de xullo do 2012): <https://seuelectronica.upf.edu/normativa/upf/comunitat/estudiants/regim-disciplina.html>
Regulamento do réxime disciplinario dos estudantes da Universitat Rovira i Virgili (aprobado polo Consello de Goberno da URV o 18 de decembro de 2013): http://www.urv.cat/la_urv/3_organos_govern/secretaria_general/legislacio/2_propia/comunitat/estudiants/html/regl_regim_disciplinari_est.htm

un regulamento do réxime disciplinario para os seus alumnos. Nestes casos fundamentaron a norma no mencionado decreto de 1954 e na doutrina constitucional tamén mencionada que modula o principio de legalidade permitindo considerar este decreto como fonte para a concreción desta potestade e, ao mesmo tempo, na inexistencia dunha lei reguladora da potestade disciplinaria que se tiña que ter promovido a partir da mencionada previsión incluída no Estatuto do estudante universitario de 2010.

Os regulamentos da UPF e URV deseñan un procedemento propio e incorporan as garantías constitucionalmente exixibles, que son en esencia a translación práctica dos principios da potestade sancionadora das administracións públicas e a aplicación do procedemento administrativo común, coas particularidades do ámbito sancionador. Nestes casos, polo tanto, a cobertura ou a base sobre a que instruirán os expedientes sancionadores e o procedemento a seguir basearase no propio regulamento universitario, que se fundamenta á súa vez no Decreto de 1954 e na validación desta solución para a xurisprudencia constitucional citada.

As universidades que non elaboraron un regulamento propio tiveron que aplicar ata agora, de forma complementaria ao decreto de 1954, o procedemento sancionador que ata outubro de 2016 se prevía na Lei 30/1992 e, en desenvolvemento do réxime disciplinario, no Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora. Como é sabido, a actual L39/2015, que regula agora o procedemento administrativo común e as especialidades do procedemento sancionador, derogou tanto a Lei 30/1992 como o mencionado real decreto que desenvolvía o procedemento sancionador. Obviamente, coa entrada en vigor da nova lexislación administrativa, aparecen neste ámbito os mesmos problemas expostos nos anteriores apartados, derivados da non consideración das universidades como administracións públicas. Especialmente na L40/2015, que se ocupa de regular os principios da potestade sancionadora (artigos 25 a 31), e que xa de entrada no artigo 25.1 fala da "*potestade sancionadora das administracións públicas*", e que unicamente menciona unha lexislación específica para os entes locais, a Lei de bases de réxime local, en relación co procedemento a seguir nesas administracións.

Non obstante, as universidades que optan por non ditar un regulamento propio deberán exercer a potestade sancionadora en primeiro lugar baixo a mesma cobertura legal pre-constitucional, e baseándose necesariamente para o seu desenvolvemento nas novas leis básicas administrativas. Malia a reiterada exclusión universitaria da esfera das administracións públicas, estas non deixan de necesitar un marco normativo co que desenvolver os procedementos sancionadores, un marco que recolla os principios de actuación e que ofrezca ao mesmo tempo as garantías necesarias para os administrados. Deberanse aplicar as previsións das leis L39/2015 e L40/2015 para evitar este baleiro normativo e, non menos importante, polos mesmos motivos expostos en anteriores apartados, é dicir, a competencia estatal para ditar as bases do réxime das administracións públicas a partir da cal se dita a Lei orgánica de universidades e a configuración tradicional como tales que se lles deu desde a xurisprudencia e a doutrina especializada.

Estaría, neste ámbito aínda máis, fóra de lugar pretender ditar un procedemento ou uns principios específicos para a potestade sancionadora das universidades públicas. A disposición derradeira primeira, que dispón o título competencial da LOMLOU, inclúe a previsión do artigo 149.1.30 da Constitución, que lle reserva ao Estado a regulación das normas básicas para o desenvolvemento do artigo 27 (lembremos que o 27.10 dispón a autonomía univer-

sitaria). Por outra parte, e na mesma liña, a disposición do primeiro apartado do artigo 149 CE obriga a regular as condicións básicas para garantir *“a igualdade de todos os españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento dos deberes constitucionais”*. Esta previsión imposibilita claramente a creación dun procedemento sancionador diferente do común das administracións públicas, e dirixido a un colectivo de forma exclusiva.

6.6 O patrimonio universitario e a responsabilidade patrimonial

Veremos primeiramente neste apartado aquilo referente ao patrimonio das universidades públicas, a configuración da súa titularidade e o feito, que se desprende de forma suficientemente clara das previsións incorporadas na lexislación vixente, de que as prerrogativas para a protección dos bens das administracións públicas lle son de aplicación¹⁷.

En canto á atribución ás universidades dos seus propios bens, a LOMLOU no artigo 2.2 di: *“nos termos desta lei, a autonomía das universidades comprende: (...) h) a elaboración, aprobación e xestión dos seus orzamentos e a administración dos seus bens”*. Resalto a continuación os apartados da mesma norma que nos serán posteriormente de interese en canto á tipoloxía con que se cualifican os bens das universidades públicas. Concretamente, no artigo 80 sobre o patrimonio da universidade: *“constitúe o patrimonio de cada universidade o conxunto dos seus bens, dereitos e obrigas”*; *“as universidades asumen a titularidade dos bens de dominio público afectos ao cumprimento das súas funcións...”*; *“a administración e disposición dos bens de dominio público, así como dos patrimoniais, axustarase ás normas xerais que rexan esta materia”*. Engádense ademais como patrimonio da universidade os dereitos de propiedade industrial e intelectual dos que sexa titular, regulados estes pola Lei 14/2011, do 1 de xuño, da ciencia, a tecnoloxía e a innovación (LCTI).

A continuación temos que referirnos á regulación da Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas (LPAP), que no seu artigo 4 describe que tipos de bens son patrimonio destas: *“por razón do réxime xurídico a que están suxeitos, os bens e dereitos que integran o patrimonio das administracións públicas poden ser de dominio público ou demaniais e de dominio privado ou patrimoniais”*.

A lectura combinada do artigo 80 da LOMLOU e o artigo 4 da LPAP dá como resultado a condición, desde o punto de vista patrimonial, de Administración pública das universidades: efectivamente, as universidades dispoñen de autonomía sobre os seus bens (artigo 2.2 LOMLOU); estes consisten, entre outros, en bens tanto de dominio público como patrimoniais (artigo 80 LOMLOU; 156-157 LUC), e finalmente os bens das administracións públicas son ou ben de dominio público ou patrimoniais (artigo 4 LPAP) e non se prevén outras tipoloxías de entes que poidan posuír bens destas tipoloxías sometidos a protección. Todo iso lévanos a unha situación paralela ou asumible á que se dá no ámbito da contratación pública ou no dos recursos humanos das universidades, casos en que a pesar de que as leis básicas administrativas negan a condición de Administración pública na universidade, a correspondente lei sectorial restituíella en canto aos seus efectos.

17 Un estudo do réxime xurídico do patrimonio universitario previo ás leis 39 e 40 de 2015 faiño TORRES LÓPEZ, M. A., “El patrimonio universitario”, *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 833-870.

En segundo lugar, imos ver os efectos das L39/2015 e L40/2015 con respecto á responsabilidade patrimonial da Administración na súa aplicación ás universidades públicas. Atopámonos unha vez máis con problemas notables introducidos por esta nova lexislación neste ámbito, así como derivados da non consideración das universidades como administracións públicas. A causa desta exclusión, as universidades quedarían fóra das entidades que deben responder pola súa responsabilidade, segundo se desprende da redacción do articulado de ambas as dúas leis.

Concretamente, a L39/2015 fai as primeiras mencións expresas ás administracións públicas como suxeitos da responsabilidade patrimonial no artigo 65.1 *"cando as administracións públicas decidan iniciar de oficio un expediente de responsabilidade patrimonial..."* e tamén no artigo 96.4 falando da tramitación simplificada do procedemento, onde fai referencia aos de *"responsabilidade patrimonial das administracións públicas"*. Máis definitiva é a redacción do artigo 92, sobre a competencia para a resolución dos procedementos de responsabilidade patrimonial, onde se establecen os órganos competentes para as administracións territoriais e para as súas entidades de dereito público, de forma paralela a como se designa na mesma lei cales son as administracións públicas (artigo 2.3), e polo tanto excluindo unha vez máis as universidades desta condición.

Esta exclusión mantense e reafirmase na L40/2015, que regula os principios desta responsabilidade no capítulo dedicado á *"responsabilidade patrimonial das administracións públicas"*, e remachándoo no articulado cando a define (artigo 32.1) establecendo que *"os particulares teñen dereito a ser indemnizados polas administracións públicas"*.

Neste caso, a exclusión da condición de Administración pública é definitiva para as universidades: se nos atemos unicamente á redacción destas leis básicas administrativas, a universidade non se atoparía incluída entre as institucións que teñen que responder polos supostos de responsabilidade patrimonial. Existen, non obstante, precedentes nesta materia en que as universidades públicas responderon da súa responsabilidade.

Os exemplos a que me referirei aquí son de ditames da Comisión Xurídica Asesora (CXA) da Generalitat de Cataluña. Con ditames como os que aquí menciono, ademais de deixar constancia da participación de universidades públicas en litixios acerca da súa responsabilidade patrimonial, pódese extraer da propia existencia dos ditames testemuño da condición de Administración pública das universidades, condición que motiva a actuación deste órgano, ou se é o caso do Consello de Estado ou órgano equivalente noutras comunidades autónomas. Efectivamente, na súa norma reguladora, a xa citada Lei 5/2005, do 2 de maio, da Comisión Xurídica Asesora, o artigo 8 establece a lista dos ditames que a CXA emitirá preceptivamente, e nela atópanse incluídos no apartado 3, letra a), aqueles referentes a reclamacións de responsabilidade patrimonial das administracións públicas, por enriba dunha determinada contía. E en aplicación deste precepto, a CXA ditaminou cando a reclamación de responsabilidade patrimonial se facía sobre universidades, considerándoas desta forma administracións públicas.

No primeiro exemplo, o Ditame 172/2016, do 30 de xuño, tratábase dunha reclamación de indemnización instada pola Sra. A polos danos e perdas derivados dun procedemento de selección para cubrir unha praza de profesor da Universidade Rovira i Virgili. A CXA efectivamente situaba a controversia na materia que nos ocupa (apartado V.2): *"para determinar se das actuacións expostas se pode desprender a responsabilidade da URV, hai que recordar*

que a institución da responsabilidade patrimonial da Administración se regula na Lei 26/2010, na LXPAC e no RPRP”.

E máis adiante toma como referencia a lexislación básica administrativa vixente nese momento: *“o artigo 142.4 da LXPAC establece que a anulación en vía administrativa ou pola orde xurisdiccional contenciosa administrativa dos actos ou disposicións administrativas non presupón o dereito á indemnización. Para que esta sexa recoñecida, é necesario que a actuación administrativa anulada reúna os requisitos que o ordenamento xurídico vixente exige para que se poida declarar constitutiva de responsabilidade patrimonial”.*

E, máis alá do sentido do ditame, non pon en dúbida a procedencia de instar unha reclamación de responsabilidade patrimonial contra unha universidade pública: *“a xurisprudencia do Tribunal Supremo e a doutrina emanada desta Comisión Xurídica Asesora, do Consello de Estado e dos diversos organismos consultivos das administracións autonómicas coinciden en que, para que teña lugar a responsabilidade patrimonial da Administración, é necesario que exista un dano efectivo, avaliabile economicamente e individualizado, que o particular prexudicado non teña a obriga de soportar e que haxa unha relación de causalidade entre o funcionamento dun servizo público e o feito constitutivo do dano”.*

Un segundo exemplo, no mesmo sentido, é o do Ditame 124/2011, sobre a reclamación de indemnización instada por «R. D. E., SL» (na actualidade «A.») polos danos e perdas derivados dunhas obras realizadas pola Universidade Pompeu Fabra. Nel faise constar que *“a lexitimación pasiva lle corresponde á Universidade Pompeu Fabra (UPF) como causante destes danos. A Universidade Pompeu Fabra é unha institución de dereito público con personalidade xurídica e patrimonio propios (artigo 202 dos estatutos, aprobados polo Decreto 209/2003, do 9 de setembro) e a súa actuación réxese polas normas de réxime xurídico aplicables na Administración pública de Cataluña (artigo 202.2 dos estatutos)”.*

E un último exemplo de ditame da CXA en que aparece igualmente de forma clara unha universidade como suxeito de responsabilidade patrimonial, neste caso o Ditame 88/2006, sobre a reclamación de indemnización instada pola Sra. I. de C. F. polos danos e perdas derivados dunha resolución de remoción de posto de traballo ditada polo reitor da Universidade de Lleida, e que posteriormente foi anulada polo Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña. No corpo do ditame, sobre a lexitimación dise: *“cómpre examinar, en primeiro lugar, se hai concorrencia de lexitimación activa e pasiva. A primeira non suscita ningunha cuestión. A acción foi interposta por un profesional que actúa con poderes, debidamente outorgados pola persoa prexudicada; e a segunda tampouco susxire ningunha cuestión, xa que o acto produtor do dano provén da Universidade de Lleida”.*

Con estes antecedentes, ademais dos que atopamos no mesmo sentido na xurisprudencia (por exemplo nas SSTs 4132/2010, do 19 de xullo; 1270/2007, do 6 de marzo, ou 5509/2010, do 22 de outubro), está suficientemente claro que, máis alá da inexplicable exclusión da condición de Administración pública das universidades nas L39/2015 e L40/2015, estas institucións foron sometidas con normalidade aos supostos que derivan da responsabilidade patrimonial das administracións públicas. Non tendo experimentado ningún cambio na súa natureza, que segue regulada da mesma forma na LOMLOU, non debe existir ningún motivo fundamentado para que as universidades non sigan sendo responsables das lesións que poidan causar como consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servizos, sen dúbida públicos, que ofrecen.

Regap



ESTUDOS

6.7 O persoal docente, investigador e de administración da universidade

En materia de recursos humanos, as universidades públicas dispoñen de persoal tanto en réxime funcional como baixo modalidades diversas de contratación laboral. Esta constatación móstranos unha primeira clasificación do persoal universitario, en función da tipoloxía da súa relación coa institución. Unha segunda división, desde o punto de vista das funcións desenvolvidas, é a que se dá entre o persoal dedicado á docencia e a investigación (PDI) e o persoal de administración e servizos (PAS). O réxime xurídico dun e outro colectivo, como persoal ao servizo das universidades públicas, tanto aos funcionarios como aos contratados laborais, foi un dos temas estudados por diversos autores na recompilación de comentarios sobre a última LOMLOU que coordinou Julio González¹⁸. A configuración deste réxime xurídico non experimenta grandes cambios coas novas leis básicas administrativas, respecto da que deixaba aquela última reforma aprobada en 2007 da Lei orgánica de universidades.

En primeiro lugar, hai que aclarar que o EBEP é de aplicación a todos os traballadores ao servizo da universidade, sexa cal sexa a súa vinculación e o colectivo a que pertencen. Si que derivarán consecuencias sobre a aplicación de normas, en cambio, con respecto aos funcionarios en función da orixe da súa condición. Os traballadores do PAS están vinculados e adscritos en todos os casos á universidade en que prestan os seus servizos, tanto se teñen contrato laboral como se son funcionarios; neste último caso, o persoal de administración é funcionario daquela universidade en concreto. A mesma vinculación é efectiva para o profesorado baixo contrato laboral, que tamén se atopa contratado por unha universidade e a súa vinculación universitaria empeza e remata naquela institución concreta.

O PDI funcionario, en cambio, posúe unha consideración diferente, o que ten unha notable importancia de cara á aplicación da actual normativa básica administrativa: a súa condición de empregado funcionario non está ligada a unha universidade concreta, aínda que estea obviamente vinculado e prestando servizos como tal, unha vez superado o preceptivo concurso. Pero a condición funcional do persoal docente e investigador ten a súa raíz no Ministerio estatal con competencias en materia de universidades e transcende a súa asignación concreta a un centro. Na actualidade, o acceso aos corpos de profesorado funcionario docente lógrase exclusivamente vía acreditación nacional; esta acreditación valóraa e outórgaa a Axencia Nacional de Avaliación da Calidade e Acreditación (ANECA)¹⁹, que ten a condición de organismo autónomo adscrito ao Ministerio de Educación, Cultura e Deporte. O director da ANECA nomea os membros das comisións de acreditación, seleccionados á súa vez polo Consello de Universidades, órgano que preside o titular do dito ministerio (LOU, artigo 29). Ao ser, polo tanto, funcionarios do Estado e non das universidades, o profesorado funcionario si terá, á luz da nova lexislación básica administrativa, a consideración de persoal dunha Administración pública como é a Administración xeral do Estado segundo o artigo 2.3 das L39/2015 e L40/2015, e deberánselle aplicar estas normas (supletoriamente, como veremos) no referente á súa condición de funcionarios.

18 BAYLOS, A., "El personal docente e investigador contratado en réxime laboral", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 461-500. CASTILLO BLANCO, F. A., "El Estatuto básico del empleado público y el régimen del personal al servicio de las universidades públicas", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 311-368. ORTEGA, L., "Régimen del personal docente e investigador (exclusión de los procedimientos de selección y del profesorado contratado, artículos 47, 56, 61 y 67 a 713)", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 369-412.

19 Creada pola Lei 15/2014, do 16 de setembro, de racionalización do sector público e outras medidas de reforma administrativa. Regulada polo Estatuto do organismo autónomo ANECA: http://www.aneca.es/content/download/13282/164477/file/RD%201112_2015_de%2011%20de%20diciembre_%20Estatuto%20ANECA%200A.pdf

En canto ao EBEP e á normativa de desenvolvemento, é de aplicación a todos os colectivos mencionados, PDI ou PAS, funcionarios ou laborais, e de forma parcial para estes últimos, tal como se prevé no seu artigo 7: *“o persoal laboral ao servizo das administracións públicas réxese, ademais de pola lexislación laboral e polas demais normas convencionalmente aplicables, polos preceptos deste estatuto que así o dispoñan”*²⁰. Por outra banda, prevése tamén (artigo 2.2) que: *“na aplicación deste estatuto ao persoal investigador se poderán ditar normas singulares para adecualo ás súas peculiaridades”*.

En relación co ámbito institucional, o artigo 2.1 dispón: *“este estatuto aplícase ao persoal funcionario e, no que proceda, ao persoal laboral ao servizo das seguintes administracións públicas”*. Na letra e) deste artigo menciónanse concretamente *“as universidades públicas”*, que inclúe todo o PAS e o profesorado contratado, mentres que a letra a) fai referencia *“á Administración xeral do Estado”* á cal pertencen os corpos de profesorado funcionario.

Esta aplicación xenérica do EBEP debería ser en todo caso supletoria de todo aquilo que non se atope regulado na LOMLOU con respecto a esta materia. Esta supletoriedade é obxecto de discusión doutrinal, e tampouco foi totalmente aclarada pola xurisprudencia²¹. Existe consenso, en cambio, en que o estatuto é de aplicación ao persoal universitario para todo aquilo en que a lexislación universitaria non estableza disposicións específicas.

E, en materia laboral, a LOMLOU dispón en canto ao profesorado (artigo 56.2): *“o profesorado funcionario rexerese polas bases establecidas nesta lei e no seu desenvolvemento, polas disposicións que, en virtude das súas competencias, diten as comunidades autónomas, pola lexislación xeral de funcionarios que lles sexa de aplicación e polos estatutos”*. A orde de aplicación sería, a partir destas disposicións, en primeiro lugar a LOMLOU e a súa normativa de desenvolvemento autonómica; en segundo lugar, o EBEP e, finalmente, os estatutos das universidades.

En canto ao PDI laboral, o artigo 48.2 da LOMLOU establece que *“(…) o réxime das indicadas modalidades de contratación laboral será o que se establece nesta lei e nas súas normas de desenvolvemento; supletoriamente, será de aplicación o disposto no texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, aprobado por Real decreto lexislativo 1/1995, do 24 de marzo, e nas súas normas de desenvolvemento”* (na actualidade o Real decreto lexislativo 2/2015, do 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores).

Finalmente, en canto ao persoal de administración e servizos funcionario, o artigo 73.3 da LOMLOU indica: *“o persoal funcionario de administración e servizos rexerese por esta lei e as súas disposicións de desenvolvemento, pola lexislación xeral de funcionarios, polas disposicións de desenvolvemento desta que elaboren as comunidades autónomas, e polos estatutos da súa universidade”*. E o mesmo artigo, *“o persoal laboral de administración e servizos, ademais das previsións desta lei e as súas normas de desenvolvemento e dos estatutos da súa universidade, rexerese pola lexislación laboral, e os convenios colectivos aplicables”*.

Séguese en todos os casos, polo tanto, o mesmo sistema de fontes: a LOMLOU en primeira instancia, co desenvolvemento que se lexisle se é o caso nas comunidades autónomas. En

20 Supletoriamente, polo tanto, seralles de aplicación o Real decreto lexislativo 2/2015, do 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, así como a súa normativa de desenvolvemento.

21 CASTILLO BLANCO, F. A., “El Estatuto básico del empleado público y el régimen del personal al servicio de las universidades públicas”, cit.

segundo lugar, o EBEP e finalmente, para o PDI e PAS laboral, a lexislación laboral vixente. Os estatutos universitarios tamén son de aplicación en último lugar, pola súa función desenvolvementora das disposicións incluídas na LOMLOU en materia laboral.

En relación coas leis básicas administrativas, L39/2015 e L40/2015, serán de aplicación en materia sancionadora, no que fai referencia aos seus principios (L40/2015, artigos 25 a 31), así como ao procedemento (L39/2015, artigos 53 a 96), de xeito directo para o profesorado pertencente aos corpos docentes funcionarios dada a súa condición de funcionarios estatais, tal como expliquei nos parágrafos anteriores e no apartado dedicado á potestade sancionadora. O profesorado contratado e o PAS funcionario e contratado laboral son persoal pertencente a cada universidade e polo tanto a lexislación básica destas normas administrativas éles de aplicación de forma supletoria.

6.8 A potestade regulamentaria das universidades

A capacidade das universidades públicas para aprobar normativa interna foi recoñecida durante boa parte do século pasado²², e de forma inequívoca e continuada na lexislación orgánica aprobada con posterioridade á entrada en vigor da Constitución de 1978. Na actualidade, a LOMLOU especifica no artigo segundo, dedicado á autonomía universitaria, que esta comprende entre outros *"a elaboración dos seus estatutos e, no caso das universidades privadas, das súas propias normas de organización e funcionamento, así como das demais normas de réxime interno"*.

O alcance destas normas de réxime interno, así como o dos seus estatutos, foi amplamente estudado doutrinalmente e, xa desde as SSTC 55/1989, do 23 de febreiro, e 130/1991, do 6 de xuño, enmárcase de forma xeral e previa a consideracións singulares para cada caso na posesión por parte da universidade de *"plena capacidade de decisión naqueles aspectos que non son obxecto de regulación específica na lei"*. Este ámbito de actuación cobre tanto os aspectos de autoorganización que lle corresponden debido á capacidade que se lle recoñece á universidade de estruturar autonomamente dentro dos límites que marca a lexislación como os aspectos de autonormación, é dicir, a capacidade de crear e aprobar normativa no exercicio e desenvolvemento das súas funcións, cuxo pináculo é o propio estatuto aprobado por cada universidade²³. Os límites destas dúas vertentes da potestade regulamentaria das universidades atópanse na lexislación estatal e na autonómica, que configuran as estruturas que deben ser básicas para todos os centros, aínda que existe un segundo anel limitador configurado polas institucións de coordinación do sistema: o Consello de Coordinación Universitaria, a Conferencia Xeral de Política Universitaria e o Consello de Universidades, a nivel estatal, e o órgano de coordinación que se poida ter constituído a nivel autonómico. Estes organismos coordinadores e de cooperación exercen de facto como axentes homoxeneizadores ao encargarse de establecer sistemas e formas homologadas de relación, accións conxuntas e integración de datos que obrigan ás institucións a, polo menos, compasar determinados aspectos da súa autonomía de forma conxunta co resto de universidades.

22 PÉREZ-PRENDES, J. M., "Aspectos históricos de la ordenación universitaria", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 23-103.

23 ZAMBONINO PULITO, M., "Las universidades públicas como administraciones públicas. Bases de su creación y régimen jurídico", cit.

Máis que o estudo de fondo desta potestade universitaria, interesa agora facer fincapé no procedemento de elaboración e aprobación destes tipos de normativas universitarias. Tanto a forma como o fondo dos regulamentos universitarios, así como as súas motivacións e pretensións, foron obxecto de críticas moi duras desde as propias institucións, unhas críticas xenéricas (aínda que sempre parten de exemplos coñecidos) e que toman como base, por un lado, a falta ou máis ben a inobservancia dun procedemento de elaboración respectuoso cos principios e garantías básicas de participación, de transparencia ou de bo goberno. E, por outro lado, desde o punto de vista do seu contido, do abuso dos conceptos xurídicos indeterminados e dunha excesiva discrecionalidade²⁴.

Creo que é doadamente observable que un bo camiño para evitar abusos no contido de fondo dos regulamentos universitarios sería o de seguir un procedemento de elaboración e aprobación que garantise a información e posibilitase a participación dos interesados, no noso caso a comunidade universitaria á que están destinadas estas normas. E temos precisamente na L39/2015 a totalidade do seu título VI, dedicado a regular “*a iniciativa lexislativa e a potestade para ditar regulamentos e outras disposicións*”. Os artigos contidos neste título enmarcan o alcance dos regulamentos e outras disposicións administrativas, especifican os principios dunha boa regulación, deseñando formas de avaliación normativa e prevén igualmente os circuitos de publicidade das normas e a planificación que as institucións con esta capacidade deberán facer pública respecto das súas iniciativas regulamentarias para o ano seguinte.

É unha mágoa que un articulado que se revela tan axeitado para solucionar os problemas expostos das normas regulamentarias elaboradas polas universidades non sexa de aplicación a estas institucións. O artigo 128 da L39/2015 establece o ámbito subxectivo da potestade regulamentaria e di que o seu exercicio “*corresponde ao Goberno da nación, aos órganos de goberno das comunidades autónomas, de conformidade co establecido nos seus estatutos respectivos, e aos órganos de goberno locais, de acordo co previsto na Constitución, nos estatutos de autonomía e na Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local*”. Unha vez máis, polo tanto, as universidades quedarían fóra da aplicación destes artigos, polo menos a partir da lectura estrita da súa redacción.

Porque, ao meu criterio, as universidades deberían considerarse pouco menos que obrigadas a adoptar a totalidade das previsións deste título á hora de desenvolver a súa actividade normativa interna. En primeiro lugar, estiven a defender (recoñezo que precariamente ante a redacción tan desafortunada destas dúas leis desde o punto de vista universitario) que as universidades públicas non poden ser excluídas dos apartados que as leis L39/2015 e L40/2015 lles atribúen de forma exclusiva e excluínte ás administracións territoriais e aos seus órganos vinculados ou dependentes. Deixalas fóra implicaría en todos os casos un baleiro normativo que as universidades como entes públicos non se poden permitir, e no caso da potestade regulamentaria suporía ademais perder unha excelente oportunidade de cubrir unha carencia notoria, tanto procedemental como de fondo.

24 SOSA WAGNER, F., “La autonomía universitaria (un mito que confiere poder)”, *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 115-116, di sobre os regulamentos universitarios: “*Mundo barroco el de los reglamentos universitarios, no hay universidad española que no tenga aprobados centenares de ellos, muchos en permanente reforma, por los equipos rectorales que vienen, por los que se van*” (...) “*ha sido tradicional que buena parte de ellos no se haya publicado en boletín oficial alguno, habiendo quedado, como se decía en el Antiguo Régimen, in scrinio pectore, una práctica perversa*” (...) “*Pero la existencia de tanta norma jurídica no siempre implica la existencia de adecuadas garantías en la convivencia universitaria, ni que la objetividad del derecho resplandezca por doquier*” (...) “*es determinante el abuso que en tales reglamentos se hace de conceptos jurídicos indeterminados y de potestades discrecionales*”.

E é que ordenar minimamente a potestade regulamentaria como o fai a L39/2015 representa un activo xurídico que as universidades non poden deixar perder, uns preceptos que establecen unhas garantías e que as universidades deberían aplicar xa á hora de ditar as súas normativas internas, tanto por motivos obvios de orde, para solucionar ou paliar problemas como os expostos máis arriba, como, mesmo, por hixiene democrática, xa que o resto de administracións con capacidades regulamentarias si se atopan sometidas explicitamente á aplicación destas previsións. Desde o meu punto de vista, precisamente se a unha institución posuidora de potestade regulamentaria lle facía falta unha ordenación a partir dun texto legal, que lle marcasse os mínimos de transparencia e participación e lle establecese uns principios de obrigado cumprimento, esta é a universidade pública.

7 Conclusións

- A entrada en vigor das leis 39 e 40 de 2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas, e do réxime xurídico do sector público, supuxo a exclusión explícita das universidades públicas da consideración de administracións públicas, en virtude do artigo 2.3 de ambas as dúas leis.

- Esta exclusión, engadida a que boa parte dos artigos destas leis están explicitamente dirixidos ás administracións públicas, leva consigo que a aplicación supletoria destas normas ás universidades públicas, prevista no artigo 2.2.c, se vexa gravemente limitada. Por un lado, quedan excluídas do ámbito de aplicación de diversas potestades públicas, mentres por outra os seus usuarios se verían privados da protección das garantías previstas polo ordenamento administrativo e que as administracións públicas están obrigadas a respectar.

- A non consideración como administracións públicas e o feito de que estas normas básicas administrativas sexan de aplicación supletoria non debe supor unha invitación ao lexislador a ditar unhas bases de actuación administrativa diferenciada para as universidades. En primeiro lugar, por unha simple cuestión de seguridade xurídica, de xeito que o administrado saiba que en toda institución pública rexerán as mesmas regras de funcionamento básico, e en segundo lugar porque, se se optase por calcar o mesmo ordenamento administrativo, pero trasladándoo á lei –estatal ou autonómica– de universidades, nos atoparíamos simplemente ante unha duplicación innecesaria, ademais dunha moi pobre técnica lexislativa.

Máis importante neste apartado, todos os entes públicos e as relacións que os cidadáns establezan con eles deben rexerse por uns mesmos principios e por unhas bases comúns no seu procedemento, na elaboración dos seus actos e nas garantías para as persoas. Non sería aceptable apartarse das garantías constitucionais de igualdade no trato aos administrados, establecidas no artigo 14, en relación coa aplicación deste principio sobre as bases do réxime xurídico das administracións públicas que se prevé no artigo 149.1.18, que ademais lles garante aos administrados un tratamento común ante elas.

- As universidades deben estar dotadas necesariamente das potestades públicas que se recoñecen ás administracións públicas, da mesma forma que deben estar sometidas ás garantías que o dereito administrativo prevé para estas institucións. A súa actividade de servizo público, o feito de estar fundamentalmente financiada polos orzamentos públicos e a propia idiosincrasia de traballo dirixido á sociedade configuran, sen dúbida, unha institución pública, que debe estar dotada e obrigada polo mesmo ordenamento que o resto de

administracións públicas. A exclusión deste ámbito que se consumou coa entrada en vigor das leis básicas de 2015 é un erro que debe ser corrixido canto antes, e a forma mellor e máis sinxela de facelo é modificando a redacción que nega a condición de Administración pública nas universidades.

Mentres isto non suceda e os textos continúen vixentes na forma actual, a actuación administrativa universitaria deberá rexerse na miña opinión polos mesmos principios e procedementos que se prevén para as administracións públicas. Para iso, deberán basearse, en función da actividade, na diversa normativa sectorial, que as segue considerando administracións públicas, como é o caso da Lei de contratos ou do Estatuto básico do empregado público, ou ben na aplicación dos principios de seguridade xurídica e de igualdade de condicións dos cidadáns ante os entes públicos, como se apuntou previamente.

8 Bibliografía

- AMOEDO-SOUTO, C-A., "El impacto de las leyes 39 y 40/2015 en las universidades públicas: contenido, hipótesis y retos de futuro", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, xaneiro-marzo, 2017.
- BAYLOS, A., "El personal docente e investigador contratado en régimen laboral", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.
- CASTILLO BLANCO, F. A., "El Estatuto básico del empleado público y el régimen del personal al servicio de las universidades públicas", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.
- GÓMEZ GARCÍA, M. J., "La potestad sancionadora de las universidades", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.
- ORTEGA, L., "Régimen del personal docente e investigador (exclusión de los procedimientos de selección y del profesorado contratado, artículos 47, 56, 61 y 67 a 713)", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.
- PEMÁN GAVÍN, J., "El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios: sobre la vigencia y aplicabilidad del Reglamento de disciplina académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954)", *Revista de Administración Pública*, n. 135, setembro-décembro, 1994.
- PÉREZ-PRENDES, J. M., "Aspectos históricos de la ordenación universitaria", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.
- RIVERO ORTEGA, R., "La aplicación de las leyes 39 y 40/2015 a las universidades públicas: eliminando interrogantes", *Revista de Administración Pública*, n. 201, setembro-décembro, 2016.
- SOSA WAGNER, F., "La autonomía universitaria (un mito que confiere poder)", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.
- TARDÍO PATO, J. A., "¿Tiene sentido que las universidades públicas dejen de ser administraciones públicas en las nuevas leyes del sector público y de procedimiento administrativo común?", *Documentación Administrativa*, n. 2, xaneiro-décembro, 2015.

Regap



ESTUDIOS

TORRES LÓPEZ, M. A., "El patrimonio universitario", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Derecho administrativo, parte general*, 3.ª ed., Atelier, Barcelona, 2017.

ZAMBONINO PULITO, M., "Las universidades públicas como administraciones públicas. Bases de su creación y régimen jurídico", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.

A motivación dos actos de selección e perda da condición de empregado público

La motivación de los actos de selección y pérdida de la condición de empleado público

The motivation of the acts of selection and loss of the condition of public employee



ROCÍO NAVARRO GONZÁLEZ

Profesora doutora de Dereito Administrativo
Universidade Pablo de Olavide – Sevilla (Andalucía, España)
rnavgon@upo.es

Recibido: 20/04/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: A Lei 39/2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas, non modifica substancialmente a exigencia da motivación dos actos que resolven procedementos selectivos e de concorrencia competitiva, a cal debe darse conforme o disposto nas normas que regulan as convocatorias, acreditándose, á súa vez, os fundamentos da resolución que se adopte, xa sexa cunha motivación individual para cada interesado, xa sexa cunha remisión ao expediente. Ante o aumento crecente de procedementos selectivos que carecen da suficiente publicidade e transparencia, a obriga de xustificar as decisións administrativas adoptadas durante tales procesos revalorízase, adquirindo verdadeira importancia a motivación como manifestación da transparencia administrativa e como garantía inescusable que debe darse en todo procedemento administrativo. No ámbito da función pública, a motivación é unha peza clave que manifesta particularidades propias, en especial nos supostos de adquisición e perda da condición de empregado público.

Palabras clave: empregado público, selección, adquisición e perda, motivación.

Resumen: La Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, no modifica sustancialmente la exigencia de la motivación de los actos que resuelven procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, la cual ha de darse conforme a lo dispuesto en las normas que regulan las convocatorias, acreditándose, a su vez, los fundamentos de la resolución que se adopte, ya sea con una motivación individual para cada interesado, ya sea con una remisión al expediente. Ante el aumento crecente de procedimientos selectivos que carecen de la suficiente publicidad y transparencia, la obligación de justificar las decisiones administrativas adoptadas durante tales procesos se revaloriza, adquiriendo verdadera importancia la motivación como manifestación de la transparencia administrativa y como garantía inexcusable que debe darse en todo procedimiento administrativo. En el ámbito de la función pública, la motivación es una pieza clave que manifiesta particularidades propias, en especial en los supuestos de adquisición y pérdida de la condición de empleado público.

Palabras clave: empleado público, selección, adquisición y pérdida, motivación.

Abstract: Spanish 39/2015 Act, on Administrative Procedure of the Public Administrations, do not substantially modifies the requirement of giving reasons of the administrative decisions concerning selective procedures and competitive concurrency, which has, first, to be in accordance with the rules governing the public announcement of selection, and second, to express the grounds of the decision, either with a single motivation for each interested party, either with a referral to the record. The increasing of selective administrative procedures that lack enough public notice enforce the duty of giving reasons, as a way to improve public transparency, and to enforce constitutional rights. Concerning public employment, to give reasons of the administrative decision is a key piece, that shows some specialities in the cases of access and cessation of civil servants.

Key words: public employee, selection, access and loss, motivation.

Sumario: 1 Introducción. 2 Breve apuntamento acerca da expresión “procedementos selectivos”. 3 A participación de órganos auxiliares no cumprimento da motivación. 4 O papel da motivación nos diferentes sistemas de acceso e provisión de postos de traballo á función pública. 4.1 A motivación da resolución do concurso: a súa referencia inescusable ao cumprimento das normas regulamentarias e das bases da convocatoria. 4.2 O tránsito da inexibilidade á obrigatoriedade da motivación nos nomeamentos de libre designación. 4.3 A motivación como límite da cláusula de necesidade que xustifica a aplicación dun sistema extraordinario de provisión. 5 O emprego de fórmulas con signos numéricos. 5.1 A mera puntuación nun procedemento selectivo constitúe a motivación do acto final de cualificación e avaliación. 5.2 A simple puntuación asignada como motivación require dunha explicación detallada. 6 A preferencia da motivación por remisión á proposta de resolución. 7 A presenza innegociable da motivación nos supostos de perda de condición de empregado público: reflexo xurisprudencial. 8 Bibliografía.

1 Introducción

A Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público (EBEP), marca un momento significativo na ordenación do sistema de emprego público das nosas administracións públicas, dando cumprimento ao mandato constitucional previsto no artigo 103.3 desde unha perspectiva xeral e paliando o conxunto normativo que se ofrecía ata entón, un tanto inconexo e disperso. Con máis de oito anos de vixencia do estatuto, o Goberno aproba o Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público (TREBEP), exento de repercusión substantiva ningunha, culminando a súa publicación, como apunta PALOMAR OLMEDA, cun “dos problemas pendentes na Administración pública española para conseguir un novo marco moderno e actual do funcionamento desta”¹.

O novo TREBEP constitúe, en materia de ordenación da función pública, o vértice dun grupo normativo máis amplo e complexo que corresponde definir ao conxunto de todas as administracións co seu desenvolvemento, e cuxo obxectivo e finalidade xa non é establecer o estatuto dos funcionarios públicos previsto no artigo 103.3 da Constitución, senón “determinar a lexislación básica do réxime xurídico dos funcionarios públicos”².

Unha das novidades que trae consigo a Lei 7/2007 é a elección do lexislador da expresión “empregado público” para referirse ao persoal que está ao servizo das administracións públicas, expresión que non fai referencia a unha clase ou categoría de persoal concreta, senón que, como manifesta FUENTETAJA PASTOR, é un “concepto formal de conveniencia” que engloba en abstracto os que, como dita o artigo 8.1 do TREBEP, “desempeñan funcións retribuídas nas administracións públicas ao servizo dos intereses xerais”³. O concepto xeral, dun xeito ou doutro, ha de estar representado por dúas ideas: o servizo a unha Administración pública

1 PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 11.ª ed., Dykinson, Madrid, 2016.

2 FUENTETAJA PASTOR, J. A., “El Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista de Administración Pública*, n. 174, 2007, p. 459.

3 FUENTETAJA PASTOR, J. A., *Pasado, presente y futuro de la Función pública*, Civitas, Madrid, 2013, p. 293.

e que se realice no marco dunha relación de traballo que poderá ser de dereito público ou de dereito privado, permanente ou temporal segundo as diferentes clases de funcionarios”⁴.

A opción legislativa por esta fórmula consolida a coexistencia de persoal funcionario e persoal laboral ao servizo das administracións públicas, entendendo que o TREBEP é, por un lado, lexislación básica do réxime xurídico dos funcionarios públicos e, por outro, lexislación da relación laboral especial de emprego público.

Por outra banda, cómpre resaltar que, logo da aprobación do EBEP, se constitúe unha comisión para o estudo e preparación do dito texto, que plasma o resultado do seu traballo nun informe en que, entre outras conclusións, resalta a existencia de procedementos selectivos que carecen de suficiente publicidade, transparencia, manifestas discriminacións, clientelismo político e favoritismo⁵. Por iso, non é de estrañar que, ante as propostas da comisión, se recollesen finalmente no TREBEP unha serie de principios de carácter funcional, sistematizados no artigo 55, que deben rexer a actuación de todas as administracións públicas na selección do seu persoal, funcional e laboral, centrados especialmente nas garantías dos sistemas selectivos e na composición e actuación dos órganos de selección. De entre tales principios, entendidos como instrumentos necesarios para poder garantir o acceso ao emprego público en condicións de igualdade e respecto aos principios de mérito e capacidade, destaca o principio de transparencia, que, á súa vez, é proclamado con carácter xeral como principio de actuación da Administración pública, tal como sinala o artigo 3.1.c) da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (LRXSP). Unha das obrigas que derivan do dito principio é a de efectuar a motivación axeitada dos actos administrativos, constituíndo tal exigencia unha verdadeira estratexia da transparencia administrativa⁶.

En consonancia co exposto, a falta de transparencia constatada pola Comisión para o estudo e preparación do EBEP recondúcenos dun xeito ou outro a lembrar a inescusable obriga de xustificar as decisións administrativas adoptadas durante o proceso selectivo e a reconsiderar a importancia da motivación como manifestación da transparencia administrativa. Desde estas liñas introdutorias avogamos polo papel transcendental que debe adquirir a motivación como peza clave no ámbito da función pública, en especial na selección e perda da condición de empregado público.

2 Breve apuntamento acerca da expresión “procedementos selectivos”

Malia que a motivación non é presentada como requisito xeral de todo acto administrativo, podemos afirmar sen reserva ningunha que practicamente todos os actos administrativos deben ser motivados. O seu tratamento legal limita a súa exigencia a determinados supostos que se viron ampliados, nun primeiro momento, en 1992, coa Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo

4 PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, cit., p. 155.

5 *Informe de la Comisión para el Estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP, Madrid, 2005, pp. 83 e ss.

6 SÁNCHEZ MORÓN, M., “La transparencia como principal criterio de credibilidad de la Administración. La transparencia en el ordenamiento jurídico español”, Díaz Méndez, A., e Cuéllar Martín, E. (coords.), *Administración inteligente*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2007.

común (LRXPAC), e recentemente coa promulgación da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (LPAC).

A listaxe de supostos que de forma expresa recolle o lexislador en relación coa exixibilidade da motivación clausúrase coa referencia aos procedementos selectivos e de concorrencia competitiva que curiosamente non estaban previstos nin na Lei de procedemento administrativo de 1958 (LPA) nin no proxecto da LRXPAC, e nos que a súa resolución final require a comparación nun único procedemento dunha eventual pluralidade de solicitudes, propostas ou actuacións a cargo dos interesados, de acordo cos criterios fixados nunha norma correspondente en que se inclúen tanto os procedementos de oposición e de concurso para seleccionar o persoal que ha de servir a Administración como os de selección e adjudicación de contratos e concesións administrativas.

A súa previsión legal queda reflectida por primeira vez no parágrafo segundo do artigo 54 da LRXPAC e actualmente o artigo 35 da LPAC mantén o mesmo teor literal da lei que a antecede, exixíndose a motivación dos actos que resolvan este tipo de procedementos conforme o disposto nas normas que regulan as convocatorias, debendo quedar acreditados os fundamentos da resolución que se adopte. O lexislador de 1992, ao referirse á motivación dos procedementos para seleccionar o persoal, pode que, debido ás présas, pois como comentamos anteriormente non estaba previsto tal suposto no proxecto de lei, fai uso dunha concisa e breve expresión para referirse a eles: "procedementos selectivos", alusión que puidese terse emendado coa publicación da vixente Lei 39/2015 sen observarse éxito ningún.

Doutrinalmente, non se polemizou acerca da existencia dos diferentes instrumentos que se poidan utilizar para un correcto desenvolvemento do proceso de selección e que permitan, á súa vez, asegurar o respecto aos principios constitucionais e garantir os dereitos dos cidadáns; si en cambio foi obxecto de crítica o xeito en que se reflectiron legalmente os distintos procedementos de selección, observándose un claro erro de técnica lexislativa, pois, entre outras apreciacións, o artigo 61 TREBEP fai uso de forma indistinta e sen criterio ningún das expresións "procesos selectivos" e "procedementos selectivos", que poden dar lugar a confusión e que a propia doutrina equiparou entendéndoos como termos sinónimos⁷.

No que atinxe aos procedementos que poden darse durante os procesos selectivos, o estatuto non ofrece novidades significativas con respecto á lexislación anterior; hoxe por hoxe seguen sendo a oposición, o concurso e o concurso-oposición cando a lei o autorice expresamente e, independentemente do sistema elixido, exíxese a motivación do acto que poña fin a tal procedemento de selección.

Agora ben, xórdenos a cuestión de precisar a que tipo de procedementos se está a referir o lexislador coa expresión "procedementos selectivos": aos procedementos selectivos para o acceso ou para a provisión de postos de traballo?, ou a ambos os dous? Pois debemos diferenciar que unha cousa é o acceso á función pública e outra a provisión de postos de traballo na Administración pública, e tanto nun como noutro pódese proceder a procedementos de selección como o concurso coa súa correspondente motivación. Malia que en ocasións a análise dos sistemas de acceso e provisión de postos de traballo se atende de xeito conxunto, debemos ter presente, para evitar confusións, que estamos ante dúas figuras, cada unha coa súa substantividade que a caracteriza.

7 FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 151 e 152.

3 A participación de órganos auxiliares no cumprimento da motivación

O lexislador enmudece acerca do órgano que debe realizar materialmente a motivación, deixando orfo de regulación todo aquilo relativo ao aspecto subxectivo da motivación. Nunha primeira aproximación, parece que é o mesmo órgano que ten atribuída a competencia para resolver, se se atopa inmerso nalgún dos supostos previstos na lei, o que debe asumir o cumprimento do aludido deber, solapándose así, nun mesmo órgano, o labor material de xustificar e o labor formal de realizar a motivación co de resolver. Non obstante, obsérvase que ás veces o mesmo órgano que resolve e se encarga de plasmar as argumentacións ou razóns na decisión final non é o redactor oficial de tales xustificacións, senón que recorre para tal encomenda á colaboración doutro ou doutros órganos administrativos, de maneira que o órgano responsable de adoptar a decisión administrativa final e definitiva se ve necesitado do que facer dun ou varios órganos que deberán intervir na súa xustificación material, incorporando as súas decisións e informes á motivación realizada.

Tal colaboración conxunta reflíctese nos procedementos de selección de persoal, caracterizándose por seren procedementos de concorrencia competitiva nos cales participan, dun lado, uns órganos encargados de seleccionar, os tribunais cualificadores de concursos e oposicións, que gozan de discrecionalidade técnica, e, doutro, os órganos que resolve e poñen fin ao procedemento selectivo. A función de tales tribunais cualificadores quedou suficientemente asentada pola xurisprudencia, que precisa que “deben ofrecerlle ao órgano administrativo que ha de decidir esa selección aqueles coñecementos que non posúe este pero si resultan necesarios para realizar a tarefa de avaliación profesional que constitúe o elemento central de tales procesos selectivos”⁸.

Nestes supostos relativos á función pública, o órgano administrativo que resolve decide baseándose no labor avaliador realizado polo tribunal cualificador e cumpre a motivación recollendo tal información e acreditando os fundamentos da resolución adoptada, non consistindo tal acreditación unicamente en incorporar os ditames do tribunal cualificador, senón tamén en fundamentar a resolución administrativa que pon fin ao procedemento de selección. Por iso constatamos que neste tipo particular de procedementos, os procedementos selectivos, a tarefa de cumprir a motivación está repartida entre os órganos cualificadores e os órganos que deciden, sendo a tarefa do tribunal cualificador emitir un ditame e a tarefa do órgano que resolve recollelo na resolución administrativa. Esta dobre perspectiva subxectiva será significativa para delimitar o contido da motivación nos procedementos selectivos da función pública.

Noutra orde de consideracións, resulta oportuno comentar que a composición colexiada obrigatoria dos órganos de selección que incorpora de forma novidosa o EBEP no seu artigo 60 non é causa de exoneración do deber de motivar das decisións adoptadas, pois chama a atención como o Tribunal Supremo chegou a manifestar que, ante o exercicio de discrecionalidade que lle corresponde a un órgano colexiado para emitir unha proposta de nomeamento, non é obrigatoria unha motivación expresa e pormenorizada de cada un dos seus compoñentes⁹. O dito pronunciamento foi obxecto de críticas doutrinais en que, por

⁸ *Vid.*, entre outras, STS 14 xullo 2000, Rec. 258/1997, FX 4.

⁹ STS 30 novembro 1999, Rec. 449/1997, FX 6.

un lado, cuestionan por que non rexe a norma especial e preferente que exige a motivación dos actos administrativos colexiais que poñen fin aos procedementos selectivos, independentemente de que teñan natureza discrecional ou regulada¹⁰ e, por outro, argumentan que “igual que os membros do órgano colexiado deliberan para pórse de acordo sobre a proposta, o mesmo poden facer para acordar sobre como razoala ou motivala”¹¹. Outras opinións doutrinarias de gran rigor científico defenden clara e tallantemente a exigencia da motivación dos actos ditados por órganos colexiados, como a exposta por CARBONELL PORRAS, que iguala a motivación dos órganos unipersoais á motivación dos órganos colexiados, resaltando que non é diferente a unha da outra “nin na forma nin no fondo”¹², e a que sustenta COSCULLUELA MONTANER, precisando que o deber da motivación alcanza os órganos colexiados sen que caiba entendelo cumprido coa simple expresión do resultado de votación realizada para alcanzar a maioría requirida¹³.

4 O papel da motivación nos diferentes sistemas de acceso e provisión de postos de traballo á función pública

Diversos principios e distintos procedementos van determinar a dispar vinculación que teñen os aspirantes coa Administración pública nun procedemento selectivo –calquera cidadán– e nun procedemento de provisión –só funcionarios públicos–, sen impedir en ningún caso que a demanda da motivación sexa ignorada. Por unha parte, mentres co acceso se facilita o ingreso na Administración tras superar probas de selección atendendo ao mérito e capacidade, coa provisión de postos, en cambio, facilítaselle á Administración a cobertura das súas necesidades laborais cos efectivos de persoal existentes que teñan a cualificación axeitada para o desempeño dos ditos postos ou funcións. Por outra banda, no acceso á función pública, o sistema selectivo opera mediante convocatoria pública e a través do sistema de concurso, oposición ou concurso-oposición, mentres que na provisión de postos de traballo a norma prevé o concurso como sistema normal de provisión, xunto a outras formas atípicas como poden ser a comisión de servizos e a redistribución de efectivos.

4.1 A motivación da resolución do concurso: a súa referencia inescusable ao cumprimento das normas regulamentarias e das bases da convocatoria

O concurso como sistema de ingreso na función pública de carreira debe estar solidamente xustificado, igual que o concurso como procedemento normal de provisión de posto de traballo, ao terse en conta os méritos exixidos na correspondente convocatoria e que aparecerán debidamente baremados. O concurso constitúe un procedemento de selección fundamentado na avaliación dos méritos exixidos na convocatoria e nos alegados polos concursantes para a determinación da súa aptitude e orde de prelación neles que é utilizado

10 BACIGALUPPO SAGGESE, M., “En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 107, 2000, pp. 407-420.

11 IGARTÚA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teóricos-generales*, AAP, Sevilla, 2003.

12 CARBONELL PORRAS, E., *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 1999. CARBONELL PORRAS, E., “Regulación de los órganos colegiados”, López Menudo, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Universidade de Sevilla, 2016.

13 COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte Xeral*, 27.ª ed., Thomson, Cizur Menor, 2016.

tanto nos sistemas de acceso como de provisión con carácter ordinario debido á existencia dunha vacante dotada orzamentariamente¹⁴.

O fundamento legal da motivación que se lle exige á resolución que pon fin ao concurso atópase, á parte de no xa mencionado artigo 35.2 da LPAC, no Real decreto 364/1995, do 10 de marzo, polo que se aproba o Regulamento xeral de ingreso do persoal ao servizo da Administración xeral do Estado e de provisión de postos de traballo e promoción profesional dos funcionarios civís da Administración xeral do Estado (RXIPPT) tanto no artigo 22.2, que refire os sistemas de acceso, como no seu artigo 47.2, relativo aos sistemas de provisión de postos de traballo que de xeito expreso recollen a referencia ao cumprimento das normas regulamentarias e das bases da convocatoria. En todo caso, deben quedar acreditadas no procedemento como fundamentos da resolución adoptada a observancia do procedemento debido e a valoración final dos méritos dos candidatos.

A motivación nestes procedementos específicos pode producirse de múltiples formas, non sendo preciso sempre unha motivación concreta e detallada das razóns que amparan a adopción dunha determinada puntuación, sempre que a finalidade cognoscitiva e defensiva que arrastra a motivación non queden minguadas. Nun suposto de provisión de posto de traballo mediante concurso, o Tribunal Supremo é rigoroso no cumprimento da motivación, anulando un acto por non conter no expediente os elementos necesarios que xustifican a puntuación outorgada e ordenando “retrotraer as actuacións á fase de concurso para que o tribunal cualificador, motivadamente, asigne aos méritos relacionados co seu exercicio profesional previo os puntos que procedan conforme o baremo do anexo II da orde de convocatoria e, logo, resolva en consecuencia”¹⁵.

Desde a perspectiva dos tribunais cualificadores, a validez da súa actuación deberá ser medida segundo o establecido nas normas que regulen as convocatorias, de forma que, se estas exixen formalizar os ditames ou cualificacións mediante a expresión da puntuación que exteriorice o seu xuízo técnico, tal puntuación é bastante para que poida ser considerada formalmente correcta a actuación de avaliación técnica e non poderá reprochárselle, desde un punto de vista formal, que non vaia acompañada dunha explicación ou motivación complementaria¹⁶.

Por outra parte, desde a perspectiva do órgano administrativo que resolve, a decisión administrativa que pon fin ao procedemento selectivo para así cumprir a motivación debe, por un lado, recoller a realizada polo tribunal cualificador e, por outro lado, ao que está obrigado, segundo o parágrafo 2 do artigo 35 da LPAC, é a acreditar os fundamentos da resolución adoptada. E polo que se refire a esa acreditación de fundamentos que expresamente establece, non está referida aos ditames de tribunal cualificador, senón á resolución administrativa que poña fin ao procedemento de selección. Por iso, en supostos en que se prevea a realización de determinadas probas e a valoración do currículo dos aspirantes expresados nunha puntuación sinalada para cada un deles, a dita puntuación, expresada na acta correspondente, constitúe a motivación do acto final de cualificación e avaliación, que

14 LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *El acceso e provisión de postos de traballo na Administración Pública: conforme á Lei 7/2007, Estatuto Básico do Empregado Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

15 STS 30 novembro 2015, Rec. 2422/2014 FX 7.

16 STS 27 xuño 2012, Rec. 5778/2011, FX 6; STS 6 maio 2009, Rec. 2677/2007, FX 6; STS 14 xullo 2000, Rec. 258/1997, FX 4.

é recollida pola Administración convocante na resolución que pon fin ao procedemento e que debe tamén fundamentar¹⁷.

En virtude de todo iso, podemos constatar que o órgano de selección cumpre en principio con expresar a puntuación que exteriorice a súa cualificación se as normas reguladoras da actuación non exixen nada máis e se ao longo do procedemento administrativo o interesado non reclamou especial motivación en relación con algún particular específico da súa avaliación. Tamén é conveniente apreciar que se as normas reguladoras da actuación dos órganos cualificadores omitisen a necesidade de que deben motivar as súas avaliacións, iso non exclúe a posibilidade da súa exixencia, pero tal omisión leva consigo a consecuencia de que agora é o interesado quen terá a carga de reclamála. E se, a pesar de reclamarlo expresamente o interesado, o tribunal non atende a súa petición, que, recordemos, consiste nun principio en expresar a puntuación que exteriorice a cualificación, entón seralle reprochable formalmente o vicio de falta de motivación. Por outra banda, a resolución do órgano administrativo, ademais de recoller a motivación do tribunal cualificador, debe fundamentala. Os fundamentos da resolución non só se circunscriben aos fundamentos formais –competencia para adoptala e observancia do procedemento–, senón tamén os fundamentos materiais, é dicir, os criterios en que se fundou a decisión selectiva acordada.

4.2 O tránsito da inexhibibilidade á obrigatoriedade da motivación nos nomeamentos de libre designación

A libre designación con convocatoria pública, tal como a denomina o artigo 80 do TREBEP, aplícase para cubrir os postos de especial responsabilidade e confianza, para cuxo efecto as leis de desenvolvemento do estatuto establecerán os criterios oportunos, e consiste na apreciación discrecional polo órgano competente da idoneidade dos candidatos en relación cos requisitos exixidos para o desempeño do posto. A doutrina entende que as características intrínsecas desta técnica fan dela a negación práctica do principio de mérito e capacidade, manifestando a dubidosa constitucionalidade da libre designación desde a perspectiva dos principios de igualdade, mérito e capacidade, e os principios de obxectividade e imparcialidade¹⁸.

A singularidade destes nomeamentos baséase na existencia dun motivo de confianza que a autoridade facultada para a designación debe ter na persoa designada e que só pode apreciar esa mesma autoridade que verifica o nomeamento¹⁹. A lei só prevé que o órgano competente para o nomeamento poderá solicitar a intervención de especialistas que permitan apreciar a idoneidade dos candidatos, mentres que o RD 364/1995 establece que “as resolucións de nomeamento se motivarán con referencia ao cumprimento por parte do candidato elixido dos requisitos e especificacións exixidos na convocatoria, e a competencia para proceder a este. En todo caso, debe quedar acreditada, como fundamento da resolución adoptada, a observancia do procedemento debido”.

17 STS 14 xullo 2009, Rec. 5054/2006, FX 5; STS 26 febreiro 2008, Rec. 3629/2006, FX 4.

18 STC 207/1988, do 8 de novembro; STC 235/2000, do 5 de outubro. FUENTETAJA PASTOR, J. A., *Pasado, presente y futuro de la Función Pública*, cit., pp. 350-354.

19 STS 17 decembro 2002, Rec. 1418/2000.

No relativo a concretar os postos de traballo que poderán ser provistos mediante esta técnica, a xurisprudencia sinalou que “non basta a mera inclusión na relación de postos de traballo para que un posto deba ser cuberto por libre designación, senón que cómpre demostrar e non só motivar formalmente que, en efecto, o dito posto non pode ser cuberto polos procedementos ordinarios de provisión, dada a súa especial responsabilidade”.²⁰

Atendendo ao exame da motivación do sistema de libre designación como fórmula de provisión dos postos de traballo, de entrada, partimos de que, malia que a motivación se entendeu como instrumento de control dos actos discrecionais para evitar vicios que atenten á legalidade do acto como a arbitrariedade, hai sectores en que o control se atenúa producíndose nalgúns casos unha total autorrestrición; tal é o caso dos nomeamentos de libre designación.

A doutrina xurisprudencial consolidada hai máis dunha década rompe coa doutrina tradicional sustentada na autorrestrición no control da motivación das decisións sobre libre designación e libre cesamento en determinados postos públicos; e así, de afirmar de xeito incondicionado a ausencia dunha obriga de motivación suficiente, pásase a exixir unha motivación extensa determinando os propios tribunais o contido específico que debe incluír para considerarse lícita.

A xurisprudencia maioritaria tradicional viña apostando por unha absoluta innecesariedade e inexixibilidade de motivación nos nomeamentos discrecionais para cargos xurisdicionais, como fiscais e maxistrados do Tribunal Supremo, e funcionariais de libre designación. Tales supostos entendíanse como unha categoría singular de actos discrecionais, en que a resolución administrativa, ao invocar as normas que a facultan para a libre designación, levaba implícita a motivación de que a persoa designada ten a confianza da autoridade a quen a lei lle outorga a potestade para a libre provisión do cargo²¹. Esta invocación dos preceptos que atribuían a potestade discrecional bastaba para entender cumprida a exixencia de xustificar as decisións, non existindo, polo tanto, unha obriga formal de motivación.

O Tribunal Supremo sinalou nun primeiro momento, en supostos de nomeamentos aludidos, como o de presidente dunha audiencia provincial, que “esa discrecionalidade técnica, equivalente a libre designación, ofrece peculiaridades e singularidades de cara á súa motivación que merecen un tratamento particularizado”, xustificando a innecesariedade de que o Consello Xeral do Poder Xudicial motive as propostas de nomeamento para a provisión daqueles destinos da carreira xudicial cuxa cobertura é de natureza discrecional, baseándose en dous argumentos: un, considerar que tales nomeamentos se fundan en motivos intrinsecamente insusceptibles dun control xurisdiccional, é dicir, motivos de confianza –do que se infire que o Tribunal Supremo cualifica os cargos xudiciais de designación discrecional como cargos de confianza– e, dous, o carácter colexiado do órgano do cal emanou o acto discrecional cuxa motivación se pretende²².

20 STS 18 marzo 2008, STS 21 xaneiro 2008.

21 SAN 21 febreiro 2002, Rec. 102/2001, FX 3; STS 11 xaneiro 1997, Rec. 424/1995, FX 6; STS 18 maio 1991, RX 1991/4120, FX 4.

22 STS 30 novembro 1999, Rec. 449/1997. Esta sentenza foi obxecto dunha análise crítica por BACIGALUPO SAGESSE, M., “En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?”, cit., p. 415, ao cal, malia non dubidar do carácter discrecional da provisión de determinados destinos da carreira xudicial, non lle resulta convincente ningún dos argumentos esgrimidos polo Tribunal Supremo que sosteñen a innecesariedade da motivación. Para este autor, os cargos xudiciais non son de confianza, non radicando a discrecionalidade en poder elixir entre fundar o nomeamento nunha valoración dos méritos dos aspirantes ou fundalo só en motivos de confianza, senón tan só no carácter non regulado daquela valoración da que non cabe prescindir. O contido da motivación exixible nos nomeamentos de carácter discrecional,

Ambos os dous tipos de nomeamentos, os relativos a altos cargos do poder xudicial e os de libre designación, seguiron esta mesma liña interpretativa ata a aparición da controvertida Sentenza do Tribunal Supremo do 29 de maio de 2006, que os escindiu no referente á existencia de motivación²³. Por un lado, a sentenza puntualiza, en relación cos primeiros, que non os considera postos de libre designación e reivindicando un control de tales decisións que “non poden ser froito dun voluntarismo inmotivado”, e, por outro lado, respecta a peculiaridade dos nomeamentos de postos designados por libre designación. Esta sentenza, coñecida como do caso Gómez Bermúdez, relativa ao nomeamento do presidente da Sala do Penal da Audiencia Nacional, cambia o eixe dos nomeamentos de altos cargos do poder xudicial da confianza ao mérito e á capacidade, cobrando especial protagonismo a motivación que lle corresponde fundamentalmente á Comisión de Cualificación, que é a que eleva ao pleno un informe coa proposta de nomeamento, aínda que admite tamén a motivación que resulta do expediente e da acta da sesión de debate previa á votación do pleno.

Á parte de proclamar a obriga de motivación, a sala establece o sentido e o alcance da motivación, sinalando que “o relevante é, en primeiro lugar, que a comisión informou circunstanciadamente dos méritos que concorren nos candidatos e das razóns que apoian a súa proposta; en segundo lugar, que o pleno poida manexar e valorar todos os elementos necesarios para formar o seu criterio con plenitude de coñecemento e, en terceiro lugar, que a decisión adoptada se apoiou en razóns alcanzables desde a perspectiva do mérito e capacidade”. En sentenzas posteriores engádense máis requisitos avanzando na exigencia dunha axeitada motivación, como a datada o 27 de novembro de 2007, na cal o Tribunal Supremo deixa apuntado que “a motivación debe expresar os méritos considerados prioritarios, debe pór de manifesto cales son as fontes de coñecemento que se manexaron para identificar os méritos e, finalmente, debe mostrar que se realizou unha comparación ou contraste das diferentes traxectorias dos candidatos, identificando cales son as características que reúnen as persoas nomeadas e que xustifican a súa elección”²⁴.

Posteriormente a todos estas decisións xurisprudenciais aludidas, a exención da obrigatoriedade da motivación foi de novo cambaleada e derrocada por recentes pronunciamentos que enarboran a súa obrigatoriedade, incluíndo os nomeamentos de libre designación, co cumprimento de reflectir xa non só o previsto no precepto regulamentario correspondente –artigo 56.2 RXIPPT–, que, recordamos, se refire ao cumprimento polo candidato elixido dos requisitos e as especificacións exixidas na convocatoria e a competencia para proceder ao nomeamento, senón tamén ao feito de que a motivación debe incluír “os criterios concretos de interese xeral elixidos como prioritarios para decidir o nomeamento e cales son as calidades

en opinión do autor, debe recoller os méritos que tomou en consideración o órgano selectivo e como os valorou en relación con cada un dos aspirantes.

- 23 STS 29 maio 2006, Rec. 309/2004. É interesante destacar, como apunta DESDENTADO DAROCA, que “no voto particular á sentenza, aínda que se discrepa da cualificación do sistema de selección e se segue considerando que este é o da libre designación, existe unha coincidencia básica e de extraordinaria importancia con parecer maioritario, porque o voto particular se separa tamén da doutrina anterior e afirma que a confianza non debe entenderse como unha confianza persoal ou ideolóxica, senón como unha confianza na idoneidade, mérito e capacidade do candidato para o desenvolvemento do posto de traballo”. *Vid.* DESDENTADO DAROCA, E., “Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 139, 2008, p. 560.
- 24 STS 27 novembro 2007, Rec. 407/2006. *Vid.* DESDENTADO DAROCA, E., “Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico”, cit., pp. 565-567, que ofrece unha valoración crítica acerca dos votos particulares da dita sentenza. *Vid.* tamén sobre esta sentenza IGARTÚA SALAVERRÍA, J., “Otra vez sobre nombramientos de altos cargos judiciales: la Sala 3ª del Tribunal Supremo retoma el rumbo”, *Revista Vasca de Administración pública*, n. 80, 2008, pp. 211-232.

ou condicións persoais e profesionais que foron consideradas no funcionario nomeado para apreciar que aqueles criterios concorren nel en maior medida que no resto dos solicitantes”²⁵.

Malia que xa vaticinara o Tribunal Supremo que este é un tema “complexo e problemático”, “sobre o cal a xurisprudencia se atopa en tránsito, entendido este termo co significado de que é probable que aínda non arribase a unha conclusión firme e consolidada”²⁶, somos conscientes de que esta nova xurisprudencia deixa latente que a liberdade legalmente recoñecida para estes nomeamentos discrecionais non é absoluta, senón que ten uns límites mínimos reflectidos constitucionalmente nos artigos 9.3, 23.2 e 103.3, que se traducen, á súa vez, nunha serie de exixencias de carácter substancial e formal, sendo a motivación un claro expoñente destas últimas.

O carácter excepcional do sistema de libre designación exige non só unha motivación suficiente que xustifique a súa elección en atención á natureza das funcións atribuídas ao posto de traballo²⁷, senón que tamén require dunha motivación reforzada, que, por un lado, exprese as razóns que xustifiquen a súa elección fronte ao mecanismo normal do concurso de méritos e, doutro, a motivación da idoneidade do seleccionado, en especial en relación co persoal ao servizo das corporacións locais en asuntos relativos a postos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional²⁸. O informe de idoneidade que se emita debe satisfacer, polo tanto, o canon de motivación que impón a máis moderna doutrina xurisprudencial sobre o deber de motivación nos nomeamentos funcionariais polo procedemento de libre designación, “identificando claramente a clase de méritos considerados prioritarios para o nomeamento e as circunstancias concretas consideradas na persoa nomeada”²⁹.

Finalmente, observamos que, se o nomeamento por libre designación constitúe o exercicio dunha potestade discrecional, baseada na existencia dun motivo de confianza, tamén o cesamento se caracteriza por esa discrecionalidade fundamentada na falta de confianza, sen que sexa nun principio necesaria motivación ningunha, como manifestou a xurisprudencia, entendendo que a simple expresión do exercicio da facultade discrecional era o verdadeiro fundamento, bastando simplemente con indicar a competencia que a autoridade ten para adoptala, tal como se prevé no artigo 58.1 do RD 364/1995 e diferenciando así, dunha maneira ou doutra, entre a motivación necesaria para o nomeamento e a que resulta exixible para o cesamento, sendo mais rigorosa coa primeira xa que se produce unha libre concorrencia de aspirantes a un mesmo posto/s que fai necesaria a posta de manifesto das razóns polas que un deles debe ser elixido con preferencia aos demais, e sempre sen descoñecer a esencia desta excepcional forma de selección presidida pola nota da confianza para ocupar postos relevantes que exixen especial cualificación e implican responsabilidade³⁰.

Porén, algún que outro pronunciamento obsérvase decantándose pola idea de que o teor literal do precepto regulamentario aludido non impide, en absoluto, “a existencia de motivación acerca doutros aspectos do acto impugnado alleos á competencia para ditalo, xa

25 STS 30 setembro 2009, Rec. 28/2006, FX 5; STS 19 outubro 2009; STS 3 decembro 2012, Rec. 339/2012, FX 6.

26 STS 3 marzo 2005, Rec. 260/2004, FX 4.

27 STS 30 maio 2013, Rec. 2398/2012, FX 3.

28 STSX (Val.) n. 599/2014, 30 setembro, FX 3.

29 STSX (País Vasco) n. 530/2014, 30 outubro, FX 4.

30 SAN, 9 maio 2006, Rec. 575/2004, FX 3; STSX (Murcia) n. 278/2002, 10 maio, FX 2; STS 3 abril 1992, Rec. 6690/1990, FX 3.

sexan regulados ou discrecionais”³¹, e é curioso ver como en recentes declaracións xurisprudenciais de ámbito autonómico se declara que “a decisión de destituír o interesado, aínda que entraña o simple exercicio da potestade esencialmente discrecional da Administración, debe levar consigo sequera minimamente unha motivación, como resulta exixible a todo acto administrativo. O cesamento nun posto de traballo de libre designación require unha motivación específica, precisa e de significado racional que pode ser sucinto pero polo menos suficientemente informativa para o interesado sobre a causa do cesamento”³².

Por un lado, deféndese que a decisión de cesamento debe motivarse axeitadamente indicando cales son os criterios obxectivos de interese público que avalan o cesamento e “non pode consistir nunha decisión arbitraria ou baseada en meros motivos de preferencia subxectiva”³³, entendendo que “a facultade discrecional que se exerce non ha de discutirse, a Administración incorrería en arbitrariedade cando sen motivación ningunha decide destituír daquela praza o inicialmente nomeado de forma discrecional”³⁴, e por outro, á súa vez, insístese en que, xustificando o nomeamento por libre designación na confianza, “é evidente que a resolución de cesamento por perda da confianza debe expor os feitos e fundamentos do dito cambio de criterio na medida en que se priva o funcionario do desempeño dun posto de traballo que ocupaba con carácter definitivo, polo sistema de libre designación”³⁵.

En definitiva, a nova tendencia nos supostos de cesamento de nomeamentos de libre designación desemboca nun interese por acompañar a decisión do cesamento coa súa respectiva motivación, pois o feito de que a praza ocupada o sexa por libre designación non significa que o funcionario que a cobre poida ser destituído por perda de confianza se non existen razóns ou causas suficientes que xustifiquen esa decisión, razóns que deben ser explicadas no momento da destitución.

4.3 A motivación como límite da cláusula de necesidade que xustifica a aplicación dun sistema extraordinario de provisión

A Administración pode adoptar medidas extraordinarias para garantir un funcionamento normal e eficaz dos servizos se xorden no seo da organización administrativa ou do servizo unhas especiais circunstancias ou problemas cuxa resolución resulta imposible cubrir cos sistemas ordinarios³⁶. A aplicación dos sistemas extraordinarios de provisión vén determinada por circunstancias que de forma eventual xorden unha vez elaboradas as relacións de postos de traballo e que teñen como finalidade dar unha satisfacción eficaz ás necesidades do servizo, do que se deduce que a cláusula de necesidade xustifica a actuación administrativa cobrando especial protagonismo a motivación ao ser preciso constatar e contrastar a existencia dunha situación de necesidade. O papel da motivación non queda relegado a un segundo plano e, dependendo da categoría en que esteamos, adquirirá maior ou menor forza.

31 JCA 15 xuño 2001, Rec. 66/2000, FX 4.

32 STSX CAT n. 119/2014, de 11 febreiro, FX 5 e 6.

33 STSX (Cat.) n. 1301/2013, de 11 decembro.

34 STSX (Cat.) n. 1062/2013, de 18 outubro.

35 STSX (Cat.) n. 1194/2013, do 14 de novembro.

36 LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración pública: conforme a la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pp. 720 e ss.; FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X., *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, INAP, Madrid, 2002.

A simple necesidade do servizo é unha causa que dá lugar a que a Administración proceda ao traslado dos seus funcionarios ou á redistribución de efectivos e da que se exige que sexa explicitada dalgún xeito, servindo tal explicación de motivación á súa actuación e permitindo á súa vez o control da dita potestade coa finalidade de non incorrer en desviación de poder nin en arbitrariedade. A redistribución é un medio de optimización de recursos que precisa dun procedemento para o efecto e dunha resolución concreta e debidamente motivada que dea conta das razóns de optimización que xustifican o cambio de destino. Non se admiten como válidas aquelas motivacións baseadas na mera referencia ao procedemento de redistribución de efectivos³⁷, e mentres nalgúns supostos se permiten como fundamentación suficiente para acordar a redistribución de efectivos as referencias regulamentarias e os datos de identificación dos respectivos postos de traballo, noutros, en cambio, é insuficiente a invocación de fórmulas estereotipadas sen mención expresa dos feitos determinantes da decisión³⁸.

Por outra banda, a necesidade urxente de cubrir unha vacante constitúe o fundamento da aplicación dalgún suposto de comisión de servizo, entendendo a urxencia non como un concepto autónomo, senón como unha “categoría específica da necesidade”³⁹. Exento o ordenamento de parámetros claros, a Administración debe apreciar as circunstancias, correspondendo aos tribunais o seu control *a posteriori* e, para que este control sexa efectivo, exíxese á Administración exteriorizar tales causas mediante a motivación. A comisión de servizos queda restrinxida aos supostos de urxente e inaprazable necesidade que deberá ser motivada.

As comisións de servizo aparecen configuradas como “unha adscripción temporal cuxo fundamento e finalidade radica na necesidade urxente de cubrir un determinado posto de traballo, en función das circunstancias obxectivas que concorren neste, correspondéndolle á Administración a ponderación das circunstancias da conveniencia do nomeamento dos funcionarios nas comisións de servizo e, polo tanto, levan consigo que a necesidade de motivación do acordo polo que se dispón o cesamento do funcionario se reduza ao mínimo”⁴⁰.

A exigencia dunha motivación suficiente que comprenda non só a existencia de circunstancias extraordinarias que determinan a inaprazable necesidade de cubrir unha praza vacante, senón tamén a imposibilidade de que a dita cobertura poida producirse por medio dun dos sistemas ordinarios, son requirimentos que non pasan desapercibidos polos nosos tribunais⁴¹, ao insistir na necesidade de motivar e explicitar de forma axeitada a concorrencia das circunstancias de natureza extraordinaria que determinan a urxente necesidade de acudir á comisión de servizos⁴². Exíxese sen reserva ningunha facer públicas as listaxes dos postos de traballo que estean cubertos en réxime de comisión de servizos ou se prevexa que vaian estalo, ao non ser unha forma de provisión de postos de traballo, senón unha forma de provisión de vacantes de carácter temporal e excepcional, obrigando polo tanto a que “a Administración motive de forma escrupulosa as razóns de extraordinaria urxencia e necesidade”⁴³.

37 STSX (And.) n. 2494/2011, 24 outubro, FX 2; STSX (And.) n. 29/2007, 12 xaneiro, FX 2.

38 STSX (Cat.) n. 298/1998, de 1 abril, FX 4; STSX (Canarias) n. 399/2000, de 6 abril, FX 4.

39 ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996, p. 576.

40 STSX (Mad.) n. 10226/2010, 19 outubro, FX 3.

41 STSX (Asturias) n. 165/2000, 25 febreiro.

42 STSX (Illas Canarias) n. 13/2016, FX 1; STSX (Navarra) 29 xuño 2000, Rec. 1202/1997, FX 3; STSX (Cat.) n. 1004/1999, 11 novembro, FX 1.

43 STSX (País Vasco) n. 203/2012, 22 outubro, FX 7.

Doutro lado, a alteración do contido do posto de traballo pode ser o fundamento de aplicación doutra forma de provisión, sempre e cando a dita alteración teña tal entidade que afecte ao normal funcionamento do servizo. Tal é o caso da remoción do posto de traballo provido mediante concurso se se dan as circunstancias previstas tanto na lei como no regulamento, que deben quedar xustificadas e exteriorizadas⁴⁴; de aí o papel significativo da motivación no expediente contradictorio que se orixina, pois exíxese tanto á proposta de remoción formulada polo titular do centro directivo como á resolución definitiva que comportará se procede o cesamento do funcionario, dando lugar a súa ausencia en múltiples ocasións, como sinalou a xurisprudencia, a anular as decisións administrativas adoptando a remoción⁴⁵. Se a causa consiste na falta de capacidade do funcionario para o desempeño do posto manifestada por “rendemento insuficiente que non comporte inhibición e que impida realizar con eficacia as funcións atribuídas ao posto”, enténdese que a motivación debe sinalar as razóns e os feitos polos que se considera que o funcionario manifesta un rendemento insuficiente determinante da súa falta de capacidade sobrevida, pois non basta a apreciación subxectiva do superior se non concorren os feitos ou as circunstancias determinantes do suposto legal. Dáse a posibilidade de que un funcionario sexa removido dun posto de traballo por falta de capacidade manifestada polo propio titular iniciando el mesmo o procedemento de remoción, admitíndose que o órgano administrativo faga súas as razóns que sustenten a posible remoción mediante a necesaria proposta motivada⁴⁶.

5 O emprego de fórmulas con signos numéricos

A complexidade da materia obxecto do acto administrativo vai determinar a extensión da motivación, que variará en función das circunstancias do caso, deixando patente a versatilidade desta. Tal realidade non debe comportar, de ningún xeito, a exención de motivación, ou a depreciación de tal exigencia, senón que, pola contra, ha de estimular a busca de fórmulas concretas de exteriorización das razóns da decisión, que sexan específicas en relación co destinatario do acto administrativo. A reflexión sobre elas confirma que as fórmulas convencionais ou estereotipadas se admiten como motivación, en determinadas ocasións, con certa cautela en supostos relativos a materia de estranxeiría e de tráfico, circulación de vehículos e seguridade viaria, nos cales se fai uso de impresos normalizados e xeneralizados para xustificar determinadas decisións administrativas, sempre que poidan coñecerse as razóns e os criterios esenciais que serven de soporte á decisión administrativa adoptada, mentres que a opción por fórmulas con signos alfa-numéricos gozan dunha aceptación máis afianzada, en especial en procedementos de concorrencia competitiva.

De forma particular, a motivación con signos numéricos é un suposto bastante singular que goza dunha admisión máis xeneralizada e consolidada, en procedementos selectivos. A actuación dos órganos cualificadores en tales procedementos límitase en moitos supostos a expresar a puntuación que exterioriza o seu xuízo técnico, admitíndose como correcta e suficiente cando as normas de regulación da actuación do tribunal cualificador, constituídas polas bases das convocatorias, non exixan máis que a dita puntuación.

44 SAN 29 maio 2013, Rec. 22/2013, FX 11.

45 SAN 27 xuño 2013, Rec. 11/2013, FX 1.

46 Acordo Comisión Superior de Persoal, 26 abril 1990.

En virtude do exposto, aínda que a admisión e aceptación de signos numéricos como fórmula empregada que sirva de motivación non suscita dilema ningún por parte dos operadores xurídicos, a cuestión que nos atinxe céntrase no feito de se, no ámbito de procedementos selectivos da función pública, a mera asignación de puntos sen fundamentación ningunha é considerada como motivación válida e suficiente ou se se require, polo tanto, unha explicación detallada da puntuación asignada para entender cumprida a dita exixencia legal.

5.1 A mera puntuación nun procedemento selectivo constitúe a motivación do acto final de cualificación e avaliación

Nun principio, a cualificación numérica serviu como forma de medir ou valorar o resultado das probas nos procesos selectivos, tal como se deduce da doutrina legal establecida a partir da sentenza do 5 de xullo de 1996, referente ao labor avaliador dos órganos especializados da actividade investigadora cando afirma, en relación coa motivación, que “as decisións da Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora están suficientemente motivadas, aínda que non manifesten explicitamente as razóns polas que valoran negativamente un período ou períodos de investigación, cando fan súas as puntuacións asignadas polos comités asesores ao valorar globalmente o conxunto das achegas en cada un dos criterios obxecto de avaliación”⁴⁷.

Declaracións xurisprudenciais posteriores adoptaron a doutrina transcrita en relación coa valoración da actividade investigadora nas cales se escusa a Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora de expor o seu xuízo valorativo aínda que este escape efectivamente ao control dos tribunais, salvo casos excepcionais, polo feito de ter aceptado o informe dun órgano constituído para o seu asesoramento, integrado por membros da comunidade científica, cuxa actuación se axustou ás prescricións legais dispostas para o efecto, que autorizan para traducir as valoracións globais do conxunto das achegas nunha puntuación matemática referida a uns criterios de avaliación prefixados na dita normativa⁴⁸. Igualmente, a cualificación numérica é admitida como motivación válida nun asunto relativo a unhas oposicións a auditores para o Tribunal de Contas, no que se resalta que, “cando as normas reguladoras da actuación dos órganos cualificadores non exijan máis que a dita puntuación, o órgano cualificador cumprirá con limitarse a exteriorizala, e non poderá rexeitalo, desde un punto de vista formal, o que non a acompañase dunha explicación ou motivación complementaria”⁴⁹.

En sucesivos pronunciamentos, o Tribunal Supremo deixa constancia da admisión da simple puntuación como motivación válida referente a unha temática variada como o acceso a prazas de médicos especialistas⁵⁰ e convocatoria de proceso selectivo para grupos de acción local para a iniciativa comunitaria de desenvolvemento local Leader⁵¹, entre outras.

47 STS 5 xullo 1996, Rec. 5236/1994, FX 6.

48 STSX (Mad.), n. 10144/2009, 22 outubro, FX 4; STSX (Cant.) n. 679/2006, 17 novembro, FX 5; STSX (Murcia) n. 616/2005, 14 xullo, FX 3; STSX (Mad.) n. 827/2004, 24 maio, FX 6; STSX (Mad.) n. 773/2004, 20 maio, FX 6; STSX (Mad.) n. 1237/2002, 22 outubro, FX 4; STSX (Mad.) n. 636/2002, 28 maio, FX 6; STSX (And.) 4 outubro, Rec. 439/2000, FX 4; STSX (And.) n. 2408/1998, FX 2.

49 STS 14 xullo 2000, Rec. 258/1997, FX 6.

50 STS 16 setembro 2009, Rec. 4484/2006, FX 1; STS 21 xullo 2009, Rec. 2351/2006, FX 1 e 6; STS 9 xuño 2008, Rec. 5499/2007, FX 4; STS 22 xaneiro 2008, Rec. 3615/2004, FX 2; STS 15 xaneiro 2008, Rec. 696/2005, FX 4; STS 4 abril 2007, Rec. 9513/2004, FX 4.

51 STS 6 maio 2009, Rec. 2677/2007, FX 7.

5.2 A simple puntuación asignada como motivación require dunha explicación detallada

En determinadas ocasións, a xurisprudencia mantivo que a exigencia de motivación non pode ser suplida pola simple fixación de puntuacións, insistindo en que a mera expresión numérica é insuficiente para coñecer se os criterios de valoración foron correctamente apreciados. A través dos seus pronunciamentos foi reflectindo a evolución que experimentou a cuestión da discrecionalidade técnica no que concirne á necesidade de motivar o xuízo técnico, apostando por un contido mínimo da motivación que inclúa os criterios de valoración cualitativa e por que a aplicación de tales criterios conduce ao resultado individualizado que outorga a preferencia a un candidato fronte aos demais, non bastando polo tanto a simple asignación numérica⁵².

A doutrina legal anteriormente apuntada, que permite a motivación por puntuación cando o órgano avaliador fai súas as puntuacións asignadas polo órgano técnico, foi obxecto de análise e de diferentes interpretacións xurisprudenciais que a precisaron e delimitaron, puntualizando que a dita doutrina se circunscribe aos requisitos da motivación que ha de ter a resolución do órgano que avalía ou cualifica; non así aos que son exhibibles ás propostas do órgano técnico⁵³. A proposta deste órgano debe reunir unha motivación suficiente que lle permita ao demandante coñecer as razóns que levan a Administración a desestimar a petición de valoración positiva da actividade realizada por este. A valoración que se fai dun concursante, mediante a asignación dunha puntuación concreta, non equivale á motivación: iso é a decisión mesma e non a motivación. Esta postura confunde claramente o que é a motivación e o que é a decisión do órgano administrativo. A motivación é un elemento fundamental para que o interesado poida exercer o seu dereito á tutela xudicial efectiva, pois só coñecendo os motivos poderá combatelos ante a xurisdición contencioso-administrativa.

A motivación por remisión que fai o órgano substantivo que avalía e cualifica o informe do comité asesor enténdese como motivación válida sempre e cando o informe do citado comité incorpore as razóns polas que emite unha determinada cualificación⁵⁴. O feito de afirmar que a exigencia de motivación se satisfai meramente dando a coñecer a puntuación outorgada polo comité asesor significa dar un paso atrás na construción do dereito administrativo como un sistema de regras e principios aos que se ten que someter a Administración na xestión dos intereses públicos.

Por outra banda, a práctica administrativa de incorporar nas resolucións denegatorias dos recoñecementos de sexenios de investigación aos profesores universitarios os informes emitidos polo comité asesor, consistentes nunha puntuación numérica sen incluír as razóns da avaliación correspondente que lle impiden ao afectado coñecer os motivos polos que se denega o recoñecemento do correspondente sexenio, non só provocaron controversias xurisprudenciais, senón que tamén expón certos interrogantes doutriniais polo feito de non outorgar relevancia á ausencia da motivación das resolucións da Comisión Nacional de Avaliación, e, polo tanto, non permiten coñecer as razóns que xustifican a puntuación, nin

52 STS 16 marzo 2015, Rec. 735/2014, FX 6; STS 24 setembro 2014, Rec. 1375/2013, FX 7; STS 26 xuño 2014, Rec. 2399/2013, FX 5; STS 4 xuño 2014, Rec. 376/2013, FX 5; STS 12 marzo 2014, Rec. 23/2013, FX 4; STS 18 decembro 2013, Rec. 3760/2012, FX 6.

53 STSX (A Ríoxa) n. 270/2013, 21 novembro FX 3; STSX (Castela e León) n. 700/2012, 10 abril, FX 3; STSX (Castela e León) n. 1868/2009, 29 xullo, FX 2; STSX (Galicia) n. 312/2006, 29 marzo, FX 3.

54 STS 3 xullo 2015, Rec. 294/2013, FX 9.

defenderse fronte ao fundamento da resolución nin lograr o control xudicial e a anulación de tal resolución, o que pon en xaque o previsto en artigos tan significativos como o 9.3, 24 e 106.1 da nosa Constitución. Tales interrogantes son respondidos cunha interpretación razoable e ponderada que permite estar conforme cos preceptos aludidos pola autora DESDENTADO DAROCA ao manifestar que para entender a doutrina do Tribunal Supremo hai que distinguir entre motivación externa, que debe aparecer na resolución que se lle notifica ao particular, e motivación interna, a cal pode producirse na resolución, nos informes a que se remite a resolución, noutros documentos do expediente ou nun momento posterior. Considera que o verdadeiro escollo en materia de sexenios de investigación se atopa na imposibilidade de coñecer a xustificación da resolución e non propiamente a ausencia ou insuficiencia da motivación externa que acompaña o acto e que a norma permite que sexa sucinta⁵⁵.

En todos estes supostos en que a motivación carece dos criterios e razóns mencionados declarouse que “non é posible discernir se o xuízo técnico plasmado na puntuación ou cualificación aplicada se moveu dentro das marxes de apreciación que resultan tolerables en moitas ramas do saber especializado ou, pola contra, respondeu a criterios que puidesen resultar non asumibles por ilóxicos ou carentes de total xustificación técnica, como tampouco pode constatarase se ese mesmo xuízo foi ou non igualitario. E, por iso, non se lle ofrecen ao interesado os elementos que lle resultan imprescindibles para que poida articular debidamente, con plenitude do seu dereito de defensa, a impugnación xurisdiccional que queira formular fronte á cualificación ou puntuación que lle resultase lesiva para os seus intereses”⁵⁶.

A motivación preséntase como un elemento decisivo no control xurisdiccional da discrecionalidade, sen que caiba confundir, como quedou reflectido xurisprudencialmente, “a discrecionalidade de que poida gozar a Administración na fixación da baremación dos distintos criterios que constitúen as normas do concurso fronte á ausencia de discrecionalidade na asignación da puntuación conforme os distintos criterios establecidos”⁵⁷; de aí que se declare que para que a dita discrecionalidade sexa controlada xurisdiccionalmente e respecte a interdicción da arbitrariedade, se exixa a oportuna motivación, sendo “insuficiente a mera asignación de puntuacións sen fundamentación ningunha”⁵⁸.

A explicación de todo iso trae causa da evolución xurisprudencial que de forma paralela se deu en relación coa discrecionalidade técnica e coa necesidade de motivar o xuízo técnico; de aí que se constate que, nos supostos en que o órgano avaliador faga súas as puntuacións do comité asesor, tales puntuacións servirán como motivación sempre e cando se incorporasen ao informe do dito comité as razóns das determinadas e específicas cualificacións, optando de forma ineludible por unha exposición razoada dos criterios xustificativos, en especial cando o interesado reclame a motivación da cualificación e cando o informe técnico unicamente conteña unha cifra numérica sen engadir unha explicación relevante.

A preferencia da motivación por puntuación de xeito claro e detallado en que quede constancia dos criterios empregados e as razóns achegadas fronte a unha mera indicación desta

55 DESDENTADO DAROCA, E., “Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico”, cit., pp. 101-103.

56 STS 4 xuño 2014, Rec. 376/2013, FX 5; STS 18 decembro 2013, Rec. 3760/2012, FX 6.

57 STS 16 decembro 2004, Rec. 5766/2000, FX 6.

58 STS 24 setembro 2014, Rec.1375/2013, FX 7; STS 16 decembro 2004, Rec. 5766/2000, FX 6.

vaise implantando de forma xeneralizada nos procedementos selectivos da función pública e a consolidación dunha liña xurisprudencial que reclama dos órganos unha motivación que non se limite á expresión dunha puntuación ou cualificación, senón que ofrezca as razóns que conduciron a ela cando sexa obxecto de reclamación, é cada vez máis notoria⁵⁹. De aí que se inadmita como válida a motivación por puntuación practicada ao entenderse que hai ausencia total desta se se demostra que as cualificacións se emitiron sen explicar tanto os criterios cualitativos que foron establecidos ou seguidos para valorar o acerto ou desacerto do exposto en exercicio como o xeito de cuantificar os niveis de acerto ou desacerto e por que o exercicio do recorrente merecía o nivel concreto que exteriorizou a puntuación concreta aplicada. Non se cumpre, polo tanto, coa obriga de motivación se o interesado non obtén unha resposta axeitada, suficiente do motivo da puntuación que o levou á exclusión do proceso ao non alcanzar a mínima exigida, non bastando para considerar motivada a cualificación con comunicar a cifra ou puntuación en que fose exteriorizada, pois é necesario que a xustificación ou explicación que é inherente á necesaria motivación inclúa dous elementos inescusables: “os criterios singulares de valoración cualitativa que se seguiron para emitir o xuízo técnico e as razóns concretas polas que a aplicación deses criterios valorativos conducen, no exercicio realizado por cada aspirante, á puntuación concreta e cualificación aplicada”⁶⁰.

De forma particular en supostos de impugnación dunha determinada cualificación, insítese en que o núcleo técnico da discrecionalidade técnica non está en todos os seus aspectos pechado ao control xurisdicional, avalando a motivación do acto e a súa razoabilidade, ao exixirle ao órgano de cualificación que expoña as razóns que o levan a rexeitar as argumentacións de queixa dos concursantes, como se observa nun proceso selectivo para ingreso no corpo de mestres no cal “a mera negación apodíctica do interese científico ou didáctico das publicacións achegadas” non é aceptable como motivación, pois limitase a ser “a expresión dun mero xuízo de valor de carácter estritamente subxectivo, e non a expresión dun xuízo razoado de índole obxectiva, que é o exigible en tales casos como motivación”⁶¹. Noutros asuntos máis específicos referentes ao ingreso na función pública docente, tamén resulta flagrante a ausencia de motivación ante a negativa do tribunal cualificador a explicitar os razoamentos da nota numérica concreta⁶².

Por outro lado, noutras declaracións relativas a probas de persoal sanitario para provisión de prazas, non se considera como falta de motivación a asignación de puntuacións sempre e cando se cumpran os tres elementos que segundo xurisprudencia reiterada constitúen o contido da motivación, e que no tema concreto fai referencia a “coñecer o obxecto da cualificación ou valoración, que non foi senón o contido do exame realizado pola recorrente; sábese tamén cal foi o criterio cualitativo seguido para decidir a cualificación (o modelo de respostas previamente aprobado polo tribunal cualificador), e explícase que a razón da puntuación finalmente outorgada foi ese maior ou menor axuste do exame co modelo de respostas de que se vén falando”⁶³.

59 STS 24 marzo 2015, Rec. 1174/2014, FX 3; STS 31 xullo 2014, Rec. 2001/2013, FX 7; STS 29 xaneiro 2014, Rec. 3201/2012, FX 4; STS 15 outubro 2012, Rec. 4326/2011, FX 5; STS 27 abril 2012, Rec. 5865/2010; STS 10 abril 2012, Rec. 183/2011, FX 4; STS 2 decembro 2008, Rec. 376/2006, FX 3.

60 STS 12 marzo 2014, Rec. 23/2013, FX 4.

61 STS 10 decembro 2014, Rec. 3754/2013, FX 11.

62 STS 16 marzo 2015, Rec. 735/2014, FX 8.

63 STS 23 decembro 2014, Rec. 3462/2013, FX 8; STS 16 decembro 2014, Rec. 3157/2013, FX 7.

A xeito de recapitulación e a partir das máis recentes manifestacións xurisprudenciais que estiman insuficientes aquelas motivacións que se limitan a asignar puntuacións sen fundamentación ningunha, expomos acerca da necesidade de motivar as cualificacións e as valoracións dos méritos dúas conclusións. Primeiro, que calquera aspirante afectado polas puntuacións outorgadas ten dereito a que lle sexa comunicada a motivación das cualificacións e méritos que fosen aplicados polo tribunal competente, e esa comunicación é obrigada para a Administración tanto cando lle sexa solicitada polo dito aspirante como cando este formulase a súa impugnación contra tales puntuacións. Segundo, que non sempre bastará para entender motivada a valoración de méritos e cualificacións con comunicar a cifra ou puntuación en que fose exteriorizada, sendo necesario recoller os criterios de valoración ou partir da proposta de valoración que asumirá a comisión de avaliación e que ha de conter a xustificación.

En virtude de todo o exposto, podemos constatar que no ámbito da función pública se continúan considerando insuficientes as motivacións que se limitan a asignar puntuacións sen fundamentación ningunha, como se observa en recentes manifestacións xurisprudenciais⁶⁴.

6 A preferencia da motivación por remisión á proposta de resolución

A referencia expresa e particular aos informes ou ditames, coñecida como motivación por remisión ou *in allunde* e considerada no parágrafo 6.º do artigo 88 da LPAC, non obstaculiza que o requisito da motivación se entenda tamén cumprido cando a aceptación sexa de calquera outro acto de trámite que estivese debidamente motivado, como pode ser a proposta de resolución. A motivación *in allunde*, polo tanto, non só consiste única e exclusivamente na posibilidade de remisión a informes ou ditames como di literalmente a lei, senón que tamén abrangue aqueles supostos nos cales o órgano administrativo substantivo encargado de resolver se remite á proposta de resolución emitida por outro órgano. Esta realidade reflíctese en situacións en que, xunto á resolución definitiva, se emite unha proposta de resolución por órganos técnicos que auxilian o órgano decisor, o cal debe asumila ou rexeitala, tal como se observa nos procedementos selectivos no ámbito da función pública. En tales procedementos, ao efectuarse unha actividade avaliadora ou de cualificación, os informes emitidos por órganos específicos adquiren especial importancia como contido da proposta de resolución, que será asumida posteriormente polo órgano substantivo competente facendo súa, entre outras, as puntuacións asignadas e que servirá de motivación, sempre e cando o dito informe estea suficientemente razoado e xustificado, permitindo ao afectado coñecer as razóns que levaron a Administración a adoptar a decisión final⁶⁵.

Nun suposto relativo á extinción da relación funcional, en concreto de solicitude de prórroga da idade de xubilación, admítese como válida a motivación con atención ao informe-proposta. A petición do interesado é denegada baseándose en non existiren particularidades organizativas e asistenciais que xustifiquen a súa permanencia no servizo activo segundo o previsto no informe, manifestando o tribunal competente que se exige “unha motivación específica dos órganos directivos responsables da xestión clínico-asistencial e de persoal

64 STS 11 febreiro 2016, Rec. 3834/2014, FX, 4; STS 30 novembro 2015, Rec. 2422/2014, FX 6.

65 STS 16 marzo 2015, Rec. 735/2014; STS 18 decembro 2013, Rec. 3760/2012; STSX (Val.) n. 275/2013, 24 abril.

da institución” en que presta servizos o solicitante, que deberá incorporarse a un informe-proposta”. E aclara que non exige dous informes a emitir polos centros directivos indicados, como solicitaba o interesado, senón que é suficiente “aquela motivación a verter nun só informe-proposta, que sexa elaborado desde os datos de que dispoñen e manexan os órganos directivos responsables da xestión clínico-asistencial e de persoal da institución...”⁶⁶.

7 A presenza innegociable da motivación nos supostos de perda da condición de funcionario: reflexo xurisprudencial

O TREBEP enumera como causas de perda da condición de funcionario de carreira a renuncia, a perda de nacionalidade, a xubilación total do funcionario, a sanción disciplinaria de separación de servizo que tivese carácter firme e a pena principal ou accesoria de inhabilitación absoluta ou especial para cargo público que tivese carácter firme. De todas elas, a xubilación como causa de finalización da relación de funcionario público que ten a súa xustificación no cumprimento dunha determinada idade mantén unha conexión directa coa motivación, como se reflicte nunha das súas modalidades, a xubilación forzosa. Tal situación declararase de oficio ao cumprir o funcionario os sesenta e cinco anos de idade, salvo para os funcionarios que teñan normas específicas de regulación; en tales casos, a simple remisión ao precepto legal serviría como motivación axeitada, pois a finalidade da motivación non é senón permitir combater xuridicamente o acto administrativo, e “é evidente que, se se cita a disposición legal que determina a idade de xubilación, o acto está motivado, permitindo a defensa e tutela xudicial do afectado”⁶⁷.

Non obstante, o artigo 67.3 do TREBEP sinala que, nos termos das leis da función pública que se diten en desenvolvemento do estatuto, os funcionarios poderán solicitar a prolongación da permanencia no servizo activo como máximo ata que cumbran setenta anos de idade, sobre o que a Administración resolverá de forma motivada. A xurisprudencia pronunciouse sobre iso precisando que a prolongación no servizo activo é “unha expectativa condicionada a que as necesidades afectantes ás administracións fagan posible o seu exercicio, recaendo sobre esta a carga de xustificalas”⁶⁸. Malia que en declaracións anteriores era considerado como “un dereito subxectivo condicionado”⁶⁹, hoxe afirmase que “non nos atopamos así ante o establecemento inequívoco dun dereito, senón ante a necesidade de que a Administración xustifique a autorización ou denegación da solicitude de prórroga”⁷⁰.

A obriga da Administración de motivar en todo caso, tanto se é favorable como se non a decisión sobre a prolongación de permanencia en servizo activo solicitada polo funcionario en función dunhas necesidades da organización, implica que as necesidades que se citen como fundamento da decisión que se adopte sexan axustadas á realidade, quedando probada a súa existencia⁷¹. Os criterios para a concesión ou non da prórroga, dentro da ampla discrecionalidade do legislador para fixalos, han de ser obxectivos e aplicables a todos os funcionarios

66 STS 17 marzo 2016, Rec. 838/2015, FX 1 e 3.

67 STS 1 abril 2016, Rec. 3638/2014, FX 6; STS 14 xullo 2016, Rec. 3629/2014, FX 5.

68 STS 1 abril 2016, Rec. 3638/2014, FX 6; STS 8 febreiro 2016, Rec. 3880/2014, FX 3.

69 STS 3 decembro 2012, Rec. 976/2012; STS 20 decembro 2011, Rec. 6087/2010.

70 STS 16 febreiro 2016, Rec. 286/2015, FX 2 e FX 4.

71 STS 18 xullo 2016, Rec. 681/2015, FX 4.

afectados, sen que poida utilizarse para denegar prorróga un criterio subxectivo, máxime se implica materialmente unha sanción, o que achegaría a actuación da Administración á desviación de poder⁷², non admitíndose tampouco a remisión de xeito xenérico ao Plan de Ordenación de Recursos⁷³.

Por outro lado, nos supostos de extinción da relación funcional por condena penal, igualmente a motivación é exixida, tamén de forma rigorosa para evitar deste xeito decisións arbitrais⁷⁴.

8 Bibliografía

ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.

BACIGALUPPO SAGGESE, M., "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 107, 2000.

CARBONELL PORRAS, E., *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*. Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 1999.

CARBONELL PORRAS, E., "Regulación de los órganos colegiados", López Menudo, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Universidade de Sevilla, 2016.

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de derecho administrativo. Parte general*, 27.ª ed., Thomson, Cizur Menor, 2016.

DESDENTADO DAROCA, E., "Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 139, 2008.

IGARTÚA SALAVERRIA, J., *Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teóricos-generales*, IAAP, Sevilla, 2003.

IGARTÚA SALAVERRIA, J., "Otra vez sobre nombramientos de altos cargos judiciales: la Sala 3.º del Tribunal Supremo retoma el rumbo", *Revista Vasca de Administración pública*, n. 80, 2008.

FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X., *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, INAP, Madrid, 2002.

FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, Atelier, Barcelona, 2008.

72 STS 4 novembro 2015, Rec. 3014/2014, FX 3.

73 STS 28 novembro 2016, Rec. 2082/2015.

74 STS 14 setembro 2015, Rec. 914/2014, FX 4.

- FUENTETAJA PASTOR, J. A., “El Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista de Administración Pública*, n. 174, 2007.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A., *Pasado, presente y futuro de la Función pública*, Civitas, Madrid, 2013.
- INAP, *Informe de la Comisión para el Estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2005.
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración pública: conforme a la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 11.ª ed., Dykinson, Madrid, 2016.
- PARADA, R., e FUENTETAJA, J., *Derecho de la Función Pública*, 4ª ed., Open, Sevilla, 2016.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “La transparencia como principal criterio de credibilidad de la Administración. La transparencia en el ordenamiento jurídico español”, Díaz Méndez, A., e Cuéllar Martín, E. (coords.), *Administración inteligente*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2007.

A constitucionalidade da reforma do sistema de execución de sentenzas do Tribunal Constitucional español*

La constitucionalidad de la reforma del sistema de ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional español

The constitutionality of the reform of the system of execution of sentences of the Spanish Constitutional Court



M.ª BEGOÑA LÓPEZ PORTAS

Profesora contratada doutora de Dereito Constitucional
Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)
begonha.lopez.portas@usc.es

Recibido: 30/05/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: A Lei orgánica 15/2015, do 16 de outubro, configura un novo sistema de execución das resolucións ditas polo Tribunal Constitucional español no que cobra un gran protagonismo o Goberno. Unha nova regulación que experimentou numerosas críticas xurídico-doutринаis en termos de oportunidade política, tramitación parlamentaria, extralimitación de competencias, politización ou de medida xurídica innecesaria. Neste artigo estúdanse eses cambios á luz da interpretación que realiza o propio tribunal nas súas sentenzas 185/2016 e 215/2016.

Palabras clave: sistema de execución das sentenzas do Tribunal Constitucional, LO 2/1979, LO 15/2015, STC 185/2016, STC 215/2016 e STC 259/2015.

Resumen: La Ley orgánica 15/2015, de 16 de octubre, configura un nuevo sistema de ejecución de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional español en el que cobra un gran protagonismo el Gobierno. Una nueva regulación que ha experimentado numerosas críticas jurídico-doctrinales en términos de oportunidad política, tramitación parlamentaria, extralimitación de competencias, politización o de medida jurídica innecesaria. En este artículo se estudian esos cambios a la luz de la interpretación que realiza el propio tribunal en sus sentencias 185/2016 y 215/2016.

Palabras clave: sistema de ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional, LO 2/1979, LO 15/2015, STC 185/2016, STC 215/2016 y STC 259/2015.

Abstract: The Bill 15/2015 designs a new system of execution of Constitutional Spanish Court's sentences in which the Government becomes an important protagonist. A new regulation that has suffered a lot of juridical and doctrinal critiques in terms of political opportunity, of parliamentary process, of abuse of competences, of politicization or also of unnecessary juridical measure. In this article we analyze the interpretation of these questions realized by Judgment of Spanish Constitutional Court n. 185/2016 and n. 215/2016.

* Este traballo está actualizado o 30 de maio de 2017 e realízase ao abeiro do Proxecto de investigación DER2015-71176-R "Novos instrumentos xurídicos na loita contra a corrupción pública: propostas desde o dereito penal e dereito constitucional".

Key words: system of Judgement Execution of Spanish Constitutional Court, Bill 2/1979, Bill 15/2015, Judgement of Spanish Constitutional Court n. 185/2016, Judgement of Spanish Constitutional Court n. 215/2016 and Judgement of Spanish Constitutional Court n. 259/2015.

Sumario: 1 Introducción: o Tribunal Constitucional e a necesaria redefinición do sistema de execución forzosa das súas sentenzas como presuposto normativo. 2 Modificacións introducidas pola Lei orgánica 15/2015 e a posible desnaturalización do modelo deseñado pola Constitución. 3 Elementos clave da reforma normativa á luz das SSTC 259/2015, 185/2016 e 215/2016. 4 Conclusións. 5 Bibliografía.

1 Introducción: o Tribunal Constitucional e a necesaria redefinición do sistema de execución forzosa das súas sentenzas como presuposto normativo

A cuestión relativa ao cumprimento das sentenzas do Tribunal Constitucional fórmulase, nos últimos anos, como un tema de actualidade caracterizado polo seu escaso tratamento xurídico constitucional¹. Como subliña VILLAVERDE MENÉNDEZ, a execución das resolucións do Tribunal Constitucional non se consideraba un problema para a dogmática da xustiza constitucional ou para o dereito procesal constitucional, ao ser a maior parte das sentenzas declarativas, polo que, simplemente, estas se cumprían². Non obstante, o incumprimento das resolucións constitucionais presenta a necesidade da súa execución forzosa como unha actividade xurisdiccional incluída dentro da xurisdición constitucional³. A formulación da inexecución das sentenzas como unha verdadeira expropiación do contido da resolución enténdese como a privación singular do exercicio da potestade xurisdiccional que se traslada tamén ao ámbito da xustiza constitucional, un problema ao que pretende facer fronte a última das modificacións experimentadas pola Lei orgánica do Tribunal Constitucional español.

Como resulta lóxico, antes de proceder á análise dun tema tan actual como o dos novos instrumentos de execución constitucionais desenvolto para garantir a execución efectiva das resolucións do Tribunal Constitucional español, cabe destacar unha serie de cuestións que afectan tanto ao fondo como á forma da nova regulación adoptada.

En primeiro lugar, suscítanos interese determinar se a formulación dunha Lei de tal calado constitucional atendeu a criterios de necesidade e oportunidade dado o perigo que pode xerar desde o punto de vista xurídico⁴. É dicir, debemos precisar se o anterior réxime xurídico

1 Ata agora a inexecución das sentenzas constitucionais era recollida pola doutrina dun xeito marxinal. Como apuntou algún autor, as razóns polas que isto puido ser así son varias, ben porque se partía da consideración de que nos atopamos ante un suposto de laboratorio ou ben por se, nestes casos, simplemente se formula que a indemnización podería ser un xeito de substituír o non cumprimento deste tipo de resolucións (Vid. FONT i LLOVET, T., *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1985, pp. 24, 154 e 155).

2 Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 38, 2016, pp. 642-643.

3 A potestade de coacción non se esgota no emprego da forza, senón que esta potestade está presente en toda resolución xurisdiccional, mesmo nas sentenzas meramente declarativas pola súa propia vinculatoriedade. Agora ben, á luz da Constitución, cómpre facer unha precisión, unha distinción entre cumprimento de sentenzas –o cumprimento é fixado polo Tribunal Constitucional ao dispor na sentenza ou resolución quen ha de executala– e a execución das sentenzas –unha execución que, como veremos, pode verse auxiliada por outros órganos–. (Vid. SALAS, J., e PALOMINO, V., “La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional (Especial referencia a las relativas a la Administración)”, *Documentación Administrativa*, n. 209 (xaneiro-abril), 1987, pp. 89-92).

4 Sobre o perigo do oportunismo político na posición do Tribunal Constitucional español e o problema da súa insostibilidade xurídica a propósito da Sentenza 31/2010 sobre o Estatuto catalán, pode consultarse BLANCO VALDÉS, R. L., “¿Quién teme al Tribunal Constitucional?”, *Letras Libres*, n. 109, 2010, pp. 42-47 (<http://www.letraslibres.com/mexico-espana/quien-teme-al-tribunal-constitucional>, consultada o 24 de maio).

previsto atendía á esencia deste órgano; só así é posible comprender a transcendencia da reforma operada mediante a Lei orgánica 15/2015. Para entender por que existe e como actúa o Tribunal Constitucional, cómpre distinguir esta institución do resto dos órganos democráticos do Estado. Como destaca PÉREZ ROYO, atopámonos ante un órgano artificial creado co fin de completar a división clásica de poderes naqueles Estados onde non se respectou á Constitución. A necesidade de impor a vontade do constituínte ten como principal consecuencia o establecemento dun órgano cuxa función é a de evitar que a actuación dos demais poderes se materialice á marxe da Constitución, o que o configura como un órgano negativo ou defensivo, xa que defende o Estado democrático da súa desnaturalización⁵. É, polo tanto, o instrumento do cal dispoñen Estados como o español para evitar a erosión do marco de convivencia establecido no texto constitucional. Como sinala o profesor BLANCO VALDÉS, trátase dun órgano decisivo na defensa da Constitución, no terreo de control da constitucionalidade⁶. Mesmo podemos avanzar que, como veremos no último apartado deste traballo, en modelos de xurisdición constitucional concentrada como este, o Tribunal Constitucional, máis que levar a cabo o control de constitucionalidade, o que fai é ter o monopolio do rexeitamento, expulsar do ordenamento a norma inconstitucional⁷.

Para o desenvolvemento destas funcións, o Tribunal Constitucional español, aínda que non integra o poder xudicial, si está dotado de potestades xurisdicionais⁸. Como tribunal, o gardián da Constitución está chamado a realizar un labor xurisdicional, aínda que é distinto do labor ordinario dos xuíces, dadas as facultades que ten atribuídas⁹. O artigo 117.3 da Constitución española define o contido do poder xurisdicional ao atribuírlles a facultade de vulgar e facer executar o xulgado con exclusividade a xuíces e tribunais das distintas ordes xurisdicionais, unha facultade que inclúe a disposición dos medios coactivos necesarios previstos no artigo 549.1.c) da Lei orgánica do poder xudicial¹⁰. Esta potestade enténdese recoñecida ao Tribunal Constitucional en virtude das funcións encomendadas no artigo 161 da Constitución española e protexida polo procedemento de reforma constitucional do artigo 167.

-
- 5 O profesor ROYO sostén que isto se debe ao feito de que o Tribunal Constitucional non teña un encaixe lóxico dentro do Estado Constitucional, senón que xorde como unha anomalía democrática histórica presente e con proxección de futuro, unha anomalía que se produce no proceso de transición democrática de Austria, Italia, Portugal e España, de maneira que o Tribunal Constitucional europeo é o resultado tanto dunha excepcional resistencia do Antigo Réxime á súa parlamentarización no século XIX como da excepcional resistencia do Estado liberal á súa democratización no século XX, motivo polo que, nas súas orixes, a xustiza constitucional non é síntoma da boa saúde dun sistema constitucional (vid. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 725-728).
- 6 Vid. BLANCO VALDÉS, R. L., “La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 4, 1999, p. 242.
- 7 Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 35.
- 8 Recordemos que o Tribunal Constitucional español non só se configura como un órgano de control de constitucionalidade das leis ou o supremo protector dos dereitos fundamentais e liberdades, senón que, ao mesmo tempo, é un órgano político encargado de dirimir xurisdicionalmente os conflitos de poderes suscitados entre o Estado central e os entes descentralizados que o compoñen. Por este motivo, como sinala o profesor BLANCO VALDÉS, o constituínte e o lexislador orgánico estableceron un modelo de xustiza constitucional que responde a tres obxectivos esenciais: asegurar a lexitimidade das súas decisións xurisdicionais para favorecer unha aceptación pacífica polos seus destinatarios; establecer limitacións á súa intervención asegurando a súa natureza extraordinaria; e garantir a rapidez da súa resposta cando, excepcionalmente, se requirirá a súa actuación, elementos que condicionaron o seu deseño orgánico como funcional (Vid. BLANCO VALDÉS, R. L., *La Constitución de 1978*, 2.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2011, pp. 332-333).
- 9 Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Colección monografías, Civitas, Madrid, 1998, p. 54.
- 10 O artigo 549.1.c) da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, determina que, no exercicio da potestade xurisdicional, os xuíces e tribunais poden ser asistidos pola policía xudicial, que entre as súas funcións ten encomendada de xeito específico a correspondente á realización material das actuacións que exixan o exercicio de coacción e fosen ordenadas pola autoridade xudicial ou fiscal.

regap



ESTUDIOS

Deste xeito, o constituínte español e posteriormente o lexislador orgánico configuran un modelo de xustiza constitucional que atende a tres obxectivos principais: o primeiro, asegurar no posible a lexitimidade das súas decisións xurisdicionais para favorecer a súa aceptación por pacífica polos seus destinatarios; o segundo, establecer limitacións á súa intervención asegurando o carácter extraordinario desta; e, o terceiro, garantir a rapidez na súa resposta cando sexa solicitada a súa actuación¹¹. Neste sentido, resulta indubidable que ao máximo intérprete da Constitución se lle recoñece a capacidade para facer cumprir e, en caso necesario, executar as súas sentenzas. Con este fin establécense distintos instrumentos xurídicos non só na Lei orgánica do Tribunal Constitucional¹², senón tamén no Código penal¹³.

A Lei orgánica 15/2015 pretende ir un paso máis alá. Para resolver calquera dúbida sobre a natureza xurisdicional deste órgano, no apartado 2 do seu artigo único –apartado que modifica o artigo 87 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional– de modo expreso determina non só que todos os poderes públicos están obrigados ao cumprimento do que o Tribunal Constitucional resolva, senón que, para eses efectos, as resolucións e sentenzas deste tribunal se consideran títulos executivos, e para o seu cumprimento os xulgados e tribunais deberán prestar con carácter preferente e urxente un auxilio xurisdicional a este, un auxilio xurisdicional que non ten límites nin materiais nin territoriais¹⁴. Polo tanto, obsérvase que a reforma introducida neste ámbito reforza a capacidade de executar as sentenzas deste tribunal pero, como subliña o profesor ALMEIDA CERREDA, non pode considerarse unha necesidade imperativa para o bo funcionamento do sistema institucional español, senón que pretende reforzar a capacidade de executar as súas resolucións ante unha determinada actitude de desdén a estas¹⁵. O incumprimento das medidas pola Generalitat de Catalunya nun contexto político concreto leva o lexislador a prever no preámbulo da norma que o Tribunal Constitucional lle poida encomendar ao Goberno, mesmo en funcións, a execución substitutoria. Ante a positivización dunha serie de principios que xa se aplicaban na práctica nun momento cronolóxico concreto, como é o fin da X lexislatura na precampaña dunhas difíciles eleccións, é doado de comprender que as principais críticas referidas ao fondo desta reforma cuestionen a súa necesidade obxectiva e contaminen o debate electoral a custa do prestixio imparcial do Tribunal Constitucional español. Unha norma *ad hoc* que se aproba nun difícil momento político e que implica, como veremos, atribuír ao Goberno unhas funcións que non estaban previstas especificamente no texto constitucional.

En segundo termo, cabe cuestionar a necesidade dunha norma singular de tal calibre nun momento político tan delicado e se o procedemento da súa aprobación contribuíu a acrecentar as críticas relativas á súa oportunidade política¹⁶. Atopámonos ante unha lei tramitada polo

11 Vid. BLANCO VALDÉS, R. L., “La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)”, cit., p. 247.

12 Vid. os artigos 80 e seguintes da Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro, nos que se fixan as disposicións comúns sobre o procedemento.

13 Vid. no ámbito de inexecución das resolucións xudiciais por funcionarios ou autoridades públicas os artigos 410.1 e 508.1 da Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro, que regulan, respectivamente, o delito de desobediencia e o delito de usurpación de funcións públicas.

14 Vid. SALAS, J., e PALOMINO, V., “La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional (especial referencia a las relativas a la Administración)”, cit., p. 116.

15 Vid. ALMEIDA CERREDA, M. “El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español”, *Istituzioni del Federalismo: Revista di studi giuridici*, n. 1, 2016, pp. 165-166.

16 O proceso independentista catalán formula unha situación política excepcional que deriva nunha debilitación do Estado de dereito ao cobrar forza a desconfianza na firmeza e resolución do Tribunal Constitucional para facer executar o xulgado. Lembremos que o momento en que se tramita e aproba esta importante reforma normativa se caracteriza pola falta dun consenso político básico aínda pendente de como se configurará a maioría parlamentaria da próxima lexislatura. Consciente diso, sorprende que a Lei orgánica 15/2015 preveña

procedemento de urxencia e con lectura única. Debemos sinalar que este xeito de tramitación normativa da reforma presenta certas dúbidas acerca da súa idoneidade. Tanto a modalidade de iniciativa parlamentaria empregada –o inicio do procedemento mediante unha proposición de lei orgánica que evitou solicitar os informes do Consello de Estado, do Consello Xeral do Poder Xudicial e do Consello Fiscal– como o procedemento extraordinario de tramitación –a lectura única, prevista para as propostas de normas que pola súa natureza ou a simplicidade da súa formulación non requira de forma imperativa lograr un amplo consenso¹⁷– non se axustan ao *fair play* parlamentario¹⁸. O inicio dunha reforma dunha das institucións básicas do Estado mediante este procedemento presenta un grave problema: a falta do consenso político necesario. Un acordo de mínimos que resulta esencial nun momento político crítico como é o que contextualiza a súa aprobación e entrada en vigor e que determina non só a súa crítica técnico-xurídica, senón tamén a impugnación da Lei orgánica 15/2015 polos gobernos vasco e catalán ante o Tribunal Constitucional. Mediante as resolucións emitidas nas sentenzas 185/2016 e 215/2016, o máximo intérprete da Constitución pronunciouse sobre a constitucionalidade dunha nova articulación do exercicio da súa potestade xurisdiccional que transcende á prevista na Carta Magna, como veremos a continuación.

2 Modificacións introducidas pola Lei orgánica 15/2015 e a posible desnaturalización do modelo deseñado pola Constitución

A importancia que adquire a Lei orgánica 15/2015 no ordenamento xurídico español é transcendental, xa que, en sede constitucional, introduce novos instrumentos de execución que atribúen expresamente o carácter de título executivo ás resolucións deste tribunal. Así, o preámbulo da Lei orgánica 15/2015, do 16 de outubro, determina que este é o motivo que impulsa a importante reforma introducida.

Para iso, o lexislador orgánico, mediante un único precepto, modifica os artigos 80, 87, 92 e 95 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional, unha modificación que entra en vigor de forma inmediata o día da súa publicación no BOE conforme a súa disposición derradeira única¹⁹, un dato que, unha vez máis, pon de manifesto a urxencia na aplicación das medidas adoptadas ante o avance do proceso independentista catalán.

En primeiro lugar, o lexislador orgánico, no artigo 80, introduce unha previsión específica referida á aplicación con carácter supletorio no ámbito da execución das súas sentenzas da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa –LRXC–,

a posibilidade de encomendarlle a execución substitutoria ao Goberno en funcións nun momento previo ao do debate político que se suscitara meses máis tarde sobre as competencias deste Goberno. Non podemos obviar a escasa previsión normativa do artigo 21 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, en que as súas facultades se limitan, con carácter xeral, ao despacho ordinario dos asuntos públicos e só permite en casos de urxencia e de interese xeral debidamente acreditados a adopción doutra medida non prohibida polos apartados 4 e 5 deste artigo.

17 *Vid.* o artigo 150.1 do Regulamento do Congreso dos Deputados e o artigo 129.1 do Regulamento do Senado.

18 Por este motivo, ALMEIDA CERREDA puntualiza que deberían considerarse excluídas da posibilidade de ser cursadas por esta vía as iniciativas lexislativas que afecten ao ordenamento das institucións básicas do Estado, á súa estrutura territorial ou á regulación esencial dos dereitos, deberes e liberdades fundamentais do cidadán, de tal maneira que a reforma operada mediante a Lei orgánica 15/2015 debería ser mediante o sistema ordinario, o que permitiría reforzar o prestixio institucional e o apoio social do supremo intérprete da Constitución (*Vid.* ALMEIDA CERREDA, M., “El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español”, cit., pp. 169-172).

19 *Vid.* o *Boletín Oficial del Estado* n. 249, do 17 de outubro de 2015.

unha medida que foi valorada positivamente pola doutrina ao despexar a penumbra sobre a indefinición da normativa aplicable ao partir da premisa de que a maior parte dos condenados por inexecución das sentenzas do Tribunal Constitucional son as administracións ou institucións públicas²⁰. Deste xeito, desprázase a aplicación da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil –LAC–, e da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial –LPOX–, que, aínda que podería supor unha execución máis áxil das resolucións, derivaría nunha mutación do noso ordenamento xurídico, xa que a aplicación das regras comúns do procedemento civil implicaría unha alteración da posición das entidades públicas ante os órganos xurisdiccionais²¹. Mentres que o proceso executivo contencioso-administrativo, tanto pola similitude do seu obxecto –normas e actos do poder público sometidos ao control xudicial– como polos suxeitos –poderes públicos e terceiros afectados polas súas disposicións–, parece ser a sede procesual máis axeitada para instrumentalizar este tipo de incidentes executorios, sempre e cando non se altere a competencia da orde xurisdiccional ordinaria á que lle corresponda executar efectivamente a decisión do Tribunal Constitucional²². Agora ben, a aplicación supletoria desta xurisdición pode ter certos límites, posto que parece estraño que o legislador orgánico admita mediante esta reforma a imposibilidade de execución de sentenzas ou a inexecución destas por motivos de interese público, como prevé o proceso contencioso administrativo²³. Ao contrario, a reforma non conclúe aquí, senón que introduce unha serie de elementos que teñen como fin a execución forzosa da resolución. Estes novos instrumentos, pola súa importancia, deben ser analizados de forma específica, como veremos a continuación.

En segundo lugar, a lei orgánica modifica o artigo 87 da LOTC, no que se inclúen dous novos apartados que están relacionados con algúns cambios introducidos no artigo 92. Así, por un lado, introdúcese a potestade de notificación persoal das resolucións do Tribunal Constitucional e, por outro, obrígase a todos os poderes públicos ao seu cumprimento, ao mesmo tempo que lles recoñece a condición de títulos executivos.

A potestade de notificación persoal das resolucións do Tribunal Constitucional debe entenderse en relación co previsto na nova redacción do artigo 80 e do artigo 92.4 LOTC, na medida en que a devandita notificación²⁴ é a norma xeral que permite ao Tribunal Constitucional

20 De forma inmediata, a doutrina identifica a existencia dunha semellanza no ámbito da execución forzosa das sentenzas entre a xurisdición constitucional e a xurisdición contencioso-administrativa. Este foi o presuposto co que partiu a súa análise á hora de abordar o tema nos poucos estudos existentes sobre el. Así, SALAS e PALOMINO subliñan xa na década dos anos 80 que, a pesar do contido propio e característico innegable da xurisdición constitucional, unha aproximación ao tema debe facerse cunha actitude semellante á doutrina que abordou o tema na orde contencioso-administrativa desde o punto de vista do incidente de execución, das distintas sentenzas resolutorias de recursos, da expropiación de dereitos recoñecidos por unha sentenza constitucional, o auxilio xurisdiccional na execución de sentenzas e a potestade executiva do Tribunal Constitucional (*Vid.* SALAS, J., e PALOMINO, V., “La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional (especial referencia a las relativas a la Administración)”, cit., pp. 89-118).

21 Neste sentido, o profesor ALMEIDA engade que o artigo 105.2 da Lei da xurisdición contencioso-administrativa pode achegar certo xogo aos supostos de inexecución da sentenza por imposibilidade material ou legal, xa que lle permite ao xuíz ou ao tribunal adoptar medidas necesarias que aseguren unha maior efectividade da executoria nos termos previstos nesta disposición legal (*vid.* ALMEIDA CERREDA, M., “El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español”, cit., pp. 175-176).

22 *Vid.* VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, cit., pp. 645-646.

23 Sobre a configuración legal e perspectiva constitucional da imposibilidade de execución de sentenzas no proceso contencioso-administrativo, en concreto sobre a existencia dunha medida entendible para o Tribunal Constitucional, pode consultarse GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el contencioso-administrativo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 257-304.

24 Recordemos que o novo artigo 80 da LOTC se remite no apartado relativo ás comunicacións e actos de auxilio xudicial á LOPX e á LAC. Neste sentido, debemos subliñar que os apartados 4.º, 5.º e 6.º do artigo 149 da LAC prevé que os requirimentos, mandatos e oficios son actos procesuais de comunicación. Para un estudo máis profundo sobre a remisión previa a esta normativa, debe consultarse HUELÍN Y

español identificar as súas resolucións ao responsable do seu cumprimento aínda que estas se publiquen no BOE e, ao mesmo tempo, é o paso previo –conforme o artigo 92.4– para exixirlle ao responsable do incumprimento un informe de por que a resolución non foi executada efectivamente. Polo tanto, o deber de notificación non é unha potestade procesual superflua, senón que, notificadas as partes, se agrava a súa situación ante o incumprimento dunha resolución que lles foi comunicada de forma persoal²⁵.

Cabe destacar que este segundo apartado tamén se complementa co terceiro apartado do único artigo da LO 15/2015. O lexislador regula en ambos os dous a obriga de auxilio ao Tribunal Constitucional para a consecución da aplicación efectiva dos seus actos xurisdiccionais. Así, o alto tribunal poderá solicitar auxilio para a execución das súas resolucións non só a xulgados e tribunais –que deberán prestalo con carácter preferente e urxente²⁶–, senón que, en virtude da nova redacción do artigo 92.2 da LOTC, se estende esa obriga de auxilio nos mesmos termos a calquera Administración ou poder público, de maneira que, neste segundo apartado do artigo 92 da LOTC, se recolle de modo expreso a norma procesual establecida no artigo 103.3 da LXCA²⁷. A novidade destacable radica en que para a execución das resolucións do TC se vai máis alá das previsións establecidas nos artigos 4 e 38 da LOTC, nas cales se determina a autodelimitación competencial do Tribunal Constitucional e a vinculatoriedade das súas sentenzas para os poderes públicos, no caso dos procesos de inconstitucionalidade.

O recoñecemento das sentenzas e resolucións do Tribunal Constitucional como títulos executivos é tamén un elemento de extrema importancia á hora de garantir o seu cumprimento, en atención ao artigo 517 da LAC. Ao considerar o artigo 87.2 *in fine* da LOTC que nos atopamos ante un título executivo, posibilitase de xeito inmediato a acción executiva forzosa sen o inicio dun novo procedemento. O lexislador orgánico sinala que ese recoñecemento se produce “para estes efectos” para referirse ao auxilio xurisdiccional de xulgados e tribunais, o que presenta a dúbida de que ese recoñecemento estea condicionado ao suposto de que o Tribunal Constitucional acuda a eles para facer efectivas as súas resolucións por todos os poderes públicos. Non obstante, o certo é que, con anterioridade á reforma normativa comentada, as sentenzas do Tribunal Constitucional xa tiñan recoñecido este carácter por todos os operadores xurídicos en función do seu contido e características. Agora ben, o recoñecemento expreso da condición de título executivo permite que o auto ditado tras o procedemento previsto conforme o artigo 92.4 da LOTC faga efectiva, se fose necesaria, a

MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Comentario al artículo 80”, Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional e *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001, pp. 1281-1282.

- 25 O profesor VILLAVARDE MENÉNDEZ entende que, dado que as resolucións do Tribunal Constitucional se publican no BOE e son notificadas ás partes no proceso, esa potestade procesual é superflua. Nesa mesma liña, o profesor ALMEIDA CERREDA comprende esta facultade como un poder inherente á función de facer executar o xulgado, polo que non era necesaria a súa consagración expresa salvo que se pretenda incentivar o seu emprego ou incrementar a seguridade xurídica (*vid.* ALMEIDA CERREDA, M., “El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español”, cit., p. 174). Non obstante, entendemos que, en caso de incumprimento da resolución xudicial, ao ser un trámite previo ao previsto no artigo 92.4 da LOTC, non pode cualificarse como unha potestade superflua, xa que, como admite VILLAVARDE MENÉNDEZ, serve de agravamento da responsabilidade pola falta de cumprimento da resolución (*vid.* VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, cit., p. 646).
- 26 *Vid.* artigo 87.2 da Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro, do Tribunal Constitucional, en que se recolle unha previsión lóxica: o desenvolvemento da actividade material de execución das sentenzas do Tribunal Constitucional require unha colaboración (*vid.* HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Comentario al artículo 87”, Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional e *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001, p. 1377).
- 27 Recordemos que o artigo 103.3 da Lei da xurisdición contencioso-administrativa establece: “*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*”.

medida de execución forzosa acordada, sexa esta unha multa coercitiva, a suspensión de funcións dun empregado público ou autoridade, ou a execución substitutoria da resolución²⁸.

En terceiro lugar, a Lei orgánica 15/2015 amplía a función tuitiva do alto tribunal español e configúrao como dono da execución das súas resolucións e sentenzas ao poder reaccionar ante a desobediencia das súas decisións. Mediante o artigo 1.3 desta norma, modifícase de forma íntegra o artigo 92 da LOTC. Os cinco apartados que conforman este artigo presentan como nexo común que neles se establecen unha serie de regras esenciais no procedemento de actuación das resolucións do Tribunal Constitucional nos que adquiren un gran protagonismo o alto tribunal español e o Goberno da nación²⁹. A reforma procedementa operada neste apartado é transcendental, xa que apodera o máximo intérprete da Constitución para que actúe de oficio no suposto de que as súas sentenzas e resolucións non se executen.

Como punto de partida, o artigo 92.1 da LOTC determina as bases da habilitación do Tribunal Constitucional para iniciar o incidente de execución. Así, establécese explicitamente que o Tribunal Constitucional é o encargado de velar polo cumprimento das súas resolucións, acordar as medidas de execución necesarias e pode resolver o incidente de execución promovido polas partes, conforme o apartado 3 deste mesmo artigo³⁰, unha función xurisdiccional que, como avanzamos, se entende xa implícita no contido dos artigos 161 e 167 da Constitución española nos termos fixados no seu artigo 117.3 pero que presenta problemas nos casos de insinceridade da desobediencia disimulada³¹. A novidade que introduce o artigo 92.1 da LOTC non se limita á mera explicitude dunha función xurisdiccional propia, “facer executar o xulgado”, senón que se lle impón “velar” pola execución efectiva das súas resolucións, polo que se especifica, ademais, que este tribunal pode dispor na sentenza ou actos posteriores quen ha de executar a resolución, que medidas de execución se deben impor como necesarias e, ao mesmo tempo, determínase que será o encargado de resolver calquera incidente de execución³². É dicir, o artigo 92.1 apodera o Tribunal Constitucional para poder actuar de oficio en relación coa execución efectiva das súas resolucións e mesmo permite que declare,

28 *Vid.* os apartados a), b) e c) do artigo 92.4 da LOTC.

29 Un protagonismo que non está exento de certa crítica. Con carácter previo á reforma operada, HUELÍN subliña que ao Tribunal Constitucional non lle corresponde o desenvolvemento da actividade material necesaria para a efectividade do resolto. As decisións do alto tribunal deben, se é o caso, conter, os pronunciamentos necesarios para que a protección práctica se dispense, pero iso non implica que os seus pronunciamentos determinen sempre qué autoridade debe levarlos a cabo; por regra xeral non acontece así (HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Comentario ao artigo 92”, requeixo Pagés, J. L. (coord.), *Comentarios á Lei orgánica do Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional e *Boletín Oficial do Estado*, Madrid, 2001, p. 1377).

30 VILLAVARDE MENÉNDEZ cuestiona a claridade técnica do precepto sinalado. Para o autor, a literalidade do artigo 92.3 da LOTC non permite deducir doadamente que a LOTC habilite o Tribunal Constitucional para iniciar de oficio o incidente de execución das súas propias resolucións, o que exclúe a aplicación do artigo 103.5 da LXCA. Para chegar a esta conclusión, debe interpretarse de forma relacionada a habilitación contemplada no artigo 92.1 e no artigo 92.3 da LOTC (*vid.* VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, cit., p. 648).

31 Estes supostos de incumprimento das sentenzas son os máis perigosos ao tratarse de actuacións levadas a cabo polo lexislador ou pola Administración que obxectivamente se opoñen aos pronunciamentos dunha sentenza e que teñen como fin eludir o seu cumprimento, motivo polo que deben evitarse. O Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 167/1987, determina neste sentido que o dereito á execución das sentenzas debe satisfacerse tamén coa reacción xudicial fronte a posteriores actuacións ou comportamentos enervantes do contido material das súas decisións. Sobre o problema das validacións lexislativas na execución das sentenzas e a súa constitucionalidade, pode consultarse GALÁN GALÁN, A., “Los poderes del juez en la ejecución de las sentencias: reacción frente a los actos de la Administración o del legislador que tengan como fin eludir su cumplimiento”, Sánchez Lamelas, A. (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas. IV Curso sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 163-174.

32 Neste apartado, o Consell de Garanties Estatutàries limita o ámbito efectivo deste artigo 92.1. Así, no seu Ditame 19/2015, do 26 de novembro, sobre a reforma da Lei orgánica, do 3 de outubro, do Tribunal Constitucional, para a execución das resolucións do Tribunal Constitucional como garantía do Estado de dereito, interpreta o tipo de medidas de execución adoptables ao entender que o Tribunal Constitucional só pode aplicar as medidas expresamente previstas na LOTC, de maneira que non pode estenderse a calquera medida de execución recollida na LXC.

logo de audiencia do Ministerio Fiscal e do órgano que as ditase, a nulidade de calquera das resolucións ditadas que contraveñan as acordadas no exercicio da súa xurisdición³³.

Agora ben, aínda que o Tribunal Constitucional é o encargado de vixiar o cumprimento das súas sentenzas, nese labor estará asistido³⁴. Os seguintes apartados do artigo 92 regulan este deber de auxilio e cooperación. Non esquezamos que a xulgados e tribunais, así como aos demais órganos e poderes do Estado –conforme os artigos 87.2 e 92.2 da LOTC–, se lles impón un deber de auxilio que debe prestar con carácter preferente e urxente á hora de garantir o cumprimento das sentenzas e resolucións do alto tribunal español.

Nesa mesma liña, como xa avanzamos, o Tribunal Constitucional pode adoptar unha serie de instrumentos de execución para asegurar a eficacia das súas resolucións. O novo artigo 92.4 da LOTC establece unhas medidas aplicables cando o tribunal advertise o incumprimento total ou parcial dalgunha das súas resolucións tras o requirimento previo dun informe ao responsable da súa execución, sexa este unha institución, unha autoridade, un empregado público ou un particular. Recibido este informe ou transcorrido o prazo para a súa remisión, o Tribunal Constitucional español pode acordar a imposición de multas coercitivas, suspender nas súas funcións de autoridades ou empregos públicos, ordenar a execución substitutoria da resolución e/ou deducir o oportuno testemuño de particulares para exixir a responsabilidade penal correspondente.

Respecto da primeira das medidas sinaladas, a imposición de multas coercitivas, debemos indicar que a nova redacción deste artigo operada pola Lei orgánica 15/2015 supón non só trasladar o contido do anterior artigo 95.4 da LOTC ao artigo 92.4, senón que reforza a súa eficacia como mecanismo de execución á extensión do seu ámbito obxectivo de aplicación –xa que a partir de agora vai poder empregarse para combater calquera incumprimento de resolución ditada– e ao ampliar considerablemente a contía das multas que agora se comprende entre os límites de tres mil a trinta mil euros –unhas marxes moi superiores ás fixadas con anterioridade na LOTC, cuxo importe se limitaba a un mínimo de seiscentos e un máximo de tres mil euros ou as previstas no artigo 112 da LXCA, que determina unha cantidade de cento cincuenta a mil cincocentos euros.

A segunda das medidas de execución forzosa establecida é a suspensión nas súas funcións de autoridades ou empregos públicos. Atopámonos ante un instrumento previsto de forma específica para un suposto que se vén producindo nos últimos anos e en que cobran especial protagonismo os representantes dalgunhas institucións autonómicas cando estes impiden o cumprimento dos seus acordos, entorpecendo a execución substantivada as decisións do Tribunal Constitucional ou realicen actuacións que impidan o cumprimento dos seus acordos ao non atender á súa obriga de facer ou realizar unha actividade concreta. A posible colisión desta medida co dereito fundamental ao exercicio de funcións e cargos públicos, agudizada en caso de cargos electos, só se pode entender como temporal, pola propia natureza da medida e, en todo caso, fundada nun interese constitucional prevalente, como é o respecto

33 Estas expresións e habilitacións non constitúen en si unha novidade, senón que xa foran introducidas no artigo 4 da LOTC mediante a reforma operada pola Lei orgánica 6/2007, do 24 de maio. O sorprendente é que este artigo 4, en vigor, fai referencia a actos e resolucións, mentres que o artigo 92.1 limita o ámbito de actuación do incidente de execución ás resolucións contrarias ditadas, unha omisión inexplorable que ha de resolverse por aplicación analóxica do disposto no artigo 4 da LOTC (*vid.* VILLAVEVERDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, cit., p. 648).

34 Cómpre ter en conta a diversidade de efectos que poden ter as sentenzas do Tribunal Constitucional en función do tipo de proceso de que se trate (*vid.* HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Comentario al artículo 92”, cit., p. 1376).

dunhas regras básicas da orde constitucional. Para reforzar a lexitimidade constitucional na adopción da medida en cada caso concreto, ALMEIDA CERREDA subliña a conveniencia de que o Tribunal Constitucional actúe conforme as seguintes pautas: o recurso a esta medida debe producirse tras acudir a un incidente de execución de nulidade da decisión adoptada pola autoridade ou funcionario que se vai suspender; o seu emprego será só tras o fracaso doutros medios de compulsión; a súa articulación require que sexa mediante un procedemento en que se lle dese trámite ao afectado, ha de constatarse a súa responsabilidade e a súa rebeldía no cumprimento da resolución; e, en todo caso, o Tribunal Constitucional debe fixar a duración desta³⁵.

Ordenar a execución substitutoria da resolución é a terceira das medidas enunciadas no artigo 92.4 da LOTC. Debemos pór en conexión este artigo, en concreto o 92.4.c), co artigo 92.5 da LOTC, xa que se observa que en ambos os dous casos se sitúa nunha posición privilexiada o Goberno da nación tanto á hora de adoptar as medidas de execución como as medidas cautelares por parte do Tribunal Constitucional. Así, podemos destacar que só o Goberno da nación pode ser requirido para colaborar co alto tribunal español na aplicación da execución substitutoria –conforme o artigo 92.4.c)– e só o Goberno da nación pode instar o procedemento urxente de adopción de medidas cautelares –de acordo co artigo 94.5 da LOTC–. Por un lado, isto pode presentar un problema cando é o Goberno o que non cumpre co resolto polo Tribunal Constitucional, caso en que o Tribunal Constitucional adoptará as medidas pertinentes segundo o artigo 92.1 da LOTC. Por outra banda, o exercicio da xurisdición constitucional nestes termos parece establecer un control da actividade institucional autonómica que vai máis alá da prevista nos artigos 153 e 155 da Constitución española, unha cuestión de importante transcendencia constitucional que pretendeu definir o Tribunal Constitucional que require un estudo específico, como veremos máis adiante no apartado 3 deste traballo.

Finalmente, a última das medidas de execución enunciadas no artigo 92.4 é a de deducir o oportuno testemuño de particulares para exixir a responsabilidade penal correspondente. É dicir, no artigo 92.4.d) atopamos un instrumento procesual que debe pórse en conexión co artigo 92.5 e que, ao mesmo tempo, complementa ao artigo 155 da Constitución, en atención a o principio de lealdade constitucional e que transcende xa ao ámbito constitucional ao introducir a posible exixencia de responsabilidades penais derivadas dos testemuños prestados polos particulares. É dicir, a función desta medida é a de constrinximento persoal indirecto, ao permitirlle ao tribunal acudir á xurisdición penal para sancionar o seu incumprimento, fronte á imposición das multas coercitivas que son determinadas directamente polo órgano xurisdiccional executor. En todo caso, convén aclarar que a relación entre o órgano executor e o órgano xurisdiccional penal non é unha relación de auxilio, senón que o procedemento penal é un procedemento distinto iniciado polo incumprimento dunha obriga legal. Por este motivo, a súa denuncia busca a punición dunha conduta típica consonte os delitos de falso testemuño ou de estafa procesual regulados respectivamente nos artigos 458 e 250.1.7 do Código penal español³⁶. Agora ben, aínda que o procedemento se articula conforme os trámites ordinarios establecidos no artigo 308 da Lei de axuízamento criminal, non podemos

35 Vid. ALMEIDA CERREDA, M., “El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español”, cit., pp. 188-189.

36 Cabe ter en consideración o determinado no ámbito da execución forzosa na xurisdición contencioso-administrativa. Ao respecto, PÉREZ DEL BLANCO subliña a necesidade de reinterpretar a relación existente entre o órgano executor e o órgano penal á hora de deducir o oportuno testemuño. O autor entende que esa relación aínda que, en principio, parece de auxilio xurisdiccional xa que o órgano executor facilita a comunicación dos feitos ao órgano xurisdiccional penal, non obstante non pode entenderse así, xa que nos atopamos ante dous proce-

obviar a particularidade destes supostos; o órgano xurisdiccional que traslada a comunicación é o Tribunal Constitucional.

Como avanzabamos, o lexislador orgánico introduce un novidoso apartado 5 dentro do artigo 92 mediante o que tamén se reforza a tutela outorgable polo Tribunal Constitucional na execución, permitindo a adopción de medidas cautelarísimas cando concorran unhas circunstancias de especial transcendencia constitucional, un concepto xurídico indeterminado que deberá ser precisado *ad casum*. Tras unha primeira lectura deste artigo, observamos que a adopción destas medidas presenta dous tipos de problemas: por un lado, o desequilibrio das partes, ao limitar a audiencia destas á hora de acordar a súa adopción e, por outro lado, a necesaria delimitación dos supostos que habilitan o Tribunal Constitucional a adoptar este tipo de medidas como garantía da efectividade de providencias provisionais previamente fixadas. En concreto, o novo artigo 92.5 LOTC precisa que, en caso de inexecución da resolución do alto tribunal que acorde a suspensión das disposicións, actos e actuacións impugnadas de singular relevancia constitucional, este pode acordar de oficio ou por instancia só do Goberno as medidas necesarias para asegurar o cumprimento eficaz das súas sentenzas, unhas medidas cautelares que se adoptarán sen oír as partes, o que xera o problema dunha desigualdade, dun desequilibrio das partes no procedemento de imposición desas medidas. Para restablecer ese equilibrio, debemos ter en conta que, por un lado, na mesma resolución, o tribunal dará audiencia ao Ministerio Fiscal e ás partes por un prazo común de tres días e, por outro lado, cabe interpretar que calquera das partes pode denunciar ante o Tribunal Constitucional o incumprimento dunha medida cautelarísima para que este valore a oportunidade dunha actuación de oficio³⁷. En todo caso, transcorrido ese prazo, o Tribunal Constitucional ditará unha resolución en que se acorde o levantamento, a confirmación ou a modificación das medidas cautelares adoptadas.

Para concluír esta análise do contido da Lei orgánica 15/2015, debemos sinalar que o lexislador inclúe un cuarto apartado mediante o que introduce unha reestruturación no artigo 95. Trátase dunha concreción relacionada coas medidas de execución do artigo 92.4.a) da LOTC; en concreto, co importe das multas coercitivas. Así, a nova redacción do artigo 95.4 determina unha reserva de lei ordinaria para a fixación das contías das multas coercitivas, un cambio que chama a atención na técnica lexislativa empregada ata o momento. Mediante a Lei orgánica 15/2015, ampliáanse as contías das multas coercitivas fixadas pola reforma da LOTC de 2007 –cantidades que tamén foran fixadas a través dunha lei orgánica– e, en cambio, mediante a nova redacción do artigo 92.4.c) LOTC, as súas posteriores actualizacións serán reguladas por lei ordinaria. Esta habilitación lexislativa facilita a aprobación das ditas modificacións, o que xera a posibilidade de dotar este tipo de penalidades dunha verdadeira capacidade de compulsión e de actualización máis sinxela, polo que se converte nun mecanismo realmente eficaz. Parece que con esta medida se logrou alcanzar o equilibrio desexado entre as posibilidades expansivas da lei orgánica, aínda que supoñan un detrimento do carácter democrático do Estado ao favorecer as maiorías parlamentarias reforzadas, e a doutrina constitucional das materias conexas³⁸, que conxelan o rango da materia ao impe-

dementos distintos (Vid. PÉREZ DEL BLANCO, G., *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Doctrina y formularios*, Del Blanco Editores, León, 2003, p. 278).

37 Vid. ALMEIDA CERREDA, M., “El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español”, cit., pp. 178-179.

38 Na Sentenza 137/1986 o Tribunal Constitucional admitiu a inclusión de materias conexas como lexítima, cando concorren razóns de conexión temática, de sistematización e boa política lexislativa. En tal caso, dado que o efecto expansivo da lei orgánica supón unha petrificación no rango da materia contrario ao establecido na Constitución, o alto tribunal español exige nas súas sentenzas 5/1981 e

dir a súa modificación por lei ordinaria pero que ofrecen unha maior garantía normativa³⁹. Podemos atoparnos ante unha mellora na técnica lexislativa. Como vemos, a reserva de lei orgánica da materia non esgota o seu contido, senón que constitúe o núcleo fundamental da norma e simplemente se chama a lei ordinaria a integrar un extremo, neste caso a contía das multas, que anteriormente fora abordado na lei orgánica como unha materia conexas, un reenvío normativo que, en todo caso, cumpre os requisitos de non ser en branco ou en condicións laxas que defraudasen a reserva de lei orgánica sobre a materia.

En definitiva, observamos que a última reforma introducida na Lei orgánica do Tribunal Constitucional é obxecto de numerosas críticas xurídicas e doutrinarias. A articulación dun mecanismo de execución forzosa das sentenzas é unha cuestión de especial transcendencia para a xurisdición constitucional, dado que o seu deseño funcional se caracteriza por unha intervención extraordinaria⁴⁰. Trátase dunha importante modificación normativa que non pode ignorar o contexto político xurídico actual que require por parte do lexislador orgánico unha regulación á altura das circunstancias que a demandan e que require pórle fin á práctica política do desafío xurdida entre as institucións de goberno catalás e española⁴¹. Neste sentido, para completar o noso estudo, resulta de extrema importancia considerar a interpretación realizada polo alto tribunal español sobre o novo tratamento xurídico que recibe a inexecución das súas resolucións.

3 Elementos clave da reforma normativa á luz das SSTC 259/2015, 185/2016 e 215/2016

Co fin de resolver os problemas xurídicos cuestionados acerca da reforma normativa operada, actívanse de maneira inmediata distintos instrumentos político-xurídicos tanto en desenvolvemento como para a inaplicación da Lei orgánica 15/2015. A importancia destas medidas radica en que introducen novos matices ao descrito nos apartados anteriores e, por este motivo, requiren unha análise específica.

Por un lado, debemos indicar que o Tribunal Constitucional puido aplicar o novo incidente de execución deseñado na comentada Lei orgánica mediante o auto do Pleno 141/2016, do 19 de xullo, promovido polo Goberno da nación, que dá cumprimento á Sentenza do Tribunal Constitucional 259/2015, do 2 de decembro. Na Sentenza 259/2015 este tribunal declara

127/1994 que o lexislador concrete os preceptos que teñen a natureza ordinaria e os preceptos de natureza orgánica co fin de evitar os abusos lexislativos. En defecto, esa determinación realizaraa o Tribunal Constitucional.

39 Ao respecto, debe indicarse que as SSTC 5/1981, 160/1997, 127/1994, 173/1998, 129/1999 e 292/2000, entre outras, reiteran a necesidade de interpretar a reserva de lei orgánica en sentido restritivo e excepcional, polo que só podería estenderse a outras materias de forma moi limitada para preservar a petrificación do ordenamento xurídico e a regra das maiorías parlamentarias non cualificadas. Por este motivo, se a lei orgánica excede o seu ámbito competencial, o Tribunal Constitucional pode declarar a inconstitucionalidade da norma e, deste xeito, definir o auténtico carácter das materias conexas (*vid.* GONZÁLEZ RIVAS, J., *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 473-477).

40 Co fin de garantir o carácter normativo da Constitución, BLANCO VALDÉS subliña que tanto o constituínte español como o lexislador orgánico deseñaron un sistema de xustiza constitucional articulado sobre os principios de intervención extraordinaria e rapidez na actuación. Deste xeito, para restrinxir a intervención do Tribunal Constitucional español e evitar o perigo do activismo xudicial, a regulación española establece que o Tribunal non pode actuar de oficio e, ao mesmo tempo, restrinxe a lexitimación activa e dispón que a actuación do Tribunal Constitucional é subsidiaria, pola súa natureza excepcional (*vid.* BLANCO VALDÉS, R. L., "La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)", cit., pp. 248-249).

41 Unha práctica política desafiante que se viu intensificada tras a Sentenza do Tribunal Constitucional 31/2010; sobre os problemas xurídicos e políticos que xorden ao respecto debe consultarse BLANCO VALDÉS, R. L., "¿Quién teme al Tribunal Constitucional?", cit., pp. 42-47.

inconstitucional e nula a Resolución do Parlamento de Cataluña 1/XI, do 9 de novembro de 2015, e o seu anexo sobre o inicio do proceso político catalán tras os comicios electorais do 27 de setembro dese mesmo ano. O Tribunal Constitucional entende que a resolución catalá impugnada é a expresión dunha manifesta vontade de non suxeición nin á Constitución nin ao ordenamento xurídico fundado e constituído nela. En particular, declara inconstitucional a norma por ser expresión do rexeitamento á vinculatoriedade da Carta Magna ao infrinxir os artigos 1.1, 1.2, 2, 9.1 e 168 desta, de tal maneira que, a partir de entón, calquera actuación dos poderes públicos cataláns que insistan na vía de feito aberta pola Resolución parlamentaria 1/XI de 2015 para a creación da República de Cataluña é inconstitucional e nula. Por este motivo, a aprobación polo Parlamento catalán da Resolución 5/XI, do 20 de xaneiro de 2016, pola que se crea unha Comisión de Estudo do Proceso Constituínte, enténdese como un acto de desobediencia⁴² á Sentenza constitucional 259/2015. Para facer valer a súa inconstitucionalidade, o Goberno da nación acode ao incidente de execución desta sentenza regulado no comentado artigo 92 da LOTC. O Tribunal Constitucional recoñece unha comunicación de fins entre ambas as dúas resolucións parlamentarias, o intento de dar a aparencia de validez ao denominado proceso constituínte catalán. Mesmo cando se trata dun simple acto de trámite parlamentario carente de contido xurídico, o alto tribunal xustifica a estimación do incidente de execución, ben que precisa que o alcance da súa resolución debe limitarse ao caso hipotético de que a comisión dirixa os seus traballos para satisfacer calquera pretensión política máis alá da análise de posibles alternativas de reformar a Constitución. Agora ben, cómpre subliñar que o incidente de execución non se pronuncia sobre a constitucionalidade do acto de creación desa comisión de estudos ou sobre a súa conformidade coa xurisprudencia constitucional, senón que se limita a examinar se se trata dun acto de desobediencia –un incumprimento da Sentenza 259/2015– e conclúe que o único modo lexítimo democraticamente para crear a República de Cataluña é mediante unha reforma previa da Constitución española. Non obstante, xórdenos unha importante dúbida sobre a eficacia do incidente de execución ao observar que é posible o incumprimento do auto de execución ditado, e a vía emprendida para asegurar o seu obrigado cumprimento é inicio dun novo procedemento de execución. A propósito desta cuestión, en concreto, en relación co Auto 141/2016, VILLAVARDE MENÉNDEZ sinala que nin as partes nin o propio TC formulan a idoneidade da vía procesual empregada para facer valer a inconstitucionalidade da resolución parlamentaria catalá –a vía de impugnación das resolucións das comunidades autónomas polo Goberno da nación por motivos non competenciais conforme o título V da LOTC ou ao incidente de execución regulado no artigo 92 da LOTC–⁴³, unha cuestión que entendemos que resulta clave para establecer os criterios que permitan discernir a vía procesual a seguir no futuro e que, como observamos, se formula co Auto 170/2016, do 6 de outubro, que estima o incidente de execución da Sentenza 259/2015, do 2 de decembro, e do Auto de execución 141/2016, do 19 de xullo⁴⁴.

42 Con carácter previo á STC 259/2015, as SSTC 31/2010 e 42/2014 asentan a doutrina do Tribunal Constitucional sobre hipotéticos procesos constituíntes autonómicos á marxe da reforma constitucional.

43 *Vid.* VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, cit., pp. 642-643.

44 Malia o ditaminado polo Tribunal Constitucional, unhas semanas máis tarde o Goberno español inicia un novo incidente de execución co fin de suspender outro acto manifesto de inexecución –a Resolución 263/XI do Parlamento de Cataluña do 27 de xullo de 2016, que ratifica o informe e as conclusións da Comisión de Estudo do Proceso Constituínte que fora suspendida–. Deste xeito, o Auto do Tribunal Constitucional 170/2016 que resolve ese incidente de execución supón a execución forzosa non só da Sentenza 259/2015, senón tamén do Auto do TC 141/2016 que pretendía dar cumprimento a esta sentenza ao declarar inconstitucional e nula a Resolución 5/X do Parlamento de Cataluña do 20 de xaneiro de 2016.

Por outro lado, indicaremos que se articularon unha serie de medidas xurídicas co fin de evitar a aplicación desta reforma. Así, desde o punto de vista normativo, destacaremos que en abril de 2016 o Grupo Parlamentario Catalán presenta unha proposición de lei de derogación desta norma, pero esta proposición caduca ao concluír a Lexislatura XI. Debemos precisar que, en sede constitucional, a Lei orgánica 15/2015 foi obxecto de dous recursos de inconstitucionalidade promovidos respectivamente polo Goberno vasco e o Goberno catalán nos cales se impugnan varios apartados da LOTC reformada –en concreto, o artigo 92.4 letras a), b) e c) e o artigo 92.5–. A doutrina constitucional sentada en ambas as dúas sentenzas constitúe un elemento transcendental que incorporaremos ao noso estudo.

Así, en primeiro lugar, deteremos a nosa análise na Sentenza do Tribunal Constitucional 185/2016, do 3 de novembro, que desestima o recurso de inconstitucionalidade 229-2016 interposto polo Goberno vasco contra os novos apartados b) e c) do artigo 92.4 da LOTC. Nesta resolución o Tribunal non só considera constitucionalmente lexítima a finalidade das ditas medidas –que é a de garantir a defensa da súa posición institucional e a efectividade das súas resolucións protexendo o seu ámbito xurisdiccional–, senón que tamén determina que as medidas impugnadas non alteran por si mesmas as funcións nin a posición institucional do alto tribunal, unha posición institucional que se caracteriza polo exercicio exclusivo da función xurisdiccional encomendada pola Constitución española e que comprende tanto a resolución de procesos constitucionais como a súa execución.

Por esta razón, antes de afondar nos motivos do recurso de natureza substantiva, o tribunal aborda dúas cuestións relevantes sobre a súa potestade xurisdiccional co fin de valorar se a reforma operada pola LO 15/2015 respecta o modelo de xurisdición constitucional deseñado pola Constitución española. Como destacamos ao comezo deste traballo, trátase de dúas cuestións de extrema importancia por ser presuposto do desenvolvemento normativo operado.

En primeiro lugar, faise referencia ao carácter xurídico e non político da función xurisdiccional do gardián da Constitución e á interpretación que pode ter a falta dunha previsión constitucional da potestade de facer cumprir ou executar as súas sentenzas. É dicir, o alto tribunal realiza unha valoración sobre a súa actividade de control de constitucionalidade, un control que caracteriza como abstracto e desvinculado de calquera consideración concreta sobre a aplicación da norma impugnada. Esta consideración permite que o Tribunal Constitucional determine non valorar o acerto político da norma. Por este motivo, non se aborda a cuestión relativa á viabilidade das medidas nin a correspondente á súa aplicación constitucional desde un punto de vista da estratexia política ou o propósito do lexislador, senón que pospón esa valoración a unha futura análise *ad casum*, en que de forma particularizada se vele pola execución de resolucións recaídas nun proceso constitucional concreto. Esta omisión de pronunciamento, dado o carácter de resolución definitiva da Sentenza 185/2015, impide un novo control de constitucionalidade, como pon de relevo o maxistrado XIOL RÍOS no seu voto particular⁴⁵. Non obstante, autores como BANACLOCHE PALAO manteñen unha posición contraria, determinan que é posible imaxinar o suposto de que unha norma declarada inconstitucional vulnere dereitos na súa aplicación, o que permitiría analizar de novo o

45 O maxistrado Juan Antonio XIOL RÍOS considera no seu voto particular que o carácter abstracto da análise efectuada por esta sentenza non debeu evitar a valoración e o exame da aplicación correcta das medidas adoptadas dentro do actual contexto sociopolítico –o proceso constituínte de Cataluña–, máxime cando a súa aparencia de decisión definitiva pecha as portas a novos controis de constitucionalidade.

precepto desde unha perspectiva distinta⁴⁶. Pero o certo é que a Sentenza 185/2016 deixa a porta aberta á interposición de posteriores recursos constitucionais sen aproveitar a ocasión brindada para delimitar os supostos en que resulta pertinente a aplicación da norma, un elemento omitido que pode ser cuestionado en termos de seguridade xurídica e de eficacia.

Así mesmo, o tribunal español interpreta que a omisión dun mecanismo de execución de sentenzas do Tribunal Constitucional na Constitución española non implica o seu desaparacemento como órgano xurisdiccional. O Tribunal Constitucional puido terse identificado sen máis como un órgano constitucional que exerce, entre outras funcións, a xurisdiccional. Lonxe diso, na Sentenza 185/2016 o alto tribunal entende que a potestade de obrigar ao cumprimento das súas resolucións se atopa implícita na súa natureza de órgano xurisdiccional único na súa orde e que lle permite garantir a supremacía da Constitución. Ademais, o Tribunal Constitucional subliña que o lexislador orgánico está habilitado para regular a execución das súas resolucións, así como para fixar as medidas necesarias para garantir o seu cumprimento e efectividade. O TC español aclara que o modelo de xurisdición deseñado constitucionalmente non é un modelo “pechado, petrificado ou conxelado no tempo”, senón que en virtude do artigo 165 da Constitución española se lle confire ao lexislador unha ampla capacidade para regular o seu funcionamento, sen que iso supoña unha desnaturalización do modelo constitucional nin se altere a posición e as funcións deste órgano.

Deste xeito, o Tribunal Constitucional sostén que os elementos recollidos na Lei orgánica 15/2015 son necesarios e teñen unha finalidade lexitima. En concreto, a Sentenza 185/2016 considera non só que as medidas previstas no artigo 92.4 da LOTC son instrumentos postos á súa disposición polo lexislador para garantir o efectivo cumprimento das súas resolucións, senón que nos recorda que todos os poderes públicos, incluídas as cámaras lexislativas, están obrigados ao seu cumprimento. Ao mesmo tempo, a sentenza entende que estas medidas teñen unha finalidade constitucionalmente lexitima porque garanten a defensa da posición institucional deste órgano, así como a efectividade das súas resolucións. É dicir, protexen o ámbito xurisdiccional constitucional de intromisións doutros poderes públicos que puidesen menoscabalo. Polo tanto, estes instrumentos permiten que o Tribunal Constitucional preserve a supremacía da Constitución, a submisión de todos os poderes públicos a ela e, en último termo, determinan o papel do alto tribunal como máximo garante desta no exercicio da súa función xurisdiccional.

Cabe resaltar de forma singularizada que, en primeiro lugar, a Sentenza 185/2016 rexeita que a medida prevista no artigo 92.4.b) da LOTC –a suspensión de funcións da autoridade pública que incumpra unha das súas resolucións– vulnere o principio de legalidade ou proporcionalidade debida, dado que entende que nos atopamos ante unha restrición de dereitos que só ten como fin garantir o cumprimento das súas decisións, de maneira que esta medida está conectada directamente coa execución efectiva das sentenzas, polo que se establecen dous requisitos: “só poderá aplicarse cando estea na esfera de actuación da autoridade ou empregado público concernidos no cumprimento da resolución” e “se acredite a súa vontade deliberada e persistente de non atender a este”. Ao mesmo tempo, fíxase tamén un límite temporal na súa aplicación, o preciso para asegurar a observancia da resolución. Este límite leva consigo que só poida aplicarse cando a suspensión resulte imprescindible para asegurar

46 Vid. BANACLOCHE PALAO, J., “TC: a execución das súas sentenzas”, *Diario do Dereito*, edición de 23/11/2016 (http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1159760, consultada o 3 de maio de 2017).

a execución das decisións do Tribunal Constitucional e que, unha vez alcanzada a finalidade pretendida, a medida sexa levantada tan pronto cese a vontade incumpridora. Así, o alto tribunal interpreta que, malia tratarse dunha medida gravosa, non nos atopamos ante unha medida punitiva –non pretende inflixir un castigo ante a desatención obrigada de todos os poderes públicos e cidadáns de cumprir as sentenzas do Tribunal Constitucional⁴⁷–, senón que está dirixida á execución das súas resolucións.

O feito de que se trate dunha medida instrumental e provisional que pretende que a execución teña lugar nos seus propios termos, para BANACLOCHE PALAO non pode implicar unha vulneración do principio de legalidade nin resultar desproporcionada se está suxeita a uns límites que atenden ao menor prexuízo do interesado⁴⁸. No entanto, como vimos no apartado anterior deste traballo, non se debe ignorar que, en determinadas ocasións, pode xurdir un problema na súa aplicación, o choque co dereito fundamental ao exercicio de funcións e cargos públicos recollido no artigo 23 da Constitución española, especialmente cando se trate de cargos electos. Nestes casos, a adopción da medida non pode obviar a necesidade dunha tutela prioritaria do dereito, polo que a lesión a este debe non ser só limitada temporalmente. Así o expresan os maxistrados ASUABATARRITA, VALDÉS DAL-RÉ e XIOL RÍOS, que discrepan coa resolución neste punto. Nos seus votos particulares, entenden que a medida de suspensión de empregos e cargos públicos debeu declararse inconstitucional pola súa natureza sancionadora, xa que impón o castigo a un representante lexitimado pola súa elección nas urnas e leva consigo que este perda a súa capacidade de cumprir a resolución. Mesmo os maxistrados sinalados puntualizan que o límite temporal fixado para a súa aplicación –“cesan cando cese a vontade incumpridora”– supón o recoñecemento de que a intención é dobregar a vontade incumpridora, o que pon de relevo que o seu fin non é o da execución, senón o feito de que a medida ten unha natureza punitiva e desproporcionada.

En segundo lugar, debe destacarse que a STC 185/2016 determina que a medida de execución substitutoria prevista no artigo 92.4.c) da LOTC non implica unha alteración do sistema de controis do Estado sobre as comunidades autónomas. O Tribunal Constitucional entende que non se produce un solapamento ou a modificación das medidas xa previstas, senón que se trata dun instrumento distinto do establecido no artigo 155 da Constitución española. O Tribunal Constitucional diferencia unha medida ou outra en virtude dos principios que lexitiman o seu emprego, en función do seu titular e do papel, directo ou potencialmente indirecto, que representa o Goberno na súa aplicación. Así, o artigo 155 da Carta Magna caracterízase por lexitimar o Estado a adoptar non só as medidas necesarias ante o incumprimento por unha comunidade autónoma das obrigas impostas pola Constitución ou outras leis ou fronte a unha actuación que atente fronte ao interese xeral de España, senón que é o propio Goberno o que decide a medida aplicable logo de requirimento do presidente da comunidade autónoma e coa aprobación por maioría absoluta do Senado. En cambio, a execución substitutoria recollida no artigo 92.4 da LOTC defínese por ser un mecanismo posto á disposición do Tribunal Constitucional español, de maneira que o propio tribunal determina se o aplica e, mesmo, se o considerase necesario, pode requirir a colaboración do Goberno, aínda que esa colaboración governamental debe axustarse aos termos definidos

47 O TC subliña que para exixir responsabilidades penais xa están previstas legalmente outras medidas, como é a dedución de testemuño á que xa nos referimos no anterior apartado deste estudo. Deste xeito, confírmase que, nestes casos, a relación entre os órganos xurisdiccionais non é de auxilio, senón que se trata de dous procedementos distintos.

48 *Vid.* BANACLOCHE PALAO, J., “TC: la ejecución de sus sentencias”, cit.

polo alto tribunal. É dicir, a Sentenza 185/2016 interpreta que, conforme o artigo 92.4.c) da LOTC, o Goberno nin pode actuar discrecionalmente nin pode decidir o tipo de medida aplicable, unha interpretación que non é compartida por algún dos seus maxistrados. Así, VALDÉS DAL-RÉ opina que debería declararse a inconstitucionalidade desta medida de execución substitutoria, xa que non só se solapa co poder de coerción estatal do artigo 155 da Constitución, que dota destes poderes o Goberno e o Senado, senón que ademais engade un requisito adicional non previsto no artigo da Carta Magna, a intervención do Tribunal Constitucional. De modo que, como subliña o maxistrado XIOL RÍOS, pode entenderse que se produciu unha alteración substancial da vontade do constituínte, xa que o artigo 155 da Constitución española deixa deliberadamente o Tribunal Constitucional nun segundo plano e del só se desprende a competencia do Goberno coa aprobación do Senado, unha posición que altera a reforma da LOTC ao atribuírle ao Goberno a potestade de decidir como se deberá realizar a execución substitutoria e como será esa intervención. Ademais, debemos engadir ao exposto que a medida adoptada non nos ofrece unha resposta definitiva. Formúlase nos unha nova dúbida sobre a súa efectividade en caso de que o incumprimento na execución dunha sentenza do Tribunal Constitucional sexa atribuíble ao Goberno da nación; en concreto, parece complicarse nos supostos de incumprimentos por omisión que correspondan ao Estado español.

Finalmente, e como xa avanzamos, a Sentenza do Tribunal Constitucional 215/2016, do 15 decembro, que desestima o recurso de inconstitucionalidade 7466-2015 interposto pola Generalitat de Cataluña, vai completar a doutrina asentada polo alto tribunal español respecto á reforma da LOTC operada o ano anterior, unha resolución en que se reitera a constitucionalidade das medidas adoptadas na LOTC para velar polo cumprimento das súas resolucións. Por este motivo, en relación con esas alegacións coincidentes, o tribunal remítase aos argumentos indicados na Sentenza 185/2016 e céntrase na análise doutras das medidas previstas na Lei orgánica 15/2015; en concreto, as recollidas no artigo 92.4.a) e no artigo 92.5 LOTC.

Así, sobre o artigo 92.4.a), que prevé a imposición de multas coercitivas ás autoridades, empregados públicos ou particulares que incumpriren as resolucións do tribunal, a sentenza determina que a reforma operada se limita a incrementar a contía dunhas multas que aparecen recollidas xa como medida coercitiva desde a redacción orixinaria da LOTC. Recordemos que as principais dúbidas constitucionais que se formulan sobre esta medida se centran no seu carácter sancionador, contrario aos principios de seguridade xurídica e legalidade en materia sancionadora, e a súa desproporción.

Ao entender que a súa finalidade é só a disuasoria de determinados comportamentos, o alto tribunal nega o carácter sancionador da medida alegado polos demandantes, que sosteñan, en virtude diso, a vulneración dos artigos 9.3 e 25.1 da Constitución española. Para o Tribunal Constitucional a finalidade destas medidas non é represiva, retributiva ou impor unha sanción, senón garantir o cumprimento efectivo das súas resolucións, de maneira que a función destas multas coercitivas obedece simplemente a unha finalidade amparada polos artigos 9.1 da Constitución e 87.1 da LOTC: estimular o respecto á obriga de todos os cidadáns e poderes públicos de cumprir as súas resolucións.

Ademais, neste apartado, a Sentenza 215/2016 só precisa respecto á contía fixada na reforma que esta é decidida de xeito particularizado polo tribunal cando impoña a multa,



respectando en todo caso o principio de proporcionalidade, e desestima a alegación do seu carácter desproporcionado respecto á capacidade económica dos suxeitos multados porque a demanda de inconstitucionalidade non especifica o precepto constitucional vulnerado. É dicir, aínda que se determina a constitucionalidade da medida punitiva material, non se precisan os contornos que delimitan a súa proporcionalidade, polo que non se define que criterios serán considerados para determinar o importe.

En relación coa segunda das medidas sinaladas, a recollida no artigo 92.5 LOTC –que faculta o tribunal para adoptar de oficio ou por instancia do Goberno, sen oír as partes e cando concorran circunstancias de “*especial transcendencia constitucional*”, as medidas necesarias para asegurar o cumprimento das resolucións que acordan a suspensión das disposicións, actos ou actuacións impugnados–, o alto tribunal nega que produza unha ampliación do ámbito e os efectos das súas facultades suspensivas nin que fortaleza a prerrogativa concedida ao Goberno polo artigo 161.2 da Constitución. A sentenza sinala que o artigo 92.5 se limita a habilitar o Goberno para instar a actuación do tribunal cando considere que se incumpre unha resolución de suspensión. En todo caso, é o alto tribunal o que de forma exclusiva aprecia se concorren as circunstancias de especial transcendencia constitucional que motiven a súa aplicación, así como que medidas cómpre aplicar. Cabe sinalar que en ningún momento a sentenza precisa cales son as circunstancias que requiren a súa aplicación, así como as medidas que se entenden necesarias para iso, aínda que se determina que ese grao de imprecisión non pode considerarse como arbitrario. En último termo, a Sentenza 215/2016 xustifica que se lle confira ao Goberno a posibilidade de instar a adopción de medidas en caso de incumprimento, amparándose no disposto no artigo 161.2 da Constitución española. O Tribunal Constitucional interpreta que, se este artigo constitucional lle confire unha prerrogativa ao Goberno con carácter exclusivo para iniciar o proceso constitucional de impugnación das disposicións e acordos adoptados polos órganos das comunidades autónomas –unha impugnación que produce unha suspensión automática–, esta habilitación é extensible tamén no suposto de que se insten a adopción de medidas ante o incumprimento das súas resolucións, de maneira que omite, unha vez máis, a posibilidade de que o incumprimento poida producirse por parte do Goberno. Simplemente se lle atribúe ao Goberno de xeito directo a posibilidade de suspensión que de forma indirecta aparecía recollida no artigo 161.2 da Constitución e que non se lles recoñece ao resto de lexitimados do artigo 162⁴⁹.

En definitiva, o máximo intérprete da Constitución determina nas sentenzas 185/2016 e 215/2016 que as novas medidas previstas na LOTC para velar polo cumprimento das súas resolucións non desnaturalizan a xurisdición constitucional –non alteran por si mesmas nin as súas funcións nin a súa posición constitucional, non son arbitrarias, nin modifican o sistema de controis das comunidades autónomas polo Estado, nin vulneran os principios de separación de poderes nin o principio de legalidade penal polo carácter punitivo e non meramente coercitivo–. Ao contrario, as resolucións analizadas determinan que os artigos 92.4.a), 92.4.b), 92.4.c) e 92.5 da LOTC inclúen unhas medidas constitucionais e lexitimas para a defensa da posición constitucional do alto tribunal español que se engaden ás xa existentes sen que se produza un fortalecemento de prerrogativa do Goberno conferida polo artigo 161.2 da Constitución, que ten o mesmo carácter e alcance. Pero, como vimos, estas sentenzas non chegan a pronunciarse sobre algunhas cuestións polémicas que abordamos

49 Vid. GARRIDO FALLA, F., “Artículo 161.2”, Garrido Falla, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pp. 2679-2681.

ao longo deste traballo e que condicionan a súa eficacia e en último termo o sistema de execución forzosa constitucional deseñado. En todo caso, a súa aplicación práctica determinaríase a súa verdadeira eficacia.

4 Conclusións

A Lei orgánica 15/2015 esperta do seu letargo o concepto durminte da execución das resolucións do Tribunal Constitucional⁵⁰. Mediante a reforma da Lei orgánica do Tribunal Constitucional español, introdúcese novos instrumentos de auxilio xurisdiccional como garantía do Estado de dereito que teñen como fin acometer a execución das súas resolucións ben directamente ou a través de calquera poder público, unha reforma constitucional encuberta que parte do presuposto dunha debilidade xurídica deste órgano para executar as súas sentenzas nun contexto político delicado marcado pola falta do consenso político.

As dúbidas formuladas sobre a súa oportunidade e idoneidade procedemental cuestionan a necesidade da reforma operada e prexudican a imaxe de neutralidade do Tribunal Constitucional ante unha situación política excepcional: o proceso independentista catalán. Un custo político e xurídico moi elevado para este órgano e máis aínda se analizamos o contido da norma. A introdución dun novo mecanismo de coerción nas relacións entre o Goberno e as comunidades autónomas máis alá do previsto especificamente na Constitución española e no Código penal baixo o risco de politización, ao converter o Tribunal Constitucional nun mero executor das disposicións do Goberno, fai xurdir as dúbidas sobre a necesidade desta modificación legislativa.

A reforma da LOTC operada pola Lei orgánica 15/2015 no ámbito da execución forzosa das sentenzas do Tribunal Constitucional caracterízase por presentar certas limitacións relativas ao seu obxecto “só recursos de inconstitucionalidade”, aos suxeitos responsables “só incumprimento das comunidades autónomas” e ao ámbito da súa aplicación, ao observarse que o incumprimento reiterado dunha sentenza derivou na formulación de sucesivos incidentes de execución detrás dunha efectiva realización do ditaminado que non chega, uns extremos que presentan serias dúbidas sobre a efectividade destas medidas como mecanismos que permiten ao alto tribunal español velar polo cumprimento das súas sentenzas e que redundan en cuestionar a verdadeira natureza da reforma operada.

Por todo iso, podemos sinalar que o Tribunal Constitucional perdeu unha oportunidade única nas dúas sentenzas comentadas tanto para clarificar que nos atopamos ante un órgano constitucional que exerce, entre outras, a función xurisdiccional como para resolver cal debe ser a forma máis efectiva en que ha de levarse a cabo con carácter xeral a execución forzosa das súas resolucións. Quizais adoptar un novo tipo de instrumentos de execución forzosa, lonxe de solucionar o problema político que supón a aplicación dos mecanismos constitucionais previstos, pode complicar o cumprimento das súas resolucións, como se observa nestes últimos meses. Deste xeito, como subliña BLANCO VALDÉS, a práctica política do desafío entre as institucións da Generalitat e do Goberno de España abócanos a un regueiro de estragos

50 *Vid.* VILLAVEVERDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, cit., p. 644.

que corren o risco de desprestixiar o Tribunal Constitucional español⁵¹, un custo demasiado alto para a orde constitucional e que o Estado de dereito non admite.

5 Bibliografía

- ALMEIDA CERREDA, M., "El "nuevo" sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español", *Istituzioni del Federalismo: Revista di studi giuridici*, n. 1, 2016.
- BANACLOCHE PALAO, J., "TC: la ejecución de sus sentencias", *Diario del Derecho*, edición de 23/11/2016 (http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1159760, consultada o 3 de maio de 2017).
- BLANCO VALDÉS, R. L., "La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)", *Teoría y realidad constitucional*, n. 4, 1999.
- BLANCO VALDÉS, R.L., "¿Quién teme al Tribunal Constitucional?", *Letras libres*, n. 109, 2010 (<http://www.letraslibres.com/mexico-espana/quien-teme-al-tribunal-constitucional>, consultada o 24 de maio).
- BLANCO VALDÉS, R. L., *La Constitución de 1978*, 2.ª ed., Alianza editorial, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho comparado. El caso español*, colección monografías, Civitas, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- FONT i LLOVET, T., *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1985.
- GALÁN GALÁN, A., "Los poderes del juez en la ejecución de las sentencias: reacción frente a los actos de la Administración o del legislador que tengan como fin eludir su cumplimiento", Sánchez Lamelas, A. (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas. IV Curso sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- GARRIDO FALLA, F., "Artículo 161.2", Garrido Falla, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2001.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el contencioso-administrativo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- GONZÁLEZ RIVAS, J., *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

51 A orixe deste problema localízase na retorcida interpretación realizada polo Tribunal Constitucional sobre a reforma do Estatuto catalán na Sentenza 31/2010. Ao respecto, o profesor BLANCO VALDÉS avanzou que esta sentenza asentaba a convicción de que a Constitución é unha "goma de mascar" xurídica que admite ser estirada en materia territorial *ad infinitum* a partir da práctica política do desafío entre as institucións de goberno catalás e española (vid. BLANCO VALDÉS, R. L., "¿Quién teme al Tribunal Constitucional?", cit., pp. 42-47).

- HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., "Comentario al artículo 80", Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional e *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001.
- HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., "Comentario al artículo 87", Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional e *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001.
- HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., "Comentario al artículo 92", Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional e *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001.
- PÉREZ DEL BLANCO, G., *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Doctrina y formularios*, Del Blanco Editores, León, 2003.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional*, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2014.
- SALAS, J., e PALOMINO, V., "La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional (especial referencia a las relativas a la Administración)", *Documentación Administrativa*, n. 209 (xaneiro-abril), 1987.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., "Cumplir o executar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 38, 2016.

regap



ESTUDIOS

Regap

Notas

2

A contratación pública de servicios ás persoas tras a aprobación das directivas europeas de cuarta xeración. Un novo horizonte nas políticas sociais autonómicas

La contratación pública de servicios a las personas tras la aprobación de las directivas europeas de cuarta generación. Un nuevo horizonte en las políticas sociales autonómicas

Public procurement of services to the person after the passing of fourth-generation public procurement. A new forecast on regional social politics

53 Regap

Regap



NOTAS

JORGE LÓPEZ-VEIGA BREA

Doutorando do programa de Doutoramento en Dereito Administrativo Iberoamericano

Universidade da Coruña (Galicia, España)

Investigador do Observatorio de Políticas Públicas en Materia de Discapacidade, Atención á Diversidade e Igualdade de Oportunidades
Secretario académico da Rede Iberoamericana de Contratación Pública
jorge.lopez-veiga @udcc.es

Recibido: 25/04/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Resumo: A contratación pública social na UE pasa por un proceso de evolución. Tanto a xurisprudencia do TXUE como o *soft-law* foron determinantes para este desenvolvemento, que se recoñeceu nas vixentes directivas de contratación pública de 2014. Estas directivas revelaron que estes servizos ás persoas –ou sociais– teñen características específicas que fan que a aplicación dos procedementos habituais para a adxudicación de contratos públicos de servizos resulte inadecuada. Introdúcense dúas novas posibilidades para a prestación destes servizos: un tratamento contractual diferenciado e fórmulas non contractuais. En España, da análise dos aínda escasos avances normativos autonómicos, destacan a incorporación do “concerto social” e do novo tratamento con entidades sen ánimo de lucro.

Palabras clave: contratación pública social, directivas de contratación pública, concerto social, servizos ás persoas, entidades sen ánimo de lucro, terceiro sector.

Resumen: La contratación pública social en la UE pasa por un proceso de evolución. Tanto la jurisprudencia del TJUE como el *soft-law* han sido determinantes para este desarrollo, que se ha reconocido en las vigentes directivas de contratación pública de 2014. Estas directivas han revelado que estos servicios a las personas –o sociales– tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada. Se introducen dos nuevas posibilidades para la prestación de estos

servizos: un tratamento contractual diferenciado y fórmulas no contractuales. En España, del análisis de los aún escasos avances normativos autonómicos, destacan la incorporación del “concerto social” y del nuevo tratamento con entidades sin ánimo de lucro.

Palabras clave: contratación pública social, directivas de contratación pública, concerto social, servizos a las persoas, entidades sin ánimo de lucro, tercer sector.

Abstract: European social public procurement goes through a process of evolution. The jurisprudence of the CJEU and soft law have been decisive for this development, recognized in the directives of public procurement of 2014. These directives have shown that these services to the people – or social – have specific characteristics that make the application of the procedures of public procurement service are inadequate. Two new possibilities are introduced for the provision of these services: a differential contractual treatment and non-contractual formulas. In Spain, from the analysis of the still scarce regional regulatory advances, stand out the incorporation of the social agreement (“*concerto social*”) and the new treatment with non-profit organizations.

Key words: social public procurement, directives of public procurement, social agreement, services to persons, non-profit organizations, third sector.

Sumario: 1 Consideracións previas sobre a contratación pública social. 2 O tratamento europeo dos aspectos sociais na contratación pública. 2.1 O pasado. 2.2 O presente: transposición e o efecto directo. 3 Novidades na prestación de servizos sociais tras as directivas de contratación de cuarta xeración. Referencia especial ao réxime do “concerto social”. 3.1 Consideracións introdutorias. 3.2 O escenario actual no Estado español: as comunidades autónomas que deron o paso á fronte. 3.3 A colaboración con entidades sen ánimo de lucro. 3.4 A prestación de servizos ás persoas na Comunidade Autónoma de Galicia. 4 Conclusións. 5 Bibliografía.

1 Consideracións previas sobre a contratación pública social

Cómpre partir do recordo de que a dignidade humana debe ser o centro e a raíz do Estado, e esta debe ser o epicentro de toda Constitución¹. O contido básico de tal dignidade son os dereitos sociais fundamentais, que de ningún xeito poden ser vulnerados, e son os que outorgan o sentido real a un Estado social, baseado no interese do colectivo.

MEILÁN GIL xa sinalaba que a “boa administración”² radica en facer efectivos os intereses colectivos ou xerais, nos cales se inclúen os dereitos fundamentais da persoa, que lle veñen predeterminados á Administración, por iniciativa do Goberno e o aval do Parlamento³.

Neste sentido, cando nas constitucións dos Estados se preceptúa que os tribunais controlan a legalidade da actuación administrativa, así como o sometemento desta aos fins que a xustifican⁴, non se prohíbe unicamente o desvío de poder, a arbitrariedade, senón que ao mesmo tempo se impón o sometemento aos fins que xustifican a intervención da actuación administrativa: a realización do interese xeral⁵.

1 A Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea dedica o seu primeiro capítulo á dignidade. A carta formalmente é proclamada en Niza en decembro de 2000 polo Parlamento Europeo, o Consello e a Comisión. Coa entrada en vigor do Tratado de Lisboa, en decembro de 2009, converteuse en xuridicamente vinculante na UE –tendo a mesma validez xurídica que os tratados da UE–; incorporouse así aos ordenamentos xurídicos dos Estados membros e, por todo iso, a carta xera dereitos e obrigas, podendo ser invocada ante os tribunais. Na Constitución española de 1978 é o artigo 10 o que trata a dignidade da persoa.

2 Tamén na Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea está recoñecido o “dereito a unha boa Administración” (artigo 41).

3 MEILÁN GIL, J. L. “El paradigma de la buena administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, n. 17, 2013, pp. 234-237.

4 *Vid.* artigos 103.1 e 106.1 da Constitución española de 1978 e artigos 266.1 e 269.1 da Constitución portuguesa de 1976.

5 RIVERO YSERN, E., e RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El compromiso social do dereito administrativo*, 1.ª ed., Editorial Bubok, Madrid, 2016, pp. 9-22.

Centrándonos xa no campo específico da contratación administrativa, temos que destacar a recente concepción de que a contratación pública non constitúe exclusivamente un medio para a obtención de prestacións, obras ou servizos nas condicións economicamente de máis proveito para a Administración, senón que é, sobre todo, unha ferramenta xurídica ao servizo dos poderes públicos para o cumprimento dos seus fins e valores fundamentais, tales como a redistribución da riqueza, a igualdade e a xustiza. Isto contradí unha parte da doutrina clásica administrativista, para a cal a contratación pública debe servir a criterios puramente económicos. Esta concepción traduciríase nunha redución do Estado ao papel de subministrador de servizos, a unha neutralidade en que se deixe de contemplar a contratación pública como un instrumento máis de política económica.

A Administración, cando contrata con empresas a realización de obras ou servizos de natureza pública, dispón dunha posición xurídica especial que lle permite dispor dunha serie de poderes que só se xustifican na medida en que previamente estean argumentados en razóns de interese común. Polo tanto, a través da contratación do sector público é posible, e desexable, que os agora chamados poderes adxudicadores garantan que esa forma de prestar os servizos de interese xeral ou de construír obras públicas se realice desde os postulados do servizo obxectivo ao interese da cidadanía. Deste xeito, a Administración pode deseñar na realidade das condicións de contratación compromisos éticos ou sociais que son dalgún modo o reflexo da cláusula do Estado social e democrático de dereito.

Alcanzado este punto introdutorio, convén diferenciar a compra pública social da ética; acerca da compra pública social, MEDINA ARNÁIZ fai fincapé na incorporación aos contratos públicos de obxectivos de política socio-laboral fronte a aquel outros supostos nos cales os elementos a valorar teñen máis que ver co cumprimento de estándares éticos establecidos nas convencións internacionais sobre condicións laborais dignas, salarios mínimos, dereitos dos traballadores ou loita contra o traballo infantil, e que son exclusivos do concepto de compra ética. Hai que ter en conta tamén o concepto de compra pública sustentable, co que se fai referencia á integración de aspectos sociais, éticos e ambientais nos procesos e fases da contratación pública⁶.

Os sistemas de contratación pública supoñen un instrumento axeitado para incidir, de xeito positivo, no desenvolvemento das políticas sociais, a través da introdución nos procedementos de contratación de cláusulas de contido social que fomenten que as empresas adopten medidas a favor dunha colectividade en risco de exclusión, a denominada “responsabilidade social corporativa” (RSC). Deste xeito, as cláusulas sociais son aquelas estipulacións que obrigan as empresas adxudicatarias dun contrato público a dar cumprimento, xunto co obxecto propio do contrato, a determinados obxectivos de política social que se consideran de interese xeral.

Coa incorporación de cláusulas sociais na contratación pública, búscanse dous obxectivos: por unha parte, a promoción e consolidación dun tecido empresarial sustentable cun forte compromiso social e, por outra, a promoción da inserción laboral daquelas persoas que máis dificultades teñen para acceder a un emprego. A incorporación das cláusulas sociais forma parte dun sistema de contratación pública sustentable, que comprende política social, balance social e redistribución equilibrada da riqueza, afondando nas raíces dun Estado de benestar que promove a igualdade de oportunidades, pensando no bo futuro das seguintes xeracións.

6 MORENO MOLINA, J. A., e DOMÍNGUEZ ALONSO, A.P. “Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad”, Pernas García, J. J. (dir.), *Contratación pública estratégica*, 1.ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 187-189.

O compromiso social das empresas e o desenvolvemento da propia actividade empresarial no campo da sustentabilidade poden ser plenamente realizables e alcanzables desde parámetros racionais e obxectivos que manteñan a inclusión das cláusulas sociais nos pregos para a contratación pública, de maneira que estas cláusulas respondan obxectivamente ao cumprimento dos fins sociais e de interese público aos que deben quedar sometidos os poderes públicos no seu recurso á contratación externa de obras, servizos e subministracións⁷.

2 O tratamento europeo dos aspectos sociais na contratación pública

2.1 O pasado

O recoñecemento de políticas sociais no dereito positivo europeo ten a súa orixe en varios corpos normativos de carácter xeral, como son: a Convención Europea de Dereitos Humanos⁸, a Carta Social Europea⁹ e o Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europea¹⁰.

Non obstante, estas normas non fan un tratamento específico acerca da contratación pública social. A cristalización das cláusulas sociais construíuse, por unha parte, a través da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE), e, por outra, a partir do *soft-law*.

Así, antes de recollese a posibilidade de sumar cláusulas sociais na normativa de contratación pública do dereito comunitario, o TXUE tivo que abordar este asunto na sentenza do 20 de setembro de 1988 (Asunto 31/87), caso *Gebroeders Beentjes BV* contra o Estado dos Países Baixos, onde o tribunal se pronuncia a favor da legalidade da súa inclusión, neste caso entre os criterios de adxudicación e con dous requisitos indispensables: a publicidade previa e que non se contraveñan os principios do dereito comunitario¹¹. Despois deste primeiro paso no

7 CONSELLARÍA DE FACENDA E ADMÓN. PÚBLICA DA JUNTA DE ANDALUCÍA. *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*, outubro 2016, pp. 4-5. Consultado o 5 de marzo de 2017, na seguinte ligazón web: <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf>

8 O Consello de Europa (organización internacional que ten como obxectivo principal a defensa e protección da democracia, o Estado de dereito e os dereitos humanos, particularmente os civís e políticos. Trátase da institución deste tipo máis antiga de Europa, nace en Londres en 1949, e engloba a totalidade dos Estados europeos coa única excepción de Bielorrusia) crea a convención, denominada tamén como Convenio para a Protección dos Dereitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, en Roma o 4 de novembro de 1950, e entra en vigor o 3 de setembro de 1953. En España, ratifícase e entra en vigor o 4 de outubro de 1979. O sistema de protección creado co convenio evolucionou co paso do tempo a través da aprobación de diversos protocolos que o complementan (para que cada protocolo entre en vigor, é necesario que sexa ratificado por un número mínimo de países). Co fin de permitir un control do respecto efectivo dos dereitos humanos, o convenio instituíu o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (ou Corte Europea de Dereitos Humanos). A Unión Europea incorporou o mandato da adhesión ao convenio, no apartado 2 do artigo 6 do Tratado da Unión Europea na súa versión consolidada despois das modificacións introducidas polo Tratado de Lisboa, asinado o 13 de decembro de 2007, e que entrou en vigor de forma xeral e para España o 1 de decembro de 2009.

9 Elaborada en Turín, o 18 de outubro de 1961, con entrada en vigor o 26 de febreiro de 1965 e en España o 5 de xuño de 1980. O texto de 1961 tivo unha revisión e ampliación de contido. Froito diso foi a publicación da Carta social europea revisada, en Estrasburgo o 3 de maio de 1996, que entrou en vigor o 1 de xullo de 1999 e sería asinada por España o 23 de outubro de 2000; non obstante, aínda non foi ratificada.

10 Foi asinado en Roma o 25 de marzo de 1957 como Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europea, e desde entón sobreviviu con diversas reformas e distintas denominacións: ata 1992 TCEE, de 1992 ata 2009 como Tratado Constitutivo da Comunidade Europea (TCE), e desde a entrada en vigor do Tratado de Lisboa á actualidade como Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE).

11 A resposta que deu o TXUE á cuestión formulada polo tribunal holandés foi: a condición de empregar para a execución da obra traballadores en situación de paro de longa duración e inscritos na oficina rexional de emprego é compatible co dereito comunitario se non atenta contra as liberdades comunitarias básicas discriminando os empresarios doutros Estados, determinación que lles corresponde realizar, en cada caso concreto, aos tribunais internos. A partir desta sentenza vai ser acuñado o termo das “condicións sociais non discriminatorias”.

recoñecemento dunha contratación social e malia as obxeccións da Comisión, que non se mostrou nese momento moi favorable a esta opción, o TXUE, en posteriores sentenzas, veu consolidando a dita liña xurisprudencial, particularmente na STXUE do 26 de setembro de 2000, caso Comisión das Comunidades Europeas contra a República Francesa (Asunto C-225/98), coñecido como o asunto da Rexión Nord-Pas-de-Calais.

Ademais da xurisprudencia, como se apuntou, tivo relevancia o *soft-law* (previamente á chegada das directivas de contratación pública). Deste dereito non vinculante temos que destacar o *Ditame sobre contratación pública*, aprobado o 21 de maio de 1997 polo Comité Económico e Social da Unión Europea, onde se expuña a idea de que debería reforzarse o concepto de oferta economicamente máis vantaxosa, xa que o criterio do prezo non era o único determinante e que “*tendo en conta as prioridades comunitarias, especialmente en materia social, as autoridades públicas adxudicatarias poderán integrar estas preocupacións nos contratos que realicen*”. Este proceso culminou coa *Comunicación interpretativa da Comisión sobre a lexislación comunitaria de contratos públicos e as posibilidades de integrar aspectos sociais nos ditos contratos*, do 15 de outubro de 2001. Igualmente, destaca a guía da Comisión Europea, elaborada en outubro de 2010, titulada *Adquisicións sociais: Unha guía para considerar aspectos sociais nas contratacións públicas*. Este documento, ademais de explicar e destacar os aspectos sociais para que non se teñan só en conta os aspectos economicistas, acuñou o concepto “*compra pública socialmente responsable*” (CPSR), que despois sería empregado nas directivas. Tal concepto comprende aquelas operacións de contratación que teñen en conta un ou máis dos aspectos sociais que se citan a continuación: políticas laborais (oportunidades de emprego, traballo digno, cumprimento dos dereitos laborais e sociais); inclusión social; dereitos das persoas con discapacidade física ou mental; accesibilidade universal, crecemento sustentable, e igualdade de oportunidades. Resumindo, a CPSR ten en conta a calidade no emprego, a perspectiva de xénero, a contratación de persoas con discapacidade ou a contratación de inserción e centros especiais de emprego¹².

Todas estas consideracións sociais foron recoñecidas na derogada Directiva 2004/18/CE¹³ e reiteradas nas directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE¹⁴, respectando, en calquera caso, a liberdade de acceso ás licitacións, a non discriminación e igualdade de tratamento ás persoas licitadoras e sen prexuízo da competencia, transparencia e publicidade que rexerán todo proceso de contratación.

O TXUE di que non hai inconveniente en que a través desta clase de cláusulas sexan perseguidos obxectivos sociais distintos do examinado na sentenza *Beentjes*, como a loita contra o desemprego xuvenil, a formación profesional ou, mesmo, a eliminación da discriminación laboral por motivos de raza ou de xénero.

Vid. AYMERICH CANO, C. I., “Condições sociais e contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, n. 4, 2000, pp. 53-66.

12 CONSELLARÍA DE FACENDA E ADMÓN. PÚBLICA DA JUNTA DE ANDALUCÍA, *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*, outubro de 2016, pp. 6-9. <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/recursos/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf> (5 de marzo de 2017).

13 Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos. Publicada no DOUE n. 134, do 30 de abril de 2004.

14 Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión. Publicada no DOUE n. 94, do 28 de marzo de 2014.

Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública e pola que se derroga a Directiva 2004/18/CE. Publicada no DOUE n. 94, do 28 de marzo de 2014.

Directiva 2014/25/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á contratación por entidades que operan nos sectores de auga, enerxía, transportes e servizos postais, e pola que se derroga a Directiva 2004/17/CE. Publicada no DOUE n. 94, do 28 de marzo de 2014.

Estas son as denominadas directivas de cuarta xeración.

As directivas 2014/23/UE e 2014/24/UE inspíranse na *Estratexia Europa 2020: para un crecemento intelixente, sustentable e integrador*. Esta estratexia da Comisión, do 3 de marzo de 2010, configura a contratación pública como un instrumento que permite incidir no mercado co obxectivo de implantar políticas para mellorar as condicións xerais que beneficien a innovación nas empresas; fomentar a contratación pública con criterios ambientais; mellorar o ámbito empresarial, especialmente para as pequenas e medianas empresas innovadoras, e incentivar a contratación socialmente responsable¹⁵.

Adicionalmente, a Directiva 2014/24/UE eleva á categoría de “principio da contratación” o cumprimento das normas obrigatorias en materia ambiental, social ou laboral no artigo 18.2, segundo o cal: *“Os Estados membros tomarán as medidas adecuadas para garantir que, na execución de contratos públicos, os operadores económicos cumpran as obrigas aplicables en materia ambiental, social ou laboral establecidas no dereito da Unión, no dereito nacional, nos convenios colectivos ou nas disposicións de dereito internacional ambiental, social e laboral enumeradas no anexo X”*.

A inclusión e o fomento destes aspectos nas contratacións públicas quedarán suxeitos, en calquera caso, ao cumprimento dos principios fundamentais da Unión Europea e das directivas de contratación, constituídos, fundamentalmente:

- Polas liberdades fundamentais do mercado interior.

- E polos principios consagrados na Directiva 2014/24/UE, recollidos no artigo 18, ao número 2 da cal xa fixemos referencia, polo que procede citar neste punto o seu número 1, cuxo teor literal é: *“Os poderes adjudicadores tratarán os operadores económicos en pé de igualdade e sen discriminacións, e actuarán de xeito transparente e proporcionado. A contratación non será concibida coa intención de ser excluída do ámbito de aplicación desta directiva nin de restrinxir artificialmente a competencia. Considérase que a competencia está artificialmente restrinxida cando a contratación se concibise coa intención de favorecer ou prexudicar indebidamente determinados operadores económicos”*.

Precisamente por razón destas regras e principios comunitarios, así como pola propia natureza de certos contratos, moitos aspectos sociais só poderán ser incluídos en etapas puntuais do procedemento de contratación.

Xunto con estes obxectivos, tamén se busca unha mellora no relativo á transparencia, á simplificación e á eficiencia nos procedementos de licitación, así como medidas dirixidas

15 Así, os considerados 2 e 3 da Directiva 2014/24/UE determinan:

“(2) A contratación pública desempeña un papel esencial na Estratexia Europa 2020, establecida na Comunicación da Comisión do 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, unha estratexia para un crecemento intelixente, sustentable e integrador» («Estratexia Europa 2020»), como un dos instrumentos baseados no mercado que se deben utilizar para conseguir un crecemento intelixente, sustentable e integrador, garantindo simultaneamente unha utilización máis eficiente dos fondos públicos. Con ese fin, deben ser revisadas e modernizadas as normas vixentes sobre contratación pública adoptadas de conformidade coa Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, e a Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, coa finalidade de mellorar a eficiencia do gasto público, favorecendo particularmente a participación das pequenas e medianas empresas (pemes) na contratación pública, e de permitir que os contratantes utilicen mellor a contratación pública para o apoio de obxectivos sociais comúns. Igualmente, é necesario esclarecer determinadas nocións e conceptos básicos para garantir a seguridade xurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea relativa á contratación pública.

(3) Na aplicación desta directiva débese ter en conta a Convención das Nacións Unidas sobre os dereitos das persoas con discapacidade física ou mental, en particular con relación á elección dos medios de comunicación, especificacións técnicas, criterios de adjudicación e condicións de execución do contrato (aprobado pola Decisión 2010/48/CE do Consello, o 26 de novembro de 2009, da Convención das Nacións Unidas sobre os dereitos das persoas con discapacidade física ou mental”.

a dar claridade aos conceptos e definicións, incorporando ao seu articulado gran parte da doutrina que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea foi establecendo ao longo dos últimos anos para crear un espazo común en materia de contratación pública¹⁶.

2.2 O presente: transposición e o efecto directo

Todo este conxunto de obxectivos, que teñen un grande interese desde a perspectiva económica e da xustiza social, requiren a súa transposición ao dereito interno a través dos instrumentos oportunos. Non obstante, o prazo fixado para levala a cabo rematou o 18 de abril de 2016 sen que se producise a transposición destas directivas pola maior parte dos Estados da UE. Poucos países adaptaron a súa normativa interna para incorporar o novo dereito da UE en contratación pública. Así, cos datos facilitados pola propia Unión, só fixeron correctamente a transposición o Reino Unido, Dinamarca, Portugal e Francia. No que concirne a España, aínda non se produciu esta transposición de forma xeral á lexislación estatal, estando, na actualidade, no proceso de tramitación parlamentaria de aprobación do proxecto de lei dunha nova Lei de contratos do sector público¹⁷.

Neste momento cómpre facer referencia á institución do efecto directo¹⁸, o cal implica que, se unha directiva non fose trasposta no prazo previsto para iso, ou fose trasposta incorrectamente, tal efecto permite a un particular invocar directamente os seus preceptos fronte aos poderes públicos dun Estado membro, coa primacía sobre calquera norma interna, garantíndose así a aplicabilidade e a eficacia do dereito europeo nos países da UE (Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas –o actual, e denominado desde 2009, Tribunal de Xustiza da Unión Europea– do 5 de febreiro de 1963, asunto *Van Gend en Loos*). De acordo coa doutrina do TXUE, en todos aqueles casos en que as disposicións dunha directiva resulten, desde o punto de vista do seu contido, claras, incondicionais e suficientemente precisas, os particulares están lexitimados para invocalas ante os órganos xurisdiccionais nacionais contra o Estado, ben cando este non adapte o dereito nacional á directiva dentro dos prazos sinalados, ben cando faga unha transposición incorrecta desta. Unha disposición do dereito da Unión é incondicional cando establece unha obriga que non está suxeita a ningún requisito nin supeditada, na súa execución ou nos seus efectos, a que se

16 VICEPRESIDENCIA E CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS E XUSTIZA (XUNTA DE GALICIA), *Guía para unha contratación pública socialmente responsable non sector público autonómico galego*, 2016, pp. 3-7. http://cpapx.xunta.gal/c/document_library/get_file?file_path=/portal-cpapx/AsesoríaXurídica/GuiasdeContratacion/guia_contratacion_socialmente_responsable_gal.pdf (25 de febreiro de 2017).

17 Isto debeuse, en parte, á situación político-lexislativa, xa que desde finais do ano 2015 ata finais de 2016 estivo o Estado español cun Goberno en funcións.

É preciso recordar que o Consello de Ministros do 17 de abril de 2015 aprobou os informes do ministro de Facenda e Administracións Públicas sobre os anteproxectos de modificación da lexislación de contratos públicos en España. Trátase dos anteproxectos de Lei de contratos do sector público e de contratos nos sectores da auga, enerxía, transportes e os servizos postais. Actualmente (marzo de 2017) atopámonos cun proxecto de Lei de contratos do sector público, polo que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, presentado polo Goberno o 25 de novembro de 2016, nun proceso de tramitación urxente. O prazo de emendas ao articulado do proxecto de lei tivo que ser ampliado en numerosas ocasións (finalizado o 2 de marzo de 2017), chegándose a superar as mil emendas.

18 O efecto directo preserva a nota de primacía propia do ordenamento xurídico da Unión Europea (establecida por primeira vez na STXUE do 15 de xullo de 1964, *Costa-Enel*, asunto C-6/64), e garante co efecto útil do dereito da Unión Europea, é dicir, a súa funcionalidade, que non se vexa desvirtuado por unha eventual inexecución das directivas por un Estado membro, quedando ademais reforzada a esfera xurídica dos particulares beneficiarios do contido da directiva. Trátase dun criterio amplamente consolidado na xurisprudencia do TXUE, tanto con carácter xeral (ver a STXUE do 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C-148/78, e a STXUE do 19 de xaneiro de 1982, *Becker* asunto C-8/81), como en expresa referencia ás sucesivas directivas de contratación pública (ver a STXUE do 24 de setembro de 1998, *Walter Tögel*, asunto C-76/97, e a STXUE do 2 de xuño de 2005, *Koppensteiner*, asunto C-15/04).

adopte ningún acto das institucións da Unión ou dos Estados membros, e esta característica concorre na maioría dos preceptos das novas directivas europeas de contratación pública¹⁹.

No referente ao Estado español, ademais do efecto directo das novas directivas, cómpre ter en conta a necesidade de realizar unha interpretación conforme coas exigencias do dereito da Unión Europea, do Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos do sector público (en diante, TRLCSP), así como do Real decreto 1098/2001, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas e a súa importante reforma operada polo RD 773/2015; do RD 817/2009, polo que se desenvolve parcialmente a LCSP, e do RD 814/2015, que aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Se unha interpretación non é posible conforme tal diversidade normativa, o órgano xurisdiccional nacional debe aplicar integramente o dereito comunitario e protexer os dereitos que este lles confire aos particulares, absténdose de aplicar, se é o caso, calquera disposición nacional na medida en que tal aplicación conduza, nas circunstancias do litixio, a un resultado contrario ao dereito da Unión²⁰.

3 Novidades na prestación de servizos sociais tras as directivas de contratación de cuarta xeración. Referencia especial ao réxime do “concerto social”

3.1 Consideracións introdutorias

Con anterioridade á irrupción das novas directivas de contratación de cuarta xeración, a prestación dos servizos sociais articulábase mediante fórmulas contractuais (sendo a figura predominante o concerto), convenios e convenios singulares de vinculación de hospitais privados. O concerto é un subtipo de contratación da xestión dos servizos públicos que se atopa regulado no artigo 277 do TRLCSP. A xeito de recordatorio, esta modalidade xeral supón que se contrata a xestión cunha “*persoa natural ou xurídica que veña realizando prestacións análogas ás que constitúen o servizo público de que se trate*”. O concerto presupón que unha empresa realice con anterioridade ao contrato actividades privadas análogas ao servizo público de que se trate. En calquera caso, o concerto vai suplir a “incapacidade” actual da Administración para a prestación dun servizo, polo que, por definición, se caracteriza pola nota de interinidade ou transitoriedade.

19 Coa finalidade de esclarecer a situación do Goberno en funcións en España, o Ministerio de Facenda e Administracións Públicas, a través da Dirección Xeral do Patrimonio, ditou a Resolución do 16 de marzo de 2016 pola que se publica a *Recomendación da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre o efecto directo das novas directivas comunitarias no terreo da contratación pública* (BOE n. 66 do 17 de marzo de 2016). Tamén coa mesma finalidade esclarecedora e dunha forma moito máis exhaustiva, os tribunais administrativos de contratación pública, en reunión conxunta celebrada en Madrid o 1 de marzo de 2016, aprobaron o documento de estudo titulado *Os efectos xurídicos das directivas de contratación pública ante o vencemento do prazo de transposición sen unha nova lei de contratos do sector público*.

20 MORENO MOLINA, J. A., “Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué derecho de la contratación pública aplicamos?”, en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.241/relcategoria.208/relmenu.3/chk.e51a081ab9aeb01e26c5798ebc766cf> (2 de marzo de 2017).

Os exemplos máis destacados atópanse na esfera educativa e sanitaria. Cando a Administración concerta cun colexio a prestación do servizo educativo, ou cun hospital a prestación de servizos sanitarios, opta por un modelo de xestión que introduce a competencia do sector privado en servizos tradicionalmente públicos. Será o usuario, o destinatario do servizo, o que poderá decidir entre os colexios e hospitais públicos ou, pola contra, os privados concertados, sendo este un instrumento de avaliación obxectivo a empregar pola Administración para dilucidar que modalidade de prestación do servizo é a que resulta máis vantaxosa.

A avaliación do impacto e a eficacia da lexislación sobre contratación pública da UE revelaron que os “servizos ás persoas”, os relacionados coa saúde e a educación, teñen características específicas que fan que a aplicación dos procedementos habituais para a adxudicación de contratos públicos de servizos resulte inadecuada neses casos. Estes servizos teñen, por natureza, unha dimensión transfronteiriza moi limitada e préstanse normalmente nun contexto específico que varía moito dun Estado membro a outro, debido á existencia de distintas circunstancias administrativas, organizativas e culturais. Polo tanto, correspóndelle a cada Estado membro, ao outorgarles amplas facultades discrecionais para iso, elixir a forma de organización e prestación dos ditos servizos. A asimilación do réxime dos concertos ao propio dunha determinada modalidade de contrato público na práctica dificultou que na organización da prestación de servizos non económicos pero de interese xeral –como os sociais– puidesen participar en maior medida as entidades do terceiro sector sen ánimo de lucro²¹. Tendo todo isto en consideración, as novas directivas de contratación pública van introducir dúas novidades relevantes en relación cos servizos sociais:

- A primeira, un tratamento contractual específico e diferenciado (dos demais servizos) caracterizado por: a) aplícase unicamente a aqueles servizos individualizados nos anexos IV, XIV e XVII das directivas europeas 23, 24 e 25 de 2014; b) establécense limiares específicos para estes contratos sociais, os cales, por regra xeral, son moi superiores aos fixados para os contratos de servizos non prioritarios ou “ordinarios”²²; c) a implantación dun réxime moi flexible e simplificado, case regras mínimas para a licitación destes contratos sociais²³. Existe entón unha indicación directa aos lexisladores dos Estados membros para establecer unha regulación específica que lles garanta os valores propios destes “servizos ás persoas” (calidade, continuidade, accesibilidade, dispoñibilidade e exhaustividade), podendo ademais dispor que a elección do provedor de servizos se realice sobre a base da “oferta economicamente máis vantaxosa, tendo en conta criterios de calidade e sustentabilidade” (76.2 da Directiva 24/2014). O lexislador europeo non predetermina estes aspectos, senón que outorga liberdade para que cada Estado membro deseñe o marco xurídico que considere máis apropiado.

- A segunda novidade, a declaración formal de que tales servizos poden prestarse igualmente mediante fórmulas non contractuais: “os Estados membros seguen tendo liberdade para prestar por si mesmos eses servizos ou organizar os servizos sociais de maneira que non sexa necesario asinar contratos públicos, por exemplo, mediante o simple financiamento destes

21 Vid. GIMENO FELIÚ, J. M., “La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales”, en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/recategoria.208/reلمenu.3/chk.fda916418919b4edadc19f1025462bf6> (20 de xaneiro de 2017).

22 O artigo 4 letra “d” da Directiva 24/2014 establece: “esta directiva aplicarase ás contratacións cuxo valor estimado, IVE excluído, sexa igual ou superior a (...) 750.000 €, nos contratos públicos de servizos para servizos sociais e outros servizos específicos enumerados no anexo XIV”. En relación cos contratos de concesións, ao contrario, os limiares atópanse igualados.

23 Vid. artigo 76.1 Directiva 24/2014 (“(...) Os Estados membros serán libres de determinar as normas de procedemento aplicables, sempre que tales normas lles permitan aos poderes adxudicadores ter en conta a especificidade dos servizos en cuestión”).

servizos ou o outorgamento de licenzas ou autorizacións a todos os operadores económicos que cumpran unhas condicións establecidas de antemán, sen impor límites ou cotas e sempre que se garanta unha publicidade suficiente e se axuste aos principios de transparencia e non discriminación"²⁴. É dicir, a propia Directiva 2014/24/UE, no marco das previsións do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, afirma expresamente que a aplicación da normativa contractual pública non é a única posibilidade de que gozan as autoridades competentes para a xestión dos servizos ás persoas. En consecuencia, non parece oportuno que se restrinxan as posibilidades de organización dos ditos servizos con terceiros, admitíndose unicamente as que derivan da lexislación de contratos do sector público²⁵.

3.2 O escenario actual no Estado español: as comunidades autónomas que deron o paso á fronte

A posibilidade de xestionar servizos ás persoas á marxe da vía contractual foi o elemento determinante para impulsar o proceso de reforma da lexislación autonómica. O cambio é significativo e afecta de cheo á figura tradicional de colaboración privada co sistema público de servizos sociais: o concerto. De forma sintética, os puntos máis relevantes da reforma son: a) Acuñouse unha nova denominación e agora fálase maioritariamente de "concerto social"; b) declárase expresa e formalmente que o concerto social está excluído do ámbito das normas de contratación do sector público; e c) a ausencia de beneficio na xestión privada irrompe como elemento clave da remodelación dos sistemas sociais autonómicos. A dita remodelación exixiu a reforma das correspondentes leis autonómicas de servizos sociais (o artigo 148.1.20.º da Constitución española establece que as comunidades autónomas poderán asumir competencias exclusivas en materia de asistencia social)²⁶.

Algunhas CC.AA., ante a falta de transposición da Directiva 2014/24/UE ao ordenamento xurídico español, decidiron aprobar unha lexislación que regulase ese novo réxime do "concerto social" ante a posibilidade de que, co marco xurídico vixente, non adaptado ás disposicións da citada directiva, se puidese seguir interpretando que o réxime xurídico da acción concertada debe equipararse ao propio dalgunha das modalidades previstas na lexislación de contratos públicos, resultando perentorio clarificar que o concerto presenta unha natureza distinta dos contratos públicos, así como determinar os principios a que deberá axustarse a súa celebración. A continuación relátase o proceso temporal do antedito desenvolvemento normativo autonómico:

A primeira comunidade autónoma en darlle un recoñecemento especial ao réxime de acción concertada foi o País Vasco, coa súa Lei 12/2008, do 5 de decembro, de servizos sociais do País Vasco. Pódese considerar que o País Vasco foi un adiantado á hora de incorporar un réxime de concerto diferenciado. No seu artigo 61.1 *establécese un réxime de concerto diferenciado da modalidade contractual de concerto regulada na normativa de contratación das administracións públicas*". Do mesmo xeito, estableceranse no seu artigo 60.1 as seguintes fórmulas para a prestación dos servizos sociais: *"xestión directa, réxime de concerto previs-*

24 Véxanse os considerandos 54 da Directiva 23/2014, 114 da Directiva 24/2014 e 120 da Directiva 25/2014.

25 LAZO VITORIA, X., "La figura del «concerto social» tras las directivas europeas de contratación pública", en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/relcategoria.208/relmenu.3/chk.3a0dbd2183e053976d3b5e7acf2d0a37> (20 de xaneiro de 2017).

26 *Ibidem*.

to nesta lei, xestión indirecta no marco da normativa de contratación das administracións públicas, e convenios con entidades sen ánimo de lucro”.

Este xerme do novo concerto regulador dos servizos sociais, xa co argumentario e recoñecemento posterior das directivas e da xurisprudencia do TXUE, verase referendado coa Lei 6/2016, do 12 de maio, do terceiro sector social de Euskadi (véxase o seu artigo 15).

A segunda comunidade foi Baleares, coa Lei 10/2013, do 23 de decembro, de modificación da Lei 4/2009, de servizos sociais das Illas Baleares. É a primeira vez que se fai referencia á nomenclatura “concerto social” (aínda que non de xeito rotundo, só o fai o artigo 89 *ter* no momento de tratar o obxecto deste tipo de concerto), pero si se establece que o réxime de concerto previsto nesa lei se establece como diferenciado da modalidade contractual de concerto que regula a normativa de contratación do sector público (artigo 89 *bis* 3)²⁷. Do mesmo xeito, vaise introducir unha novidosa distinción na prestación dos servizos sociais, a través das seguintes fórmulas: “*xestión directa, réxime de concerto previsto nesta lei, xestión indirecta no marco da normativa de contratación das administracións públicas e convenios con entidades sen ánimo de lucro*” (artigo 89.1). É conveniente destacar o Decreto 18/2015, do 10 de abril, polo que se establecen as normas básicas dos concertos sociais, que suporá o desenvolvemento dos principios establecidos na Lei 4/2009 e, concretamente, nos artigos específicos sobre este réxime de concertación diferenciado do que estipula o TRLCSP (do artigo 89 *bis* ao 89 *septies*). Por todo este exhaustivo desenvolvemento, a Comunidade Autónoma das Illas Baleares converteuse no referente a seguir neste paulatino proceso de reforma dos servizos sociais autonómicos.

Apenas dous anos despois, Asturias aprobou a súa Lei 9/2015, do 20 de marzo, de modificación da Lei do Principado de Asturias 1/2003, de servizos sociais. Establécese, tras esta modificación, o concerto social como modalidade diferenciada, a xeito dunha modulación ou especialidade con respecto á modalidade contractual do concerto xeral recollida no TRLCSP –xa que a aplicación xeral da vixente normativa de contratos do sector público non establece ningunha especificidade vinculada á singularidade dos servizos sociais–, garantindo, á súa vez, o cumprimento dos principios informadores da normativa estatal e europea en materia de concertación entre a iniciativa pública e a privada.

Agora ben, hai que destacar a redacción das formas de prestación dos servizos sociais que aparecen no seu artigo 44.1: “*O Principado de Asturias, no ámbito das súas competencias, pode organizar a prestación dos servizos sociais do Catálogo de Prestacións ou da súa planificación autonómica a través das seguintes fórmulas: xestión directa, xestión indirecta no marco xeral da normativa de contratación do sector público, incluído o réxime de concerto social previsto nesta lei, e convenios con entidades de iniciativa social*”. Configúrase o concerto social como unha fórmula contractual aínda que o seu réxime xurídico se asemelle ao aprobado polo resto de comunidades autónomas para o concerto social, de fórmula non contractual.

27 Diferenciación posteriormente corroborada pola disposición adicional segunda do Decreto 18/2015, do 10 de abril, polo que se establecen as normas básicas dos concertos sociais, cuxo título xa deixa claras as intencións: diferenciación respecto ao concerto previsto no Texto refundido da Lei de contratos do sector público. “*O réxime de concerto regulado neste decreto establécese como diferenciado da modalidade contractual de concerto que regula o Texto refundido da Lei de contratos do sector público (...), e, polo tanto, está excluído do ámbito de aplicación deste texto refundido*”.

No medio desta paulatina reforma lexislativa autonómica, o Estado español aprobou a Lei 43/2015, de 9 de outubro, do terceiro sector de acción social. Esta nova lei estatal, que deberá respectar a competencia exclusiva das comunidades autónomas que teñan asumida esta na materia de asistencia social nos seus estatutos, insta o Goberno, a través dos ministerios que teñan competencias sobre a materia, a promover actuacións de fomento, apoio e difusión do terceiro sector de acción social. Pola súa parte, tanto a Administración xeral do Estado como as comunidades autónomas e as entidades locais han de colaborar na promoción dos principios do terceiro sector de acción social. Destaca neste punto a letra f do seu artigo 7; neste precepto preténdese darlles un pulo, outorgando especial atención ao uso dos concertos e convenios, aos mecanismos de colaboración entre a Administración xeral do Estado e as entidades do terceiro sector de acción social, para o desenvolvemento de programas de inclusión social de persoas ou grupos vulnerables en risco de exclusión social e de atención ás persoas con discapacidade ou en situación de dependencia²⁸.

A Lei 16/2015, do 9 de novembro, que modifica a Lei 3/2003, do sistema de servizos sociais da Rexión de Murcia, vai supor outro novo paso adiante autonómico en adaptar a súa lexislación ao tratamento dos servizos sociais. Introdúcese un artigo 7 *bis* (que posteriormente tivo unha nova modificación coa Lei 5/2016, do 2 de maio, que modifica a Lei 3/2003, do sistema de servizos sociais da Rexión de Murcia²⁹) en que se organiza a prestación dos servizos sociais a través das seguintes fórmulas: “a) *Xestión directa*. b) *Xestión indirecta no marco xeral da normativa de contratación do sector público*. c) *Mediante concertos sociais con entidades privadas con ou sen ánimo de lucro, tendo preferencia as declaradas de interese asistencial segundo o establecido no artigo 7*. d) *E mediante convenios con entidades de iniciativa social, entendendo como tales as fundacións, asociacións, cooperativas, organizacións de voluntariado e demais entidades e institucións sen ánimo de lucro que realizan actividades de servizos sociais, sempre que sobre as ditas entidades non posúa o dominio efectivo unha entidade mercantil que opere con ánimo de lucro*”. Tamén se deixará claro que o réxime de concerto é diferenciado da modalidade contractual do concerto regulado na normativa de contratación do sector público (artigo 25 *bis* 3).

Chégase así ao 18 de abril de 2016, data límite para a transposición das directivas, cun panorama en que o Estado español non realizou unha transposición plena das directivas de cuarta xeración e, respecto ao tratamento da xestión dos servizos sociais, só un número insignificante de CC.AA. adaptaron as súas leis a este novo réxime outorgado polo lexislador europeo. Instáurase a institución do efecto directo –xa tratado anteriormente– co que as citadas directivas xa producen efecto nos ordenamentos dos Estados membros da UE.

Neste contexto, destaca o modelo *sui generis* de Cataluña, xa que a través do seu Decreto lei 3/2016, do 31 de maio, de medidas urxentes en materia de contratación pública de Ca-

28 Como aspecto positivo da nova lei estatal, cómpre destacar o intento de clarificación que leva a cabo da *ratio* competencial a través da cal se distribúen con nitidez as competencias entre a Administración xeral do Estado e as comunidades autónomas e o feito de que se reforce a consideración de que o papel das entidades que integran o terceiro sector de acción social non pode, en ningún caso, diluír a responsabilidade da Administración xeral do Estado.
CALVO VÉRGEZ, J., “La nueva Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social: un nuevo marco de actuación para las entidades del tercer sector”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2015, parte Tribuna.

29 Modifícase novamente o artigo 7 *bis*, no sentido de eliminar a exclusividade e establecer a preferencia das entidades declaradas de interese asistencial no establecemento dos concertos sociais. Xa que a posibilidade de celebrar concertos debería estar aberta a todas as entidades prestadoras de servizos sociais, e non quedar limitada a aquelas entidades que obteñan, por desenvolver actuacións de especial interese e transcendencia para os servizos sociais da Rexión de Murcia, a declaración de entidades de interese asistencial.

taluña (validado en xullo de 2016), introduciu entre as figuras non contractuais de xestión de servizos sociais o concerto social sen modificar a súa Lei 12/2007, do 11 de outubro, de servizos sociais. Deste xeito, na disposición adicional terceira do citado decreto expón a seguinte formulación: “(...) os servizos sociais regulados na Lei 12/2007, do 11 de outubro, de servizos sociais, poderanse xestionar mediante fórmulas non contractuais, tal como se define a continuación: 1. Concerto social: a prestación de servizos sociais da rede de servizos sociais de atención pública a través de terceiros titulares dos servizos e establecementos en que se presten servizos con financiamento, acceso e control públicos. No establecemento dos concertos sociais para a provisión de servizos sociais téñense que atender os principios de atención personalizada e integral, arraigamento da persoa ao contorno de atención social, elección da persoa e continuidade na atención e a calidade. Por iso, poderanse establecer como requisitos, cláusulas, medidas de preferencia ou medidas de discriminación positiva, criterios sociais, de calidade, de experiencia e traxectoria acreditada, e outros que se determinen regulamentariamente. 2. Xestión delegada: a prestación de servizos sociais da rede de servizos sociais de atención pública en establecementos de titularidade da Administración pública, a través de terceiros, nos termos e nas condicións que lle encomende a Administración pública titular do establecemento ou servizo”.

A Comunidade Autónoma de Aragón modificará a Lei 5/2009, do 30 de xuño, de servizos sociais de Aragón, nun primeiro momento, e cunha natureza de urxencia, a través do Decreto lei 1/2016, do 17 de maio, de acción concertada para a prestación ás persoas de servizos de carácter social e sanitario. Posteriormente tamén, por medio da Lei 11/2016, do 15 de decembro, de acción concertada para prestación de servizos de carácter social e sanitario de Aragón (e que derogará ao Decreto lei 1/2016).

No apartado 1 do artigo 21 da Lei de servizos sociais modificada quedan redactadas as novas formas de prover as persoas dos servizos sociais: “a) Mediante xestión directa ou medios propios, que será a forma de provisión preferente. b) Mediante xestión indirecta conforme algunha das fórmulas establecidas na normativa sobre contratos do sector público. c) Mediante acordos de acción concertada con entidades públicas ou con entidades privadas de iniciativa social”, formas que serán as mesmas que as reflectidas no artigo 2 da Lei 11/2016 de acción concertada, coa excepción de que xa non se lle outorga o carácter de preferente á xestión directa.

As formas de prestación dos servizos ás persoas de carácter social ou sanitario que se establecen mediante esta lei baséanse nunha concepción equilibrada de xestión directa, indirecta e acción concertada, que garante a aplicación da normativa de contratación do sector público, coa economía que xera, sempre que os operadores económicos actúen no mercado con ánimo de lucro e, consecuentemente, incorporando aos prezos beneficio industrial. A acción concertada circunscríbese, por iso, no marco da recente xurisprudencia do TXUE, a entidades sen ánimo de lucro, limitándose a súa retribución ao reintegro de custos e sempre no marco do principio de eficiencia orzamentaria. Deste xeito, a posible prestación de servizos en réxime de xestión directa, obxectivando os custos, en xestión indirecta, recorrendo ao mercado para a determinación dos prezos, e en réxime de acción concertada mediante módulos, permitirá un axeitado control dos custos das diferentes prestacións que, ademais, consonte esta lei, deberán ser transparentes e publicarse periodicamente. Este sistema de

REGAP



NOTAS

régime de acción concertada é, en todo caso, complementario e non excluínte do réxime establecido na normativa sobre contratación³⁰.

Galicia e Andalucía, convertéronse nas últimas CC.AA. en adaptar a súa normativa ás consideracións das directivas de 2014. Da primeira faremos mención máis adiante e, respecto á segunda, o desenvolvemento legislativo prodúcese coa Lei 9/2016, do 27 de decembro, de servizos sociais de Andalucía. Na citada lei, o concerto social establécese como unha modalidade diferenciada do concerto regulado na normativa de contratación do sector público, sendo necesario establecer condicións especiais, cumprindo cos principios informadores da normativa europea en materia de concertación (artigo 101.3). No seu artigo 100.1 establécese as fórmulas para organizar a prestación dos servizos sociais andaluces: *"xestión directa, réxime de concerto social previsto nesta lei e xestión indirecta no marco da normativa de contratación do sector público, garantindo, en todo caso, os principios de igualdade e non discriminación, publicidade e transparencia"*. Da nova lei despréndese unha preferencia clara cara á figura do concerto social, xa que, salvo un *numerus clausus* de prestacións previstas para a xestión directa (artigo 44), nos demais casos deberase aplicar este réxime de concerto específico, a non ser que motivadamente non sexa posible tal aplicación, polo que habería que recorrer á xestión indirecta (con clausulado social) e a convenios con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada (*"por razóns de urxencia, a singularidade da actividade ou prestación de que se trate, ou o seu carácter innovador e experimental"*) artigos 108 e 110, respectivamente.

3.3 A colaboración con entidades sen ánimo de lucro

No concernente á nova modalidade de xestión dos servizos sociais mediante convenios con entidades sen ánimo de lucro, denominadas tamén entidades de iniciativa social, as citadas CC.AA. recoñeceron a forma de xestión con convenios ou acordos con este tipo de entidades.

As Illas Baleares (no seu artigo 89 *quinquies* apartado 4 da Lei 10/2013), Cataluña (na súa disposición adicional terceira, apartado 9 do Decreto lei 3/2016) e Asturias (artigo 44 *bis*, apartado 1 da Lei 9/2015) establecen que, para o establecemento de concertos, as administracións públicas darán prioridade, cando existan análogas condicións de eficacia, calidade e rendibilidade social, ás entidades sen ánimo de lucro.

Interesa citar tamén que Asturias (artigo 44 *octies*) e o País Vasco (artigos 69 e 70 da Lei 12/2008 de servizos sociais) prevén a celebración de convenios con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada naqueles supostos en que, por razóns de urxencia, a singularidade da actividade ou prestación de que se trate, ou o seu carácter innovador e experimental, aconsellen a non aplicación motivada do réxime de concerto social. Tamén en ambas as dúas CC.AA. se poderán establecer coas entidades de iniciativa social acordos de colaboración que recollan os concertos, convenios ou calquera outras formas de colaboración que se subscriban respectivamente con cada unha delas³¹.

30 Preámbulo da Lei 11/2016, do 15 de decembro, de acción concertada para prestación de servizos de carácter social e sanitario de Aragón.

31 O País Vasco foi tamén un pioneiro na colaboración e no recoñecemento das entidades sen ánimo de lucro, dedicándolles un capítulo titulado "Apoio público á iniciativa social sen ánimo de lucro" (artigos 73 a 75 da Lei 12/2008 de servizos sociais), ademais de aprobar o Decreto 424/2013, do 7 de outubro, de declaración de interese social das entidades sen ánimo de lucro de servizos sociais.

Respecto a Andalucía, convén destacar que as administracións públicas competentes lles darán prioridade non só nos concertos, senón tamén nos contratos de xestión directa e nos de xestión indirecta (cando existan análogas condicións de eficacia, calidade e rendibilidade social) ás entidades da iniciativa social, ás entidades de economía social, ás cooperativas e ás pequenas e medianas empresas (artigo 100.4 da Lei 9/2016 de servizos sociais de Andalucía).

O caso da Comunidade Autónoma de Aragón presenta a peculiaridade de que a súa lexislación faculta a celebrar concertos sociais exclusivamente con entidades sen ánimo de lucro.

Por último, hai que comentar que en Murcia existe unha regulación algo diferente, debido a que, como xa se sinalou anteriormente (artigo 7 *bis* da Lei 3/2003), para o establecemento do réxime de concerto social teñen preferencia as declaradas entidades de interese asistencial, que poden ser entidades privadas con ou sen ánimo de lucro (a diferenza do establecido nas demais CC.AA.). Agora ben, o artigo 25.3 sinala que as administracións públicas poderán establecer concertos, convenios ou outras fórmulas de cooperación para a prestación de servizos sociais, nas cales darán prioridade, cando existan análogas condicións de eficacia, calidade e custos, aos servizos e centros dedicados á prestación de servizos sociais dos que sexan titulares entidades de iniciativa privada sen fins de lucro e atendan preferentemente a persoas de condición socioeconómica desfavorable.

As entidades de iniciativa social sen ánimo de lucro, ademais de atopar o seu apoio nas novas directivas de contratación pública (resultando paradoxal o recoñecemento dunha vía non contractual nunha norma propia de contratación –aínda que sexa na parte dos considerandos–), gozan xa de xurisprudencia do TXUE ao respecto que vai referendar esta modalidade de xestión. Hai que facer referencia á STXUE (sala quinta) do 28 de xaneiro de 2016, *CASTA* e outros, asunto C-50/14, que abre novas perspectivas á colaboración de entidades sen ánimo de lucro no ámbito de prestacións a persoas nos sectores sanitarios e sociais³².

Sobre a cuestión elevada ao TXUE no referente a se é posible opor o dereito da Unión no ámbito dos contratos públicos a unha normativa nacional que permite a adxudicación directa do servizo de transporte sanitario a asociacións de voluntariado, o tribunal advirte que a regra xenérica é a de que un contrato non pode quedar excluído do concepto de contrato público só polo feito de que a retribución prevista se limite ao reembolso dos gastos soportados pola prestación do servizo ou de que sexa realizado cunha entidade sen ánimo de lucro. Isto implica que os principios da contratación pública, a destacar o da transparencia e publicidade, deben ser esenciais en favor de respectar a libre competencia das demais empresas doutros Estados membros. Non obstante, segundo a análise de cada suposto, existen un conxunto de aspectos, como son o marco xurídico nacional, a natureza das prestacións consideradas, a eficiencia económica e o interese xeral, entre outros, que se terán en consideración. Con todo isto, conclúese que os artigos 49 e 56 TFUE non impiden que unha normativa nacional habilite as autoridades locais para atribuír a prestación de servizos de transporte sanitario mediante adxudicación directa, sen forma ningunha de publicidade, a asociacións de voluntariado; iso significa que esta clase de adxudicación é compatible co dereito da Unión sempre que se cumpra o seguinte: primeiro, que o marco legal e convencional en que se desenvolve a actividade deses organismos contribúa realmente a unha finalidade social e non

32 Esta sentenza resolve a petición de decisión prexudicial –ten por obxecto a interpretación dos artigos 49 e 56 TFUE– sobre a adxudicación, sen licitación, do servizo de transporte das persoas en tratamento de diálise a diferentes centros sanitarios, a varias asociacións de voluntariado organizadas sobre a base de prestacións de traballo non retribuído e a cambio dun reembolso efectivo dos gastos.

persigan obxectivos distintos dos de solidariedade e de eficacia orzamentaria que o sustentan; segundo, que non consigan ningún beneficio directo ou indirecto das súas prestacións, nin proporcionen ningún beneficio aos seus membros; no que respecta ao reembolso dos custos variables, fixos e permanentes necesarios para prestalas, debe procurarse que o participante poida obter unicamente a devolución dos gastos efectivamente soportados como consecuencia da prestación da actividade, dentro dos límites establecidos previamente polas propias asociacións; e terceiro, aínda que é admisible o recurso a traballadores, posto que, no seu defecto, se privaría esas asociacións da posibilidade efectiva de actuar en numerosos ámbitos en que se pode pór en práctica normalmente o principio de solidariedade, a actividade desas asociacións debe respectar estritamente as exixencias que lles impón a normativa nacional³³.

Admitida así esta posibilidade, o TXUE engade que, cando concorren todas as condicións que á luz do dereito da Unión lle permiten a un Estado membro prever o recurso a asociacións de voluntariado, se pode atribuír a estas a prestación de servizos de transporte sanitario mediante adxudicación directa, sen forma ningunha de publicidade sen que resulte necesario realizar unha comparación previa das ofertas de varios operadores homoxéneos (se é o caso, tamén comunitarios) que poidan obter a adxudicación directa, coa obxección de que deben ser respectados dous límites: o primeiro, que tal opción se xustifique no principio de eficiencia, é dicir, que ese medio de actuación contribúa efectivamente ao obxectivo de eficiencia orzamentaria; en segundo lugar, que esas actividades comerciais sexan marxinais en relación co conxunto das actividades de tales asociacións e que apoiem a prosecución da actividade de voluntariado destas.

En conclusión, o dereito europeo da contratación pública habilita para que, nun contrato de prestacións persoais de carácter sanitario ou social, se poida adxudicar a entidades de iniciativa social sen ánimo de lucro (terceiro sector) que colaboran cos fins públicos, dado o marcado carácter estratéxico desa colaboración. Esta posibilidade, cos límites xa descritos polo TXUE, exige unha norma legal (como se viu, dentro do ámbito competencial español das CC.AA.) que prevexa e regule esta posibilidade. Sen ese marco legal expreso deberanse aplicar as regras ordinarias da contratación pública, o que pode conducir a certos efectos non desexables³⁴.

3.4 A prestación de servizos ás persoas na Comunidade Autónoma de Galicia

O Estatuto de autonomía de Galicia, a través do seu artigo 27.23, asumiu a competencia exclusiva da Comunidade Autónoma de Galicia en asistencia social. Tendo en conta esta premisa, o Parlamento de Galicia manifestou a súa vontade de establecer unha regulación legal propia en materia de servizos sociais, mediante a aprobación da Lei 3/1987, do 27 de maio, de servizos sociais, e posteriormente mediante a Lei 4/1993, do 14 de abril, de servizos sociais. Estas leis, especialmente a última, posibilitaron o nacemento e posterior desenvolvemento dun sistema de servizos sociais con identidade propia, en que se identificaban niveis

33 O TXUE establece unha importante cautela de ámbito xeral e recorda que o principio xeral do dereito da UE de prohibición do abuso de dereito non habilita para unha aplicación desa normativa que ampare prácticas abusivas das asociacións de voluntariado ou dos seus membros. Así pois, a actividade das asociacións de voluntariado só pode ser exercida por traballadores dentro dos límites necesarios para o seu funcionamento normal.

34 GIMENO FELIÚ, J. M., "Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias", en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.232/relcategoria.208/relmenu.3/chk.faf01cea691c17e6c632c328db10de0f> (20 de xaneiro de 2017).

e contidos e en que se implicaba as administracións públicas e entidades privadas, tendo por obxecto estruturar e regular como servizo público os servizos sociais de Galicia para a construción do sistema galego de benestar.

A vixente lei de servizos sociais de Galicia é a Lei 13/2008, do 3 de decembro. Esta lei tivo unha importante modificación no ámbito da contratación pública en xullo de 2016, pero antes de abordar esta modificación hai que facer mención a outra lei que tamén incorporou medidas nesta temática. Esta foi a Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, que bebe directamente do proxecto da Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública e foi tramitada de xeito paralelo a esta, a cal lles impuxo aos poderes adjudicadores de todo o sector público autonómico a obriga de realizaren, na medida do posible, contratacións públicas socialmente responsables. Neste sentido, o artigo 25 establece que, co obxecto de promover unha contratación pública ecolóxica e socialmente responsable, os poderes adjudicadores da Administración deberán ter en conta criterios sociais e de sustentabilidade ambiental ao deseñar as especificacións técnicas e administrativas do contrato. Ademais, estes poderes ponderarán a inclusión de criterios sociais e ambientais como criterios de adjudicación e como condicións especiais de execución do contrato, debendo ter tales criterios relación directa co obxecto do contrato³⁵.

En 2016 a Xunta de Galicia publicou a *Guía para unha contratación pública socialmente responsable no sector público autonómico galego*. A guía céntrase nos aspectos esenciais que se deberán ter en conta para deseñar contratos do sector público autonómico e facilitar aos adjudicadores levar a cabo unha contratación pública socialmente responsable, mediante unha contratación que incorpora criterios sociais como a igualdade de xénero, a inclusión social e os dereitos das persoas con discapacidade, entre outros.

Tras esa acertada incorporación dunha “contratación pública socialmente responsable”, chegou a Lei 8/2016, do 8 de xullo, pola que se modifica a Lei 13/2008, do 3 de decembro, de servizos sociais de Galicia. Considérase necesaria unha modificación da lei de servizos sociais de Galicia co obxecto de potenciar o papel das entidades de iniciativa social na prestación de servizos e dotalas dun novo mecanismo que permita impulsar as relacións entre estas e as administracións públicas, á vez que dote dunha maior seguridade xurídica as actividades económicas deste sector.

Polo tanto, tendo en conta a regulación comunitaria e á vista da lexislación doutras comunidades autónomas, na medida en que lle corresponde á Comunidade Autónoma de Galicia a configuración do sistema propio de servizos sociais, acométese a modificación parcial da Lei de servizos sociais coa introdución do concerto social como modalidade diferenciada con respecto á modalidade contractual do concerto xeral recollida no TRLCSP, garantindo tamén o cumprimento dos principios informadores da normativa estatal e europea en materia de concertación entre a iniciativa pública e privada, así como a figura dos acordos marco para a xestión de servizos sociais coas entidades, coa finalidade de atender a libre elección da persoa destinataria do servizo de que se trate.

³⁵ Este precepto debe completarse cos artigos 26 e 27 da lei. O artigo 26 establece a reserva de contratos a centros especiais de emprego e empresas de inserción sociolaboral, e o artigo 27, pola súa banda, relata a participación das asociacións e fundacións nos contratos do sector público.

No artigo 29 regúlanse as formas de prestación dos servizos sociais en Galicia e dispónse que os servizos sociais os prestarán as administracións públicas galegas directamente ou, de xeito indirecto, a través das diversas modalidades de contratación da xestión de servizos públicos establecidas na normativa reguladora dos contratos do sector público, nomeada mediante a modalidade de concerto³⁶.

O dito artigo 29 tivo dúas modificacións, unha primeira coa disposición derradeira 3.1 da Lei 6/2016, do 4 de maio, da economía social de Galicia, na cal se engaden ao apartado 2 os tres últimos parágrafos, quedando vixente desde o 7 de xuño de 2016³⁷; a segunda modificación do artigo 29 veu da man da Lei 8/2016, do 8 de xullo, pola que se modifica a Lei 13/2008, do 3 de decembro, de servizos sociais de Galicia, e que afectará ao apartado 1, entrando en vigor esta modificación o 1 de agosto de 2016. Nesta nova redacción –que modifica a letra c) e engade a letra d)– literalmente expónse que os servizos sociais serán prestados polas administracións públicas galegas a través das seguintes fórmulas: “a) a xestión directa, b) a xestión indirecta no marco da normativa reguladora dos contratos do sector público, c) mediante o réxime de concerto social previsto nesta lei, e d) mediante convenios con entidades sen ánimo de lucro”.

A citada Lei 8/2016 incorporou á lei galega de servizos sociais nos artigos 33 *bis*, *ter*, *quater*, *quinques*, *sexies*, *septies* e *octies* a nova modalidade de concerto social, que se establecerá como modalidade diferenciada da do concerto xeral regulado na normativa de contratación do sector público, dadas as especiais circunstancias que concorren no ámbito dos servizos sociais.

O concerto social defínese como o instrumento por medio do cal se produce a prestación de servizos sociais de responsabilidade pública a través de entidades cuxo financiamento, acceso e control sexan públicos, sendo as entidades que ofrecen servizos sociais previstos nas carteiras de servizos vixentes as que poderán acollerse a este réxime de concertos específico.

O obxecto do concerto social é, por un lado, a reserva e a ocupación de prazas para uso exclusivo das persoas usuarias de servizos sociais ou os colectivos vulnerables, cuxo acceso sexa autorizado polas administracións públicas, e, por outro, a xestión integral de prestacións técnicas, tecnolóxicas, de servizos, programas ou centros.

36 Exposición de motivos da Lei 8/2016, do 8 de xullo, pola que se modifica a Lei 13/2008, do 3 de decembro, de servizos sociais de Galicia.

37 “Artigo 29.2. As persoas físicas e xurídicas privadas, de iniciativa social ou de carácter mercantil, poderán actuar como entidades prestadoras de servizos sociais e, en consecuencia, crear centros de servizos sociais, así como xestionar programas e prestacións desta natureza, de conformidade co establecido neste título.

Por razóns de saúde pública directamente vinculadas coa garantía da axeitada atención e protección dos usuarios dos servizos sociais, sempre que inclúan prestacións ligadas á saúde de acordo coas respectivas normativas sectoriais que os regulan, a prestación dos servizos para persoas maiores, con discapacidade e/ou con dependencia, dos servizos para a infancia e a adolescencia, e dos servizos de acollida ou inclusión está suxeita, con carácter previo ao inicio da actividade, á correspondente autorización ditada polo órgano con atribucións en materia de autorización e inspección da consellaría da Xunta de Galicia con competencia en materia de servizos sociais, nos termos previstos nesta lei e na súa normativa de desenvolvemento.

A prestación dos servizos que supoñan o exercicio privado de funcións públicas relativas ao acollemento residencial de menores ou á aplicación de medidas xudiciais a menores, así como a prestación de servizos de educación infantil suxeitos a autorización de conformidade coas leis en materia educativa que os regulan, está suxeita con carácter previo ao inicio da actividade á correspondente autorización ditada polo órgano con atribucións en materia de autorización e inspección da consellaría da Xunta de Galicia con competencia en materia de servizos sociais, nos termos previstos nesta lei e na súa normativa de desenvolvemento.

A prestación dos restantes servizos sociais está suxeita, con carácter previo ao inicio da actividade e nos termos previstos nesta lei e na súa normativa de desenvolvemento, á presentación da correspondente declaración responsable ou comunicación previa, de acordo co previsto na normativa sectorial de aplicación, sen prexuízo das facultades de control, comprobación e inspección que lle corresponden ao órgano con atribucións en materia de autorización e inspección da consellaría da Xunta de Galicia con competencia en materia de servizos sociais. As ditas facultades de control, comprobación e inspección poderán exercerse en calquera momento”.

No establecemento dos concertos para a provisión de servizos sociais, atenderanse os principios de atención personalizada e integral, arraigamento da persoa no contorno de atención social, elección da persoa e continuidade na atención no seu ciclo vital e a calidade. Por iso, poderanse establecer como criterios para a formalización dos concertos determinadas medidas de preferencia ou medidas de discriminación positiva, criterios sociais, de calidade, e de experiencia e traxectoria acreditada. Especificamente, na atención á infancia terase en consideración na selección dos cadros de persoal a formación específica e a experiencia en atención a menores, en particular dereitos da infancia, maltrato infantil, atención a persoas menores de idade, vítimas de violencia de xénero e abuso sexual.

Ademais da obriga ao titular da entidade que concerta a prover as prestacións e os servizos nas condicións estipuladas na lexislación aplicable e no prego técnico do concerto social, o concerto social ten como efectos: que non se lles pode cobrar ás persoas usuarias polas prestacións propias do sistema de servizos sociais de responsabilidade pública ningunha cantidade á marxe do prezo público establecido. As prestacións non gratuítas non poderán ter carácter lucrativo. O cobramento ás persoas usuarias de calquera cantidade por servizos complementarios a maiores dos prezos públicos estipulados terá que ser autorizado pola Administración competente.

Os requisitos que se establecen para acceder ao réxime do concerto social en Galicia son: a) Para poder subscribir concertos, as entidades terán que contar coa oportuna autorización administrativa dos seus centros e coa tramitación da oportuna autorización, declaración responsable ou comunicación previa dos seus servizos. b) Deben estar inscritas no Rexistro Único de Entidades Prestadoras de Servizos Sociais. c) As entidades terán que acreditar, en todo caso, a disposición de medios e recursos suficientes para garantir o cumprimento das condicións establecidas para cada servizo, así como o cumprimento da normativa que con carácter xeral ou específico lles sexa aplicable. d) As entidades coas cales se subscriban concertos de ocupación ou de reserva de prazas terán que acreditar a titularidade do centro ou a súa dispoñibilidade por calquera título xurídico válido por un período non inferior ao de vixencia do concerto.

Os órganos de contratación do sector público autonómico poderán e procurarán concluír acordos marco coas entidades prestadoras de servizos sociais co obxecto de fixar as condicións ás cales se deberá axustar a prestación de determinados servizos sociais durante un período de tempo concreto. En particular, o sector público autonómico promoverá a formalización dos acordos marco, coa finalidade de atender, de forma prioritaria, e na medida en que sexa posible, á libre elección da persoa destinataria do servizo de que se trate³⁸.

38 Déixanse a un posterior desenvolvemento regulamentario os seguintes aspectos do concerto social do sector público galego:

A determinación de principios ou medidas de preferencia, sempre que se garanta a libre concorrencia e se respecten os principios de igualdade de trato, de non discriminación e de transparencia.

Os aspectos e criterios a que se teñen que someter os concertos sociais, os cales preverán sempre os principios establecidos no punto anterior. Estes aspectos referiranse ao cumprimento dos requisitos previstos nesta lei, á tramitación da solicitude, á vixencia ou duración máxima do concerto e ás causas de extinción, ás obrigas das entidades que presten o servizo concertado e as administracións públicas que outorgasen o concerto social, á submisión do concerto ao dereito administrativo, ao número de prazas concertadas e a outras condicións. As condicións que permitan establecer prezos de referencia para as prestacións non gratuítas (xa que estas non poden ter carácter lucrativo).

Establecer outros requisitos específicos de acceso ao réxime de concerto social.

As condicións para a renovación dos concertos.

O documento administrativo coa forma e o contido que implique a formalización dos concertos.

As condicións de subscripción do concerto único que se permite para cando a reserva e a ocupación de prazas en varios centros ou para a xestión integral dunha pluralidade de prestacións ou servizos cando todos eles dependan dunha mesma entidade titular.

Por último, abordarase o tratamento aos acordos con entidades de iniciativa social. Para os efectos da lei galega de servizos sociais, as entidades de iniciativa social son aquelas organizacións ou institucións non gobernamentais que xestionan centros ou desenvolven actuacións e programas de servizos sociais sen ánimo de lucro (artigo 30).

Xa no artigo 2, apartado 3, se anuncia a obriga aos poderes públicos de fomentar, no ámbito dos servizos sociais, o desenvolvemento de actuacións solidarias por entidades de iniciativa social sempre que se axusten aos requisitos de autorización, calidade e complementariedade (ademais desta tendencia, véxanse os seus artigos 31 e 33 titulados “Fomento da iniciativa social” e “Fomento de previsións de índole social na contratación pública”, respectivamente).

Igual que a maioría das CC.AA. que introduciron a adaptación lexislativa en favor destas entidades sen ánimo de lucro, a lei galega expón que *“para o establecemento de concertos, as administracións públicas daranlles prioridade ás entidades sen ánimo de lucro cando existan análogas condicións de efectividade, calidade e rendibilidade social, sempre que, en todo caso, se garanta a libre concorrencia e se respecten os principios de igualdade de trato, de non discriminación e de transparencia”* (artigo 33 quinquies 5).

O artigo 33, apartado 3, expón que poderá establecerse unha preferencia na adxudicación dos contratos relativos a prestacións de carácter social ou asistencial para as proposicións presentadas por entidades sen ánimo de lucro, con personalidade xurídica, sempre que a súa finalidade ou actividade teña unha relación directa co obxecto do contrato nos termos previstos na normativa de contratación pública. Ao final da súa exposición engádese ao precepto (a través dunha modificación feita á Lei 13/2008, vixente desde o 1 de agosto de 2016) *“ou así figure definido no concerto social previsto nesta lei”*, polo que se establecerá a posibilidade de prioridade ás entidades sen ánimo de lucro en dúas vertentes: a contractual e a non contractual (concerto social).

4 Conclusións

Como se pode comprobar, o proceso para instaurar na contratación pública unhas políticas sociais foi lento. De feito, aínda está inacabado se se considera que tales políticas deben ser un fiel reflexo do compromiso social do dereito administrativo. A inclusión de consideracións sociais nos contratos públicos permite que a compra pública, máis alá de satisfacer as necesidades do órgano de contratación, poida ser utilizada para orientar e consolidar actuacións vantaxosas para o interese xeral. Non obstante, esta inclusión de obxectivos sociais dependerá, por unha parte, dos requisitos que estableza o ordenamento xurídico para a súa admisión e, por outra, da intención política en incorporar esta perspectiva transversal ás compras públicas.

En relación co establecido no ordenamento xurídico, as directivas de contratación pública de 2014 posibilitan expresamente a integración de aspectos sociais nas distintas fases do procedemento de adxudicación, desde a existencia de respecto aos principios de igualdade de trato, non discriminación, proporcionalidade e transparencia. Non obstante, estas vixentes directivas revelaron que os “servizos ás persoas” teñen características específicas que fan que a aplicación dos procedementos habituais para a adxudicación de contratos públicos de servizos resulte inadecuada neses casos, correspondéndolle a cada Estado membro, ao outorgarlles facultades discretionais para iso, elixir a forma de organización e prestación dos

ditos servizos sociais. Introdúcense dúas novidades destacables para este tipo de servizos: un tratamento contractual diferenciado do propio dos demais servizos e a posibilidade de prestarse mediante fórmulas non contractuais.

Con este novo panorama, as CC.AA. –que son as dotadas de competencia neste ámbito no Estado español–, en función da intencionalidade política, irán adaptando as súas leis de servizos sociais a esta nova realidade. Do estudo realizado respecto aos progresivos avances normativos autonómicos ata o momento actual, soamente as comunidades do País Vasco, Baleares, Asturias, Murcia, Cataluña, Aragón, Galicia e Andalucía introduciron unha nova fórmula para a prestación dos servizos sociais, o denominado “concerto social”, e a súa nova relación coas entidades de iniciativa social (referendada pola STXUE do 28 de xaneiro de 2016, CASTA e outros). Paulatinamente, as restantes CC.AA. van tomar a determinación de adaptar a súa normativa ao respecto, por exemplo a Comunidade Valenciana e A Rioxa.

Este cambio de modelo de xestión dos servizos sociais de responsabilidade pública (financiamento, acceso e control son públicos), a través de entidades de iniciativa privada que cumpran cunha serie de condicións, ten o obxectivo de: garantir a calidade da atención ás persoas (sobre todo dirixido a colectivos en exclusión social ou máis necesitados), mellorar as condicións laborais dos traballadores das entidades do terceiro sector e dotar de máis seguridade financeira as ditas entidades, substituíndo o seu modelo de financiamento baseado na subvención, debéndose rematar, así mesmo, coa discrecionalidade na concesión de axudas públicas.

regap



NOTAS

5 Bibliografía

- AYMERICH CANO, C. I., “Condicións sociais e contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, n. 4, 2000.
- CALVO VÉRGEZ, J., “La nueva Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social: un nuevo marco de actuación para las entidades del tercer sector”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2015, parte Tribuna.
- CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMÓN. PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*, 2016, <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf>
- GIMENO FELIÚ, J. M., “La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales”, 2015, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.fda916418919b4edadc19f1025462bf6>
- GIMENO FELIÚ, J. M., “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias”, 2016, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.faf01cea691c17e6c632c328db10de0f>
- LAZO VITORIA, X., “La figura del ‘concerto social’ tras las directivas europeas de contratación pública”, 2016, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.3a0dbd2183e053976d3b5e7acf2d0a37>

MEILÁN GIL, J. L., “El paradigma de la buena administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña*, n. 17, 2013.

MORENO MOLINA, J. A., “Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué derecho de la contratación pública aplicamos?”, 2016, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.241/relcategoria.208/relmenu.3/chk.e51a081ab9aedb01e-26c5798ebc766cf>

MORENO MOLINA, J. A., e DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P., “Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad”, Pernas García, J. J. (dir.), *Contratación pública estratégica*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

RIVERO YSERN, E., e RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El compromiso social del derecho administrativo*, Editorial Bubok, Madrid, 2016.

VICEPRESIDENCIA E CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA E XUSTIZA (XUNTA DE GALICIA), *Guía para unha contratación pública socialmente responsable no sector público autonómico galego*, 2016, http://cpapx.xunta.gal/c/document_library/get_file?file_path=/portal-cpapx/AsesoríaXuridica/GuiasdeContratacion/guia_contratacion_socialmente_responsable_gal.pdf

Evolución da lexislación ambiental
no ámbito da planificación
forestal portuguesa

Evolução da legislação ambiental no âmbito do Planeamento florestal português

Evolution of environmental
legislation in the field of
Portuguese forestry planning

53
Regap

JUAN RAPOSO ARCEO

Professor titular de Direito Civil
Universidade de A Coruña (Galiza, Espanha)
rapoar@udc.es

MARÍA JOSÉ DA SILVA FARIA

Professora do Instituto Superior da Maia- ISMAI
Coordenadora e criadora do CET de Contabilidade e Empreendedorismo
Organizacional no ISMAI (Portugal)
mfaria@docentes.ismai.pt

Recibido: 29/06/2016 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



NOTAS

Resumo: A diversidade forestal de Portugal viuse ameazada ao longo das últimas décadas como consecuencia da intervención humana en accidentes ambientais. A degradación acelerada débese a incendios, inundacións e a outras catástrofes que son o resultado de, entre outras cousas, modificacións climáticas, normativas e políticas pouco interesadas na conservación da mancha verde que caracteriza Portugal.

Por este motivo, constitúen obxectivos deste artigo a descrición das principais especies presentes en territorio nacional, así como a evolución normativa na planificación forestal portuguesa. A metodoloxía empregada baseouse nunha análise investigadora e descritiva centrada nunha disertación bibliográfica das principais normas legais nacionais. O período analizado vai de 1900 a 2015.

Os principais resultados sinalan a necesidade de medidas máis punitivas para os infractores da lei, dunha lexislación máis firme coa falta de responsabilidade social dos portugueses cara ao seu patrimonio forestal, e dunha mellor e máis intensa vixilancia dos bosques portugueses.

Palabras clave: bosques, lexislación, incendios, Portugal.

Resumo: A diversidade florestal de Portugal tem sido ameaçada ao longo das últimas décadas, fruto de intervenções humanas em acidentes ambientais. A degradação acelerada deve-se a incêndios, cheias e outras catástrofes resultantes, entre outros aspetos, de alterações climáticas, regulamentos e políticas pouco interessadas na conservação da mancha verde que caracteriza Portugal.

Assim constituem objetivos do presente artigo a descrição das principais espécies presentes em território nacional bem como a evolução normativa no planeamento florestal português. A metodologia usada seguiu uma análise

exploratória e descritiva centrada numa recensão bibliográfica das principais normas legais nacionais. O período em análise decorreu entre 1900 e 2015.

Os principais resultados apontam para medidas mais punitivas para os infratores da lei, uma legislação mais consistente com a falta de responsabilidade social dos portugueses pelo seu património florestal e, mais e melhor vigilância das matas e florestas portuguesas.

Palavras-chave: floresta, legislação, incêndios, Portugal.

Abstract: The forest diversity of Portugal has been threatened over the past decades, the result of human interventions in environmental accidents. The accelerated degradation due to fires, floods and other disasters resulting, among other things, climate change, little interest regulations and policies on conservation of green spot featuring Portugal. Thus constitute objectives of this article the description of the main species present in the country and the regulatory developments in the Portuguese forest planning. The methodology followed an exploratory and descriptive analysis centered on a literature review of the major national legal standards. The period under review took place between 1900 and 2015.

The main results point to more punitive measures for violators of the law, a more consistent legislation with the lack of social responsibility of the Portuguese for their forest resources and more and better monitoring of forests and Portuguese forests.

Key words: forest legislation, fires, Portugal.

Sumário: 1 Introdução. 2 Marco teórico. 2.1 Esforços legais do Estado Nacional. 2.2 Apoios financeiros através de Programas e Fundos. 3 Conclusões. 4 Bibliografia.

1 Introdução

A floresta nacional desde sempre contribuiu para um acréscimo nas contas da economia nacional. Hoje, por todo o mundo o seu desenvolvimento e sucesso é garantia do bem-estar dos cidadãos e da qualidade do meio ambiente¹. A floresta portuguesa apresenta um território de cerca de 3,5 milhões de hectares o que equivale a cerca de 1/3 da área geográfica nacional (fonte: IFN5). A maior parte dela é privada (84,2%) e desta propriedade sabe-se que a maioria é ocupada por pequenos proprietários onde cada parcela é menor que um hectare. É de destacar ainda que o maior número de proprietários e terrenos florestais situa-se na zona norte e centro de Portugal.

Apesar da organização florestal pertencer a minifúndios, estes, pela sua dimensão adicional alimentam o setor florestal em vários segmentos da indústria nacional, sendo dos mais rentáveis ao nível da receita nacional e acima da média europeia. Os produtos extraídos das florestas nacionais têm como destino preferencial a exportação e, a sua diversidade vai desde o papel e cartão, pasta de papel, cortiça, madeira, produtos de resina e mobiliário, produção de frutos secos, entre outros. O valor económico dos produtos extraídos da floresta apresenta valores muito substanciais, alguns até difíceis de mensurar, tanto pela naturalidade e singularidade desses ativos como pela fonte de riqueza que imprimem nas zonas em que se encontram localizados. Algumas dessas regiões são de difícil acesso e economicamente desfavorecidas. A floresta torna-se uma alternativa para manter ou aumentar a competitividade e fomentar a criação de empregos em tais zonas geográficas mais carenciadas.

De 1900 ao ano 2000 a floresta nacional desenvolveu-se abundantemente fruto do uso de produtos lenhosos (madeira, cortiça e resina) e não lenhosos (frutos, cogumelos, plantas aromáticas, pastagem, caça e recreio). Cumulativamente atravessou por um período de maior proteção do solo e dos recursos hídricos, sequestro de carbono, e proteção da paisagem e

1 WANG, S. e B. FU, "Trade-offs between forest ecosystem services", *Forest Policy and Economics*, Vol. 26, 2013, pp. 145-146

da biodiversidade, que têm desde então potenciado a caça e o turismo. Com a evolução dos anos o Estado nacional, ciente do valor verde de que dispõem, colocou em prática um conjunto de estratégias que visam dois objetivos: 1) reduzir o número de incêndios no curto prazo e, 2) melhorar a competitividade do setor no medio e longo prazo em aspetos muito específicos conforme o quadro n. 1 apresenta.

Quadro n. 1. Estratégias do Estado Português entre o Século XX e XXI

Estratégia	Forma de atuação	Consequência
Especialização do território	Imposição legal com diretivas, decretos ou outra forma jurídica.	Definição dos legais proprietários e das corretas medições dos espaços rústicos.
Redução do risco de incêndios florestais Aproveitamento de biomassa florestal para produção de energia	Imposição legal com diretivas, decretos ou outra forma jurídica.	Redução gradual das áreas ardidas até finais da década de 90. Na última década assiste-se a um crescimento exponencial da área ardida, fruto entre outros de interesses e <i>lobbies</i> . A indústria começa a utilizar novas formas de energia mais baratas e eficientes.
Redução de riscos associados a pragas e doenças	Uso de pesticidas e outros elementos de combate às pragas e doenças.	Melhoria e maior usufruto da utilização das matas e florestas.
Redução de riscos associados à falta de informação sobre o sector	Publicidade nos <i>média</i> para captar a atenção de todos.	Melhoria gradual da informação providenciada aos proprietários.
Redução de riscos e apoio à competitividade através de cofinanciamentos públicos	Solicitação de apoios e verbas nacionais ou europeias.	Utilização de verbas no aumento da área florestal e reaproveitamento de áreas para práticas diversas associadas ao desporto e lazer.
Investigação florestal	Reforço do policiamento, vigilância e fiscalização.	Maior segurança e controlo sobre espaços florestais.
Aumento dos instrumentos orgânicos, legais e de planeamento	Legislação e atuação estratégica discreta pelo Estado Nacional.	Pouca visão dos proprietários para utilizar instrumentos legais e planear a atividade florestal em seu benefício decorrente do pouco interesse no assunto pelo Estado nacional.

Fonte: elaboração própria

Com base nestas e outras estratégias estatais, mais ou menos visíveis, foi possível às florestas nacionais uma reflorestação de espécies adaptadas ao nosso clima como o pinheiro-bravo, o eucalipto, o sobreiro e a azinheira². Estas espécies florestais ocupam a seguinte parcela do nosso território:

Quadro n. 2. Distribuição das espécies pelo território nacional

Espécie	Área de ocupação nacional	Localização territorial
Pinheiro bravo	27,3%	Norte e Centro do país.
Eucalipto	16,2%	Ao longo de todo o litoral e bacia do Rio Tejo.
Sobreiro	9,9%	Ribatejo, a Sul do Rio Tejo, Alentejo e litoral algarvio.

2 COSTA, J.C.C., “Fafe e a alternativa florestal. A Floresta, um instrumento de revitalização dos espaços rurais marginais”, *Dissertação de Mestrado em Geografia - Dinâmicas Espaciais e Ordenamento do Território*, Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2000

Espécie	Área de ocupação nacional	Localização territorial
Azinhreira	7,5%	Alentejo e Algarve.
Giesta	4,3%	Interior Norte e Centro.
Acácia	0,6%	Litoral Norte.
Medronho	0,5%	Encontra-se por todo o país, mas a maior concentração ocorre nas serras do caldeirão e Monchique.
Carvalho negral	0,4%	Guarda, Pinhel, Sabugal e Trancoso.
Carvalho de folha caduca	0,1%	Centro e Sul.
Outras espécies	33%	-----

Fonte: adaptado de Nogueira, 1990³ e Barbosa, 2009⁴

A variedade florestal de Portugal é o resultado das suas diferentes características orográficas, edáficas e climáticas, subjacentes à sua localização e traçado longitudinal, que de forma intrínseca caracterizam e valorizam esteticamente o território nacional⁵. No entanto, não se resumem a estas explicações a diversidade florestal de Portugal. Note-se que as estratégias do Estado nacional para reflorestamento da paisagem têm em conta o sucesso das espécies escolhidas e bem adaptadas ao terreno. Estas estratégias resumem-se a um conjunto de políticas que ao longo dos tempos foram permitindo uma multiplicação de instrumentos de planeamento e financiamento do setor. O quadro n. 3 destaca a evolução das políticas e programas de reflorestamento das matas nacionais.

Quadro n. 3. Evolução da regulamentação ao nível do reflorestamento em Portugal

1565	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Lei das Árvores.
Consequência	Plantem-se árvores para madeira.
1822	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Constituição de 1822.
Consequência	Dever das câmaras municipais plantarem árvores nos baldios e terrenos concelhios.
1824	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Criação da Direção Geral de Administração das Matas do Reino.
Consequência	Os trabalhos de arborização das dunas costeiras (propriedade do direito público) começaram com o objetivo da fixação e defesa das terras adjacentes contra os ventos marítimos.

3 NOGUEIRA, C.D.S., *A Floresta Portuguesa*, DGF Informação, Ano 1, n. 2, 1990, pp. 18-28.

4 BARBOSA, C.M.S.R., "A biodiversidade na floresta: políticas vs. visão dos proprietários", *Dissertação de Mestrado em Ecologia, Biodiversidade e Gestão de Ecossistemas*, Universidade de Aveiro Departamento de Biologia, 2009.

5 COSTA, J.C.C., "Fafe e a alternativa florestal. A Floresta, um instrumento de revitalização dos espaços rurais marginais", cit.

1864	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Ensino superior agrícola e florestal.
Consequência	Início da investigação da mata e das florestas para melhor utilização geográfica das espécies.
1867	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Decreto de 21 de Setembro de 1867.
Consequência	Realização do Relatório Acerca da Arborização Geral do País.
1888	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Criação, das duas primeiras Administrações Florestais localizadas no interior do país – a de Manteigas e a do Gerês.
Consequência	Início do processo de arborização das serras, que vai sofrer grande incremento com o Plano de Povoamento Florestal de 1938.
1892	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Decreto n.º 8 de 5 de Dezembro.
Consequência	Corrupção no regime sancionatório do Regulamento dos Serviços Hidráulicos.
1896	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Criação de comissão para elaboração de um projeto de arborização das dunas móveis.
Consequência	Início dos trabalhos de fixação e arborização das dunas do litoral e de arborização de serras do interior e pelo aumento sensível da área florestal, num quadro de desarborização de folhosas a Norte do Tejo, de progressão do pinheiro bravo e de regeneração do sobreiro e valorização dos montados.
1901	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Decreto de 24 de Dezembro de 1901 - DG nº 296, de 31 de Dezembro.
Consequência	Em comum esta legislação tinha como objetivo a arborização nas imediações das matas nacionais, nas bacias hidrográficas de rios assoreados, nas dunas móveis e nos baldios montanhosos.
1903	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Decreto de 24 de Dezembro de 1903 - DG nº 294, de 30 de Dezembro.
Consequência	Em comum esta legislação tinha como objetivo a arborização nas imediações das matas nacionais, nas bacias hidrográficas de rios assoreados, nas dunas móveis e nos baldios montanhosos.
1905	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Decreto de 11 de Julho de 1905 - DG nº 161, de 21 de Junho.
Consequência	Em comum esta legislação tinha como objetivo a arborização nas imediações das matas nacionais, nas bacias hidrográficas de rios assoreados, nas dunas móveis e nos baldios montanhosos.



1910	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	a. Plano Geral de Arborização de Montanhas. b. Carta Agrícola e Florestal.
Consequência	a. Nunca foi posto em prática. b. Determinação das áreas correspondentes à divisão cultural do território, atingindo-se um limiar de precisão que o próprio século XX teve dificuldades de ultrapassar.
1927	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Estratégias do Estado Nacional.
Consequência	Aproveitar a área florestal para a agricultura em detrimento da floresta pura.
1929-1952	
Inexistência de um verdadeiro sistema de planeamento florestal em Portugal.	
1935	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Lei da Reconstituição Económica (Lei nº 1:914, de 24 de Maio).
Consequência	Aplicação de um Plano de Povoamento Florestal.
1938	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Plano de Povoamento Florestal.
Consequência	Criação do Fundo de Fomento Florestal para a arborização de terrenos privados. Publicação de legislação sobre Árvores de Interesse Público.
1939-1968	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Plano de Povoamento Florestal.
Consequência	Obriga à rentabilização dos terrenos baldios serranos. Antecipava para um período de 30 anos a arborização de 420 000 hectares, a melhoria de 60 000 hectares de pastagens, a constituição de reservas naturais e parques nacionais em cerca de 33 500 hectares, o estabelecimento de 125 viveiros, a construção de 940 casas de guardas e 140 postos de vigia, para além da instalação de uma completa rede de infraestruturas viárias e de telecomunicações. Assiste-se a uma disputa da liderança dos baldios entre agrários e florestais, estes últimos ganhando algum terreno com o crescente triunfo dos industrialistas a partir de meados dos anos 30.
1944-1945	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Estratégia do Estado Nacional para desenvolvimento industrial (Lei do Fomento a Reorganização Industrial).
Consequência	Fuga do emprego no âmbito rural para outros setores de atividade económica. Criação do Fundo do Fomento Florestal e Aquícola. Das ações de correção torrencial, iniciadas em 1901 com a criação dos Serviços de Hidráulica Florestal, destacam-se as realizadas nas bacias hidrográficas dos rios Lis, Mondego e Tejo e no Arquipélago da Madeira, através de obras de engenharia hidráulica (2087 barragens) e do revestimento florestal de talvegues e bacias de receção.
1947	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Plano de Povoamento Florestal.

1947	
Consequência	Permitiu o crescimento da indústria da madeira serrada e dos aglomerados, da resina, da celulose, da cortiça.
1949	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Plano de Fomento Agrário.
Consequência	Propôs o ordenamento racional e integrado do conjunto dos espaços rurais baseado na avaliação do potencial agrário das várias regiões do país.
1959-1964	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	II Plano de Fomento agrário.
Consequência	Viragem do Estado para o fomento da arborização nos terrenos privados, mais férteis e em crescente abandono, onde o investimento teria garantido melhores condições de reprodutividade e a arborização traria menores conflitos sociais.
1965-1967	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Reforço do II Plano de Fomento agrário.
Consequência	Viragem do Estado para o fomento da arborização nos terrenos privados, mais férteis e em crescente abandono, onde o investimento teria garantido melhores condições de reprodutividade e a arborização traria menores conflitos sociais.
1970	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Criação a nível nacional de uma rede de áreas protegidas. Decreto-Lei n.º 488/70.
Consequência	Prevê um sistema de defesa da floresta contra incêndios.
1973	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Decreto-lei n.º 367/73 de 20 de Julho.
Consequência	Reconduziu o F.F.F.A. à sua função de organismo básico de orientação de financiamento para a florestação.
1980	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Decreto-lei n.º 327/80.
Consequência	Estabelece a necessidade de resolver o problema dos incêndios.
1981	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	a. Decreto-lei n.º 291/81 de 14 de Outubro. b. Decreto-Regulamentar 55/81.
Consequência	a. Iniciou um novo plano de arborização que se concluiu em 1987. b. Definir claramente as competências das diferentes entidades ligadas à organização, planeamento e controlo das florestas.
1982	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Decreto-lei n.º 293/82 de 27 de Julho.



1982	
Consequência	Aprovou a lei orgânica do Ministério da Agricultura, Comércio e Pescas (MA.CP.) e cria a Direcção-Geral das Florestas (D.G.F.), extinguindo a Direcção-Geral de Fomento Florestal (D.G.F.F.).
1986	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Regulamento (C.E.E.) n.º 3828/85, aprovado pelo Conselho das Comunidades Europeias a 20 de Dezembro de 1985. Portaria n.º 258/87 de 01 de Abril (revogada pela Portaria n.º 570/88 de 20 de Agosto, igualmente revogada pela Portaria n.º 340-A/91 de 15 de Abril)..
Consequência	Transpor para a ordem nacional as imposições europeias. Criação dos Serviços Florestais no âmbito da Direcção-Geral da Agricultura. Esta instituição marca igualmente uma viragem estratégica da administração pública florestal, vocacionada até então para as matas do litoral e para o fomento florestal no interior montanhoso do país.
1989	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Convenção que cria a União Internacional para a Conservação da Natureza.
Consequência	Aprovada para adesão em Portugal apenas em 1989.
1991	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Lei de bases da protecção civil.
Consequência	Prevenir riscos de acidentes ou catástrofes.
1992	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Regulamento (C.E.E) n.º 2080/92 transposto para a ordem nacional pela Decreto-Lei n.º 31/94 de 05 de Fevereiro, regulamentado pela Portaria n.º 199/94 de 6 de Abril.
Consequência	Estabelece as Medidas Florestais na Agricultura no âmbito da reforma da Política Agrícola Comum – PAC. O objetivo é incentivar a inserção da floresta nas explorações agrícolas, ou seja, a substituição, como alternativa, da agricultura pela silvicultura, em terras agrícolas até então tornadas marginais no sector privado. O regulamento estabelecia onze planos zonais, com os quais se pretendia contribuir para o ordenamento florestal. Consoante o plano zonal, definia-se uma hierarquia de prioridades entre as diversas espécies.
1995-1999	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	- Lei de Bases do Desenvolvimento Agrário - L.B.D.A (Setembro de 1995). - Lei de Bases da Política Florestal - L.B.P.F. (Agosto de 1996). - Plano de Desenvolvimento Sustentável da Floresta Portuguesa - P.D.S.F.P. (Abril de 1999). - Planos Regionais de Ordenamento Florestal - P.R.O.F. (Julho de 1999). - Planos de Gestão Florestal - P.G.F. (Julho de 1999).
Consequência	Cinco diplomas, articulados entre si, definem claramente uma estratégia de atuação a nível nacional, regional e local, nomeadamente e segundo uma ordem cronológica progressiva.
1996	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Lei de bases da política florestal.
Consequência	Proteger a floresta e tudo o que nela estiver incluído especialmente contra incêndios.

2003	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Fusão de diferentes entidades.
Consequência	Criação do sistema nacional de bombeiros e proteção civil.
2004	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	DL n.º 156/2004 Sistema de proteção da floresta contra incêndios.
Consequência	Intervenção substitutiva do Estado aos proprietários privados.
2005	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	DL n.º 127/2005 de 5 Agosto.
Consequência	Criação das Zonas de Intervenção Florestal - ZIF. As ZIF são áreas territoriais contíguas e delimitadas constituídas maioritariamente por espaços florestais, submetidas a um plano de gestão florestal e a um plano de defesa da floresta e geridas por uma única entidade.
2006	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Resolução do Conselho de Ministros n.º 114/2006 - Estratégia Nacional para as Florestas.
Consequência	Reconhecimento pelo Governo de que as florestas representam uma prioridade nacional e de que o sector florestal é estratégico para o desenvolvimento do País conduz à necessidade de que exista, em consequência, uma Estratégia Nacional para as Florestas.
2008	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	a. DL n.º 142/2008, de 24 de Julho. b. DL n.º 147/2008, de 29 de Julho
Consequência	a. Regime jurídico da conservação da natureza e da biodiversidade. b. Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais
2009	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	a. Decreto-lei n.º 17/2009 de 14 de Janeiro. b. DL n.º 254/2009, de 24 de Setembro.
Consequência	a. Criação da Rede Regional de Defesa da Floresta Contra Incêndios ao nível do Conselho Nacional de Reflorestação. b. Criação de um Código Florestal.
2011	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Lei n.º 56/2011, de 15 de Novembro.
Consequência	28.ª Alteração do Código Penal - Atividades Perigosas para o Ambiente.
2012	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	a. DL n.º 56/2012, de 12 de Março. b. DL n.º 135/2012, de 29 de Junho.
Consequência	a. Lei Orgânica da Agência Portuguesa do Ambiente, I. P. b. Lei Orgânica do Instituto da Conservação da Natureza e Florestas, I. P.



2013	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	a. DL n.º 96/2013, de 19 de Julho. b. Deliberações n.º 1597/2013, de 27 de dezembro de 2012. c. Deliberações n.º 1599/2013, de 29 de janeiro de 2013.
Consequência	a. Regime Jurídico Aplicável às Ações de Arborização e Rearborização. b. É responsável pela gestão direta de cerca de 523 000 hectares de terrenos submetidos a Regime Florestal, o que representa cerca de 9% do total da área ocupada com floresta, matos e pastagens e 22% do total das áreas em que o ICNF, I.P., tem incidência e responsabilidade a nível de atos de gestão (cerca de 2 395 mil hectares que representam 27% do território de Portugal Continental). c. É responsável pela gestão direta de cerca de 523 000 hectares de terrenos submetidos a Regime Florestal, o que representa cerca de 9% do total da área ocupada com floresta, matos e pastagens e 22% do total das áreas em que o ICNF, I.P., tem incidência e responsabilidade a nível de atos de gestão (cerca de 2 395 mil hectares que representam 27% do território de Portugal Continental).
2014	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Decreto-Lei n.º 83/2014, de 23 de Maio de 2014.
Consequência	Procede à quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 124/2006, de 28 de junho, que estabelece as medidas e ações a desenvolver no âmbito do Sistema Nacional de Defesa da Floresta Contra Incêndios, modificando matérias relativas ao fogo técnico, à instrução do procedimento de contraordenação e à distribuição do produto das coimas.
2015	
Regulamento/Planos/Estudos e estratégias	Portaria n.º 352/2015, de 13 de Outubro, de 2015.
Consequência	Estabelece os termos e os critérios aplicáveis à avaliação dos incumprimentos de compromissos ou outras obrigações, para efeitos da aplicação das reduções e exclusões que estabelece o regime de aplicação dos apoios à conservação do solo, ao uso eficiente da água, às culturas permanentes tradicionais, ao pastoreio extensivo, ao mosaico agroflorestal e apoio agroambiental à apicultura através do Programa de Desenvolvimento Rural do Continente, abreviadamente designado por PDR 2020.

Fonte: adaptado de Bento-Gonçalves, Vieira e Lourenço (2011)⁶; Costa (2000)⁷; Barbosa (2009)⁸ e Ramalho (2013)⁹

Com toda a legislação criada ao longo do tempo, Portugal atravessou períodos de avanços e retrocessos. Para Devy-Vareta e Alves¹⁰, a maior consequência das alterações legislativas deveram-se à pressão humana e à utilização do fogo para os arroteamentos, fenómeno que conduziu à erosão do solo e aos assoreamentos dos rios. No tempo do reinado de D. Dinis, surgem as cartas régias para protegerem a floresta contra o corte. É neste período que decorre a sementeira do Pinhal de Leiria e a delimitação de coutadas¹¹. Com a ampliação florestal

6 BENTO-GONÇALVES, A., VIEIRA, A. e LOURENÇO, L., "A cartografia de suporte da arborização dos baldios no Noroeste de Portugal Continental na 1ª metade do Século XX", Trabalho apresentado em *IV Simpósio Luso-Brasileiro de Cartografia Histórica (IVSLBCH)*, Territórios: documentos, imagens e representações, In *Atas do IV Simpósio Luso-Brasileiro de Cartografia Histórica (IVSLBCH)*, Territórios: documentos, imagens e representações, Porto, 2011.

7 COSTA, J.C.C., "Fafe e a alternativa florestal. A Floresta, um instrumento de revitalização dos espaços rurais marginais", cit.

8 BARBOSA, C.M.S.R., "A biodiversidade na floresta: políticas vs. visão dos proprietários", cit.

9 RAMALHO, C.F.E. de S., *Planeamento territorial no alto Alentejo a defesa da floresta contra incêndios sob o ponto de vista territorial*, Dissertação de Mestrado em Engenharia Florestal, apresentado na Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, 2013.

10 DEVY-VARETA, N. e ALVES, A.A.M., "Os avanços e os recuos da floresta em Portugal - da Idade Média ao Liberalismo", *Floresta e Sociedade. Uma história em comum. Árvores e Florestas de Portugal vol VII*, Edição Público/FLAD, 2007, pp. 55-75.

11 COSTA, J.C.C., "Fafe e a alternativa florestal. A Floresta, um instrumento de revitalização dos espaços rurais marginais", cit.

em curso segundo Devy-Vareta e Alves¹², surgiu a preocupação de manter a existência de carvalhos em sítios como a Serra do Gerês ou da Peneda, em Mirandela e Campeã. No Marão, ou perto do Fundão, de Portalegre e de Monchique aumentou a existência de maciços de castanheiros. Em Viseu acresceu a presença de carvalhos e castanheiros. Ao longo do litoral erguiam-se formosos pinhais, com o objetivo de travar o avanço das areias das dunas. Na Região de Entre-Douro-e-Minho cresceu a vinha trepadeira, os carvalhos, sobreiros e castanheiros. No Alto Alentejo ampliaram-se as charnecas, os estevais e as brenhas¹³.

Segundo o inventário da floresta nacional – (IFN) 3ª revisão, além dos arvoredos há a destacar o aumento da existência de matos que variam de acordo com as espécies de árvores existentes, a destacar o tojo, a urze, a giesta, o codaço, a esteva, o sargaço, a silva, o rosmarinho, a arca e a carqueja. Destas espécies o tojo e a urze são as espécies de mato mais abundantes, sendo que o primeiro está mais associado a povoamentos de folhosas e o segundo de resinosas. Já espécies como o sargaço estão fortemente relacionadas a espécies de árvores dominantes como o sobreiro, azinheira e o pinheiro-manso¹⁴.

2 Marco teórico

A tipologia florestal de Portugal Continental cuidadosamente caracterizada por Godinho-Ferreira, Azevedo y Rego¹⁵ evidencia 24 tipos diferentes de floresta e a respetiva distribuição geográfica. Tendo por base a descrição das espécies florestais existentes em território nacional, anotam-se diferenças significativas entre o norte, centro e sul do país. Esta diversidade consegue, em determinados casos, condicionar ou catapultar a economia regional, seja pela utilização medicinal, pela indústria do mobiliário, pela decoração ou simplesmente para combustível.

O quadro n. 4 resume a origem de 24 espécies de arvoredos e matos existentes em Portugal bem como evidencia a sua utilização e rentabilização ao nível da economia nacional.

Quadro n. 4. Regiões de proveniência por espécie

<i>Abies alba</i> Miller/ Abeto-branco	
Origem	Europa Central.
Distribuição da espécie em Portugal	Pode encontrar-se nas serras do Gerês e da Estrela, da Nogueira e de Montezinho. Podem ainda encontrar-se pequenas manchas em Abadim - Cabeceiras de Basto.
Caracterização da espécie	Espécie monoica com elevada vocação florestal. Conifera de folha perene de sombra, apresenta crescimento lento nos primeiros 5/6 anos, desenvolvendo-se depois com maior rapidez. Longevidade: entre os 400-500 anos. Altitude: entre 700 e 1800 m, podendo frequentemente chegar aos 2000 m. Clima: resistente às baixas temperaturas inverniais, é contudo sensível às geadas de primavera. Solos: profundos, frescos e permeáveis. É indiferente à rocha mãe. Termo de explorabilidade: entre os 100 e os 150 anos. Copa: piramidal, bastante regular nos exemplares jovens e mais aplanada no topo nos exemplares adultos. Tronco: geralmente forte e reto podendo atingir 50 m de altura. Ramos principais: dispostos quase horizontalmente. Nos exemplares que

12 DEVY-VARETA, N. e ALVES, A.A.M., “Os avanços e os recuos da floresta em Portugal - da Idade Média ao Liberalismo”, cit.

13 BARBOSA, C.M.S.R., “A biodiversidade na floresta: políticas vs. visão dos proprietários”, cit.

14 BARBOSA, C.M.S.R., “A biodiversidade na floresta: políticas vs. visão dos proprietários”, cit.

15 GODINHO-FERREIRA P., AZEVEDO, A. e REGO, F., “Carta da Tipologia Florestal de Portugal Continental”, *Silva Lusitana*, n. 13, 2005, pp. 1-34.

<i>Abies alba</i> Miller/ Abeto-branco	
	de ambos os lados do raminho, arredondadas na extremidade, flexíveis, com duas linhas brancas de estomas na face inferior, e de cor verde mais escura na face superior. Ao caírem deixam no ramo uma "cicatriz circular". Fruto: pinha. Idade de frutificação: aos 45 anos. Floração: dá-se em Abril/Maio. Época de Maturação: normalmente ocorre em Setembro/Outubro do ano seguinte à floração: Propagação: por semente.
Utilização da espécie	A sua resina tem aplicações medicinais.
<i>Abies pinsapo</i> Boiss/ Abeto-espanhol	
Origem	Sudoeste Espanha (Ronda).
Distribuição da espécie em Portugal	Pode encontrar-se nas serras do Gerês, da Estrela e de Montezinho.
Caracterização da espécie	É uma conífera monoica, de crescimento lento, folha perene, de sombra. Longevidade: superior a 300 anos. Altitude: varia entre 1000 e 1800 m. Clima: Tolera bem a seca, mas é muito sensível à geadas. Solos: ocorre em vários tipos de solo, incluindo (à semelhança do que acontece na região de origem) os solos calcários, pedregosos e pouco profundos, desde que apresentem níveis de humidade satisfatórios. Copa: normalmente cónica ou piramidal. Tronco: geralmente recto e colunar, podendo atingir 20 a 30 m de altura. Ramos principais: dispostos em verticilos, quase horizontais, que vão diminuindo de comprimento à medida que se alcança o ápice. Ritidoma: inicialmente cinzento e liso, tornando-se depois gretado e mais escuro. Folhas: aciculares, dispostas radialmente em volta do rebento, rígidas, curtas, pontiagudas e grossas. A parte superior não é sulcada e a inferior apresenta duas linhas brancas de estomas. São de cor verde acinzentado ou verde-escuro, e apresentam a mesma coloração em ambas as faces. Floração: dá-se em Abril/Maio. Época de maturação: ocorre normalmente em Setembro/Outubro. Idade de frutificação: por volta dos 30-40 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	Em tempos usou-se na construção e em traves para o caminho-de-ferro. Tem uma elevada função protetora e valorizadora sob os pontos de vista hidrológico, edáfico, ecológico e elevado valor paisagístico.
<i>Acer pseudoplatanus</i> L/ Ácer, Plátano-bastardo ou sicómoro	
Origem	Centro e Sul da Europa e Ásia Menor.
Distribuição da espécie em Portugal	Espécie autóctone em Portugal, aparece no Nordeste litoral e montanhoso, bem como nas montanhas do Norte e Centro, cuja exposição permite um grau razoável de humidade.
Caracterização da espécie	É uma espécie monoica, autóctone que ocorre predominantemente nas zonas montanhosas húmidas do Norte e Centro associada a outras espécies de folha caduca. É uma espécie de sombra ou de meia sombra. Longevidade: entre os 200-300 anos. Altitude: acima dos 700 m, podendo chegar aos 1500 m. Clima: resistente ao frio e às geadas tardias, exige por outro lado bons níveis de precipitação. Por ter o sistema radicular abundantemente ramificado e relativamente profundo, torna-se muito resistente a temporais. Solos: prefere solos húmidos, ricos em nutrientes, sendo sensível ao encharcamento e compactidade. Termo de explorabilidade: entre os 50-80 anos. Copa: ampla. Tronco: forte e reto quando em povoamento florestal, podendo atingir os 30-35 m de altura. Ramos principais: ramificados irregularmente. Ritidoma: inicialmente de cor pardo-acinzentada e liso, formando-se posteriormente um súber cinzento pardo com manchas vermelhas de onde se desprendem mais tarde escamas. Folhas opostas, palmeadas, divididas em 5 lóbulos ovados, acuminados, com recortes cuneiformes intermédios, margem irregularmente serrada, página superior verde escura e inferior verde acinzentada pilosa. Floração: dá-se em Abril/Maio. Época de maturação: Outubro/Novembro do próprio ano. Idade de frutificação: entre os 20-30 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	A madeira, de grande qualidade, é branca a amarelo-dourada lustrosa, fácil de trabalhar, homogénea, muito apreciada por marceneiros, torneiros e carpinteiros e resistente às mudanças de humidade. Como combustível tal como o seu carvão são semelhantes aos da faia. A seiva contém cerca de 5% de açúcar. É uma planta muito apreciada também como ornamental e frequentemente plantada em parques, passeios e ruas.

<i>Alnus glutinosa</i> (L.) Gaertn/ Amieiro, Amieiro-comum, Amieiro-vulgar	
Origem	Europa
Distribuição da espécie em Portugal	Espécie espontânea em Portugal. Pode ser encontrada de Norte a Sul do país, nas margens dos cursos de água e em florestas húmidas.
Caracterização da espécie	Espécie de folha caduca, de meia-luz e crescimento rápido. Longevidade: entre os 100-150 anos. Altitude: até 1200 m. Clima: suporta bem as baixas temperaturas inverniais, tal como elevadas temperaturas estivais desde que o solo apresente níveis satisfatórios de humidade. Solos: frescos, húmidos, bem drenados, ricos em nutrientes e húmus e pobres em calcário. Termo de explorabilidade: entre 50-70 anos. Copa: no início piramidal e mais tarde arredondada ou irregular, com ramos principais abertos e raminhos jovens pegajosos. Tronco: por vezes apresenta fustes com morfologia deficiente, podendo alcançar os 20-30 m de altura. Folhas: dispostas alternadamente, arredondadas, elípticas ou ovadas, ao princípio viscosas, vértice cavado, base em cunha, bordos dentados nos 2/3 superiores, página superior verde-escuro brilhante e página inferior pilosa apenas na inserção das nervuras. Ritidoma: ao início quase liso, cinzento-escuro, formando mais tarde um súber escuro e gretado. Floração: dá-se de Fevereiro a Abril. Época de maturação: ocorre em Outubro/Novembro. Idade de Frutificação: entre os 20-25 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	É de dureza média, homogênea e leve. Greta e torce pouco e apresenta elevada durabilidade em usos interiores. A lenha tem elevado poder calorífico, mas arde muito rapidamente; o carvão é medíocre e com metade da potência calorífica do da faia. Com a madeira podem fabricar-se numerosos objetos de pequena dimensão, encontrando amplas aplicações em tornearia. Tal como outras espécies do género <i>Alnus</i> , é uma espécie com muito interesse na silvicultura sob o ponto de vista da melhoria da fertilidade do solo, dada a sua capacidade para fixar o azoto atmosférico através da simbiose com actinomicetas, ao nível das raízes, e da produção de uma folhada de boa qualidade.
<i>Betula pubescens</i> Ehrh/ Bétula ou vidoeiro	
Origem	Norte da Europa e áreas montanhosas do Sul da Europa e Norte da Ásia.
Distribuição da espécie em Portugal	Surge nas serras do norte e centro de Portugal, nas margens das linhas de água e nas encostas húmidas.
Caracterização da espécie	Espécie monoica, pioneira, rústica, de folha caduca e exigente em luz. Longevidade: entre os 100-150 anos. Altitude: desde os 700 m podendo frequentemente chegar aos 1600 m. Clima: muito resistente ao frio, pouco sensível às geadas e prefere climas húmidos. Possui uma elevada resistência fisiológica aos ventos, superando os níveis de resistência mecânica, mas não tolera a exposição a ventos marítimos. Solos: prefere os ácidos, frescos ou húmidos, tolerando os superficiais argilosos, compactos ou pouco arejados. Termo de explorabilidade: entre os 40-50 anos. Copa: arredondada, mais ou menos irregular. Tronco: pouco regular, podendo atingir os 20-25 m de altura. Ramos: principais erguidos ou abertos e raminhos pouco flexíveis, erguidos em "vassoura"; os raminhos mais jovens são delgados e muito pilosos. Ritidoma: lustroso, branco-mate, com lenticulas escuras e transversais. Esfolia-se em bandas transversais e papiráceas (finas e secas). Folhas: dispostas alternadamente, ligeiramente ásperas e com pecíolo piloso, lâmina ovada-subtriangular ou romboidal, inteiras ou duplamente serradas, com base simétrica em cunha e ponta aguda. Apresenta página inferior pilosa, depois glabra até aos ângulos nérvos. Floração: de Abril a Maio. Época de maturação: no Verão, normalmente de Julho a Agosto. Idade de frutificação: aos 20-30 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	É utilizada para mobiliário (painéis e folhas), carpintaria de interiores (decoreação e revestimentos), folheados, molduras, contraplacados, torneados e artigos para desenho. É uma espécie com boa aptidão para ser utilizada em consociações silvo-pastoris em zonas de altitude. As folhas e os rebentos são utilizados para fins medicinais.
<i>Castanea sativa</i> Mill/ Castanheiro	
Origem	Sul e Centro da Europa e Ásia Menor.
Distribuição da espécie em Portugal	Os povoamentos atuais encontram-se em Trás-os-Montes (nos distritos de Vila Real e Bragança) e na Beira Interior (distrito da Guarda), acima dos 500 m de altitude subsistindo ainda algumas áreas no Fundão, Portalegre, Monchique e Alcobaça.

Regap



NOTAS

<i>Castanea sativa</i> Mill/ Castanheiro	
Caracterização da espécie	Espécie monoica de folha caduca, de meia-luz. Longevidade: entre os 500-700 anos. Altitude: varia entre o nível do mar (sobretudo no Noroeste húmido) e os 800 m no caso dos soutos, mas para castiçais vegeta bem dos 500 m aos 1200-1400 m. Clima: Ocorre em zonas com precipitação anual entre os 800-1600 mm e não suporta a seca estival quando demasiado prolongada; é sensível às geadas precoces (Outubro/Novembro). Solos: Adapta-se a diversos tipos de solo preferindo os siliciosos e os de origem calcária já descalcificados, sempre frescos e com alguma profundidade. Termo de explorabilidade: entre os 40-50 anos de idade em regime de alto fuste; nas explorações em talhadia as explorabilidades podem variar entre os 30-50 anos, de acordo com os diâmetros pretendidos. Copa: ampla, com ramos inferiores compactos e de grande envergadura, e ramos superiores ligeiramente torcidos. Tronco: geralmente forte e reto, podendo atingir os 20-30 m de altura. Ritidoma: ao início liso de cor verde-azeitona e mais tarde pardo-acinzentado, com profundas fissuras longitudinais, frequentemente oblíquas. Folhas: lanceoladas, ásperas, com dentes regulares muito agudos e arqueados. Página superior lustrosa e página inferior com nervuras muito salientes. Floração: Maio/Julho. Idade de frutificação: a partir dos 20 anos. Época de maturação: Outubro/Novembro. Propagação: vegetativa ou por semente.
Utilização da espécie	Resistente às intempéries, utiliza-se em estruturas e carpintarias exteriores, carroçarias de luxo, construção naval, contraplacados e folheados, mobiliário, tanoaria de envelhecimento, tanoaria de transporte, laminados, cabos de ferramentas e cestaria. Devido à quantidade de taninos que possui, a sua casca é utilizada para curtir peles e couros. Os frutos são muito procurados para usos culinários.
<i>Cedrus atlantica</i> (Endl.) Carr/ Cedro-do-atlas	
Origem	Montanhas do Atlas.
Distribuição da espécie em Portugal	Encontra-se nas serras da Nogueira, Montezinho, Marão, Padrela, Buçaco, Estrela e Gerês. Existe, noutras zonas, em alguns povoamentos instalados recentemente e ainda em parques e jardins.
Caracterização da espécie	Espécie monoica de folha perene e de luz, de crescimento relativamente rápido, que encontra as melhores condições em zonas montanhosas e planálticas com bons níveis de humidade. Longevidade: superior a 1000 anos. Altitude: acima dos 600-700 m. Clima: resiste bem às baixas temperaturas do Inverno e a temperaturas elevadas no Verão; contudo, suporta mal a secura estival prolongada; é sensível às geadas tardias. Solos: dá-se em todo o tipo de solos, incluindo os calcários, preferindo os solos permeáveis e profundos. Termo de explorabilidade: entre os 60-70 anos. Copa: em árvores jovens apresenta-se cônica ou piramidal, podendo tornar-se, nos exemplares mais velhos, trapezoidal ou irregular. Tronco: retilíneo, pode alcançar 20 a 40 m de altura. Ramos: relativamente finos formando pisos (estratos). Relativamente aos raminhos, podem ser curtos, espessos, cobertos de cicatrizes anelares com agulhas em rosetas ou raminhos longos ostentando agulhas isoladas. Ritidoma: cinzento-escuro e liso ao princípio. Com a idade vai fendendo em placas grandes e por fim torna-se profundamente fissurado. Folhas: agulhas finas de 1-3 cm, lineares, acerosas, de cor verde-escuro ou glaucas, agudas, às vezes sub-dísticas por torsão, sésseis, dispostas em forma de pincéis. Floração: ocorre de finais de Setembro a Novembro. Época de maturação: no Outono do 2º ano. Idade de frutificação: 35-40 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	Durabilidade muito elevada, resistindo a fungos e insetos mesmo em situações de risco. Utilizada na carpintaria fina (arcas, cofres e urnas), construção (estruturas, caixilharia), folha de qualidade (resultado do desenrolamento de toros limpos). Utilizada como ornamental em parques e jardins.
<i>Eucalyptus globulus</i> Labill/ Eucalipto	
Origem	Tasmânia.
Distribuição da espécie em Portugal	Existe de Norte a Sul de Portugal, desde as zonas litorais até ao interior onde as condições edáficas ou a altitude atenuam a aridez do meio. A secura e as baixas temperaturas, porém, constituem fatores que condicionam fortemente a sua sobrevivência.

<i>Eucalyptus globulus</i> Labill/ Eucalipto	
Caracterização da espécie	<p>Espécie monoica de médio ou grande porte, plástica, de rápido crescimento e folha perene. Longevidade: pode superar os 200 anos. Altitude: desde o nível do mar até 400-500 m. Clima: espécie típica de climas temperados; pouco resistente às geadas fortes e contínuas, à secura e às baixas temperaturas inverniais. Solos: Vegeta bem em solos arenosos, xistosos e outros, desde que húmidos e bem drenados. Termo de explorabilidade: por volta dos 25-30 anos em povoamentos explorados em alto fuste, e entre os 10-15 anos nos povoamentos em talhadia. Copa: aberta e piramidal irregular. Tronco: muito grosso apresentando frequentemente uma torção em espiral, podendo atingir os 40-60 m de altura.</p> <p>Ritidoma: liso, destacando-se em grandes tiras longitudinais, retorcidas, mantendo-se durante algum tempo suspensas na árvore. Quando jovem, apresenta ma tom prateado e, mais tarde, cinzento. Folhas: as jovens são opostas, ovais, arredondadas na base, grossas e coriáceas, sésseis e com uma cor verde-azulada; as adultas são alternas, estreitamente lanceoladas (em forma de foice), falciformes e coriáceas, distintamente pecioladas e apresentam uma tonalidade verde-escura e lustrosa. Floração e frutificação: praticamente durante todo o ano. Propagação: vegetativa ou por semente.</p>
Utilização da espécie	<p>A sua principal utilização é para pasta de papel - sobretudo quando a espécie é explorada em regime de talhadia - sendo também utilizada em carpintarias exteriores, carroçaria de carga, formas para calçado, estruturas maciças e tutores. Pode ser usada também como combustível doméstico ou industrial, designadamente na produção de energia a partir de biomassa obtida em rotações curtas.</p> <p>As folhas de eucalipto possuem propriedades balsâmicas e antissépticas devido à substância oleosa que produzem, sendo muito utilizadas sob a forma de infusão para tratamentos de bronquites e desobstrução das vias respiratórias. Das folhas é extraído também o óleo ou essência de eucalipto, utilizado designadamente na indústria farmacêutica, alimentar e cosmética. As flores são muito apreciadas na produção de mel. Utilizada também (à semelhança de outras espécies de eucaliptos) na constituição de sistemas de quebra-ventos.</p>
<i>Fagus sylvatica</i> L/ Faia	
Origem	Regiões frias e temperadas frias da Europa.
Distribuição da espécie em Portugal	Em Portugal existem povoamentos nas serras do Gerês e da Estrela; ocorre também nas montanhas do Norte e Centro do país formando pequenos bosquetes ou mesmo como exemplares dispersos.
Caracterização da espécie	<p>Espécie monoica, autóctone em Portugal nas zonas de altitude do Norte e Centro, de folha caduca, de sombra nas primeiras idades. Longevidade: 300-400 anos. Altitude: 800-1900 m; no entanto, no Noroeste de Portugal é encontrada a partir dos 600 m. Clima: É muito sensível às geadas primaveris, bem como a verões secos se o solo não possuir bons níveis de humidade. Vegeta melhor em zonas com precipitações superiores a 800 mm. Solos: prefere os frescos, profundos e permeáveis, tolera os superficiais mas não sobrevive nos compactos, encharcados ou arenosos. Termo de explorabilidade: 100-120 anos. Copa: ampla e arredondada. Tronco: retilíneo e cilíndrico, podendo atingir os 30-40 m de altura. Ramos: principais em grande número, ascendentes ou horizontais; raminhos glabros de cor castanho avermelhado baço. Ritidoma: liso, cinzento-prateado, mantendo-se sem gretar até idade avançada. Folhas: ovadas ou elípticas, com os nervos laterais bem marcados e quase paralelos, de margens onduladas, ciliadas e tomentosas enquanto jovens, por vezes denticuladas de cor verde- escuro, tornando-se glabrescentes na maturidade, exceto nas axilas das nervuras secundárias da página inferior. Floração: em Abril/Maio. Época de maturação: no final do Verão princípios do Outono (Agosto/Setembro). Idade de frutificação: a partir dos 40 anos. Propagação: por semente.</p>
Utilização da espécie	<p>Utilizada para obtenção de lambris, parquetes, decoração, mobiliário, contraplacados, torneados, carroçaria de luxo e brinquedos.</p> <p>É utilizada como ornamental em parques e avenidas devido ao elevado efeito decorativo das suas folhas e fruto.</p>
<i>Fraxinus angustifolia</i> Vahl/ Freixo	
Origem	Centro e Sul da Europa e Noroeste de África.

Regap



NOTAS

<i>Fraxinus angustifolia</i> Vahl/ Freixo	
Distribuição da espécie em Portugal	Espécie nitidamente mediterrânica espontânea em Portugal, existindo em todo o território continental. No entanto, são raros os povoamentos desta espécie, aparecendo sobretudo de forma isolada, como árvores de alinhamento ou ao longo dos cursos de água.
Caracterização da espécie	Espécie monoica de folha caduca e de luz. Longevidade: 100-150 anos. Altitude: 0 a cerca dos 1000 m. Clima: Sendo resistente ao frio é muito sensível às geadas tardias. Solos: profundos, frescos, bem drenados, ricos em nutrientes e pouco ácidos. É muito sensível às geadas tardias. Termo de explorabilidade: 60-80 anos. Copa: alta e irregular. Tronco: por vezes irregular, podendo atingir os 20-25 m de altura. Ramos: pouco numerosos e ascendentes; raminhos curtos, pendentes e glabros. Ritidoma: apresenta um reticulado de fissuras profundas e estreitas, cinzento-escuro, tornando-se verrugoso nas árvores mais velhas. Folhas: compostas, imparipinuladas, com folíolos lanceolados ou ovados, acuminados, serrados, acumeados na base, sésses, com exceção do terminal, finamente serrados nas margens, apresentando o número de dentes igual ao número de nervuras laterais, com uma tonalidade verde brilhante na página superior e glabros ou pubescentes na base da nervura central da página inferior. Floração: na Primavera. Época de maturação: final do Verão - princípio do Outono. Idade de frutificação: por volta dos 30-40 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	Utilizada em mobiliário maciço, contraplacados e folheados, carroçaria de luxo, persianas e estores, cabos de ferramentas, pavimentos, tetos e portas. A sua folhagem é muito utilizada quer na alimentação dos animais, quer na fabricação de produtos medicinais, uma vez que possui propriedades diuréticas e antiirreumáticas. É uma espécie usada também como ornamental e na constituição de bordaduras.
<i>Larix decidua</i> Miller/ Larix	
Origem	Europa Central, nomeadamente Alpes e Cárpatos.
Distribuição da espécie em Portugal	Foi em tempos introduzida nas serras do Gerês, Marão, Montezinho, Nogueira, Cabreira e Estrela.
Caracterização da espécie	Conífera monoica, muito robusta, de crescimento rápido quando jovem, que apresenta a particularidade de ser caducifólia e de luz. Longevidade: pode aproximar-se dos 1000 anos. Altitude: normalmente varia entre 1000 e 2000 m, no entanto em condições mais favoráveis do Noroeste de Portugal pode ocorrer em altitudes inferiores. Clima: espécie nativa nas zonas montanhosas frias da Europa Central, é muito resistente às baixas temperaturas, à neve, ao vento e à geada. Solos: suporta todo o tipo de solos desde que frescos, profundos e bem drenados. Termo de explorabilidade: entre os 50-80 anos. Copa: cónica, estreita ou mesmo irregular. Tronco: direito, delgado, atingindo os 35 m de altura. Ramos: dispersos, irregularmente verticilados, horizontais (com exceção dos ramos inferiores que normalmente são descendentes), curtos e enegrecidos os que sustentam as agulhas agrupadas, longos os que possuem agulhas isoladas. Ritidoma: delgado, inicialmente acinzentado, depois fende e torna-se avermelhado e escamoso, podendo atingir grande espessura na base da árvore. Folhas: anuais, dispostas em roseta sobre raminhos curtos inseridos noutros mais largos ou com agulhas alternadas e isoladas. São macias, obtusas ou ligeiramente agudas, com a página superior verde-clara e a página inferior com duas faixas de estomas esverdeados. Folhagem: pendente, arejada e leve. Floração: na Primavera. Época de maturação: no Outono. Idade de frutificação: a partir dos 20-30 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	Madeira caracteristicamente de construção, cofragens, paletes e embalagens, mobiliário maciço modulado, postes e esteios. Usada também como ornamental devido à tonalidade que as suas folhas apresentam, especialmente no Outono. É uma espécie com grande aptidão para ser usada em consociações silvo pastoris em zonas de montanha. A folhada contribui para melhorar as características físico-químicas do solo
<i>Picea abies</i> (L.) Karsten/ Picea-europeia	
Origem	Norte da Europa e Norte da Ásia e regiões montanhosas da Europa Central.
Distribuição da espécie em Portugal	Existem pequenos núcleos em Vieira do Minho, Cabeceiras de Basto, Manteigas e Montalegre.

<i>Picea abies</i> (L.) Karsten/ Picea-europeia	
Caracterização da espécie	Conífera, monoica de folha perene, de luz, de grande porte; é uma das mais importantes espécies produtoras de madeira da Europa temperada fria. Longevidade: superior a 450 anos. Altitude: a mais favorável ronda os 800-1000 m, podendo contudo vegetar satisfatoriamente em altitudes superiores. Clima: é resistente às baixas temperaturas invernais e aos nevões, mas sensível aos ventos. Termo de explorabilidade: 50-65 anos. Solos: vegeta bem em quase todo o tipo de solos excetuando os calcários e áridos, preferindo os drenados, frescos, arenosos e ligeiramente húmidos. Copa: cônica e estreita. Tronco: forte e retilíneo, adelgaçando junto ao topo, podendo atingir os 50-60 m de altura. Ramos: curtos, dispostos em verticilos regulares, ascendentes, horizontais ou ligeiramente caídos; os mais jovens apresentam uma cor castanho-avermelhada, geralmente glabros ou com pelos dispersos. Ritidoma: liso, avermelhado, tornando-se castanho avermelhado com a idade; apresenta pequenas escamas que se destacam. Folhas: de secção quadrangular, rígidas, agudas, verde escuras com linhas acinzentadas, destacam-se do raminho expondo-lhe a face inferior; por sua vez, as da face superior são inclinadas para diante cobrindo o raminho. Floração: Fins da Primavera, princípios do Verão. Época de Maturação: no Outono do mesmo ano. A deiscência dos estames tem lugar após o tempo de fecundação dos cones femininos, para evitar a autofecundação. Idade de frutificação: entre os 35-50 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	Utilizada na construção (caixilharia, portas, decoração), mobiliário maciço modulado, mobiliário de interiores, laminados e lamelados, caixas, cofres, instrumentos musicais.
<i>Pinus halepensis</i> Miller/ Pinheiro-de-alepo	
Origem	Região do Mediterrâneo.
Distribuição da espécie em Portugal	Distribui-se nas zonas calcárias, nomeadamente nas serras jurássicas da Arrábida, Montejunto, Candeeiros e Aires, e ainda no distrito de Lisboa, Santarém e sobretudo no Algarve, em zonas cujos solos são da mesma natureza.
Caracterização da espécie	Conífera monoica tipicamente mediterrânea, muito rústica, de folha perene, de luz. Longevidade: 100-150 anos. Altitude: varia desde o nível do mar até aos 1600 m. Clima: particularmente sensível às baixas temperaturas. Solos: tolera mal os solos arenosos e lençóis freáticos superficiais, conseguindo vegetar nos esqueléticos, pedregosos e calcários, e preferindo os derivados de margas argilosos. Termo de explorabilidade: entre os 50-70 anos. Copa: irregularmente distribuída, apresentando o topo arredondado e compresso. Tronco: delgado e tortuoso, podendo atingir os 20 m de altura. Ramos: frequentemente tortuosos, glabros, delgados, estendidos, inicialmente esverdeados e mais tarde acinzentados. Ritidoma: pouco espesso, cinzento prateado, liso nas árvores mais jovens e castanho avermelhado nos exemplares mais velhos, fissurado e escamoso. Folhas: aciculares, delgadas, curvas, com face ventral arqueada, margens denticuladas e vértice agudo curto e duro, verde clara, em grupos de 2 a 3, com duração de cerca de 2 anos, formando por vezes "pincéis" nas pontas dos ramos. Floração: durante a Primavera (normalmente de Março a Maio). Época de maturação: no Outono do 2º ano. Idade de frutificação: a partir do 15-20 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	Madeira pouco interessante do ponto de vista de produção lenhosa, podendo no entanto ser utilizada em embalagens, travessas, estacaria, celulose, aglomerados e construção. Espécie boa produtora de resina de qualidade, podendo produzir à volta 1-4 kg/ árvore/ano. Por sua vez a casca, rica em taninos, pode ser retirada de 5 em 5 anos para ser utilizada na indústria de corantes e de curtumes. Pode também ser usada na recuperação de solos degradados.
<i>Pinus nigra</i> subsp laricio Arnold/ Pinheiro-larício	
Origem	Córsega, Calábria e Sicília.
Distribuição da espécie em Portugal	Foi em tempos introduzida nas serras do Gerês, Marão, Montezinho, Nogueira, Cabeira, Estrela, Padrela, Barroso e Serra da Lousã.

Regap



NOTAS

<i>Pinus nigra</i> subsp <i>laricio</i> Arnold/ Pinheiro-larício	
Caracterização da espécie	Espécie monoica de montanha muito robusta e de grande plasticidade. É uma conífera de folha perene, de meia-luz. Longevidade: 300-500 anos. Altitude: varia entre os 400 e os 1600 m. Clima: Resiste bem aos ventos e às geadas primaveris, sendo por isso utilizada frequentemente na arborização das zonas mais altas e ventosas das nossas serras. Solos: de um modo geral não é muito exigente, suportando os calcários mas preferindo os de reação ácida ou subácida. Termo de explorabilidade: por volta dos 50-60 anos. Copa: piramidal quando jovem, apresentando-se achatada na maturidade. Tronco: cilíndrico e reto podendo atingir os 30-40 m de altura. Ramos: verticilados, densamente agrupados, longos, dispendo-se no tronco até quase à base. Raminhos glabros, castanho-amarelados e estriados. Ritidoma: castanho-acinzentados ou castanho enegrecido, muito rugoso, que se destaca em placas quando velho. Folhas: aciculares, aos pares, densamente implementadas sobre os raminhos e persistindo cerca de 4 anos, duras, rígidas, direitas ou curvas, com margens denticuladas e vértice espesso. Floração: durante a Primavera. Época de maturação: no Outono do 2º ano. Idade de frutificação: cerca dos 20-30 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	Utilizada na construção para estruturas e carpintaria de interiores e exteriores, cofragens, travessas, paletes, embalagens, aglomerados e mobiliário maciço e modulado.
<i>Pinus pinaster</i> Aiton/ Pinheiro-bravo	
Origem	Região do Mediterrâneo Ocidental, costas atlântica da Península Ibérica e do Golfo da Biscaia
Distribuição da espécie em Portugal	Norte e Centro do País. Ocorre ainda em áreas do Centro e Sul interior designadamente Penamacor, Idanha-a-Nova, Serra de S. Mamede e Santo Aleixo da Restauração (Moura).
Caracterização da espécie	Espécie conífera monoica autóctone, rústica, pioneira, de crescimento relativamente rápido de folha perene e de luz. Longevidade: 150-300 anos. Altitude: mais favorável até 400 m, sofrendo graves limitações a partir dos 900 m. Clima: suporta mal os frios intensos, resiste bem à neve em pó mas mal à neve húmida [9]; prefere as zonas onde se faça sentir a influência atlântica, vegetando mal nas zonas de maior continentalidade. Solos: apresenta grande suscetibilidade à compactação do solo, tolera os solos pouco profundos e prefere os permeáveis de textura ligeira. Termo de explorabilidade: 40-50 anos (em matas do estado pode ser estendido até aos 80 anos). Copa: piramidal nos indivíduos mais jovens, largas, arredondadas ou achatadas nos adultos. Tronco: cilíndrico, ereto (por vezes torcido devido a más práticas silvícolas), atingindo os 25-30 m de altura. Ramos: nos indivíduos mais jovens apresentam-se muito espaçados em amplos verticilos; nos indivíduos mais velhos os ramos inferiores caem depois de mortos. Raminhos glabros, vermelho escuro ou verde-claro quando jovens, ficando castanho rosados por cima e verde azeitona claro por baixo. Ritidoma: espesso, castanho-escuro por fora e avermelhado por dentro, profundamente fendido. Folhas: aciculares, robustas, rígidas, aos pares, verde-acinzentadas. Floração: na Primavera. Época de maturação: no Outono do 2º ano. Idade de frutificação: a partir dos 15-20 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	Elevada qualidade para elementos estruturais maciços, aptidão para carpintaria de exterior, bom comportamento em parquetes, pavimentos, postes, travessas, esteios, tutores, entivação mineira, carroçaria de carga e pasta de papel. Devido à sua rusticidade é usada na recuperação de solos degradados e na consolidação de dunas. É também a espécie mais usada para extração de resina, de cuja transformação industrial resultam diversos produtos destinados nomeadamente ao ramo alimentar e farmacêutico. As pinhas, dada a facilidade com que ardem, são ótimas acendalhas nas lareiras domésticas. A casca está a ser usada para produção de substratos e ainda na jardinagem como ornamento e revestimento do solo para combate às infestantes.
<i>Pinus pinea</i> L/ Pinheiro-manso	
Origem	Região do Mediterrâneo.
Distribuição da espécie em Portugal	Existe de Norte a Sul, encontrando-se maioritariamente a sul do Tejo no distrito de Setúbal.

Pinus pinea L/ Pinheiro-manso

Caracterização da espécie	<p>Conífera monoica, autóctone, de folha perene e de luz. Longevidade: 150-300 anos. Altitude: varia desde o nível do mar até aos 1000 m. Clima: é sensível à neve mas suporta os ventos marítimos, períodos de seca e temperaturas elevadas. Solos: é sensível aos compactos e com texturas pesadas, preferindo os profundos, frescos de textura franco-arenosa. Apesar disso apresenta uma elevada rusticidade em condições edáficas desfavoráveis. Termo de explorabilidade: quando o objetivo é o de produção de lenho/fruto, entre os 80-100 anos. Copa: semiesférica em forma de chapéu-de-sol, que resulta da dominância dos crescimentos laterais sobre o apical. Tronco: cilíndrico por vezes morfológicamente irregular, atingindo frequentemente os 25-30 m de altura. Ramos: fortes, raminhos glabros, verde-acinzentados, ficando castanhos mais tarde. Ritidoma: castanho-avermelhado, espesso, com profundas fissuras longitudinais, desagregando-se em placas grandes e deixando a descoberto manchas vermelho alaranjadas. Folhas: aciculares, aos pares, persistindo por 2-3 anos, ligeiramente torcidas, agudas, com canais resiníferos marginais. Floração: durante a Primavera. Época de maturação: no Outono do 2º ano. Idade de frutificação: abundante depois dos 15-20 anos, atingindo as maiores produções aos 40-50 anos. Propagação: por semente.</p>
Utilização da espécie	<p>Utilizada em mobiliário, construção naval, parquetes, travessas, construção (estruturas e carpintarias) paletes e carroçaria. A produção de fruto assume uma especial importância, sendo neste momento a sua principal vocação. Também usada na produção de resina, na proteção e recuperação de solos degradados e na valorização da paisagem.</p>

Pinus radiata D. Don/ Pinheiro-radiata ou Pinheiro-insigne

Origem	Califórnia, EUA.
Distribuição da espécie em Portugal	<p>Espécie exótica em Portugal, tendo como área de distribuição mais favorável a faixa litoral a norte da Figueira da Foz. No entanto, mais a sul poderá vegetar ainda satisfatoriamente nas Serras de Sintra, Monchique e Montejunto, bem como ao longo da faixa costeira ocidental com melhores condições de humidade.</p>
Caracterização da espécie	<p>Conífera monoica de rápido crescimento, de folha perene e de luz. Longevidade: 100-150 anos. Altitude: a mais favorável até aos 400 m. Clima: é sensível às geadas; resiste bem às temperaturas elevadas e a ventos marítimos fortes. Solos: revela uma certa indiferença quanto à natureza do solo, preferindo contudo solos fundos, frescos e bem drenados. Termo de explorabilidade: 25-35 anos. Copa: cónica quando jovem, mas densa e muito abobada quando adulta. Tronco: geralmente irregular, podendo atingir os 40 m de altura. Ramos: principais pesados, largos, divergentes e por vezes tocando o solo. Raminhos novos glabros cinzento claros ou verde-esbranquiçados. Ritidoma: muito rugoso e apresentando fissuras longitudinais, castanho-escuro. Folhas: aciculares, grandes, em feixes de três em cada inserção, de cor verde vivo brilhante, densamente dispostas, margens denticuladas, vértice agudo e canal resinífero central. Floração: na Primavera. Época de maturação: Outono do 2º ano. Idade de frutificação: a partir dos 7-8 anos, tornando-se abundante entre os 15-20 anos. Propagação: por semente.</p>
Utilização da espécie	<p>Utilizada em carpintarias de interior, contraplacados de interior, paletes, aglomerados, embalagens serradas e desenroladas, mobiliário. Usada também como espécie ornamental e na constituição de cortinas de abrigo em zonas sujeitas a fortes ventos marítimos.</p>

Pinus sylvestris L./ Pinheiro-silvestre

Origem	Regiões frias da Europa e Ásia, incluindo as zonas de maior altitude do Sul da Europa.
Distribuição da espécie em Portugal	<p>Esta espécie é considerada espontânea nas Serras do Gerês e da Estrela aparecendo ainda nas cotas mais altas das Serras da Peneda, Larouco, Cabreira, Padrela, Marão, Montesinho, Nogueira e Montemuro.</p>
Caracterização da espécie	<p>Conífera monoica muito rústica, de folha perene e de luz. Longevidade: 300-500 anos. Altitude: varia desde os 500 aos 2000 m. Clima: suporta bem o frio, mesmo que muito intenso e alguma secura mas é sensível à neve húmida e aos golpes de vento. Solos: vegeta bem em todo o tipo de solos, mesmo nos delgados e pobres não suporta solos turfosos e muito compactos, preferindo os ligeiros e ácidos. Termo de</p>

Regap



NOTAS

<i>Pinus sylvestris</i> L./ Pinheiro-silvestre	
	explorabilidade: entre os 60 e os 80 anos. Copa: piramidal nos exemplares mais novos, arredondada e larga nos mais velhos. Tronco: reto e cilíndrico, podendo manifestar desramação natural quando instalada em maciços densos e apresentar-se limpo até grande altura; pode atingir 20-40 m de altura. Ramos: nas árvores jovens, em geral, regularmente verticilados, glabros e verde-amarelados; nas mais velhas a ramificação ocorre na parte superior, e são castanho-acinzentados. Ritidoma: fissurado em placas longitudinais irregulares, castanho avermelhadas ou castanho-acinzentadas na base do tronco, para cima esfoliando em escamas finas, vermelho-claras a alaranjadas. Folhas: aciculares, muito pequenas, aos pares, contorcidas, rígidas, verde-azuladas. Floração: na Primavera. Época de maturação: no Outono do ano seguinte. Idade de frutificação: dá semente fértil a partir dos 20-30 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	Utilizada no mobiliário rústico e modulado, travessas, postes, embalagens, paletes, na construção civil em estruturas e carpintarias de interiores e exteriores. Usada também na recuperação e proteção do solo.
<i>Prunus avium</i> L./ Cerejeira-brava	
Origem	Europa e Ásia.
Distribuição da espécie em Portugal	Espécie autóctone, predominando no Norte e nas montanhas do Centro. Ocorre fundamentalmente em povoamentos mistos, podendo, também, ser cultivada como árvore de fruto, sobretudo na bordadura de terrenos agrícolas.
Caracterização da espécie	Espécie monoica bastante plástica, de folha caduca, de meia-luz quando jovem e posteriormente de luz. Longevidade: inferior a 100 anos. Altitude: varia desde o nível do mar até aos 1000 m. Clima: é resistente às baixas temperaturas inverniais e às geadas mas sensível ao vento. Solos: não tolera o encharcamento superficial, preferindo os solos profundos, frescos e bem arejados, podendo também ocorrer em solos medianamente ácidos e mais secos, não muito pobres. Termo de explorabilidade: entre os 50-60 anos. Copa: larga. Tronco: retilíneo e bem desenvolvido quando em povoamentos, outras vezes apresentando frequentemente defeitos na morfologia do fuste; pode atingir os 20-30 m de altura. Ramos: ascendentes ou quase horizontais; raminhos jovens glabros, avermelhados superiormente. Ritidoma: liso, cinzento-avermelhado, brilhante, com filas horizontais de lenticulas, destacando-se em tiras, ou tornando-se posteriormente fissurado. Folhas: simples, ovadas a oblongo-ovovadas, acuminadas, margens crenado-serradas com dentes profundos e obtusos. Glabras e baças na página superior, com pubescência persistente nas nervuras da página inferior. Pecíolo com duas glândulas conspícuas avermelhadas junto ao limbo. Floração: ocorre na Primavera, a partir de Abril/Maio. Época de maturação: ocorre no início do Verão. Idade de frutificação: a partir de 8-10 anos. Propagação: vegetativa ou por semente.
Utilização da espécie	Utilizada em mobiliário maciço e de estilo, torneados, escultura, caixas, marchetaria, instrumentos musicais, bengalas, cabos de cutelarias e folheado precioso. Os frutos são usados quer para consumir diretamente quer na indústria alimentar, nomeadamente no fabrico de compotas e de aguardente. São também um ótimo alimento para a fauna silvestre.
<i>Pseudotsuga menziesii</i> Franco/ Pseudotsuga	
Origem	Região Oeste da América do Norte.
Distribuição da espécie em Portugal	Introduzida nos meados do Século XIX, ocorre principalmente no Norte (Serras de Bornes, Padrela, Marão e Gerês) e Centro do país na Serra da Estrela, designadamente nas Penhas Douradas e Manteigas.
Caracterização da espécie	Espécie conífera monoica, rústica, de folha perene, de meia-luz. Longevidade: superior a 1000 anos. Altitude: a partir dos 700 m, podendo chegar aos 1600 m. Clima: é extremamente sensível ao vento e às geadas tardias. Solos: prefere os ligeiros, siliciosos, frescos e profundos, mesmo se pedregosos, sendo de evitar os húmidos, os excessivamente compactos e os calcários. Termo de explorabilidade: 50-75 anos. Copa: cónica ou piramidal ao princípio, tornando-se depois arredondada ou achatada. Tronco: geralmente direito e colunar, podendo atingir alturas muito superiores a 50 metros. Ramos: irregularmente verticilado, de cor amarela ou glauca, com cicatrizes foliares elípticas ligeiramente salientes e pubescentes. Ritidoma: quando jovem apresenta-se

<i>Pseudotsuga menziesii</i> Franco/ Pseudotsuga	
	liso, acinzentado, com bolsas de resina; depois fica escuro, castanho-avermelhado, gretado por profundas fissuras, muito espesso e rugoso. Folhas: aciculares, lineares, obtusas ou pontiagudas, muito maleáveis, com 2-3,5 cm, de cor verde escura na página superior e com duas faixas brancas de estomas e dois canais resiníferos na página inferior. Floração: dá-se na Primavera, a partir de Março/Abril. Época de maturação: ocorre no Verão, normalmente em Agosto/Setembro. Idade de frutificação: inicia-se aos 10 anos, mas apenas aos 20-30 as sementes são de boa qualidade. Só a partir desta idade a produção de semente é abundante, mas em intervalos de 2 a 3 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	A madeira de anel estreito é utilizada no mobiliário de interiores e engradados. É ainda utilizada em laminados, lamelados, embalagens, paletes e aglomerados.
<i>Quercus ilex</i> L./ Azinheira	
Origem	Europa Mediterrânica Ocidental.
Distribuição da espécie em Portugal	Espécie autóctone em Portugal; adquire maior importância nas zonas continentais, de influência ibérica e mediterrânica. Encontra-se de Trás-os-Montes ao Algarve, com maior presença nas regiões a sul do Tejo.
Caracterização da espécie	Espécie monoica de folha perene e de meia-luz. Longevidade: 500-700 anos. Altitude: até aos 1500 m. Clima: muito resistente às temperaturas elevadas, à secura, ao vento e ao frio. Solos: desenvolve-se bem em todo o tipo de solos. Nos solos pobres e esqueléticos, porém a instalação artificial de povoamentos através de plantações tem mostrado, com muita frequência, elevadas taxas de insucesso. O grande desenvolvimento inicial da raiz principal pode, por isso, nestas situações, tornar mais aconselhável o recurso à sementeira (desde que outros fatores desfavoráveis, como a presença de roedores, sejam controlados) do que à plantação. Termo de explorabilidade: entre os 110 e os 150 anos, tendo como principal objetivo a produção de lenho/fruto em regime de alto fuste. Copa: ampla e arredondada. Tronco: direito ou ligeiramente torcido, geralmente com 15-20 m de altura, podendo alcançar os 25 m. Ramos: os principais são eretos, frequentemente originando-se na região inferior do tronco; os raminhos são estreitos, castanho-acinzentados e tomentosos. Ritidoma: não suberoso (liso), acinzentado, depois estalado e gretado, castanho enegrecido. Folhas: simples, ásperas e coriáceas, persistindo 2 a 3 anos, de forma muito variável, desde lanceoladas a elípticas, as jovens serradas ou serrilhadas a dentado-espinhosas, as adultas de inteiras a dentadas ou serradas, verde-escuro na página superior, esbranquiçadas e tomentosas na página inferior. Floração: na Primavera (Abril/Maio). Época de maturação: no Outono (Outubro/Novembro). Idade de frutificação: inicia-se aos 12-15 anos, tornando-se abundante a partir dos 50 até aos 150 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	Utilizada em mobiliário, revestimento de pisos, carroçaria rural, cabos de ferramentas e de cutelarias. Também muito procurada para as lareiras domésticas. A sua presença, nomeadamente através da Ação benéfica da folhada, contribui para o aumento da fertilidade e a melhoria das características físico-químicas do solo. É ainda uma espécie com elevado valor sob os pontos de vista ecológico e ambiental no contexto da Península Ibérica, nomeadamente devido aos benefícios que induz em termos de biodiversidade e de combate à desertificação. A produção de fruto assume especial importância no nosso País, particularmente na alimentação do porco preto em pastoreio (montanheira).
<i>Quercus robur</i> L/ Carvalho-alvarinho	
Origem	Europa e Ásia Ocidental.
Distribuição da espécie em Portugal	Espécie autóctone em Portugal, encontra-se essencialmente nas zonas do Norte e Centro do país, com maior influência atlântica, desde o Minho até Leiria, existindo ainda exemplares dispersos onde continue a manifestar-se alguma influência atlântica (Beiras e Trás-os-Montes).
Caracterização da espécie	Espécie monoica, de crescimento lento, folha caduca, de meia-luz. Longevidade: 500-1000 anos. Altitude: desde o nível do mar até os 1000 m. Clima: é bastante resistente ao vento e muito sensível às geadas tardias. Solos: necessita de solos profundos e frescos, bons níveis de humidade. Termo de explorabilidade: entre 90-120 anos, conduzida em alto fuste. Copa: ampla, arredondada e mais ou menos regular. Tronco: retilíneo em povoamento, podendo atingir 40-50 m de altura. Ramos principais: com

Regap



NOTAS

<i>Quercus robur</i> L./ Carvalho-alvarinho	
	origem na região inferior-média do tronco, sólidos e torcidos; raminhos inicialmente verdes acastanhados, pubescentes, e por fim acinzentados e glabros. Ritidoma: acinzentado e liso, tornando-se grosso, pardo e escamoso-gretado. Folhas: alternas, simples, de elípticas a obovadas, glabras, base em forma de coração e auriculada, verde escura na página superior e verde clara na página inferior. Floração: na Primavera (Abril/Maio). Época de maturação: no Outono. Idade de frutificação: aos 50-60 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	Utilizada para carpintaria de limpos interiores e exteriores, móveis maciços, contraplacados, folheados, painéis e folhas decorativas, construção naval, carroçaria de transporte, revestimento de pisos, talha e escultura, tanoaria de envelhecimento/enobrecimento. Madeira muito procurada para aquecimento doméstico e industrial. Devido à quantidade de taninos que possui, a sua casca é utilizada para curtir peles e couros. O fruto é utilizado na alimentação de animais.
<i>Quercus rubra</i> L./ Carvalho-americano	
Origem	América do Norte.
Distribuição da espécie em Portugal	Esta espécie encontra-se principalmente no Entre Douro e Minho, Trás-os-Montes, Beiras e Douro Litoral.
Caracterização da espécie	Espécie monoica de crescimento rápido, plástica, folha caduca, inicialmente pouco exigente em luz, tornando-se posteriormente muito exigente. Longevidade: cerca de 300 anos. Altitude: desde o nível do mar até aos 1300 m. Clima: resistente ao frio, às geadas tardias e ao calor [9]. Solos: desenvolve-se em qualquer tipo de solo exceto nos sujeitos a encharcamento [9]. Termo de explorabilidade: entre 60 e 80 anos, recorrendo a um regime de silvicultura "dinâmica"; num regime de silvicultura "clássica", esse termo corresponderá aos 70-80 anos. Copa: inicialmente cuneiforme, tornando-se mais tarde ampla e arredondada. Tronco: retilíneo em povoamento, atinge os 25-30 m de altura. Ramos principais: direitos, dispostos radialmente. Ramificação pouco densa. Ritidoma: liso durante muito tempo, apresentando com a idade um súber com sulcos longitudinais não muito profundos. Folhas: alternadas, simples, grandes, muito recortadas, com lóbulos muito agudos não sinuosos, ponta fina e maleável, glabras, verde-mate na página superior e com pubescência nas axilas da página inferior; base em cunha e avermelhada. Pecíolo amarelado. Floração: na Primavera (Maio). Época de maturação: no Outono do 2º ano. Idade de frutificação: poderá atingir o máximo de produção a partir dos 50 anos; no entanto, inicia uma frutificação regular a partir dos 25 anos. As melhores produções de fruto ocorrem em intervalos de 2-5 anos. Propagação: por semente.
Utilização da espécie	Utiliza-se em estruturas e carpintaria de interiores e exteriores devido à sua robustez e finura, mobiliário estrutural e rústico, revestimento de pisos, carroçaria de transporte, construção naval e travessas de caminho-de-ferro. Os frutos são muito apreciados pelos animais. Possui também um grande valor ornamental devido principalmente à tonalidade que a folhagem adquire no Outono.
<i>Quercus suber</i> L./ Sobreiro	
Origem	Região do Mediterrâneo Ocidental e costa atlântica da Península Ibérica.
Distribuição da espécie em Portugal	Espécie autóctone, existindo em todo o território português, exceto nas regiões montanhosas ou planálticas mais frias do Norte e Centro, nas regiões salinas junto ao litoral e nas regiões fronteiriças do Centro e Sul, por serem zonas de acentuada aridez e continentalidade. As maiores manchas contínuas de montado de sobreiro encontram-se distribuídas pelo Ribatejo, Alentejo Litoral e Central e Algarve.
Caracterização da espécie	Espécie monoica de folha perene, de meia-luz. Longevidade: 300-500 anos (muito inferior quando sujeita a descortçamento). Altitude: abaixo dos 400 m, ainda que possa ir até aos 600-700 m de altitude, desde que não se atinjam temperaturas críticas. Clima: é muito sensível às geadas e apresenta boa resistência à secura estival [8]. Solos: pouco exigente quanto ao solo, não suportando os solos excessivamente compactos, encharcados e os que apresentam calcário ativo. Contudo, como acontece com a azinheira, também a constituição de povoamentos de sobreiro, através de plantações tem revelado elevadas de insucesso, particularmente em áreas onde a

Quercus suber L./ Sobreiro

fertilidade do solo e a secura (frequentemente associadas a solos delgados) comecem a tornar-se limitantes. Assim, e devido ao facto de nesta espécie se verificar também um grande desenvolvimento inicial da raiz principal, pode tornar-se igualmente mais favorável, em muitas situações, o recurso à sementeira. Termo de explorabilidade: entre 110 e 130 anos, tendo como principal objetivo a produção de cortiça/lenho. Copa: ampla e irregular. Tronco: bastante grosso com tendência a ramificar a baixa altura, no entanto a árvore pode atingir os 15-20 m de altura. Ramos: baixos, sólidos e torcidos, raminhos concentrados na extremidade dos ramos, tomentosos e verde-acinzentados. Ritidoma: suberoso, grosso e profundamente gretado, cinzento-escuro, tornando-se liso e amarelado ou avermelhado nos troncos e ramos descortçados. Folhas: coriáceas, de lanceoladas a elípticas, verde-escuras e glabrescentes na página superior, esbranquiçadas e tomentosas na página inferior. Pecíolo tomentoso. Floração: na Primavera (Abril a Junho). Época de Maturação: anual, em três etapas: no início de Setembro caem as primeiras bolotas, temporãs, sendo as maiores; em Outubro/ Novembro, acontece a produção mais forte, das secundárias ou medianas; em finais de Janeiro, amadurecem as tardias. Idade de Frutificação: aos 15-20 anos. Propagação: por semente.

Utilização da espécie

Utiliza-se em construções rurais, marcenaria e equipamentos agrários rudimentares. Usada também como combustível. A utilização principal é a produção de cortiça. Matéria-prima com características específicas de excelência, grande versatilidade, usada para diversos fins industriais tais como os tradicionais: fabrico de rolhas, artigos de pesca e apicultura, isolantes térmicos e sonoros e componentes do calçado. Nos últimos anos está a ser utilizada na indústria da moda do vestuário e acessórios. Os frutos, dado que o seu amadurecimento é gradual, tornam-se muito importantes na alimentação dos animais, nomeadamente porco preto em regime de montanha. Em termos ecológicos e ambientais – designadamente no que respeita à biodiversidade e ao combate à desertificação - é uma espécie considerada altamente valiosa no contexto europeu.

Fonte: Regiões de proveniência Portugal (2012)
<http://www.icnf.pt/portallflorestas/gf/ps/resource/doc/reg-prov/reg-prov12>

Regap



NOTAS

Diante de uma diversidade florestal única o Estado nacional procura minimizar e controlar os impactos do homem. Assim foram acionados planos de ação para a conservação de habitats classificados, a conservação de espécies da flora e da fauna protegidas, a conservação de recursos genéticos, o suporte à caça e conservação das espécies cinegéticas, o suporte à silvo pastorícia e à apicultura, o suporte à pesca em águas interiores e o enquadramento e valorização da paisagem (Ministério da Educação, 2006). Apesar da importância singular de cada um destes planos existe uma preocupação maior com medidas para diminuir a área árida e o combate aos incêndios^{16 17}.

Em 1965, existiam em Portugal cerca de 2.969.000 hectares arborizados, correspondentes a 33% do território Continental. Os incêndios ocorridos eram poucos e facilmente combatidos pelas populações locais. Na década de 50 e 60, ardiavam em média cerca de 5000 hectares por ano (Ministério da Educação, 2006). Na última década os incêndios incrementaram-se não só em Portugal como em outros países pertencentes ao “Clube do Fogo” (Espanha, França, Itália e Grécia) que se destacam com o maior número de ocorrências todos os anos. Desde meados dos anos 90 ocorrem anualmente, em média, mais de 25000 incêndios. Só em 2005 registaram-se mais de 36000 ignições (Ministério da Educação, 2006). Segundo

16 MOREIRA N., BORGES A., MACHADO A., “Métodos de aproveitamento energético de biomassa florestal”, *Comunicações do Seminário Novas tecnologias na floresta*, Ordem dos Engenheiros, Matosinhos, 2010.
 17 VALLEJO, V., ARONSON, J. e BAUTISTA, S., *Land Restoration to Combat Desertification*, CEAM, Valência, 2010.

Pinto¹⁸ a proporção de área ardida em Portugal é de cerca de 300.000 hectares. As Zonas de Intervenção Florestal - ZIF arderam mais do que o resto do país em 2007, 2010 e 2012¹⁹. Hoje a área ardida ultrapassa os 900.000 hectares. Esta situação coloca em debate a sustentabilidade florestal²⁰. As empresas associadas da Associação da Indústria Papeleira - CELPA levam a cabo ações de silvicultura para prevenção de incêndios que consistem no controlo de vegetação, limpeza de caminhos e aceiros e manutenção e construção da rede viária e divisional. Em 2012, estas ações incidiram sobre uma área de quase 22 mil hectares, ou seja, 12% da área de floresta das empresas associadas e representaram um encargo de 2,3 milhões de euros²¹.

Todos parecem concordar que se deve apostar cada vez mais na prevenção eficaz dos fogos florestais e na gestão sustentável da floresta, mas quando fazemos um balanço da cobertura feita pelos *média* à última época de incêndios, o espaço (na imprensa) e o tempo (nas TV e rádios) dado ao combate foi muito superior ao dado à prevenção²².

O Relatório *Living Forests* da WWF diz-nos que atualmente o mundo tem florestas suficientes e não tem necessidade de mais conversão de florestas naturais. Porém, esse já não será o caso após 2030, quando a população mundial ultrapassar os 9 mil milhões de indivíduos²³.

O desenvolvimento sustentável das florestas não pode ser comprometido pelos avanços da sociedade e do homem²⁴. Para manter as gerações vindouras com um brinde verde é necessário preservar desde já o nosso bem mais natural, a floresta, quer no ordenamento quer na gestão florestal (Ministério da Educação, 2006), em Portugal e no mundo.

2.1 Esforços legais do Estado Nacional

O progresso da sociedade humana fez-se pela subtração da floresta²⁵. A desarboreização e rearboreização marcaram uma ação modeladora e, muitas vezes, destruidora do próprio homem dado que constituem a maior reserva estratégica de habitats, de biodiversidade e de património genético do planeta²⁶.

Pela importância que representa quer na vida humana quer na economia nacional, a floresta conta para 12% do Produto Interno Bruto (PIB) da indústria, 12% do emprego na indústria,

18 PINTO, T. *et al.*, "Recoita de Biomassa Florestal: Avaliação dos Custos e Tempos de Trabalho", *Silva Lusitana*, vol. 21, n. especial, 2013, pp. 163-176.

19 AZEVEDO, J.C., Florestas, ambiente e Sustentabilidade. Uma Abordagem Centrada nos Serviços de Ecossistema das Florestas do Distrito de Bragança. Ciclo de Conferências: A Floresta. Instituto de Estudos Académicos para Seniores. Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa, 15 de Novembro de 2011, 2012. AZEVEDO, J.C., PEREIRA, A.H. e PINTO, M.A., "Forest Landscape Ecology and Global Change: an Introduction", Azevedo, J.C., Pereira, A.H. e Pinto, M.A. (eds.), *Forest landscapes and global change: challenges for research and management*, Springer, 2014, pp. 1-28.

20 COSTA, R., BRAGANÇA, H. e MACHADO, H., *Os últimos 75 anos de investigação para o melhoramento do castanheiro em Portugal*, Agrorural - Contributos Científicos, 2011, pp. 915-926.

21 GOES, F., 2014. Disponível em: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/prag-doe/resource/doc/gonip-plat/seminar14/impact-gorg-euc>

22 AZEVEDO, J.C., PEREIRA, A.H. e PINTO, M.A., "Forest Landscape Ecology and Global Change: an Introduction", cit.

23 SARMENTO, E.M. e DORES, V., "Políticas Públicas de Apoio à Fileira Florestal em Portugal", *Silva Lusitana*, vol. 22, n. 1, 2014, pp. 117-134.

24 SARMENTO, E.M. e DORES, V., "Políticas Públicas de Apoio à Fileira Florestal em Portugal", cit.

25 MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, *Guia de Educação Ambiental: conhecer e preservar as florestas*, 2006. Disponível em: <http://www.icnf.pt/portal/agir/resource/doc/sab-ma/florest/guia-florestas>.

26 MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, *Guia de Educação Ambiental: conhecer e preservar as florestas*, cit.

10% das exportações e 5,3% do Valor Acrescentado Bruto (VAB). Por estes números se percebe que não é um segmento a subvalorizar ou abater. Trata-se de uma quota de mercado com um volume de negócios anual de 8.000 milhões de euros e um VAB de 2.000 milhões de euros. Na Silvicultura, a produção anual é de 1.000 milhões de euros e o VAB é de 650 milhões de euros. Atualmente existem 3 grupos nacionais no ranking global das 100 maiores empresas mundiais das indústrias florestais, de papel e de embalagem²⁷. Neste enquadramento a CELPA representa o conjunto de produtores portugueses de pasta para papel e de papel. Em 2012, as empresas associadas da CELPA produziram 2,5 milhões de toneladas de pasta de fibra virgem para papel (100% total nacional) e 2,1 milhões de toneladas de papel de vários usos (o equivalente a 85% do total nacional), tornando Portugal no terceiro maior produtor europeu de pastas químicas e no maior produtor europeu de papel fino não revestido²⁸.

Estes valores financeiros parecem extremamente importantes na economia nacional, no entanto, o Estado português parece não apresentar uma preocupação visível sobre as florestas. Não tem criado políticas organizacionais, ou permitido incentivos fiscais ou outros, às empresas no decurso da sua atividade para que não agridam o meio ambiente. Além das normas de gestão ambiental (ISO 14000) e de responsabilidade social (ISO 26000) o Estado português parece querer passar o seu papel ético e responsável para a alçada das empresas, substituindo-as como agentes atuantes na preservação da fauna e da flora nacional.

Este papel de substituição do Estado não é possível de ser executado á luz da atual lei fundamental do país. Pode ler-se no artigo 9º da Constituição da República Portuguesa que é tarefa elementar do Estado entre outras as seguintes:

d. “Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;

e. Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e o ambiente, e assegurar um correto ordenamento do território”.

O próprio Estado impôs-se a si próprio um papel puramente fiscalizador e legislativo. No entanto, quer num quer noutro, está a revelar debilidades não só para com a floresta nacional como para com o planeta e os últimos acordos ambientais ratificados, como por exemplo a Cimeira de Paris decorrida em Dezembro de 2015.

A sociedade percebe o efeito da sua ação ambiental mas em determinadas circunstancias nada faz para a travar ou minorar. O papel do estado é crucial para manter essa obrigatoriedade. Através da lei o Estado realizou um esforço para decretar sobre estas matérias. Começou por estabelecer regras, ainda que por imposição comunitária, para impedir a poluição das águas e do ar, o manuseamento de produtos químicos e perigosos, combater o ruído e o despejo inapropriado de resíduos perigosos. O impacto economicistas destas medidas tardaram a fazer aparecer diretivas de proteção da fauna e da flora. Contudo desde 1995 existe a punição legal para os agressores ao ambiente. Com a revisão do Código Penal (Decreto-Lei n. 48/95 de 15 de Março), o ambiente passa a ser diretamente tutelado do ponto de vista jurídico-penal. Apa-

27 SARMENTO, E.M. e DORES, V., “Políticas Públicas de Apoio à Fileira Florestal em Portugal”, cit.

28 GOES, F., 2014. Disponível em: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/prag-doe/resource/doc/gonip-plat/seminar14/impact-gorg-euc>

recem os chamados “crimes ecológicos”: crimes de “Danos contra a Natureza” (artigo 278.º) e crime de “Poluição” (artigos 279.º e 280.º). Em Portugal não são muitos os casos em que existe processo no âmbito de um crime ecológico ou contra a natureza. O mais recente exemplo ocorreu em finais de 2014 com um foco da bactéria legionela na zona de Alverca, concelho de Vila Franca de Xira. Deste surto de infeção morreram mais de uma dezena de pessoas tendo sido hospitalizadas mais de duas centenas. A origem desta infeção pode estar relacionada com as torres de refrigeração da empresa Adubos de Portugal, que sofreu uma inspeção por crime ambiental e pode culminar num processo de crime ambiental, por se tratar de um problema de saúde pública, mas que até ao momento se encontra em suspenso nos tribunais.

A justiça parece lenta, a lei criminal pouco eficaz e a atuação do Estado nacional precária face às necessidades. No âmbito do direito administrativo o Estado português parece exonerar a sua responsabilidade e transportá-la para os particulares, embora as autarquias continuem a absorver uma parcela da gestão e administração legal dos espaços florestais, condicionadas pelas leis emanadas pelo Estado.

2.2 Apoios financeiros através de Programas e Fundos

Com a entrada de Portugal na atual União Europeia os fundos desde então recebidos têm sido canalizados para várias frentes na atuação estratégica do Estado português. Entre as diversas aplicações financeiras encontra-se o setor florestal.

A parcela de dinheiro recebida foi aplicada, resta saber onde, por quem e, em que montantes, pois há ainda muito por fazer face aos valores avultados já recebidos. Entre o período de 1986 e 2011 Portugal recebeu 80,9 mil milhões de euros só em fundos estruturais e de coesão. Até final do ano passado, ano em que termina o QREN (Quadro de Referência Estratégica Nacional, o programa de apoio em vigor), o valor recebido rondou os 97 mil milhões de euros.

As prioridades nem sempre foram respeitadas e os interesses nacionais menos ainda. Grande parte dos fundos foi aplicada nas vias rodoviárias à custa da destruição das pescas, da diminuição das quotas leiteiras, do decréscimo das explorações agrícolas, da falta de aproveitamento da extensão no nosso mar e das pescas e, de uma ineficiente distribuição pelas explorações agrícolas quer para jovens ou agricultores sénior.

Paralelamente com alguma falta de financiamento nestas áreas, os beneficiários dos fundos deparam-se com uma realidade tão ou mais complexa de ultrapassar, o volume de burocracia instalada que quase implicava conhecimentos de nível superior. A imensidão de formulários, a sua extensão e profundidade bem como os prazos definidos traduziram mais entraves do que soluções aos seus beneficiários e assim ajudas ao Estado nacional.

Concretamente ao nível florestal preparamo-nos para um novo Programa de Desenvolvimento Rural (PDR), para o período 2014/2020, o qual contempla a atribuição de fundos da Política Agrícola Comum (PAC) e de futuros Orçamentos do Estado a ações de investimento nas florestas.

A estratégia para desenvolvimento rural entre 2014 e 2020 assenta em três objetivos que vão desde a agricultura à floresta:

1. Desenvolver a produção agrícola e florestal sustentável em todo o território nacional;

- 2. Aumentar a concentração da produção e da oferta;
- 3. Criação e distribuição de valor equitativamente ao longo da cadeia de valor do setor agroalimentar.

Para cumprir estes objetivos são requeridas três missivas operacionais (quadro n. 5):

Quadro n. 5. Missivas operacionais.

Objetivos principais	
Competitividade	Privilegiar as opções produtivas da iniciativa privada com vista à criação de valor acrescentado.
Organização estrutural	Promover o aumento da dimensão e abrangência das organizações de produtores e estruturas de concertação ao longo da cadeia alimentar.
Sustentabilidade	Promover boas práticas e utilização sustentável dos recursos e a valorização dos territórios rurais.
Objetivo transversal	
Simplificação	Procurar reduzir medidas e simplificar processos

Fonte: adaptado de programa de desenvolvimento rural 2014-2020, documento de orientação²⁹

Para se atingirem estes objetivos privilegiam-se as seguintes linhas de atuação (instrumentos) (quadro n. 6):

Quadro n. 6. Linhas de atuação para atingir as missivas operacionais

Competitividade	<ul style="list-style-type: none"> - Fomentar o investimento nas explorações agrícolas e empresas agroindustriais, através do aumento da diversidade e competitividade dos produtos, da redução de custos de produção, do incremento do valor acrescentado e do estímulo ao regadio; - Fomentar a produção agrícola, acréscimo de valor e de qualidade; - Jovens agricultores, através do apoio a instalação e ao investimento; - Gestão de risco, promovendo os sistemas de seguros agrícolas e os fundos mutualistas, e a sua universalidade; - Apoio ao investimento e gestão na floresta privilegiando sistemas de certificação
Organização estrutural	<ul style="list-style-type: none"> - Promover a autorregulação, através do apoio as organizações interprofissionais
Sustentabilidade	<ul style="list-style-type: none"> - Nas zonas desfavorecidas, através do apoio a manutenção da atividade agrícola; - Práticas ambientais, através do apoio a práticas agrícolas ou florestais que contribuam para a melhoria do ambiente e conservação de recursos (agua, solo) de forma articulada com uma produção agrícola sustentável e competitiva; - Nas zonas rurais, através apoio ao investimento, com especial incidência na relação com o setor primário, que pode incluir opções como a diversificação de atividades na exploração, comercialização de produtos agrícolas e o turismo rural; - Proteção e certificação das florestas; - Promover o regadio na sua dimensão de adaptação as alterações climáticas e no combate a desertificação.
Simplificação	<ul style="list-style-type: none"> - Reforço da eficácia através de critérios e prioridades claras (distinção clara entre prioridades e elegibilidades) - Reforço da eficiência através de menor número de medidas, claras, percetíveis e abrangentes e da desburocratização (procedimentos de candidatura, contratação, pagamento e controlo simplificados, percetíveis e com calendários claros).

Fonte: adaptado de programa de desenvolvimento rural 2014-2020, documento de orientação³⁰

29 MINISTÉRIO DA AGRICULTURA DO MAR DO AMBIENTE E DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO, 2002, pp. 29-30. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-do-ambiente-ordenamento-do-territorio-e-energia/conheca-a-equipa/ministro/jorge-moreira-da-silva.aspx>

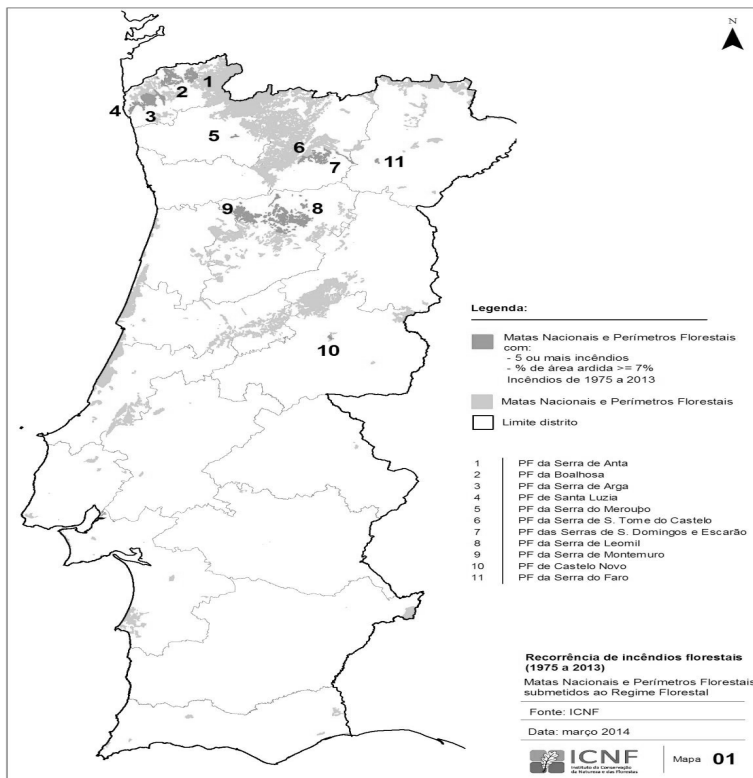
30 MINISTÉRIO DA AGRICULTURA DO MAR DO AMBIENTE E DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO, cit.



A aprovação do Decreto-Lei n. 96/2013 é uma medida de apoio à modernização agrícola e florestal que tem por objetivo promover uma gestão adequada dos espaços e o desenvolvimento rural. Incentiva o associativismo de produtores florestais a fim de garantir esforços sobre um bem comum – a floresta. Permite uma participação e ligação mais ativas à atividade silvícola dos proprietários no sentido da biodiversidade e sustentabilidade da floresta portuguesa. O estado com esta lei relega para segundo plano a burocracia e a aposta na gestão dos povoamentos florestais já constituídos, muito embora seja neste domínio que mais rapidamente se conseguem resultados, a curto e médio prazo, na garantia de bom desempenho ao nível das exportações de base florestal (<http://www.agroportal.pt/agronoticias/2014/01/02c.htm#.U4yd102UOzc>).

Ao nível da prevenção e punição do maior flagelo dos últimos anos, os incêndios e incendiários, o Estado nacional aumentou a verba destinada ao combate aos incêndios³¹, já que a área ardida em Matas Nacionais foi de 447 hectares e em Perímetros Florestais de 24 492 hectares em 2013³².

Figura n. 1. Matas nacionais e perímetros florestais com destaque para os que têm maior frequência de incêndios e mais área ardida



Fonte: Instituto de Conservação da Natureza e das Florestas, 2013

31 ASSOCIAÇÃO DE PROMOÇÃO AO INVESTIMENTO FLORESTAL, 2014. Disponível em: http://www.cmjornal.xl.pt/cm_ao_minuto/detalhe/associacao-de-promocao-a-investimento-florestal-duvida-de-investimento.html

32 INSTITUTO DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA E DAS FLORESTAS, 2013. Disponível em: <http://www.tsf.pt/Paginalnicial/tag.aspx?tag=Instituto%20de%20Conserva%27E%30%20da%20Natureza%20e%20Florestas>

Com o Decreto-Lei n. 83/2014, de 23 de Maio de 2014 estabeleceram-se medidas e ações a desenvolver no âmbito do Sistema Nacional de Defesa da Floresta Contra Incêndios, modificando matérias relativas ao fogo técnico, à instrução do procedimento de contraordenação e à distribuição do produto das coimas.

Com a última Portaria n. 352/2015, de 13 de Outubro de 2015 estabeleceram-se os termos e os critérios aplicáveis à avaliação dos incumprimentos de compromissos ou outras obrigações à conservação do solo, ao uso eficiente da água, às culturas permanentes tradicionais, ao pastoreio extensivo, ao mosaico agroflorestal e apoio agroambiental à apicultura através do Programa de Desenvolvimento Rural do Continente, abreviadamente designado por PDR 2020.

Além dos apoios do Estado provenientes de fundos estruturais também as instituições de crédito nacionais promovem financiamento para acesso ao apoio florestal, tais como o Banco Português de Investimento (BPI), Crédito Agrícola (CA), Caixa Geral de Depósitos, Finibanco, Millenium, Montepio e Santander-Totta³³.

Cumulativamente com a banca, com financiamento direto, o ramo dos seguros garante outra forma de financiamento, o indireto. A configuração de financiamento dá-se com a cobertura de danos provocados pelo insucesso acidental ou por destruição do povoamento em áreas florestais objeto de financiamento público. Devido à sua extrema importância como instrumento económico impulsionador de sistemas de gestão florestal equilibrados, é necessário a construção de um seguro florestal capaz de abranger não só povoamentos beneficiados por financiamentos governamentais como também todos os restantes com ou sem gestão até então implementada³⁴.

3 Conclusões

A diversidade e antiguidade da floresta portuguesa permitiram que a mesma ao longo dos tempos passasse por alterações sucessivas e variadas. A multiplicidade das espécies existentes, face a outras que já não existem, demonstra a evolução temporal que a mesma teve ao longo dos séculos. O homem é a variável que mais interferiu nessa renovação. A sua vivência em sociedade deixou marcas na floresta que ainda hoje se sentem. A evolução da sociedade fez com que o homem necessitasse de utilizar a floresta, e esta, por ação humana, foi sofrendo degradação constante, desde o impacto ambiental às queimadas, à erosão dos solos e outras tantas ações que se repercutiram ao longo dos anos associadas às atividades económicas.

Como resultado o Estado nacional realizou um conjunto de intervenções legislativas e promotoras para fortalecer e devolver à floresta o que lhe foi retirado. Os cidadãos estão mais alertas mas também se encontram, economicamente, mais fragilizados para ajudar na manutenção de uma floresta limpa, segura e com valor nacional. Cabe ao Estado distribuir mais e melhor os fundos de apoio e criar mais e prosperas leis. Potenciar uma fiscalização mais abundante, nalguns casos camuflada, para permitir uma investigação mais apurada e perseverante para diminuir drasticamente o número e a extensão dos incêndios na mata e floresta portuguesa.

33 FLORESTAR, 2007. Disponível em: <http://naturlink.sapo.pt/Eventos/Visitas-e-Actividades/content/Florestar-Portugal-2014?bl=1>

34 FLORESTAR, cit.

4 Bibliografía

- AFN, *5º Inventário Florestal Nacional. Apresentação do Relatório Final*, Setembro 2010.
- ASSOCIAÇÃO DE PROMOÇÃO AO INVESTIMENTO FLORESTAL, 2014. Disponível em: http://www.cmjournal.xl.pt/cm_ao_minuto/detalhe/associacao-de-promocao-a-investimento-florestal-duvida-de-investimento.html
- AZEVEDO, J.C., *Florestas, ambiente e Sustentabilidade. Uma Abordagem Centrada nos Serviços de Ecossistema das Florestas do Distrito de Bragança. Ciclo de Conferências: A Floresta*. Instituto de Estudos Académicos para Seniores. Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa, 15 de Novembro de 2011, 2012.
- AZEVEDO, J.C., PEREIRA, A.H. e PINTO, M.A., "Forest Landscape Ecology and Global Change: an Introduction", Azevedo, J.C., Pereira, A.H. e Pinto, M.A. (eds.), *Forest landscapes and global change: challenges for research and management*, Springer, 2014.
- BARBOSA, C.M.S.R., "A biodiversidade na floresta: políticas vs. visão dos proprietários", *Dissertação de Mestrado em Ecologia, Biodiversidade e Gestão de Ecossistemas*, Universidade de Aveiro Departamento de Biologia, 2009.
- BARROS, H., *Economia Agrária*, col. A Terra e o Homem, n. 27, Livraria Sá da Costa, Lisboa, 1954.
- BENTO-GONÇALVES, A., VIEIRA, A. e LOURENÇO, L., "A cartografia de suporte da arborização dos baldios no Noroeste de Portugal Continental na 1ª metade do Século XX", Trabalho apresentado em *IV Simpósio Luso-Brasileiro de Cartografia Histórica (IVSLBCH). Territórios: documentos, imagens e representações*, In *Atas do IV Simpósio Luso-Brasileiro de Cartografia Histórica (IVSLBCH), Territórios: documentos, imagens e representações*, Porto, 2011.
- CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA PORTUGUESA. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>
- COSTA, J.C.C., "Fafe e a alternativa florestal. A Floresta, um instrumento de revitalização dos espaços rurais marginais", *Dissertação de Mestrado em Geografia - Dinâmicas Espaciais e Ordenamento do Território*, Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2000.
- COSTA, R., BRAGANÇA, H. e MACHADO, H., *Os últimos 75 anos de investigação para o melhoramento do castanheiro em Portugal*, Agrorural - Contributos Científicos, 2011.
- DECRETO-LEI n. 124/2006, de 28 de Junho.
- DECRETO-LEI n. 83/2014, de 23 de Maio.
- DECRETO-LEI n. 96/2013 de 19 de Julho.
- DECRETO-LEI n. 48/95 de 15 de Março.

- DEVY-VARETA, N. e ALVES, A.A.M., "Os avanços e os recuos da floresta em Portugal - da Idade Média ao Liberalismo", *Floresta e Sociedade. Uma história em comum. Árvores e Florestas de Portugal vol VII*, Edição Público/FLAD, 2007.
- DEVY-VARETA, N., *A Floresta no Espaço e no Tempo em Portugal. A arborização da Serra da Cabreira*, Tese de doutoramento, Faculdade de Letras, Porto, 1993.
- DGF, *Inventário Florestal Nacional. Portugal Continental*, 3ª Revisão, Direcção Geral das Florestas, Ministério da Agricultura do Desenvolvimento Rural e das Pescas, Lisboa, 2001.
- DGRF, *Inventário Florestal Nacional (2005 – 2006), Resultados preliminares*, Julho de 2006, 2006.
- DGRF-DIRECÇÃO-GERAL DOS RECURSOS FLORESTAIS, *Estratégia Nacional para as Florestas*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2007.
- DIRECÇÃO GERAL DAS FLORESTAS, *Florestas de Portugal*, Lisboa, 2000.
- DIRECÇÃO-GERAL DOS RECURSOS FLORESTAIS, *Florestas de Portugal*, Lisboa, edição e publicação DGRF, 2000.
- DIRECÇÃO-GERAL DOS RECURSOS FLORESTAIS, *Estratégia Nacional para as Florestas*, 2006.
- DIRECÇÃO-GERAL DOS RECURSOS FLORESTAIS, *Base de dados de ocorrências*, 2007.
- DIRECÇÃO-GERAL DOS RECURSOS FLORESTAIS, *Estatísticas de ocorrências e de áreas ardidas (1980 – 2006)*, 2007.
- EFI, 2007. Disponível em: <http://www.efi.fi/fine/resources/portugal.html>
- ESTEVIÃO, J.A., "A floresta dos baldios", *Análise Social*, Vol. XIX, Lisboa, 1983.
- FLORESTAR, 2007. Disponível em: <http://naturlink.sapo.pt/Eventos/Visitas-e-Actividades/content/Florestar-Portugal-2014?bl=1>
- GABINETE DE PLANEAMENTO E POLÍTICA AGRO ALIMENTAR, *Agricultura Portuguesa. Principais indicadores*, Lisboa, 2000.
- GEADAS, M.D.B. e BAPTISTA, M.P. (coords.), "Alentejo", *Panorama Florestal*, ISA, DRAAL, Lisboa, 1999.
- GEADAS, M.D.B. e BAPTISTA, M.P. (coords.), "Algarve", *Panorama Florestal*, ISA, DRAALG, Lisboa, 1999.
- GEADAS, M.D.B. e BAPTISTA, M.P. (coords.), "Beira Interior", *Panorama Florestal*, ISA, DRABI, Lisboa, 1999.
- GEADAS, M.D.B. e BAPTISTA, M.P. (coords.), "Beira Litoral", *Panorama Florestal*, ISA, DRABL, Lisboa, 1999.
- GEADAS, M.D.B. e BAPTISTA, M.P. (coords.), "Entre Douro e Minho", *Panorama Florestal*, ISA, DREDM, Lisboa, 1999.

regap



NOTAS

GEADAS, M.D.B. e BAPTISTA, M.P. (coords.), "Ribatejo e Oeste", *Panorama Florestal*, ISA, DRARO, Lisboa, 1999.

GEADAS, M.D.B. e BAPTISTA, M.P. (coords.), "Trás-os-Montes", *Panorama Florestal*, ISA, DRATM, Lisboa, 1999.

GODINHO-FERREIRA P., AZEVEDO, A. e REGO, F., "Carta da Tipologia Florestal de Portugal Continental", *Silva Lusitana*, n. 13, 2005.

GOES, F., 2014. Disponível em: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/prag-doe/resource/doc/gonip-plat/seminar14/impact-gorg-euc>

GOMES, A.M.A., *Fomento da arborização dos terrenos particulares. Planeamento para o Sul do Tejo*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1969.

<http://www.agroportal.pt/agronoticias/2014/01/02c.htm#.U4yd102UOzc>

<http://www.icnf.pt/portal/florestas/ifn/ifn5>

INSTITUTO DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA E DAS FLORESTAS, 2013. Disponível em: <http://www.tsf.pt/PaginalInicial/tag.aspx?tag=Instituto%20de%20Conserva%E7%E3o%20da%20Natureza%20e%20Florestas>

LIMA BASTO, E.A., *A Propriedade Rústica*, Separata dos Anais do Instituto Superior de Agronomia, Lisboa, 1942.

LOPES, A.F.F., "The Economic Value of Portuguese Pine and Eucalyptus Forests", A Work Project, presented as part of the requirements for the Award of a Masters Degree, *Economics from the NOVA*, School of Business and Economic, 2013.

MACHADO, A.L.S., OLIVEIRA, E.C., RIBEIRO, E.M. e MOTA, J.A., "O valor de um processo de recuperação florestal: aplicado na região Amazónica", *Encontro da Rede de Estudos Ambientais em Países de Língua Portuguesa*, 2011. Disponível em: <http://soac.unb.br/index.php/ERLBEA/XIVERLBEA/paper/view/1175>

MADUREIRA, L., MAGALHÃES, P., SILVA, P.G., MARINHO, C. e OLIVEIRA, R. "Economia dos Serviços de Ecossistema: Um guia para conhecer e valorizar serviços de agroecossistemas em áreas protegidas de Montanha", *Quercus - Associação Nacional de Conservação da Natureza*, 2013.

MAMAOT e ICNF, MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, DO MAR, DO AMBIENTE E DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E INSTITUTO DA CONSERVAÇÃO DA NATUREZA E DAS FLORESTAS, "6º Inventário Florestal Nacional - Áreas dos usos do solo e espécies florestais de Portugal continental com 2010 como ano de referência - resultados preliminares - Fevereiro 2013", 2013a. Disponível em: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/ifn/resource/ficheiros/ifn/ifn6-res-prelimv1-1>

MAMAOT e ICNF, MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, DO MAR, DO AMBIENTE E DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E INSTITUTO DA CONSERVAÇÃO DA NATUREZA E DAS FLORESTAS, "Ponto de Situação nacional das ZIF - caracterização e grandes números

- Abril 2013”, 2013b. Disponível em: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/gf/zif/resource/doc/zif/seia-13/pont-sit>
- MENDES, A.S.C., “Financial instruments of forest policy in Portugal in the 80s and 90s”, *EFI Forest Policy Research Forum: Cross-Sectoral Policy Impacts on Forests, 4-6 April*, Sanvonlinna, 2002.
- MINISTÉRIO DA AGRICULTURA DO MAR DO AMBIENTE E DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO, 2002. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-do-ambiente-ordenamento-do-territorio-e-energia/conheca-a-equipa/ministro/jorge-moreira-da-silva.aspx>
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, *Guião de Educação Ambiental: conhecer e preservar as florestas*, 2006. Disponível em: <http://www.icnf.pt/portal/agir/resource/doc/sab-ma/florest/guia-florestas>.
- MOREIRA N., BORGES A., MACHADO A., “Métodos de aproveitamento energético de biomassa florestal”, *Comunicações do Seminário Novas tecnologias na floresta*, Ordem dos Engenheiros, Matosinhos, 2010.
- MOREIRA, F., CATRY, F., SILVA, S., REGO, F., *Ecologia do Fogo e Gestão de Áreas Ardidas*, ISA Press, Lisboa, 2010.
- NOGUEIRA, C.D.S., *A Floresta Portuguesa*, DGF Informação, Ano 1, n. 2, 1990.
- PEREIRA, H.M., DOMINGOS, T., PEDROSO, C.M., PROENÇA, V., RODRIGUES, P., FERREIRA, M., TEIXEIRA, R., MOTA, R. e NOGAL, A., “Uma avaliação dos serviços dos ecossistemas em Portugal”, *Ecossistemas e Bem-Estar Humano – Resultados da Avaliação para Portugal do Millennium Ecosystem Assessment*, Capítulo 20, 2009. <http://ecossistemas.org/>
- PINTO, T. et al., “Recolha de Biomassa Florestal: Avaliação dos Custos e Tempos de Trabalho”, *Silva Lusitana*, vol. 21, n. especial, 2013.
- PORTARIA, n. 352/2015, de 13 de Outubro
- QUINTANILHA, V., SILVA, E.J. e SILVA, J.M., *Princípios Básicos de Luta Contra Incêndios na Floresta Particular Portuguesa*, Direcção-Geral dos Serviços Florestais e Aquícolas, Porto, 1965.
- RADICH, M.C. e BAPTISTA, F.O., “Floresta e sociedade: Um percurso (1875-2005)”, *Silva Lusitana*, n. 13, 2005.
- RADICH, M.C. e ALVES, A.A.M., *Dois Séculos de Floresta em Portugal*, CELPA, Lisboa, 2000.
- RAMALHO, C.F.E. de S., *Planeamento territorial no alto Alentejo a defesa da floresta contra incêndios sob o ponto de vista territorial*, Dissertação de Mestrado em Engenharia Florestal, apresentado na Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, 2013.
- REGIÕES DE PROVENIÊNCIA PORTUGAL (2012) PROJECTO – DEFOR INTERREG III B SUDOE DEFOR SO2/1.3/F64, “The contribution of research for the development and Compe-

regap



NOTAS

titiveness of Southwest European forest sector". Disponível em: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/gf/ps/resource/doc/reg-prov/reg-prov12>

RELATÓRIO DA ADAPTAÇÃO DAS FLORESTAS ÀS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS (2013) Disponível em: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/ppf/resource/docs/alt-clima/rel-florest-enaac>

SANDE SILVA, J., "A floresta nos usos e na cultura dos povos e da sociedade", *Floresta e Sociedade: uma história em comum, Árvores e Florestas de Portugal*, n. 7, Lisboa, 2007.

SARMENTO, E.M. e DORES, V., "Políticas Públicas de Apoio à Fileira Florestal em Portugal", *Silva Lusitana*, vol. 22, n. 1, 2014.

TERREAUX, J.P., "Résultats et pistes de recherche concernant la gestion de la forêt paysanne: aspects théoriques", *Économie et Sociologie Rurales*, série D: n. 94-17D, Toulouse, 1994.

VALLEJO, V., ARONSON, J. e BAUTISTA, S., *Land Restoration to Combat Desertification*, CEAM, Valência, 2010.

VIEIRA, J.N., "A nossa cultura e história florestais", *Florestas de Portugal*, DGF, Lisboa, 2000.

WANG, S. e B. FU, "Trade-offs between forest ecosystem services", *Forest Policy and Economics*, Vol. 26, 2013.

Tendencias recentes en materia de conciliación da vida laboral, familiar e persoal na Administración pública en España e en Galicia

Tendencias recientes en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la Administración pública en España y en Galicia

Recent trends in work-life balance in the public Administration of Spain and Galicia

53
Regap

ROSA M.ª RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO

Profesora doutora
Universidade de Los Andes (Santiago de Chile)
rosa.rodriguez@udc.es

Recibido: 15/11/2016 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



NOTAS

Resumo: Unha das materias que se formulan máis frecuentemente no tráfico xurídico do noso país é a conciliación da vida laboral, persoal e familiar. As normas que se aprobaron nos últimos anos sobre a cuestión contribuíron a achandar o terreo no relativo á igualdade e á corresponsabilidade dos traballadores, tratando de que eses obxectivos trascendesen o meramente programático e se plasmasen en auténticos dereitos cuxo exercicio se puidese reivindicar. Os ditos avances no plano normativo víronse reforzados pola xurisprudencia, cuxo papel foi determinante, pois achegou luz sobre cuestións cuxa solución non estaba clara, ás veces debido á indeterminación da norma, á súa dispersión, ou á peculiaridade do caso en cuestión, pois nesta materia a xurisprudencia é abundante pero cómpre analizar cada caso concreto.

Palabras clave: permiso, excedencia, igualdade, corresponsabilidade, flexibilidade.

Resumen: Una de las materias que se plantean más frecuentemente en el tráfico jurídico de nuestro país es la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Las normas que se han aprobado en los últimos años sobre la cuestión han contribuido a allanar el terreno en lo relativo a la igualdad y la corresponsabilidad de los trabajadores, tratando de que esos objetivos trascendieran lo meramente programático y se plasmaran en auténticos derechos cuyo ejercicio se pudiera reivindicar. Dichos avances en el plano normativo se han visto reforzados por la jurisprudencia, cuyo papel ha sido determinante, pues ha aportado luz sobre cuestiones cuya solución no estaba clara, a veces debido a la indeterminación de la norma, a su dispersión, o a la peculiaridad del caso en cuestión, pues en esta materia la jurisprudencia es abundante pero hay que estar al caso concreto.

Palabras clave: permiso, excedencia, igualdad, corresponsabilidad, flexibilidad.

Abstract: One of the most frequent topics raised in the legal transactions of our country is about work-life balance. The rules that have been adopted in recent years on this issue have helped to pave the way for workers' equality and co-responsibility. They have tried that those objectives go beyond a purely programmatic content and translate into

real rights whose exercise could be claimed. These normative developments have been reinforced by jurisprudence, whose role has been decisive. However, this has shed light on questions whose solution was not clear, sometimes due to the indeterminacy of the rule, its dispersion, or the peculiarity of the case in question, because in this topic, the jurisprudence is abundant but it is necessary to analyze the specific case.

Key words: license, leave, equality, co-responsibility, flexibility.

Sumario: 1 Introducción. 2 Réxime xurídico. 3 Natureza e alcance. 3.1 Alcance no ámbito estatal. 3.2 Alcance no ámbito autonómico: o caso de Galicia. 4 Tendencias recentes na casuística. 5 Conclusións. 6 Bibliografía.

1 Introducción

A incorporación da muller ao mercado laboral suscitou unha disxuntiva que socialmente non se dera ata entón debido ao papel que tradicionalmente viña desempeñando: cómo compaxinar traballo e vida familiar agora que os dous membros da familia traballan. Esta nova realidade xerou a necesidade de legislar a cuestión, de xeito que se garantise a plena igualdade de homes e mulleres, así como unha repartición equilibrada das tarefas. Iso só sería posible mediante políticas tendentes a facilitar que ambas as dúas facetas da vida poidan encaixar e se poidan compatibilizar sen sacrificar a traxectoria profesional do traballador/a. Por iso, tamén se trata dunha materia estreitamente vinculada á igualdade. Froito destes cambios na sociedade, sucedéronse unha serie de reformas normativas que integraron a perspectiva conciliadora no noso ordenamento xurídico, e onde o papel da xurisprudencia foi decisivo, ao aclarar dúbidas interpretativas que xurdían na aplicación desa normativa.

2 Réxime xurídico

Como se avanzaba na introdución, os dereitos de conciliación están profundamente vinculados ao dereito fundamental á igualdade. O artigo 14 da nosa Constitución sinala 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*. Pola súa banda, o artigo 39.1 indica que *os poderes públicos aseguran a protección social, económica e xurídica da familia*, o que pon de manifesto que as políticas vinculadas á familia deben ser unha prioridade na nosa sociedade. Ambos os dous preceptos conxúganse moi ben neste terreo, xa que sen igualdade non hai conciliación.

Antes de entrar propiamente en materia do sector público, convén destacar os antecedentes normativos que nos levaron ao lugar en que estamos hoxe en día. Así, a norma pioneira en materia de conciliación foi a Lei 39/1999, do 5 de novembro, para promover a conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras. Foi a primeira que se referiu especificamente a este tema, e xa na súa exposición de motivos sinala que *a necesidade de conciliación do traballo e a familia foi xa formulada a nivel internacional e comunitario como unha condición vinculada de forma inequívoca á nova realidade social*. Destaca que *iso formula unha complexa e difícil problemática que debe abordarse, non só con importantes reformas legislativas, como a presente, senón coa necesidade de promover adicionalmente servizos de atención ás persoas, nun marco máis amplo de política de familia*.

Outra das normas que implicou un pulo moi importante neste terreo foi a Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes (LOI), que dispón que *as administracións públicas, no ámbito das súas respectivas competencias e en aplicación do*

principio de igualdad entre mulleres e homes, deberán [entre outras cousas] (...) facilitar a conciliación da vida persoal, familiar e laboral, sen menoscabo da promoción profesional¹⁾.

Estes avances despregaron os seus efectos en todos os ámbitos laborais, públicos e privados, e mesmo neste último se considerou na Lei 36/2011, do 10 outubro, reguladora da xurisdición social (LRXS), un procedemento para o exercicio dos dereitos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral, recoñecidos legal ou convencionalmente²⁾, que interesa aos nosos efectos porque pode ser invocado por un traballador que sexa persoal laboral nun caso de flexibilidade horaria, como se verá máis adiante nun exemplo dunha sentenza do ano 2015.

Pois ben, xa no marco concreto das administracións públicas e froito das directrices marcadas pola lexislación que se acaba de mencionar, o dereito a conciliar a vida laboral, familiar e persoal aparece recoñecido, en primeiro lugar, no artigo 14 do Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o Estatuto básico do empregado público (en diante, EBEP), baixo o título “Dereitos individuais”. Concretamente, sinala que *os empregados públicos teñen os seguintes dereitos de carácter individual en correspondencia coa natureza xurídica da súa relación de servizo (...) á adopción de medidas que favorezan a conciliación da vida persoal, familiar e laboral³⁾.*

Así mesmo, prevese respecto dos permisos dos funcionarios públicos (artigo 48 EBEP) que estes se lles recoñecerán, entre outros motivos, *por tempo indispensable (...) por deberes relacionados coa conciliación da vida familiar e laboral⁴⁾.* Á marxe desa declaración xenérica, no precepto detállanse os permisos concretos que se lles recoñecen aos funcionarios públicos –tamén extensibles ao persoal laboral por así indicalo o artigo 51 EBEP–, todos eles relacionados con circunstancias da vida familiar ou privada.

Non obstante, é o artigo 49 EBEP o que se refire especificamente aos permisos por motivos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral, e sinala que *en todo caso se concederán os ditos permisos coas correspondentes condicións mínimas*, e tamén aplicable ao persoal laboral ex artigo 51 EBEP.

Particularmente referido aos funcionarios de carreira, o artigo 89 EBEP regula a cuestión das excedencias, frontalmente vinculadas nalgunhas das súas modalidades ao tema que nos ocupa. No caso do persoal laboral, cumprirá observar o disposto na lexislación laboral, isto é, o artigo 46 ET e o artigo 54 do III Convenio colectivo único do persoal laboral da Administración xeral do Estado.

Os ditos preceptos abordan frontalmente a cuestión da conciliación, aínda que non son os únicos que se poden invocar para facer valer estes dereitos. Así, para compatibilizar o traballo con motivos de saúde, por exemplo, o artigo 20.1, letra h) da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, sinala que *a Administración xeral do Estado poderá adscribir os funcionarios a postos de traballo en distinta unidade ou localida-*

1 Artigo 51, letra b.

2 Artigo 139. Sobre o tema, véxase LOUSADA AROCHENA, F., “Vacaciones, materia electoral, clasificación profesional, impugnación de decisiones de flexibilidad interna y derechos de conciliación en la Ley reguladora de la jurisdicción social”, *Revista Técnico Laboral*, Vol. 34, n. 132, 2012, pp. 228-250.

3 Letra j).

4 Letra j).

de, logo de solicitude baseada en motivos de saúde ou rehabilitación de funcionario, o seu cónxuxe ou os fillos ao seu cargo, con informe previo do servizo médico oficial legalmente establecido e condicionado a que existan postos vacantes con asignación orzamentaria cuxo nivel de complemento de destino e específico non sexa superior ao do posto de orixe, e se reúnan os requisitos para o seu desempeño; a dita adscrición terá carácter definitivo cando o funcionario ocupase con tal carácter o seu posto de orixe.

En canto á normativa autonómica galega, a norma de referencia é o Decreto legislativo 2/2015, do 12 de febreiro, polo que se aproba a Lei de igualdade de Galicia, que contén unha detallada regulación das medidas de conciliación na nosa comunidade autónoma. Esta norma, que derogou a ata entón vixente Lei 2/2007, do 28 de marzo, do traballo en igualdade das mulleres de Galicia, está desenvolvida no Decreto 182/2008, do 31 de xullo, polo que se establece a promoción autonómica das medidas municipais de conciliación e se determinan os requisitos para a súa validación e funcionamento.

Tamén a Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia, dedica unha parte do seu contido (artigos 121-125)⁵ ao aspecto da conciliación da vida persoal, familiar e laboral, como se verá máis adiante.

Non obstante, non son as únicas, dado que ao longo dos últimos anos foron máis as normas que se promulgaron co obxectivo de conciliar. Así, destaca a Orde do 20 de decembro de 2013, conxunta da Vicepresidencia e Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza e da Consellería de Facenda, pola que se regulan a acreditación, a xornada e o horario de traballo, a flexibilidade horaria e o teletraballo de empregados públicos no ámbito da Administración xeral e do sector público de Comunidade Autónoma de Galicia. E, máis recentemente, a Resolución do 24 de febreiro de 2016, da Dirección Xeral da Función Pública, pola que se ditan instrucións sobre o réxime de vacacións, permisos e licenzas.

3 Natureza e alcance

Un sector da doutrina sinala que os dereitos de conciliación se achegan aos dereitos fundamentais, pois estanse a recoñecer de forma xeneralizada e buscan igualdade real a través da corresponsabilidade⁶. Así mesmo, dise que parece que a LOI os quere integrar dentro do contido esencial do principio de non discriminación por razón de sexo, e nesa liña sitúase algunha recente xurisprudencia constitucional (como por exemplo a Sentenza do Tribunal Constitucional 3/2007, do 15 de xaneiro)⁷.

As preguntas que xorden a continuación don: cales son eses dereitos de conciliación?, onde se enumeran? Pois ben, a lei non os cuantifica, polo que hai que extraelos en relación cos permisos e as medidas flexibilizadoras que se recollen na normativa aplicable a estes efectos ao sector público.

5 Situados no título VI, «Dereitos e deberes individuais dos empregados públicos»; capítulo IV, «Xornada de traballo, permisos, licenzas e vacacións»; sección 3 «Permisos do persoal funcionario por motivos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral».

6 Ao respecto, LOUSADA AROCHENA, F., "El tiempo en las leyes con perspectiva de género", *Revista de Derecho Social*, n. 49, 2010, pp. 83-96.

7 *Ibidem*.

3.1 Alcance no ámbito estatal

Como se anticipou, o artigo 14 EBEP proclama que os empregados públicos teñen dereito a que adopten medidas que favorezan a conciliación. Como vemos, diríxese a todo o persoal da Administración que se atopa na categoría “empregado público”, isto é, de acordo co artigo 8 EBEP, aos funcionarios de carreira, aos funcionarios interinos, ao persoal laboral (xa sexa fixo, por tempo indefinido, ou temporal) e ao persoal eventual.

Os dereitos de conciliación máis comúns, contidos no EBEP, pódense clasificar en dous bloques: permisos e excedencias. En canto aos permisos, atopamos dous tipos, os que non están regulados como dereitos de conciliación en sentido estrito, pero cuxa finalidade é compatibilizar vida persoal e familiar, con vida laboral, e os que se recollen na norma expresamente baixo ese título. Os primeiros aparecen no artigo 48 EBEP, e pódense agrupar como segue.

En primeiro lugar, os relacionados coa vida, a saúde e o coidado de familiares: falecemento, accidente ou enfermidade grave dun familiar dentro do primeiro grao de consanguinidade ou afinidade⁸; por atender o coidado dun familiar de primeiro grao⁹; ou por razóns de garda legal, cando o 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 retribuída¹⁰.

En segundo lugar, os relacionados coa maternidade: para a realización de exames prenatais e técnicas de preparación ao parto polas funcionarias embarazadas e, nos casos de adopción ou acollemento, ou garda con fins de adopción, para a asistencia ás preceptivas sesións de información e preparación e para a realización dos preceptivos informes psicolóxicos e sociais previos á declaración de idoneidade¹¹; por lactación dun fillo menor de doce meses¹²; por nacemento de fillos prematuros ou que por calquera outra causa deban permanecer hospitalizados a continuación do parto¹³.

En terceiro lugar, por motivos relacionados con actividades formativas (exames finais e demais probas definitivas de aptitude)¹⁴, sindicais¹⁵, ou de carácter público cuxo cumprimento sexa inescusable¹⁶.

8 Tres días hábiles cando se produce na mesma localidade; cinco cando é noutra distinta.

9 Redución de ata o cincuenta por cento da xornada laboral, con carácter retribuído, por razóns de enfermidade moi grave e polo prazo máximo dun mes.

10 Redución da súa xornada.

11 Polo tempo indispensable.

12 Terá dereito a unha hora de ausencia do traballo que poderá dividir en dúas fraccións; este dereito poderá substituírse por unha redución da xornada normal en media hora ao inicio e ao final da xornada, ou nunha hora ao inicio ou ao final da xornada, coa mesma finalidade.

13 Dereito a ausentarse do traballo durante un máximo de dúas horas diarias percibindo as retribucións íntegras.

14 Durante os días da súa celebración.

15 Nos termos en que se estableza.

16 Polo tempo indispensable.



Por último, por outros motivos vinculados á vida persoal do traballador: traslado de domicilio sen cambio de residencia¹⁷; por asuntos particulares¹⁸; e por matrimonio¹⁹.

Pola súa parte, como se indicaba, a outra clase de permisos son os que a norma nomea expresamente como permisos por razóns de conciliación, que se consideran no artigo 49 EBEP, destacando os seguintes²⁰: 1) por parto²¹; 2) por adopción, por garda con fins de adopción, ou acollemento, tanto temporal como permanente²²; 3) por paternidade polo nacemento, garda con fins de adopción, acollemento ou adopción dun fillo²³; e 4) por coidado de fillo menor afectado por cancro ou outra enfermidade grave²⁴.

En canto ao persoal laboral en particular, ademais de ser aplicable a este colectivo o disposto no EBEP por entrar no seu ámbito de aplicación, convén ter en conta o disposto no III Convenio colectivo único para o persoal laboral da Administración xeral do Estado²⁵, actualmente vixente. O seu artigo 38.5, relativo ao calendario laboral, indica que *excepcionalmente, logo de autorización do responsable da unidade, poderase conceder, con carácter persoal e temporal, a modificación do horario fixo nun máximo de dúas horas por motivos directamente relacionados coa conciliación da vida persoal, familiar e laboral, e nos casos de familias monoparentais*. Trátase dun convenio que tamén noutras materias, como a de formación, revela o desexo de fomentar as medidas que tendan a favorecer a conciliación (artigo 48). O seu artigo 47 refírese aos permisos xa expostos, con algunha matización²⁶. Neste caso, cal é a fonte que resulta de aplicación, o EBEP ou o convenio colectivo? No EBEP non hai un criterio ou unha prelación de fontes ben delimitada, dado que nalgunhas ocasións lle resulta aplicable o EBEP²⁷, outras o ET²⁸, os convenios colectivos²⁹, outras veces resultan aplicables

17 1 día.

18 6 días ao ano.

19 15 días.

20 O precepto tamén se refire aos permisos por razón de violencia de xénero, ou para as vítimas de terrorismo e os seus familiares directos.

21 16 semanas ininterrompidas. *Este permiso ampliarase en dúas semanas máis no suposto de discapacidade do fillo e por cada 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. En caso de falecemento da nai, o outro proxenitor poderá facer uso da totalidade ou, se é o caso, da parte que reste de permiso.*

22 16 semanas ininterrompidas. *Este permiso ampliarase en dúas semanas máis no suposto de discapacidade do menor adoptado ou acollido e por cada fillo, a partir do segundo, nos supostos de adopción ou acollemento múltiple.*

23 4 semanas, a desfrutar polo pai ou o outro proxenitor a partir da data do nacemento, da decisión administrativa de garda con fins de adopción ou acollemento, ou da resolución xudicial pola que se constituía a adopción.

24 *O funcionario terá dereito, sempre que ambos os proxenitores, adoptantes, gardadores con fins de adopción ou acolletores de carácter permanente traballen, a unha redución da xornada de traballo de polo menos a metade da duración daquela, percibindo as retribucións íntegras con cargo aos orzamentos do órgano ou entidade onde veña prestando os seus servizos, para o coidado, durante a hospitalización e tratamento continuado, do fillo menor de idade afectado por cancro (tumores malignos, melanomas ou 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 ou, se é o caso, da entidade sanitaria concertada correspondente e, como máximo, ata que o menor cumpra os 18 anos.*

25 Publicado no *Boletín Oficial del Estado* do 12 de novembro de 2009.

26 Nacemento de fillo, acollemento ou adopción: 10 días, a desfrutar polo pai desde a data do nacemento, a decisión administrativa ou xudicial de acollemento ou da resolución xudicial de adopción [artigo 47, letra b) do Convenio Colectivo].

27 Procedementos selectivos.

28 Clasificación profesional (con matices).

29 Situacións do persoal laboral.

varias fontes (EBEP directo e ET supletorio³⁰; ou EBEP supletorio³¹), etc. No caso dos permisos (artigo 51 EBEP), trátase dun suposto concorrente, isto é, non está claro que norma é prioritaria. Neste caso, dado que o conflito se formula entre EBEP e norma convencional, entendo que se debería optar pola máis favorable ao traballador.

Por último, hai un terceiro bloque de dereitos que favorecen a conciliación. Refírome ao suposto de suspensión da relación laboral por atoparse o traballador en excedencia voluntaria, o que implica, como se sabe, a ausencia de remuneración. No caso dos funcionarios de carreira, e para os efectos que aquí interesan, destaca a excedencia voluntaria por agrupación familiar, e a excedencia voluntaria por coidado de familiares, reguladas no artigo 89 EBEP.

A primeira recoñéceselles aos funcionarios que, *sen o requisito de ter prestados servizos efectivos en calquera das administracións públicas durante o período establecido, o seu cónxuxe resida noutra localidade por obter e estar a desempeñar 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*³².

A excedencia voluntaria por coidado de familiares ten unha duración non superior a tres anos. A súa finalidade é, ou ben atender ao coidado de cada fillo³³, ou ben para atender ao coidado dun familiar que se atope ao seu cargo, ata o segundo grao inclusive de consanguinidade ou afinidade que por razóns de idade, accidente, enfermidade ou discapacidade non poida valerse por si mesmo e non desempeñe actividade retribuída³⁴.

No relativo ao persoal laboral, as excedencias voluntarias que aquí interesan son dúas: por coidado de fillos, ou por coidado doutros familiares, as cales non exixen unha antigüidade mínima na empresa (neste caso na Administración) para poder solicitalas. O artigo 46.3 do Real decreto lexislativo 2/2015, do 23 outubro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei do estatuto dos traballadores (ET), sinala que a excedencia por coidado de fillos³⁵ terá unha duración non superior a tres anos, mentres que a excedencia por 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 retribuída, non será superior a dous anos (salvo que se estableza unha duración maior pola negociación colectiva). Estas excedencias implican unha reserva do mesmo posto durante o primeiro ano (ata 15-18 meses no caso de familias numerosas) e, transcorrido ese prazo, a reserva dun posto do mesmo grupo ou de categoría equivalente no segundo e terceiro.

30 Como o que respecta ao réxime disciplinario.

31 Mobilidade do persoal laboral.

32 Artigo 89.3.

33 *Tanto cando o sexa por natureza como por adopción, ou de cada menor suxeito a garda con fins de adopción ou acollemento permanente, contada desde a data de nacemento ou, se é o caso, da resolución xudicial ou administrativa.* Artigo 89.4, parágrafo primeiro.

34 Artigo 89.4, parágrafo segundo.

35 *Tanto cando o sexa por natureza como por adopción, ou nos supostos de garda con fins de adopción ou acollemento permanente, contada desde a data de nacemento ou, se é o caso, da resolución xudicial ou administrativa.*

3.2 Alcance no ámbito autonómico: o caso de Galicia

Un dos eixes do *VI Plan Galego para a Igualdade entre Mulleres e Homes, Estratexia 2013-2015*³⁶ detense nas medidas tendentes a favorecer a conciliación. Concretamente, o eixe 4, titulado «Conciliación corresponsable e calidade de vida», proclama como obxectivo estratéxico «reforzar unha asunción equilibrada entre mulleres e homes dos tempos dedicados ás tarefas domésticas e familiares e dos tempos dedicados ao traballo remunerado e á formación, así como ao lecer e á vida social, de forma que se reduza a brecha de xénero e se avance nun modelo de organización social que facilite unha boa calidade de vida para todas as persoas e unha maior produtividade e satisfacción respecto ao traballo».

A Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia, delimita no seu artigo 4 o ámbito de aplicación desta norma, sinalando os colectivos encadrados nel. Concretamente, establece que *esta lei se aplica ao persoal funcionario e, no que proceda, ao persoal laboral ao servizo das seguintes administracións públicas: a) Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia; b) entidades locais galegas; c) entidades públicas instrumentais do sector público autonómico de Galicia; d) entidades públicas instrumentais vinculadas ou dependentes das entidades locais galegas; e e) as universidades públicas galegas*. A lei tamén se aplica ao *persoal docente dependente da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e ao persoal estatutario do Servizo Galego de Saúde*, agás en determinadas materias³⁷. Pois ben, esta norma regula nos artigos 121-125 os permisos do persoal funcionario por motivos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral, sendo o último o que recoñece, a xeito de cláusula de peche, as garantías vinculadas ao exercicio destes dereitos. Pois ben, o primeiro dos preceptos refírese ao permiso por parto, o cal ten unha duración maior que a establecida no EBEP, en concreto de 18 semanas ininterrompidas. Ademais, a dita duración ampliarase nos casos e polos períodos seguintes³⁸: *a) discapacidade do fillo, dúas semanas máis; b) Partos múltiples, dúas semanas máis por cada fillo a partir do segundo; e c) partos prematuros e aqueles en que, por calquera outra causa, o neonato deba permanecer hospitalizado a continuación do parto, tantos días como o neonato se atope hospitalizado, ata un máximo de trece semanas adicionais*.

Outro permiso é o de adopción ou acollemento, regulado no artigo 122. A duración é a mesma que se prevé para o permiso por parto (18 semanas ininterrompidas), cunha duración máis ampla en caso de: *a) discapacidade do menor adoptado ou acollido, dúas semanas máis; e b) adopción ou acollemento múltiple, dúas semanas máis por cada menor adoptado ou acollido a partir do segundo*³⁹. No artigo 123 prevense algunhas especialidades para o caso de adopción ou acollemento internacional, para os que se prevé que, *se fose necesario o desprazamento previo ao país de orixe do menor*, o funcionario terá dereito a *un permiso de ata tres meses de duración, fraccionables a elección da persoa titular do dereito, e durante os cales se percibirán exclusivamente as retribucións básicas*. A previsión considerada no artigo 124 sobre o uso polo outro proxenitor amplía os dereitos do outro proxenitor

36 Localizable en <http://igualdade.xunta.gal/gl/content/plans-e-actuacions>.

37 Así o indica o artigo 6.1, que exceptúa as cuestións relativas á carreira profesional e á promoción interna; retribucións complementarias; e mobilidade voluntaria entre administracións públicas.

38 Artigo 121.2.

39 Apartado segundo.

nestes supostos, ao que se lle recoñece como funcionario un permiso retribuído de 29 días naturais de duración.

O Decreto legislativo 2/2015, do 12 de febreiro, polo que se aproba a Lei de igualdade de Galicia, regula no seu título VII (artigos 85-104) o «apoio á conciliación e á corresponsabilidade».

En concreto, os dereitos que recoñece a lei galega son os seguintes: un complemento das prestacións por risco durante o embarazo ou por maternidade⁴⁰; o permiso retribuído para asistir e para acompañar a tratamentos de fecundación asistida e para acompañar exames prenatais e técnicas de preparación ao parto⁴¹; permiso de lactación⁴²; a posta á disposición de salas de lactación⁴³, destinadas ás traballadoras embarazadas e para que as nais lactantes teñan a posibilidade de descansar tombadas en lugar apropiado, así como de dar de mamar ao seu fillo ou filla con tranquilidade (en caso de lactación artificial, tamén poderán ser utilizadas polos pais); o dereito das mulleres xestantes a elixir o período de vacacións e preferencias derivadas da existencia de responsabilidades familiares⁴⁴; a flexibilización de xornada por motivos familiares; a preferencia en cursos formativos autonómicos⁴⁵; e o permiso do outro proxenitor por nacemento, acollemento ou adopción dun fillo⁴⁶.

A norma establece garantías no exercicio dos dereitos de conciliación, realizando para iso campañas de concienciación tendentes á valoración positiva do persoal ao seu servizo que exerza estes dereitos. Unha delas é a que prevé o caso do *matrimonio de mulleres*, en que, *sendo unha delas a nai biolóxica, se lle garantirá á que non o fose, se fose persoal funcionario, eventual, interino, estatutario ou laboral da Administración pública galega, que, a elección daquela, poida desfrutar a parte da licenza por maternidade que se lle podería transferir ao pai*⁴⁷.

Respecto desta lei, considero moi interesante deterse na promoción autonómica das medidas municipais de conciliación que se impulsan. Regúlanse nos artigos 95 a 104. Concretamente, trátase de dúas iniciativas: os bancos municipais de tempo e os plans de programación do tempo da cidade.

Os bancos municipais de tempo (artigos 96-99) *facilitaranlles ás persoas empadroadas no correspondente municipio a conciliación da súa vida persoal, familiar e laboral mediante a realización de labores domésticos concretos, en especial aquelas que exixan desprazamentos, como a realización da compra diaria ou de xestións de índole administrativa, e de labores de coidado ou mera compañía de menores de idade e de persoas dependentes. Para iso, o concello xestionará unha base de datos de persoas demandantes dos referidos labores, onde se reflectirán os datos persoais e as necesidades de tempo. As persoas que teñan dispoñibilidade inscribiranse voluntariamente nas redes comunitarias de apoio á conciliación, e nas bases de*

40 Artigo 87.

41 Artigo 88.

42 Artigo 89.

43 Artigo 90.

44 Artigo 91.

45 Artigo 93.

46 Artigo 94.

47 Artigo 86.2.

datos figurarán os datos do voluntario, a súa cualificación e/ou experiencia, e dispoñibilidade. Deste xeito, porase en contacto os voluntarios e os demandantes deses labores⁴⁸.

Así mesmo, sen prexuízo das competencias dos servizos sociais, os concellos excepcionalmente poderán prestar servizos a través de persoal propio ou contratado para iso cando concorra algunha das seguintes circunstancias de feito: a) distanciamento a centros de poboación ou ausencia de persoas voluntarias que imposibiliten acudir ás redes comunitarias de apoio á conciliación cando se trate da prestación de coidados a unha persoa dependente cuxos ingresos sexan inferiores ao dobre da contía do indicador público de renda de efectos múltiples; b) descanso de dous días ao mes a favor das persoas que, por razóns diversas, asumisen o coidado de persoas dependentes. En tal caso, garantirase o dereito da persoa coidadora a elixir libremente a persoa ou persoas substitutas da súa confianza entre o cadro de persoal municipal que resulte da planificación da cobertura para a prestación dos ditos servizos⁴⁹.

A outra iniciativa que se prevé son os plans de programación do tempo da cidade (artigos 100-104), que *pretenden unha coordinación dos horarios da cidade coas exixencias persoais, familiares e laborais da cidadanía, obrigando a unha permanente revisión e adaptación de tales horarios⁵⁰.*

Por último, unha forma de traballo que se dá cada vez máis nos nosos tempos, froito da incorporación das novas tecnoloxías, é o teletraballo. Trátase dunha ferramenta que permite compatibilizar a vida persoal, familiar e laboral, dado que o lugar de prestación dos servizos se determina por elección do traballador (loxicamente, cando pola natureza dos servizos iso sexa posible). Malia a súa implantación en moitas empresas, e a considerarse para o sector privado desde hai anos (o antes chamado traballo a domicilio, hoxe traballo a distancia, artigo 13 ET), o EBEP aínda non prevé expresamente esta figura. Tampouco o fai o III Convenio colectivo único do persoal laboral da Administración xeral do Estado. Como antecedente, destaca a Orde Apu/1981/2006, do 21 de xuño, pola que se promove a implantación de programas piloto de teletraballo nos departamentos ministeriais, pero non se concretou en ningunha regulación en particular. Anteriormente, xa a nivel comunitario, é significativo o impulso que se tratou de darlle a esta figura a través do Acordo Marco Europeo sobre teletraballo de 2002.

Non obstante, esta modalidade de prestación de servizos non está exenta de regulación no marco das administracións públicas, pois no ámbito autonómico son varias as normas que o recollen. No caso de Galicia, que aquí se analiza, a mencionada Lei 2/2015, do 29 de abril, de emprego público de Galicia, sinala que, *cando a natureza do posto que se desempeñe o permita, e sempre que se garanta a correcta prestación dos servizos, os empregados públicos poderán realizar todas as funcións do seu posto ou algunhas delas fóra das dependencias da*

48 Isto levouse á práctica nalgúns concellos, como o de Vigo. https://sede.vigo.org/expedientes/tramites/tramite.jsp?id_tramite=610&lang=gal.

49 Artigo 98.

50 Artigo 100, que indica que *se consideran horarios de cidade os horarios de apertura e peche de oficinas públicas, comercios e servizos públicos ou privados con atención ao público, incluíndo actividades culturais, bibliotecas, espectáculos e transportes. Ao respecto, véxase LOUSADA AROCHENA, F., "Las políticas públicas sobre tiempos de la ciudad", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n. 23, 2008, pp. 16-21. Tamén, estudo diagnóstico da Fundación Mulleres para o Plan de Programación do Tempo da Cidade de Lugo (2008).*

*Administración pública en que estean destinados, mediante o emprego das novas tecnoloxías, nos supostos e cos requisitos que se determinen regulamentariamente*⁵¹.

Igualmente trata esta cuestión a citada Orde do 20 de decembro de 2013, conxunta da Vicepresidencia e Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, e da Consellería de Facenda, pola que se regulan a acreditación, a xornada e o horario de traballo, a flexibilidade horaria e o teletraballo de empregados públicos no ámbito da Administración xeral e do sector público de Comunidade Autónoma de Galicia. Os seus artigos 13 a 15 detallan a forma de prestar servizos vía teletraballo, aplicable aos empregados públicos. Defínese como *aquela modalidade de prestación de servizos en que o persoal empregado público desenvolva as tarefas asignadas ao seu posto de traballo fóra das dependencias da Administración autonómica, mediante o emprego das novas tecnoloxías, coa finalidade de acadar unha maior eficiencia na xestión pública, contribuíndo á conciliación da vida familiar e laboral*⁵².

De acordo co que sinala a norma, esta modalidade terá carácter voluntario, pero poderán realizala os empregados públicos que cumpran cos seguintes requisitos⁵³: a) *estar en situación de servizo activo*; b) *contar cunha antigüidade igual ou superior aos dous anos de servizo no posto de traballo para o que se solicita o teletraballo ou, se é o caso, acreditar a experiencia por prestación de servizos en postos con funcións e tarefas análogas ás do posto para o que se solicita este dereito*; c) *desempeñar un posto de traballo que, pola súa natureza e características técnico-funcionais, sexa susceptible de ser desenvolvido baixo esta modalidade*⁵⁴; d) *o persoal empregado público deberá dispor, na data en que comece o réxime de teletraballo, dun equipo informático básico con acceso a internet e dun lector de tarxeta, así como de teléfono móbil*; e e) *ter os coñecementos suficientes, informáticos e telemáticos, teóricos ou prácticos, que requira o exercicio das funcións obxecto do teletraballo*.

regap



NOTAS

4 Tendencias recentes na casuística

A casuística sobre os dereitos que aquí se estudan é numerosa e moi frecuente. Na práctica formuláronse cuestións polémicas que desembocaron en decisións xudiciais pioneiras, que supuxeron un avance nos dereitos de conciliación, tratando de facilitar o seu exercicio tamén polo home.

En canto aos permisos, un asunto moi habitual na práctica é o do uso do permiso de maternidade por parte do home. Como se sabe, este permiso, de dezaseis semanas de duración, pode ser cedido ao pai tras as primeiras seis semanas de descanso obrigatorio para a nai. Pois ben, as condicións do seu disfrute polo pai non eran tan sinxelas ata que a xurisprudencia lles achandou o terreo aos homes. Concretamente, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea

51 Artigo 107.

52 Artigo 13, parágrafo primeiro.

53 Artigo 14.

54 *Para estes efectos, poderán considerarse postos de traballo susceptibles de seren desenvolvidos en modalidade o estudo e a análise de proxectos, a elaboración de informes, asesoría, redacción e tratamento de documentos, inspección, xestión de sistemas de información ou análise e deseño de sistemas de información ou outros análogos que non requiran a prestación de servizos presenciais. Para tal efecto, enténdese por servizos presenciais aqueles en que a prestación efectiva só queda plenamente garantida coa presenza física do empregado ou da empregada.*

(TXUE), na súa Sentenza do 16 de xullo de 2015⁵⁵, axuizou un caso dun funcionario grego que quería gozar do permiso de maternidade da súa muller, que non traballaba. O dito permiso foille denegado xa que, segundo a normativa, só podía desfrutar del en caso de que a súa muller traballase. O tribunal entendeu que a normativa que priva un funcionario do dereito a un permiso parental se a súa esposa non exerce unha actividade laboral ou profesional é contraria ao dereito da Unión Europea (concretamente, á Directiva 96/34/CE do Consello, de 3 de xuño de 1996, relativa ao Acordo marco sobre o permiso parental, e á Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de xullo de 2006, relativa á aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación). A dita interpretación é aplicable a traballadores tanto do sector público como privado.

Algo parecido sucedeu co permiso de lactación. No asunto *Roca Álvarez*, o TXUE⁵⁶ declarou contraria ao dereito da Unión Europea a denegación dun permiso de lactación a un traballador porque a súa muller era autónoma, e non traballadora por conta allea. Aínda que se trataba dun caso dun traballador por conta allea do sector privado, o razoamento é extrapolable aos traballadores públicos. En España, este dereito podía ser exercido indistintamente por un ou outro proxenitor, pero sempre que ambos os dous traballasen. Tras esta sentenza, a dita interpretación cambiou, a cal, por suposto, se fai extensiva aos empregados públicos. Adoptado o novo criterio, a primeira resolución ao respecto foi a Sentenza do Xulgado do Social n. 19 de Barcelona, do 21 de xaneiro de 2013⁵⁷. Nela sinálase que se «debe adoptar unha liña interpretativa acorde coa actual configuración do permiso, como unha medida de conciliación da vida familiar e laboral, da que non podería excluírse o traballador ou traballadora en función da situación laboral do outro proxenitor»⁵⁸. Neste sentido, insiste en que «nin está xustificada a concesión prioritaria á nai –a valorar en función das circunstancias concorrentes cando ambos os dous proxenitores traballen, de existir discrepancia–, nin a negativa do dereito cando esta non traballe, xa que perpetuaría unha división de roles entre os proxenitores que non pode considerarse acorde co principio de igualdade de trato e non discriminación»⁵⁹. Como indica a propia resolución, entender o contrario sería contraproducente para a nai que, estando sen emprego, quere cederlle o desfrute do dereito ao seu marido para tamén ter tempo para buscar emprego. O razoamento da sentenza pode predicarse respecto do funcionario público que quere acceder a este permiso e que a súa muller é autónoma ou non traballa.

Respecto da flexibilidade horaria, destaca unha Sentenza do Xulgado do Social n. 13 de Madrid, do 22 de outubro de 2015⁶⁰, relativa a un traballador, persoal laboral do IMSERSO, que tiña ao seu coidado un fillo menor dun ano, e solicitou flexibilidade horaria para a entrada na quenda de mañá. O traballador prestaba os seus servizos nun réxime de traballo a quendas, de 8.00 a 15.00 na quenda de mañá, e de 15.00 a 22.00 cando lle correspondía acudir pola tarde, e a petición de flexibilidade horaria para a entrada na quenda de mañá foille denegada pola empresa ao alegar esta incompatibilidade coas súas necesidades dado

55 Asunto C 222/14.

56 Asunto C 104/09, do 30 de setembro de 2010.

57 Sentenza n. 50/2013.

58 Fundamento xurídico sexto, parágrafo primeiro.

59 *Ibidem*, parágrafo segundo.

60 Sentenza n. 374/2015.

que nesa franxa horaria se servían os almozos. A sentenza recoñece que o traballador tiña dereito a «flexibilizar ata un máximo dunha hora de entrada na quenda de mañá para os efectos de poder levar o seu fillo ao centro escolar»⁶¹, no entendemento de que «non poden prevalecer (...) as dificultades organizativas alegadas pola empresa no xuízo sobre a protección xurídica da familia que deben garantir os poderes públicos, segundo o artigo 39.1 CE, coa correspondente “protección integral dos fillos, iguais estes ante a lei con independencia da súa filiación»⁶².

En relación coas excedencias voluntarias aquí analizadas, cabe preguntarse se sería posible que un empregado público, concretamente un funcionario, que estivese en excedencia por coidado de familiares, por exemplo un fillo, exercese durante a excedencia unha actividade privada por unhas horas ao día ou á semana que permitisen atender a finalidade principal da excedencia, como é o coidado dun fillo. Malia que esta situación é admisible (sempre que haxa boa fe e cuns límites) no sector privado, e aquí fálase do sector público, creo que isto sería posible sempre que se desen unhas circunstancias moi concretas, como que a actividade non sexa incompatible co seu posto, e que lle permita atender o seu fillo como se indicou. Pero, ante todo, cómpre ter en conta que o funcionario en excedencia non está en servizo activo, polo que a Lei 53/1984, do 26 de decembro, de incompatibilidades do persoal ao servizo das administracións públicas, non se lle aplica.

Outro suposto moi interesante é o relativo aos traslados no marco das administracións públicas. Neste sentido, merece especial atención unha sentenza moi recente, non exenta de debate, que tivo como eixe este precepto e, de fondo, unha cuestión de conciliación da vida persoal, familiar e laboral, avalada pola Lei 30/1984, citada ao comezo deste traballo. Refírome á Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 20 de xullo de 2016⁶³, relativa ao caso dunha funcionaria que prestaba os seus servizos na localidade madrileña de Coslada, destino en que estaba a gusto ata que un día foi abordada por un home no metro. Esa situación provocoulle «unha grave crise de ansiedade, o que lle iniciou un grave trastorno depresivo que concluíu cun trastorno de angustia con agorafobia»⁶⁴. Como consecuencia diso, e tras un período de incapacidade temporal, a traballadora solicitou a xubilación por incapacidade permanente, que se lle denega, xa que se indica que a traballadora é apta para o desempeño do seu posto de traballo. Non obstante, o psiquiatra acredita que volver ao lugar de traballo lle provoca «incomodidade, sufrimento e desestabilización incapacitante tanto no plano persoal como sociolaboral»⁶⁵, polo que «se aconsella a reincorporación laboral no destino da familia [Ourense], para que poida ser arroupada, atendida, apoiada e estimulada por familiares»⁶⁶. En definitiva, descóbrese a necesidade que ten de estar rodeada dos seus para que lle transmitan a seguridade que ela non ten»⁶⁷. A traballadora, ao solicitar que se lle recoñeza o traslado a Ourense, dadas as súas circunstancias de saúde, alega motivos de conciliación da vida familiar e laboral.

61 Fundamento de dereito quinto, parágrafo décimo primeiro.

62 *Ibidem*, parágrafo décimo segundo.

63 Recurso contencioso-administrativo n. 281/2015.

64 Fundamento de dereito primeiro, parágrafo primeiro.

65 Fundamento de dereito quinto, parágrafo sétimo.

66 *Ibidem*.

67 Fundamento de dereito quinto, parágrafo sexto.

Pois ben, o tribunal dálle a razón á traballadora baseándose en que «a causa da enfermidade non é tanto o traballo desempeñado, senón o lugar xeográfico onde se desempeña, sendo necesaria, para evitar a cronificación desta, a reincorporación laboral no destino de familia, isto é, Ourense»⁶⁸. Resolve neste sentido porque destaca que «tal posibilidade de cambio se atopa acollida (...) no artigo 20.1 h) da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, e 66 bis do Real decreto 364/1995, do 10 de marzo»⁶⁹. Isto é así porque, aínda que «do contido do artigo 20.1 h) da Lei 30/1984 se desprende a necesidade de que existan postos vacantes, iso non é óbice para que se estime a pretensión tendo xa en conta que no suplico da demanda xa se solicita que se conceda o traslado por motivos de saúde a un posto na cidade de Ourense, ou ben, en caso de non ser posible, por non poder determinar a existencia de vacantes, supeditado á existencia dunha vacante apropiada ao nivel da recorrente»⁷⁰.

Na dita resolución alúdese a un caso análogo, unha Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 18 de marzo de 2015⁷¹, sobre unha traballadora que necesitaba a proximidade da súa familia porque a súa patoloxía se agravaba ao residir soa a máis de 1.000 km de distancia deles⁷².

5 Conclusións

Malia que a conciliación da vida persoal, familiar e laboral experimentou moitos avances normativos nos últimos anos, a xurisprudencia contribuíu notablemente a clarificar certas dúbidas interpretativas que foron xurdindo na práctica.

O certo é que, a pesar dos avances, os dereitos de conciliación vida-traballo aínda se conciben como algo disperso, xa que para concretalos debemos acudir a diversas normas, e nelas tratar de agrupar os que encaixen nese concepto. No marco das administracións públicas a dispersión é aínda maior. Dada a complexidade do aparato organizativo do sector público, hai duplicidades normativas en función do ámbito en que nos movamos (Administración xeral do Estado, Administración autonómica, etc.), e mesmo dentro da mesma Administración (pénsese na Administración xeral do Estado), a fonte aplicable non está exenta de dúbidas, dado que contamos cun sistema dual de persoal de servizos, laboral e funcionario, con réximes xurídicos diferentes, aínda que concorrentes nalgúns aspectos.

Cuestións como a do traslado por razón de saúde, vinculada a motivos de conciliación, é significativa na nosa realidade xurídica, polas consecuencias que implica, xa que pon de manifesto que a saúde en ocasións está estreitamente vinculada ao ámbito familiar, e que iso tamén é conciliar, porque é deber do empresario adaptar o posto de traballo cando se acredite un factor de risco, e este pode ser de tipo ambiental, que repercute negativamente na saúde do traballador, como sucedía no caso que se analizou.

68 Fundamento de dereito sexto, parágrafo primeiro.

69 *Ibidem*.

70 Fundamento de dereito sexto, parágrafo terceiro.

71 Sentenza n. 159/2015.

72 Fundamento de dereito sexto, parágrafo segundo.

Pola súa parte, da man da xurisprudencia da Unión Europea, os homes tamén se viron favorecidos polas medidas de conciliación. Á vista están as resolucións indicadas sobre homes que querían gozar do permiso de maternidade ou do de lactación, e cuxo impedimento inicial era que a súa muller non respondía ao concepto de “traballadora” indicado pola lei. Foron resoltas ao seu favor polo tribunal, o que sen dúbida vén corroborar que, indirectamente, a xurisprudencia da Unión Europea está a marcar a pauta das lexislacións nacionais en moitos destes temas, e se é así, para avanzar en dereitos, benvido sexa.

6 Bibliografía

- LOUSADA AROCHENA, F., “Las políticas públicas sobre tiempos de la ciudad”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n. 23, 2008.
- LOUSADA AROCHENA, F., “El tiempo en las leyes con perspectiva de género”, *Revista de Derecho Social*, n. 49, 2010.
- LOUSADA AROCHENA, F., “Vacaciones, materia electoral, clasificación profesional, impugnación de decisiones de flexibilidad interna y derechos de conciliación en la Ley reguladora de la jurisdicción social”, *Revista Técnico Laboral*, vol. 34, n. 132, 2012.

Regap



NOTAS

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Maxistrado (Galicia, España)
fcominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Decreto 99/2012, do 16 de marzo, sobre servizos sociais comunitarios e o seu financiamento. 1.2 Dereito dos concelleiros a obter copia de expedientes administrativos. Principios de boa fe e racionalidade. Inadmisión de peticións xenéricas ou abusivas. 1.3 Carácter restrinxido e excepcional da “comisión de servizos” para prover os postos de traballo da Administración local. 1.4 Réxime de incompatibilidades dos funcionarios da Administración local. 1.5 Entidade local menor. Carece de competencia para suprimir posto de traballo reservado a habilitado nacional. 1.6 Impugnación por un concelleiro do acordo de adxudicación do contrato de servizo de axuda no fogar. Cómputo do prazo para recorrer. Órgano competente para adxudicar o contrato. 2 Educación e universidades. 2.1 Determinación do período de vixencia dos libros de texto e demais materiais curriculares. 2.2 Plan de financiamento do sistema universitario de Galicia. 2.3 Valoración de tramos de investigación (sexenios). 2.4 Puntuación de tese de doutoramento con “sobresáinte *cum laude*”. Require votación unánime e secreta en día diferente ao da defensa da tese. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Expropiación por taxación conxunta. As discrepancias sobre valoracións deben formularse sempre ante o xurado de expropiación con carácter previo á vía xurisdiccional contencioso-administrativa. 4 Medio ambiente e urbanismo. 4.1 Plan xeral de ordenación municipal. Nulidade por falta de xustificación xurídica de suficiencia de recursos hídricos para o incremento de poboación. 4.2 Aprobación definitiva do plan xeral de ordenación municipal condicionada a determinadas rectificacións que corraxirá directamente o concello sen novo acordo aprobatorio da Xunta de Galicia. 4.3 Plan especial de protección e reforma interior. Protección integral dun edificio con obriga de conservar o cinema da planta baixa. Dereito indemnizatorio dos propietarios. 4.4 Impugnación de plan xeral por unha asociación. Límites á acción pública urbanística. Necesaria correspondencia dos fins estatutarios da asociación cos seus argumentos impugnatorios. 4.5 Infraccións en zona de servidume de protección de costas. Prazo máximo de 15 anos desde a data de remate da obra ilegal para poder incoar o expediente de demolición. 4.6 Plan especial e plan de usos do porto. Omisión de avaliación ambiental estratéxica. Non se emenda coa posterior avaliación de impacto ambiental das obras previstas no plan. 5 Persoal. 5.1 Oposicións ao corpo superior da Administración da Xunta de Galicia (A1). Obriga do tribunal cualificador de motivar pormenorizadamente a súa puntuación en caso de ser cuestionada. 5.2 Restricións á provisión de postos polo sistema de “libre designación”. As direccións das áreas de

xestión clínica do SERGAS deben proverse por concurso. 6 Pesca e mar. 6.1 Convocatoria e bases para o outorgamento de axudas á paralización definitiva dos buques pesqueiros. 6.2 Sanción a organización de produtores de mexillón de Galicia por vulneración das regras de libre competencia. 6.3 Estudo Estratéxico Ambiental do litoral español para a instalación de parques eólicos mariños. Competencias da Administración do Estado sobre augas interiores do litoral galego. 7 Responsabilidade patrimonial. 7.1 Por perda de aproveitamento urbanístico do propietario dun soar como consecuencia do achado de restos arqueolóxicos. 7.2 Por accidentes de circulación orixinados na irrupción de animais salvaxes nas estradas. 7.3 Responsabilidade patrimonial do lexislador. Desistencia da Xunta de Galicia en procedementos de autorización de parques eólicos. 8 Tributos. 8.1 Taxa municipal por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de transporte de enerxía eléctrica, gas, auga e hidrocarburos. 8.2 Validez das notificacións electrónicas. 8.3 Imputación temporal da renda procedente da expropiación forzosa tramitada polo procedemento de urxencia.

1 Administración local

1.1 Decreto 99/2012, do 16 de marzo, sobre servizos sociais comunitarios e o seu financiamento

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS) do 22 de decembro de 2016 (relator: Teso Gamella, casación 629/2015) desestimou en fase casacional o recurso interposto pola Deputación Provincial de Lugo contra o Decreto 99/2012, do 16 de marzo, do Consello de Goberno da Xunta de Galicia, sobre servizos sociais comunitarios e o seu financiamento, coas seguintes consideracións:

«(...) se denuncia en un apartado la lesión de los artículos 9, 53 y 137 de la CE, 25, 36, 55 y 56 de la Ley de bases de régimen, y la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, y en otro apartado alega la vulneración del artículo 105 de la CE.

La vulneración de la expresada Ley 27/2013, que es el principal soporte argumental del motivo, no puede ser acogida. De un lado, porque no puede imputarse al Decreto autonómico n. 99/2012 impugnado en la instancia la lesión de una ley futura, que no estaba en vigor al tiempo de dictarse la norma reglamentaria autonómica impugnada en la instancia. Mal puede vulnerar la norma reglamentaria una norma legal futura que, por su propia naturaleza, resulta incierta su vigencia y su contenido. Y, de otro, porque en casación no puede alegarse la lesión de la totalidad de una ley. (...).

Respecto de las demás infracciones constitucionales y legales de la Ley de bases de régimen local, el alegato de casación más parece una legítima queja sobre las competencias de las diputaciones provinciales al proporcionar asistencia económica técnica y jurídica a los ayuntamientos o agrupaciones de ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, en la implantación y gestión de los servicios sociales comunitarios municipales, y otras del artículo 31 del decreto impugnado en el recurso contencioso administrativo, que un alegato sobre las infracciones normativas precisas e identificadas, sobre las que construir una causa de nulidad.

(...) Tampoco procedía el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, pues, insistimos, la citada Ley 27/2013 no resultaba de aplicación al caso, no podía constituir su ratio decidendi y por tanto la validez del decreto impugnado en la instancia no dependía de la constitucionalidad de dicha norma legal. No está de más recordar al respecto que la cuestión

de inconstitucionalidad debe plantearse, ex artículo 163 de la CE, cuando la sala albergue dudas de la constitucionalidad de una norma con rango de ley “aplicable al caso”, y “de cuya validez dependa el fallo”, que, como hemos señalado, no es el caso, al tratarse de una norma legal posterior a la norma reglamentaria impugnada en la instancia.

SÉPTIMO.- Por lo demás, el derecho de audiencia que se invoca al socaire de la lesión del artículo 105 de la CE tampoco puede ser estimado, pues dicha lesión se funda en la aplicación de una norma legal autonómica, como es la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Administración general y sector público de Galicia, y sabido es que el recurso de casación únicamente puede fundarse, ex artículo 86.4 de la LJCA, sobre la vulneración de normas estatales y de derecho comunitario europeo. Pero es más, la cita de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al aludir genéricamente al artículo 24, no resulta relevante, pues dicha norma no regula el procedimiento seguido para la elaboración del Decreto gallego 99/2012, ni contiene alusión alguna a las diputaciones, y, en fin, tampoco se razona sobre su aplicación concreta al caso».

1.2 Dereito dos concelleiros a obter copia de expedientes administrativos. Principios de boa fe e racionalidade. Inadmisión de peticións xenéricas ou abusivas

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), na súa Sentenza do 20 de abril de 2017 (relator: Méndez Barrera, Rec. 4080/2017), revogou a de instancia apelada e desestimou a existencia dun concelleiro á súa corporación municipal de obtención de copia íntegra dun número considerable de expedientes, ao entendela abusiva e desproporcionada. Incidiu o TSXG en que:

«(...) el criterio de que el derecho a la información que tiene un concejal se satisface poniendo a su disposición, para que pueda examinarlos, los documentos que interese, pero no se extiende a la entrega de copias de esos documentos fuera de los casos en que así lo establece el ROF, es el que expresan las sentencias del Tribunal Supremo que se citan en el recurso de apelación, y otras posteriores, como las de 16 de marzo de 2001 y 1 de agosto y 11 de octubre de 2002. Su doctrina no está contradicha por lo declarado en las de 29 de marzo de 2006 y 28 de enero de 2008. Esta última se refiere a que se está ante la petición de copias relativas a un asunto a tratar en los órganos colegiados del ayuntamiento, como son los de presupuestos, por lo que no resuelve un caso análogo al presente. La de 29 de marzo de 2006 no abandona la doctrina anterior, sino que realiza matizaciones. En su cuarto fundamento de derecho dice: “Abundando algo más en esa jurisprudencia cuya síntesis se ha realizado, y en un afán de clarificar y delimitar al máximo el criterio en que se sustenta, son convenientes estas puntualizaciones que siguen: a) El núcleo básico del derecho fundamental de participación política inherente al cargo de concejal se satisface con el derecho a la información y no comprende un derecho a obtener copias de la documentación existente en la corporación local. b) Ese derecho a obtener copias deriva de la normativa de régimen local antes mencionada y no es incondicionado, pero su indebida denegación, cuando es procedente, sí incide en el derecho fundamental de participación política (porque pese a que se trata de un derecho no derivado de la Constitución, sino de la normativa infraconstitucional, lo cierto es que se reconoce como instrumento para ejercer el cargo de concejal). c) Las condiciones para reclamar ese derecho de obtención de copia son diferentes según el

Regap



NOTAS

título normativo que sea invocado: cuando se ejercite al amparo de los apartados a) y b) del artículo 15 del ROFRJ/CL, habrá de precisarse el asunto en relación con el cual se piden las copias; y cuando lo sea según el apartado c) de ese mismo precepto reglamentario, deberá cumplirse con la exigencia de individualización documental que establecen los apartados 7 y 8 del artículo 37 de la Ley 30/1992. d) Cumpliéndose con esas condiciones, no podrá exigirse al interesado que justifique adicionalmente la utilidad o conveniencia de las copias solicitadas para el desempeño de la función de control político que corresponde al cargo de concejal. e) Recae sobre el ayuntamiento destinatario de la solicitud de copia la carga de justificar y motivar su denegación. También conviene añadir que el excesivo volumen de la documentación cuya copia sea solicitada y la perturbación que su expedición o entrega pueda causar en el funcionamiento de la corporación local, en razón de los medios de que esta disponga, será un factor de legítima ponderación en la resolución que haya de dictarse. Pues no puede olvidarse que asegurar la normalidad de aquel funcionamiento es un imperativo del principio de eficacia que para la actuación de la Administración pública proclama el artículo 103 CE”.

En el caso que se examina no se dan las circunstancias a las que se refieren los apartados a) y b) del artículo 15 del ROF. Por lo tanto, y de acuerdo con lo declarado por la sentencia parcialmente transcrita, el solicitante debería cumplir con la exigencia de individualización documental establecida en los apartados 7 y 8 del artículo 37 de la Ley 30/1992. Consta en los autos que el día 14 de septiembre de 2016 se pusieron a disposición del actor en las dependencias municipales los documentos de los que había solicitado copia, que examinó desde las 9.15 hasta las 12.40 horas, e insistió en su petición de que le entregase copia de todos ellos, a lo que le contestó el secretario-interventor que no estaba autorizado para hacer esa entrega. Ante tales hechos, hay que concluir que el derecho fundamental del actor fue satisfecho, si bien con posterioridad al inicio del procedimiento especial y a la presentación de la demanda, pues una vez examinados los documentos puestos a su disposición no resulta justificado que se siga interesando la entrega de copia de todos ellos y no de unos concretos, por lo que no resulta procedente una condena como la que contiene la sentencia de primera instancia, que por ello debe ser revocada».

1.3 Carácter restrinxido e excepcional da “comisión de servizos” para prover os postos de traballo da Administración local

Na súa interesante Sentenza do 20 de xuño de 2017 (relator: Seoane Pesqueira, Rec. 32/2017), o TSXG realiza unha exhaustiva análise da figura da “comisión de servizos” habitualmente utilizada polas administracións locais para prover postos de traballo con carácter provisional, mediante nomeamento directo e discrecional. A sentenza confirma a anulación da provisión por comisión de servizos de oito postos do Concello de Ourense, coas seguintes consideracións:

«(...) el presupuesto de hecho habilitante para acudir a esta forma de provisión es la existencia de una situación de necesidad, que la norma califica como urgente e inaplazable, la cual permite excepcionar la forma normal de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios, que es el concurso de méritos (...). La comisión de servicios es una herramienta en manos de la Administración para atender necesidades inaplazables (sentencia de esta sala y sección de 16 de diciembre de 2015, recurso 445/2014), por lo que se robustece la carga

de la Administración para detallar las razones por las que se opta por tal provisión. Y es que la regla general es la de la inclusión del puesto ocupado temporalmente en comisión de servicios en la convocatoria inmediatamente siguiente (...), porque es una situación excepcional y, como tal, de consideración restrictiva, porque la eficacia impone que los puestos de trabajo, por estabilidad, eficiencia y seguridad jurídica, han de ser servidos por funcionarios con destino definitivo y no temporal (...). No estamos ante una facultad discrecional de la Administración local... sino ante un concepto jurídico indeterminado, en el que existe una única solución posible (...). La necesidad urgente e inaplazable de cubrir una plaza mediante una comisión de servicios no se acredita con la mera afirmación de la Administración de que existe tal necesidad y de que esta es urgente e inaplazable (...). El examen del expediente revela que desde hace años los puestos de trabajo vacantes del concello son cubiertos mediante comisiones de servicios y adscripciones provisionales, apoyadas en razones de necesidad y urgencia, por cuya vía se huye de la regla general de la provisión definitiva mediante el sistema de concurso como procedimiento normal (...), con lo que ello conlleva de riesgo de arbitrariedad, además de vulneración de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que ha de regir en esta materia (...). En definitiva, en ninguno de los casos se razona el motivo por el que no se ha convocado el concurso (...). No está debidamente justificado, pues, el recurso a la cobertura provisional y urgente (...). Junto a todo lo anterior, resulta sintomático que en todos sus informes el interventor municipal haga constar que no se explica que no se hayan promovido los pertinentes concursos para cubrir de modo definitivo los puestos vacantes en la plantilla de personal del Concello de Ourense».

Regap



NOTAS

1.4 Réxime de incompatibilidades dos funcionarios da Administración local

Na súa Sentenza do 18 de maio de 2017 (relator: Seoane Pesqueira, Rec. 7/2017), o TSXG confirmou a nulidade de pleno dereito da estimación presunta por silencio positivo da petición dun funcionario municipal de compatibilizar o seu traballo no concello co libre exercicio da avogacía, coa seguinte argumentación:

«(...) La interpretación conjunta de los apartados 1 y 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984, que defiende el apelante, choca abiertamente con la interpretación literal de tales preceptos, por mucho que trate de acudir a sus redacciones precedentes y al informe del comité de expertos constituida en su día, cuya propuesta finalmente no fue acogida. La redacción del artículo 16.1 de la Ley 53/1984, tras la modificación operada por el apartado 1 por la disposición final 3.2 de la Ley 7/2007, vigente cuando el actor dedujo su solicitud, decía: “No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del presente estatuto incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección”. Por su parte, el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, en su redacción vigente antes y después de la Ley 7/2007, establece: “Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 1.3, 11, 12 y 13 de la presente ley, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad”. Al margen de la

intención de la comisión de expertos, lo cierto es que, después de la Ley 7/2007, se mantuvo la redacción del artículo 16.4, mientras que en el apartado 1 sólo se hizo alusión al factor de incompatibilidad respecto al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Para la compatibilidad del ejercicio de actividades privadas, el apartado 4 del artículo 16, introducido por la Ley 31/1991, atiende a la percepción de “complementos específicos”, o concepto equiparable, sin hacer referencia en concreto a alguno de los factores que intervienen en la estructura de las retribuciones complementarias conforme al artículo 24 b) de la Ley 7/2007, a diferencia del apartado 1 del artículo 16, tras su modificación por la citada Ley 7/2007. Ahora, los apartados 1 y 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984 tienen su propio ámbito de aplicación de cara a exigir la inclusión del factor de incompatibilidad dentro del complemento específico, de modo que para denegar la compatibilidad sólo se exige tal inclusión si se trata del personal funcionario, personal eventual y personal laboral retribuido por arancel, y el personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección. Para el resto de los empleados públicos, el reconocimiento de la compatibilidad con actividades privadas exige que el personal desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad, aunque no conste expresamente si dentro de aquellas retribuciones complementarias se halla el factor de incompatibilidad.

No cabe duda de que el recurrente no se encuentra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 53/1984, ya que no es personal funcionario, personal eventual ni personal laboral retribuido por arancel, así como tampoco es personal directivo, ni está ligado por una relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Por el contrario, entra de lleno en el ámbito de aplicación del apartado 4 de dicho artículo 16, pues se trata de personal que desempeña puesto de trabajo que comporta la percepción de complemento específico, o concepto equiparable, de modo que para otorgarle la compatibilidad es imprescindible que la cuantía de sus retribuciones complementarias no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

(...) Abona la interpretación que se propugna el hecho de que la disposición adicional 8.ª del Decreto legislativo autonómico 1/2008, de 13 de abril, establece que:

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992, se le podrá reconocer, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complemento específico o concepto equiparable siempre que su cuantía no supere el 30 % de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad. En el supuesto de que la cuantía de tal complemento supere el 30 % referido, podrá concederse la compatibilidad siempre que la persona interesada renuncie a la percepción del complemento específico”. En el mismo sentido, en el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011 se aprobó el procedimiento para la reducción del complemento específico de los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los

subgrupos C1, C2 y E, extendiendo a los funcionarios de los subgrupos A1 y A2 la disposición adicional 5.ª del Real decreto ley 20/2012.

En consecuencia, para obtener la compatibilidad con el ejercicio de una actividad privada, el funcionario debe solicitar la reducción del complemento específico al límite del 30% de las retribuciones básicas, excluida la antigüedad.

Y en la normativa gallega despeja ahora cualquier duda la disposición transitoria 8.ª de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia, que exige, como requisito imprescindible para obtener la compatibilidad con el ejercicio de actividades privadas, la renuncia al complemento específico, al establecer:

“1. En tanto no se introduzca el complemento retributivo de puesto de trabajo previsto por la presente ley, todas las referencias a este último se entenderán hechas al complemento específico existente a la entrada en vigor de la misma, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo. El personal interino nombrado para la ejecución de programas de carácter temporal o por exceso o acumulación de tareas percibirá el complemento específico correspondiente a un puesto de trabajo de nivel base del correspondiente subgrupo o grupo de clasificación profesional. 2. En tanto no se produzca la sustitución del complemento específico mencionado en el apartado anterior por el complemento de puesto de trabajo previsto por la presente ley, podrá reconocerse, conforme a lo dispuesto en la normativa sobre incompatibilidades que resulte de aplicación, compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complemento específico o concepto equiparable, siempre que su cuantía no supere el treinta por ciento de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad. En el supuesto de que la cuantía de tal complemento supere el treinta por ciento referido, podrá concederse la compatibilidad siempre y cuando la persona interesada renuncie a la percepción del complemento específico o concepto equivalente”.

El examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es ilustrativo asimismo en el sentido de que en los casos ordinarios (los del apartado 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984) no se atiende al factor de incompatibilidad, sino a la cuantía del complemento específico en su conjunto, de modo que para que pueda otorgarse la compatibilidad resulta imprescindible que aquella cuantía no supere el 30% de la retribución básica, excluido lo percibido en concepto de antigüedad. (...)

Desde el momento en que las retribuciones básicas anuales del recurrente ascienden a 9.884,84 euros, y el complemento específico anual a 12.031,74 euros, el 30% de dichas retribuciones básicas se concreta en 2.965,52 euros (folio 91 del expediente administrativo: informe de la interventora), de modo que, aunque no constan los conceptos que retribuye aquel complemento específico, se supera aquel 30% y, por ello, no puede prosperar la pretensión articulada por el apelante».

Regap



NOTAS

1.5 Entidade local menor. Carece de competencia para suprimir posto de traballo reservado a habilitado nacional

A Sentenza do TSXG do 4 de maio de 2017 (relator: Rivera Frade, Rec. 10/2017) confirma a anulación dun acordo da xunta veciñal da Entidade Local Menor de Bembrive que dispuxo a supresión do posto de secretario-interventor tras a xubilación do seu anterior titular. A sentenza, tras analizar en detalle o disposto na normativa aplicable, alcanza a seguinte conclusión:

«(...) El contenido de la normativa expuesta en el anterior fundamento de derecho pone de manifiesto el protagonismo que se debe reconocer a las comunidades autónomas cuando se trata de regular el régimen jurídico de las entidades locales de ámbito inferior al municipio, y ese protagonismo se traduce en la competencia de la Administración autonómica para acordar la supresión de puestos de trabajo como el litigioso. No se trata de negar la potestad de autoorganización de estas administraciones públicas, pero sí de determinar su extensión, la cual no alcanza a la supresión de los puestos de trabajo reservados al personal funcionario con habilitación de carácter estatal. Si bien las entidades locales menores tienen competencia para aprobar la RPT (...), no la tienen en cambio para la supresión de puestos reservados al personal funcionario con habilitación de carácter estatal.

El artículo 6 del Decreto 49/2009, que cita la apelante en su recurso, limita la potestad de autoorganización cuando se trata del desempeño de funciones reservadas al personal funcionario con habilitación de carácter estatal, al establecer que el desempeño de estas funciones en una entidad de ámbito territorial inferior al municipio que goce de personalidad jurídica propia se efectuará en los términos que establezca el decreto de constitución de la misma aprobado por el Consello de la Xunta de Galicia y demás normativa en materia de régimen local aplicable .

Ninguna crítica merece la sentencia de instancia, pues aplica e interpreta correctamente la normativa de aplicación, que ampara las afirmaciones discutidas por la apelante, a saber, que las entidades locales menores ostentan una potestad de autoorganización limitada, y que la competencia respecto de la creación y supresión de puesto de secretario-interventor reside en la comunidad autónoma. Lo que el artículo 92 bis 4 de la LBRL establece (el Gobierno, mediante real decreto, regulará las especialidades de la creación, clasificación y supresión de puestos reservados a funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, así como las que puedan corresponder a su régimen disciplinario y de situaciones administrativas) es la competencia del Gobierno estatal para regular las especialidades. Pero no excluye ni descarta que sean las comunidades autónomas las que tengan competencia para la supresión de estos puestos, cuando ya se la atribuía otra ley básica, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, cuya disposición adicional segunda establecía en su apartado tercero que: “La creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal corresponde a cada comunidad autónoma, de acuerdo con los criterios básicos que se establezcan por ley”.

No puede aceptarse la tesis que defiende la apelante en su recurso cuando dice que la “supresión” que cita el apartado 6 del artículo 10 sólo puede entenderse como “supresión de la clasificación existente”, pues utilizando el mismo criterio hermenéutico “contexto en el que está inserto dicho apartado”, y acudiendo pues a las normas interpretativas del artículo 3 del Código civil, podemos comprobar que el artículo 10 del Decreto 49/2009, que pertenece a la

sección primera “Creación, supresión, clasificación y exención de puestos”, es el único que se refiere a todas estas modalidades, siendo el primer apartado el que sostiene que la creación conlleva la clasificación, con lo cual los conceptos “clasificación de puestos” y “supresión de puestos” no obedecen a ideas tan diferentes, como sostiene la apelante. Conforme al apartado primero del artículo 10 del Decreto 49/2009, los procedimientos de creación de puestos de trabajo reservados a funcionarios/las con habilitación de carácter estatal conllevan su clasificación, siendo el apartado sexto el que expresamente se refiere a la “supresión de puestos”, estableciendo que seguirá el procedimiento regulado en el citado artículo. Y es el apartado cuarto el que atribuye a la consellería competente en materia de régimen local la competencia para resolver la clasificación de estos puestos y, por tanto, su supresión».

1.6 Impugnación por un concelleiro do acordo de adxudicación do contrato de servizo de axuda no fogar. Cómputo do prazo para recorrer. Órgano competente para adxudicar o contrato

Na Sentenza do TSXG do 21 de setembro de 2016 (relator: Santiago Iglesias, Rec. 4049/2015), clarifícase en primeiro lugar o prazo de que dispón un concelleiro da oposición para impugnar os acordos da xunta de goberno local dun concello de adxudicación dun contrato público. Conclúese que o dito termo se iniciará coa notificación formal do acordo ao concelleiro recorrente, e non antes. Aclara tamén o criterio segundo o cal se debe calcular a contía do contrato co fin de determinar o órgano competente para a adxudicación, con exclusión do importe do prezo correspondente á prórroga eventual do dito contrato.

regap



NOTAS

2 Educación e universidades

2.1 Determinación do período de vixencia dos libros de texto e demais materiais curriculares

A Sentenza do TS do 20 de abril de 2017 (Secc. 4.ª, relator: Excm. Sra. Picó Lorenzo, Rec. 1876/2015) confirmou a desestimación do recurso interposto pola Asociación Nacional de Editores de Libros e Material de Ensino contra a Orde do 29 de maio de 2013 da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, que determinou o período de vixencia dos libros de texto e demais materiais curriculares (DOG 30/05/2013), coa seguinte motivación:

«(...) Para examinar el primer motivo, hemos de partir de que existe una notoria diferencia en lo que atañe a los libros de texto entre la derogada Ley orgánica de calidad de la educación, LOCE 10/2002, de 23 de diciembre, y la Ley posterior orgánica de educación, LOE, 2/2006, de 3 de mayo, modificada por la Ley orgánica para la mejora de la calidad educativa, 8/2013, de 9 de diciembre. Mientras la LOCE establecía con carácter general, apartado cuarto de la disposición adicional tercera, que los libros de texto no podrán ser sustituidos por otros durante un período mínimo de cuatro años, la LOE, disposición adicional cuarta, tanto en su redacción original como en la actualmente vigente, guarda silencio al respecto. Y de la disposición final quinta de la LOMCE se colige que la disposición adicional cuarta ostenta el carácter de básico sin que hubiera entrado dicha norma en la regulación de la vigencia de los libros de texto. No hay duda, pues, de que, al no reputarlo básico el legislador estatal,

puede regular tal aspecto la comunidad autónoma, como aquí hizo la Xunta de Galicia y pone de manifiesto que están realizando otras comunidades autónomas.

Por tal razón, el criterio interpretativo de la sala de instancia resulta ajustado a derecho. Al carecer la ley orgánica vigente en materia educativa de regulación expresa sobre la materia, no existe óbice alguno a la pervivencia del Decreto 89/1993, de 19 de abril, en que se ampara la orden impugnada.

Es certera la afirmación de la sala de instancia acerca de la subsistencia de las normas reglamentarias que no contradigan la nueva ley. Como bien dice la parte recurrida, una cosa es que en el actual marco educativo no exista autorización administrativa de los libros (contenido) y otra bien distinta que pueda fijarse una duración mínima de vigencia de los libros de texto en aras a permitir el uso por distintos miembros de la familia y transmitir al alumnado la cultura general del uso racional y sostenible de los recursos (preámbulo de la orden impugnada). Tal regulación no está vedada por la ley orgánica en materia educativa actualmente vigente, por lo que no se produce infracción alguna del principio de jerarquía normativa. (...).

Al considerar que no hay restricción de la competencia, no se hace precisa una regulación por norma legal, siendo suficiente el reglamento.

Y no resulta comparable en lo que atañe al plazo con el derogado artículo 21 de la Ley 7/2010 (compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas regulares) por mor del RD Ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional».

2.2 Plan de financiamento do sistema universitario de Galicia

A Sentenza do TSXG do 12 de abril de 2017 (relator: Díaz Casales, Rec. 359/2014) estimou en parte o recurso interposto pola Universidade da Coruña contra a desestimación presunta do requirimento formulado á Xunta de Galicia de cumprimento do Plan de Financiamento do Sistema Universitario de Galicia (2010-2015) coa transferencia á dita universidade de determinada cantidade. A sentenza realiza un pormenorizado estudo do sistema de financiamento das universidades públicas galegas, afondando no parámetro relativo aos “custos estruturais”, coas seguintes consideracións:

«(...) Las discrepancias fundamentales en la aplicación del plan se limitan a (...) determinar los posibles efectos amplificadores que en la aplicación de los nuevos criterios de reparto variable, que habrían de aplicarse progresivamente, tiene operar sobre los porcentajes ya aplicados los años anteriores que ya contemplaban un porcentaje en función de los mismos criterios variables. (...) Del contenido del acuerdo suscrito resulta que el criterio de reparto histórico se mantendría en el año 2011 y para los restantes se preveía una aplicación progresiva de nuevos criterios que, aprobados en la reunión de diciembre de 2011, habían de suponer un 5% adicional cada año hasta alcanzar el 20% en 2015, con arreglo a la siguiente tabla: (...). Una vez detectado que la Xunta de Galicia a la hora de determinar las cantidades que correspondían a cada universidad aplicaba el mismo porcentaje que le había atribuido el año anterior (...), hemos de concluir que se excedieron los porcentajes a los que los mismos

resultaban aplicables, con arreglo a la siguiente tabla elaborada por el perito y que optamos por copiar al ser una cuestión puramente contable: Histórico %Variable %Variable Real // 2012 95% 5% 5% // 2013 90% 10% 14,5% // 2014 85% 15% 27,33% // 2015 80% 20% 41,86%. De este modo quedó acreditado que se produjo un efecto de amplificación, como le llama el perito, a la aplicación de los criterios variables que exceden de lo previsto en el plan, por lo que este aspecto del recurso sí merece ser estimado. Pero además hay otro aspecto adicional de esta operativa seguida por la consellería que tampoco se le escapa al perito y que incide sobre esta cuestión, cual es que tanto el plan como la adenda al mismo con idéntica redacción ordenan deducir de la partida los gastos derivados de los sexenios y los complementos (...). Por lo que entiende que aquellas universidades que obtuvieran por este concepto mayor financiación también obtendrían una mayor participación en la financiación fija por este concepto, por lo que está claro que estas cantidades deben ser excluidas del criterio de reparto. Por lo que este aspecto del recurso sí ha de ser estimado al resultar acreditado que la actuación de la Administración contravino los términos del acuerdo de financiación. Pero esta estimación no puede comportar la estimación del recurso, cuando las cantidades solicitadas en la demanda vienen determinadas en función de un porcentaje fijo cuya determinación no compartimos y en todo caso exigen unos nuevos cálculos, mediante la detracción a la partida de la parte correspondiente al abono de sexenios y complementos, después de aplicar los porcentajes para determinar la cantidad de la misma que habría de repartirse con arreglo a los "criterios históricos" que habrán de determinarse en función de las variables utilizadas en 2011 y el 5%, 10%, 15% y 20% a distribuir en función de los criterios variables en los años 2012, 2013, 2014 y 2015 respectivamente, lo que sin duda debe dar lugar a la regularización de las cantidades percibidas por las 3 universidades gallegas».

Regap



NOTAS

2.3 Valoración de tramos de investigación (sexenios)

O TSXG, na súa Sentenza do 22 de decembro de 2016 (relator: Seoane Pesqueira, Rec. 67/2016) analizou o sistema de valoración de tramos de investigación (sexenios) dos profesores universitarios realizada pola Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora (CNEAI). Concluíu, en primeiro lugar, que:

«(...) no cabe acoger la petición principal contenida en el suplico de la demanda, en el que se interesa que los dos o uno de los tramos de investigación (sexenios) solicitados y sometidos a evaluación sean valorados y reconocidos positivamente, porque ello entrañaría revisar la calidad y aptitud de los trabajos o aportaciones del recurrente, y, por consiguiente, abrir la posibilidad de corregir o alterar la apreciación realizada por la Comisión Nacional Evaluadora en lo relativo a su estimación técnico-científica, extralimitando el control jurídico que a este tribunal corresponde. Si, con arreglo a dicha moderna jurisprudencia, el control de los órganos jurisdiccionales es de carácter jurídico respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico científico, no es posible la sustitución de la valoración técnica verificada por el órgano administrativo. Además, tal reemplazo evaluativo no es fiscalización, sino que va más allá, incidiendo en la prohibición contenida en el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto proscribte que los órganos jurisdiccionales determinen el contenido discrecional de los actos anulados».

En segundo lugar, que: «(...) En congruencia con tal exigencia de motivación, esta sala y sección ha incidido en la necesidad de que la Administración ofrezca la debida respuesta a los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada interpuesto contra la decisión inicial de la CNEAI, adecuándose estos argumentos a los criterios específicos de la correspondiente resolución de la CNEAI, pues la propia jurisprudencia ha exigido esa respuesta explícita para cumplir adecuadamente el requisito de la motivación (artículo 54 de la Ley 30/1992), a fin de que quien postula el reconocimiento del sexenio pueda conocer las razones por las que se puntuán negativamente determinadas aportaciones, e incluso, habría que añadir ahora, es necesario justificar la puntuación respecto a las aportaciones valoradas positivamente, por la incidencia que puede tener en la media final, tal como ha razonado la STS de 3/7/2015. Es decir, el hecho de que sea bastante que el comité asesor correspondiente exprese su juicio técnico en términos numéricos de cero a diez, siendo preciso un mínimo de seis puntos para obtener una evaluación positiva, tal como impone el artículo 8.2 de la Orden de 2 de diciembre de 1994, no excusa de exponer los motivos por los que se otorga una determinada puntuación inferior a 6 puntos (o incluso superior) si se plantea un recurso de alzada frente al acuerdo inicial de la CNEAI, que se apoya en el informe del comité asesor, en cuyo recurso se esgriman argumentos concretos por los que una determinada aportación pudiera ser evaluada positivamente, sobre todo si esos argumentos están basados en los criterios específicos que se han hecho públicos a través de la resolución de la propia CNEAI. Entenderlo de otro modo sería tanto como reconocer una zona inmune de poder, y propiciar que la discrecionalidad, por muy técnica que sea, pueda incidir en la arbitrariedad derivada de la falta de explicación de lo realizado, lo cual se compadece mal con las exigencias de un Estado de derecho y con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución. (...) Nada impide que aquellos criterios específicos sean interpretados por el comité asesor y por la CNEAI de una manera distinta de la expuesta por el actor en su solicitud, pero es preciso que se exteriorice ese diferente modo de entendimiento para que, a la vez que se aporta aquella contestación a los argumentos del recurrente, pueda llevarse a cabo la fiscalización judicial a que obliga el recurso contencioso-administrativo planteado».

E, en terceiro e último lugar, que: «Tal como se advierte en el preámbulo de dicha resolución de 26 de noviembre de 2014 de la CNEAI, en ella se recogen unos criterios que constituyen extremos reglados a los que cada comité asesor ha de acomodarse, de modo que si se detecta un apartamiento de esos parámetros la fundamentación no puede darse por válida».

2.4 Puntuación de tese de doutoramento con “sobresáinte cum laude”. Require votación unánime e secreta en día diferente ao da defensa da tese

A Sentenza do TSXG do 22 de decembro de 2016 (relator: López González, Rec. 308/2016) confirmou en apelación a anulación da puntuación de “sobresáinte” (sen laude) outorgada pola Universidade da Coruña a unha tese de doutoramento, ordenando a retroacción de actuacións, por non se ter producido a votación da mención honorífica por parte dos membros do tribunal de xeito secreto e en día distinto do da defensa da tese. Incide así o TSXG en que:

«(...) El Real decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan los estudios oficiales de doctorado, según la redacción introducida por el Real decreto 534/2013, de 12 de julio, establece en su artículo 14.7, en materia de defensa, evaluación y calificación de la tesis

doctoral, que “el tribunal emitirá un informe y la calificación global concedida a la tesis de acuerdo con la siguiente escala: No apto, aprobado, notable y sobresaliente. El tribunal podrá otorgar la mención de cum laude si la calificación global es de sobresaliente y se emite en tal sentido el voto secreto positivo por unanimidad. La universidad habilitará los mecanismos precisos para la materialización de la concesión final de dicha mención garantizando que el escrutinio de los votos para dicha concesión se realice en sesión diferente de la correspondiente a la de defensa de la tesis doctoral”. Tres son, por tanto, en este supuesto, las exigencias normativamente previstas: una, que el escrutinio se efectúe en sesión distinta de la que corresponde a la defensa de la tesis; otra, que el voto sea secreto como garantía de su anonimato y, por último, que ese voto secreto positivo se alcance por unanimidad. (...).

En el caso enjuiciado, es evidente que se incumplió la normativa antedicha. Sea por filtración indebida de uno o más miembros del tribunal, sea por otras causas, lo cierto es que se comunicó públicamente al demandante la concesión de la mención de cum laude con anterioridad a haberse efectuado el escrutinio de los votos emitidos para su otorgamiento. Tal circunstancia claramente implica una vulneración de las garantías y formalidades que deben regir el procedimiento calificador que nos ocupa y suscita dudas acerca de la pureza del proceso hasta el punto de invalidar la declaración de voluntad manifestada por el tribunal evaluador. No olvidemos que uno de sus integrantes expresó haber incurrido en equivocación al emitir su voto negativo cuando su voluntad era votar positivamente. Dicho aserto escasa credibilidad reviste para esta sala, toda vez que resulta difícil de creer que pueda tener lugar en la realidad semejante error de bulto, llevándonos a pensar, por el contrario, que la subsanación que dicho vocal pretendía respondía más a presiones o intereses ajenos a la excelencia que debe reunir el mundo docente universitario. Si sólo concurriera esta circunstancia, es obvio que la demanda en modo alguno podría prosperar. Pero lo que sucede en el presente caso es bien distinto; se han incumplido todas las formalidades garantistas que la norma prevé; no se realizó el escrutinio de los votos en sesión diferente a la de defensa de la tesis; se participó al doctorando la calificación de sobresaliente cum laude con anterioridad al referido escrutinio y concurren importantes dudas en orden al secreto en la emisión posterior de dichos votos que, escrutados, no alcanzaron la positiva unanimidad requerida».

Regap



NOTAS

3 Expropiación forzosa

3.1 Expropiación por taxación conxunta. As discrepancias sobre valoración deben formularse sempre ante o xurado de expropiación con carácter previo á vía xurisdiccional contencioso-administrativa

A Sentenza do TSXG (Secc. 3.^a) do 22 de febreiro de 2017 (relator: Cibeira Yebra-Pimentel, Rec. 7025/2016) sintetiza os requisitos e a natureza do procedemento expropiatorio por taxación conxunta. Insiste en que as discrepancias do expropiado sobre a valoración dos bens deben canalizarse pola vía establecida para a remisión do expediente ao xurado de expropiación. Se se aquieta nesa fase non podo logo cuestionar as valoracións ao impugnar directamente a resolución de aprobación definitiva do proxecto ante a xurisdicción contencioso-administrativa. Incide así o tribunal en que:

«no cabe la desviada alternativa de oponerse directamente a los criterios de valoración incorporados a la resolución aprobatoria del expediente, en cuanto que estos no pueden ser objeto de este recurso directo, sin pasar primero de manera necesaria por el filtro valorativo previo del jurado de expropiación para agotar la vía administrativa definitiva de la misma. (...) las valoraciones han de impugnarse exclusivamente mediante los pasos de procedimiento previstos por el artículo 143 de la LOUGA, que vincula a todas las partes interesadas y las obliga a oponerse al final en ese corto espacio de veinte días mediante el empleo de todos y cada uno de los argumentos en que fundamenten la petición de un justiprecio superior –incluidos los relativos a cualquier divergencia con los criterios valorativos expuestos en el documento inicial al que se refiere el artículo 143.1 ya dicho– so pena de presumirse legalmente y de manera irrevocable que aceptan la valoración que figura en el acto aprobatorio del expediente, en cuyo caso ya no es necesario el envío del expediente al jurado, al que sólo se llega en caso de desacuerdo con la valoración cuestionado el justiprecio y que el organismo adecuado para pronunciarse, con el conocimiento tan preciso y técnico de un organismo público tasador como él, decida sobre todas las cuestiones de la categoría del suelo, el valor de repercusión, la edificabilidad, etc., que fue a lo que debió acudir la actora después de haber mostrado su desacuerdo con el justiprecio que se le ofrecía».

4. Medio ambiente e urbanismo

4.1 Plan xeral de ordenación municipal. Nulidade por falta de xustificación xurídica de suficiencia de recursos hídricos para o incremento de poboación

O TS, nas súas sentenzas do 17 de febreiro de 2017, 12 de decembro de 2016 e 15 de xullo de 2015 (casación 1125/2016, 3137/2015 e 3492/2013), declarou a nulidade, respectivamente, dos plans xerais de ordenación municipal de Verín, Monterrei e Rábade, porque durante a súa tramitación non se xustificou, xuridicamente, a dispoñibilidade efectiva de recursos hídricos suficientes para atender aos incrementos de poboación e industrias proxectados nos ditos plans. O alto tribunal considerou o seguinte na sentenza anulatoria do Plan Xeral de Verín:

«(...) En el supuesto de autos, la sentencia hace referencia a un informe desfavorable de la Confederación Hidrográfica, de fecha 11 de marzo de 2011, pero, con posterioridad, la misma confederación, en fecha de 29 de septiembre de 2011, manifiesta que “no tiene inconveniente en la aprobación del presente instrumento de planeamiento en lo que respecta a la disponibilidad de recursos hídricos”, al que se añade otro posterior informe, de 11 de abril de 2012, en el que, tras hacer referencia al inicial de 11 de marzo de 2011, se señala que en el mismo se dio respuesta a las alegaciones presentadas “estimándose las mismas en lo relativo a la disponibilidad de recursos hídricos”, concluyendo que se informa favorablemente.

Pues bien, el recurso debe ser acogido por vulnerar la sentencia de instancia el citado artículo 25.4 del TRLA, en relación con el 15.3 del TRLS08, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que lo ha interpretado (...).

El artículo 25.4 de la Ley de aguas establece que “el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer demandas”, lo cual plantea si sólo ha de estarse a la suficiencia de recursos hídricos o, por el contrario, también se engloba en el concepto la disponibilidad sobre los

mismos. La cuestión es de gran relevancia práctica, puesto que muchas de las controversias se presentan en momentos donde se están tramitando expedientes de concesión de aguas en ámbitos donde en principio hay recursos hídricos suficientes, pero de los que se carece del correspondiente título concesional. En una primera aproximación, la acotación temporal de los conceptos suficiencia y disponibilidad se refieren al momento de aprobación del acto o plan, de tal manera que tales conceptos no pueden ser integrados por recursos hídricos no existentes en dicho momento, aunque estén proyectados o previstos para un futuro más o menos próximo. En este punto, también es muy frecuente la alegación de actuaciones proyectadas para satisfacer necesidades hídricas en un futuro, mas tales actuaciones a futuro no integran el concepto de suficiencia al que se refiere el artículo 25,4 de la Ley de aguas, dado que este requisito ha de darse en el momento en que se aprueba el plan (...).

De lo anterior se infiere, con relación al supuesto de autos analizado, la ausencia de disponibilidad de agua por medio de las correspondientes concesiones, que, como bien se expresa en la sentencia impugnada, se encuentran en tramitación. Esto es, en el supuesto de autos fue emitido el preceptivo y vinculante informe por la Confederación Hidrográfica competente, pero de su contenido –en ello no acierta la sala de instancia– no se deduce la existencia y disponibilidad de recursos hídricos en la forma en la que la jurisprudencia los ha venido exigiendo de conformidad con la interpretación que se realiza del artículo 25.4 del TRLA. Es posible la existencia de agua para el municipio, e, incluso, su disponibilidad material, pero, desde la perspectiva urbanística que nos ocupa –y en un obligado marco de legalidad– no se ha acreditado, ni en el informe, ni con cualquier otro medio de prueba, la disponibilidad jurídica de la misma, ya que en el momento de la aprobación del planeamiento no existía plena suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos para el abastecimiento de agua al municipio».

Regap



NOTAS

4.2 Aprobación definitiva do plan xeral de ordenación municipal condicionada a determinadas rectificacións que corraxirá directamente o concello sen novo acordo aprobatorio da Xunta de Galicia

O TSXG, nas súas sentenzas do 20 de abril de 2017 (relator: Recio González, Rec. 4686/2013) e 28 de xullo de 2016 (relator: Arrojo Martínez, Rec. 4579/2013), analiza as respectivas resolucións da Xunta de Galicia de aprobación definitiva dos plans xerais da Estrada e da Coruña condicionada ao cumprimento a *posteriori* polos ditos concellos de determinados requisitos sen necesidade de nova aprobación pola Administración autonómica. Acepta tal posibilidade, coas seguintes consideracións:

«(...) La interpretación conjunta de los apartados a) y b) del artículo 85.7 de la Ley 9/2002 –redacción introducida por la Ley 2/2010, de 25 de marzo– parece revelar el reconocimiento normativo de un cierto grado de condicionamiento en relación con la aprobación definitiva, si se tiene en cuenta que el último inciso de dicho apartado b) no tendría pleno sentido si se relaciona exclusivamente con el resto de tal apartado b) y no con el apartado a), en el que se contempla el otorgamiento de la aprobación definitiva. Ahora bien, aunque se considere que el artículo 85.7 de la Ley 9/2002 –redacción introducida por la Ley 2/2010, de 25 de marzo– no recoge expresamente la opción de la aprobación definitiva condicionada, cabe entender que la introducción en la impugnada Orden de 25 de febrero de 2013, de un entendido condicionamiento, no determina inequívocamente la anulación de tal orden si

se constata que la introducción de modificaciones contenidas en el apartado II de la propia orden supone en realidad la plasmación documental de lo ya decidido en la aprobación definitiva y no una indebida innovación municipal con rechazable preterición de la obligada intervención y decisión de la Administración autonómica. (...) Las comentadas correcciones o subsanaciones presentan debida correspondencia con el criterio plasmado en la orden de aprobación definitiva y en conexión con ello con la pertinente consideración de la respectiva normativa de aplicación, sin que por la parte actora haya sido desvirtuada tal correspondencia entre texto refundido y lo exigido en dicha orden, de lo que, por un lado, resulta que en realidad las determinaciones procedentes venían ya suficientemente perfiladas en la propia orden de aprobación y, por otro, que la no desvirtuada correspondencia excluye el temor de que se haya producido una indebida omisión en el ejercicio competencial normativamente atribuido a la Administración autonómica, de lo que, por tanto, deriva la inexistencia de base para la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, conclusiones las mencionadas que también se alcanzan en cuanto a los demás extremos incluidos en el apartado II de la orden, no objeto de especial o singularizada mención en la demanda, y respecto de los cuales tampoco se desvirtúa su debida correspondencia con el criterio de la orden recurrida».

4.3 Plan especial de protección e reforma interior. Protección integral dun edificio con obriga de conservar o cinema da planta baixa. Dereito indemnizatorio dos propietarios

A Sentenza do TSXG do 16 de febreiro de 2017 (relator: Recio González, Rec. 4081/2015) estimou en parte o recurso interposto contra a catalogación dun edificio no Cantón Grande da Coruña con nivel de protección II (singular valor arquitectónico integral) establecida na revisión do Plan Especial de Protección e Reforma Interior da Cidade Vella e Peixaría da Coruña aprobado en xaneiro de 2015, con obriga de conservación do cinema preexistente na planta baixa e prohibición de edificación baixo rasante. O tribunal confirmou a validez da protección do edificio, ao considerar que:

«(...) lo que se pretende es evitar la desaparición de este elemento en atención a su interés arquitectónico, histórico y antropológico, que en relación con el Cine Avenida se traduce en que los valores espaciales y funcionales del volumen posterior y con frente a la rúa da Estrela exigen una serie de medidas correctoras y protectoras, y se parte de la viabilidad de los usos o incluso la adaptación a otros nuevos, y de permitir su conservación y evitar su desaparición. Además, la valoración procede de su singularidad porque prácticamente todos los salones de cine han desaparecido de la ciudad, por lo que su conservación es más excepcional. Se entiende además que es un elemento esencial para la comprensión del valor del edificio, aunque carezca de elementos ornamentales de interés, y por ello se entendió que las condiciones de protección en la ficha del texto finalmente remitido no garantizaban las medidas necesarias para la conservación de los valores culturales. Es un cine con elementos singulares, el edificio más antiguo de la manzana, responde a una de las últimas obras de un autor reconocido, contiene los elementos reconocibles de su momento histórico y presenta una tipología excepcional, prácticamente única en Galicia, en que se fusionan el uso residencial y el de sala de cine, de forma que la singularidad deriva de que es poco común, es un cine de los primeros de su período, uno de los pocos que queda, y que representa una tipología poco repetida. Estas razones arquitectónicas, históricas y etnológicas, tal y como aclara el autor del informe –subdirector general de Patrimonio Cultural–, son valores a que

se refiere la Ley de patrimonio cultural de Galicia y, más allá de los artísticos, son valores espaciales funcionales y tipológicos que le dan singularidad».

Pero, por outra banda, recoñeceulles aos propietarios o dereito a percibir unha indemnización pola restricción singular de aproveitamento urbanístico que leva consigo a protección do edificio:

«(...) Con respecto a la pretensión subsidiaria de la demanda, sobre las limitaciones singulares impuestas y su compensación; el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo (vigente hasta el 31 de octubre de 2015), dispone en su artículo 35, al regular los supuestos indemnizatorios, que “dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: b) Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa”.

Justifica su petición la parte demandante en el hecho de ser el único edificio en las áreas urbanas renovadas con nivel de protección integral sin que se le permitan las plantas bajo rasante, de forma que es el único edificio imposibilitado de realizar obras de rehabilitación, reestructuración y ampliación, ni sótanos, por lo que se le restringe el aprovechamiento urbanístico sin prever una compensación.

(...) en el nivel de protección II, el PEPRI, para áreas urbanas renovadas, no prevé el uso bajo rasante, y la indemnización que solicita la parte demandante es por no poder construir sótanos, y ello ha de considerarse como una restricción del aprovechamiento urbanístico que las determinaciones del PEPRI suponen para el edificio de Cantón Grande, 7, con respecto al resto de los edificios de la zona de áreas urbanas renovadas, que ha de ser indemnizado conforme a las bases que se exponen en el suplico de la demanda:

1.ª Se delimitarán y cuantificarán en detalle las superficies construibles y sus posibles usos en función de las obras que resulten permitidas según el nivel de protección integral y según el nivel de protección estructural, especificándose la diferencia de superficies.

2.ª El importe indemnizatorio de las restricciones de aprovechamiento se calculará aplicando valores de mercado a la superficie construible que no puede llevarse a cabo debido a la protección integral, a cuyo resultado se añadirá el valor de la repercusión que sobre el valor de la que efectivamente pueda materializarse suponga la privación de lo que sería factible en caso de que la protección fuese estructural, especialmente la repercusión por la privación de garaje aparcamiento en la propia finca, así como por la configuración del local del antiguo cine. Y procede la condena solidaria a la Xunta de Galicia y al Ayuntamiento de A Coruña a indemnizar a la demandante en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia».

4.4 Impugnación de plan xeral por unha asociación. Límites á acción pública urbanística. Necesaria correspondencia dos fins estatutarios da asociación cos seus argumentos impugnatorios

A Sentenza do 2 de marzo de 2017 do TSXG (relator: Arrojo Martínez, Rec. 4263/2012) desestimou varios dos argumentos impugnatorios principais do recurso interposto por unha

Regap



NOTAS

asociación cultural contra a resolución de maio de 2011 de aprobación definitiva do Plan Xeral de Ordenación Municipal de Lugo, por falta de lexitimación activa *ad causam*, xa que:

«(...) Desde la perspectiva de la legitimación que procede reconocer a la parte actora, es preciso significar que esta se trata de una asociación denominada "Asociación cultural na defensa do parque Rosalía de Castro e o seu entorno" y en cuyos estatutos se establecen como fines de la misma los siguientes: "a.- Defender o Parque Rosalía de Castro e o seu entorno das agresións urbanísticas e de todo tipo. b.- Defensa da panorámica que dende o parque se divisa. c.- Defensa do entorno paisaxístico. d.- Defensa dos acuíferos das Costas do Parque, etc. e.- Defensa da posible existencia de restos arqueolóxicos". Sin mayor dilación, cabe apuntar que resultan excluidas del ámbito de legitimación de la parte actora las pretensiones aparentemente dirigidas a la defensa de intereses particulares de terceros que sólo a estos últimos corresponde hacer valer, como ocurre con las impugnaciones referidas a la Ronda das Fontiñas y al polígono de actuación 1.3, distrito 1, Avda. da Coruña, en las que la parte actora interesa lo que considera como mejora de clasificación del suelo en beneficio de los respectivos particulares, solicitud inadmisibles al ser formulada por quien no está legitimado. Por otro lado, la legitimación de la parte actora incluye obviamente los aspectos que atañen a su objetivo y finalidad plasmados en sus estatutos, y, por lo tanto, las cuestiones que afectan a su correspondiente ámbito de interés conforme a tales estatutos, abarcando también la impugnación global del PXOM por motivos competenciales o procedimentales que pudieran determinar una anulación total del PXOM, ya que a través de esta última obtendría la recurrente el resultado pretendido de anulación de las previsiones del PXOM que atañen a los específicos intereses de aquella, pero lo que ya no es reconocible es la legitimación de la parte actora para la impugnación de aspectos concretos del PXOM que no afectan a tales específicos intereses, siendo el objetivo y la finalidad establecidos en los estatutos los que determinan el sentido y el significado de la existencia de la asociación, no siendo aceptable que mediante la simple referencia al término "principales" se mantenga una indefinición en un aspecto esencial en la constitución de una asociación, como es el relativo a los fines que precisamente justifican su existencia, de manera que no cabe entender incluido en el ámbito de la legitimación de la específica asociación recurrente el planteamiento de cuestiones relativas a determinados ámbitos físicos del término municipal de Lugo respecto de los que no se acredita su vinculación con los singularizados fines de la asociación recogidos en el artículo 5º.1 de sus estatutos, por lo que no puede entrarse en el examen de fondo de los extremos concretos planteados por la demandante en cuanto a terrenos excluidos del PERI VI Ronda del Carmen, al Seminario UA CS-3 y a fincas en la zona de San Lázaro. También es rechazable la legitimación de la actora para una pretendida impugnación global del PXOM por motivos sustantivos que incidan en ámbitos concretos o aspectos respecto de los cuales no se indica su conexión con los referidos fines de la asociación demandante ni la afectación que para dichos fines pudiera derivarse de tales aspectos sustantivos. Ahora bien, entendiéndose que la actora está legitimada en cuanto a diversos aspectos concretos planteados y delimitada así tal legitimación en relación con el examen de cuestiones sustantivas invocadas, es de apuntar lo que a continuación se desarrolla en los siguientes fundamentos de derecho (...).».

4.5 Infraccións en zona de servidume de protección de costas. Prazo máximo de 15 anos desde a data de remate da obra ilegal para poder incoar o expediente de demolición

O TSXG (S.^a do Cont.-Ad., Secc. 2.^a), na súa Sentenza do 1 de decembro de 2016 (Rec. 4458/2016, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera, pendente de casación ante o Tribunal Supremo, Rec. 953/2017), desestimou o recurso interposto contra a orde de demolición dunha edificación residencial construída tempo atrás en zona de servidume de protección de costas no termo municipal de Boiro. Interpreta o disposto na Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas, sobre o prazo de caducidade da potestade administrativa para ordenar a demolición das obras ilegais na dita zona de servidume tras a reforma operada pola Lei 2/2013, do 29 de maio, coa seguinte conclusión:

«(...) la Ley 2/2013 también modificó el artículo 95 de la Ley de costas y estableció un plazo de 15 años para la prescripción de la obligación, impuesta en resolución administrativa, de restituir y reponer las cosas a su estado anterior e indemnizar los daños irreparables y perjuicios causados, y sería ilógico que pese a existir una resolución se produjese la prescripción y no se produjese, en cambio, en el caso de no existir procedimiento administrativo. (...) Equiparar prescripción de la infracción y prescripción de la obligación de reposición de la legalidad tropezaría con el obstáculo de la diferencia de plazos de prescripción según la gravedad de la infracción, diferencia que es irrelevante para la reposición de la legalidad; y además los plazos para ejercitar la facultad de reposición de la legalidad suelen ser más amplios, al no ser una actuación sancionadora, que los establecidos para la facultad de sancionar, y así lo muestran otras normativas en materia de protección del dominio público, como la Ley de aguas. Y la modificación simultánea por la Ley 2/2013 de los artículos 92 y 95 de la Ley de costas en lo que se refiere a la reposición de la legalidad pone de manifiesto el propósito del legislador de establecer para el ejercicio de esa facultad por la Administración un plazo de prescripción de 15 años, no transcurrido en el presente caso».

4.6 Plan especial e plan de usos do porto. Omisión de avaliación ambiental estratéxica. Non se emenda coa posterior avaliación de impacto ambiental das obras previstas no plan

O TS, na súa Sentenza do 18 de outubro de 2016 (relator: Espín Templado, casación 227/2014) confirmou a da Audiencia Nacional (S.^a do Cont.-Ad.) anulatoria da Orde FOM/1597/2010, do 4 de xuño, aprobatoria dunha modificación do Plan de utilización dos espazos portuarios do porto de Marín e ría de Pontevedra para legalizar a ampliación substancial do dito porto realizada mediante recheos sobre o mar, ao terse omitida a preceptiva avaliación ambiental estratéxica. Incide o tribunal no seguinte:

«(...) la sentencia recurrida, tras un examen del procedimiento seguido para determinar si la modificación del plan de usos de espacios portuarios tenía efectos significativos sobre el medio ambiente, considera que no se cumplió la tramitación estipulada en el citado artículo 17 de la Ley 9/2006. Pero además, y sobre todo, examina directamente el contenido de la modificación del plan objeto de la litis y, con criterio que esta sala de casación comparte, llega a la conclusión de que la modificación efectivamente tiene tales efectos significativos sobre el medio ambiente (fundamento de derecho octavo). Por lo demás, dicha conclusión

Regap



NOTAS

ya había sido declarada por esta sala en la citada Sentencia de 30 de octubre de 2009 (RC 3371/2005), en la que, como se ha indicado ya, tras casar la sentencia de instancia, se anuló el Plan especial del puerto de Marín por amparar –más allá de su propio alcance legal– algunas actuaciones contempladas en el plan de utilización de espacios aquí controvertido –en especial la construcción de un muelle con relleno de zona marina– sin evaluación de impacto ambiental. De todo lo anterior se deriva la desestimación del primer motivo, puesto que constatamos que, tal como afirma la sala de instancia, resultaba necesario someter la modificación del plan de usos de los espacios portuarios a evaluación ambiental, lo que no se hizo tras una deficiente tramitación del procedimiento de decisión. (...).

En el segundo motivo el abogado del Estado sostiene que todas las actuaciones recogidas o examinadas en el plan objeto de este procedimiento han sido objeto de evaluación ambiental, por lo que la falta de evaluación del plan resultaría irrelevante. Dicha tesis resulta inaceptable, pues supondría admitir la no preceptividad de la obligación de evaluación ambiental de planes y programas, en realidad de la Ley 9/2006. Como es evidente, la obligación de someter a evaluación ambiental tales planes y programas tiene precisamente el objetivo de hacer una previsión ambiental sistemática a más largo plazo, evitando el riesgo de que una evaluación específica de actuaciones concretas en un determinado ámbito territorial no permita ver el efecto acumulativo de las mismas y su incidencia ambiental conjunta. La evaluación ambiental de planes y programas, contemplada en diversos instrumentos internacionales mencionados en la exposición de motivos de la Ley 9/2006, y la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, justifican la aprobación de la citada Ley 9/2006 (trasposición de la citada directiva), cuya eficacia quedaría invalidada en gran medida si se admitiese que la falta de realización de una evaluación legalmente preceptiva de un plan o programa quedase subsanada por la evaluación posterior de las concretas actuaciones contempladas en dicho plan o programa. En conclusión y como es evidente, la evaluación ambiental posterior de las actuaciones contempladas en la modificación del plan de usos de espacios portuarios no afecta a que la aprobación del mismo incumpliendo las previsiones legales resulte contraria a derecho, con las consecuencias y efectos que procedan en derecho en cada supuesto».

5 Persoal

5.1 Oposicións ao corpo superior da Administración da Xunta de Galicia (A1). Obriga do tribunal cualificador de motivar pormenorizadamente a súa puntuación en caso de ser cuestionada

O TSXG, na súa Sentenza do 26 de setembro de 2016 (relator: Chaves García, Rec. 656/2011), supervisou e anulou en parte o proceso selectivo para ingreso no corpo superior da Administración da Xunta de Galicia, subgrupo A1, quenda libre, convocada por Orde do 18 de xullo de 2008. Incidiu na obriga do tribunal cualificador de motivar detalladamente as súas puntuacións se un dos candidatos presentados as cuestiona. E concluíu que:

«(...) A) Las bases de la convocatoria vinculan a los tribunales calificadores, según notoria jurisprudencia y en armonía con el artículo 36 del entonces vigente Decreto legislativo 1/2008,

de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia (...), así como del artículo 33, en cuanto dispone que las bases de las pruebas selectivas vinculan al órgano convocante y al tribunal.

B) El tribunal calificador está legalmente llamado desde su imparcialidad y especialización a valorar la segunda prueba, en su doble dimensión teórica y práctica, pero esta potestad está sujeta a una carga o condición inexcusable: la motivación de las calificaciones otorgadas. Y, si bien es lícita su publicación o mención en formato numérico, en caso de mediar reclamación de los aspirantes, el derecho de estos a una respuesta motivada se reactiva e intensifica y desplaza al tribunal calificador la doble carga: la de exponer las fuentes o criterios de la calificación que ha sido objeto de reclamación y la de vincularlos con explicaciones al ejercicio del reclamante para explicar el criterio de puntuación asignado.

C) De ahí que, si la demanda pone en cuestión que la fijación del número de aprobados en cifra idéntica al de plazas se ha debido a una maniobra intencional, correspondía al tribunal calificador ir mas allá del simple, vacío y ciego dígito de puntuación y ofrecer el acta detallada en cuanto a los criterios seguidos para que el corte de aprobados coincidiese con el de plazas convocadas. Y, en su defecto, dar respuesta explícita, razonable y razonada a la reclamación de la aspirante.

D) El resultado es sangrante. Tenemos, de un lado, una reclamante que se esfuerza en demostrar con alegatos y omisiones clamorosas del expediente una especie de conjura del tribunal calificador con burla de las bases de la convocatoria para desplazar al segundo ejercicio la funcionalidad selectiva, real y decisiva, mediante el cómodo artificio de declarar tantos aprobados en el último ejercicio como plazas convocadas. Y, de otro lado, una Administración que no ha acreditado en el expediente administrativo ni con informe complementario o prueba adicional alguna las razones para que fuesen quince los aprobados del segundo ejercicio en cifra coincidente con los convocados.

En esas condiciones, la sospecha vertida por la demandante se eleva en esta sede procesal a convicción probada, por el principio de facilidad probatoria en manos de la Administración y por el patente panorama indiciario de maquinación evidenciado por la demandante. De ahí que el tribunal calificador, bien por inercia, economía procedimental, ignorancia o error, optó por declarar tantos aprobados en el segundo ejercicio como plazas convocadas, y con ello hurtó tanto la posibilidad de los restantes aspirantes de aprobar el segundo ejercicio como su consiguiente derecho a que los finalmente aprobados resultasen de la valoración conjunta de ambas pruebas.

Además, se fijó un límite de aprobados que no estaba permitido, pues como ha afirmado la jurisprudencia si nada prevén las bases de la convocatoria no cabe que la comisión o tribunal fije números máximos de aprobados en cada ejercicio ni mucho menos de distribuir números máximos de aspirantes en función de cada uno de los tramos de notas establecidos por la guía a seguir (STS de 12 de diciembre de 2013, Rec. 6827/2010). O, más preciso y ajustado al caso que nos ocupa, tampoco es posible que, si el último ejercicio práctico de la oposición lo aprueban más aspirantes que plazas, el tribunal calificador atribuya mayor puntuación a éste, o carácter eliminatorio, si las bases no le atribuyeron valoración preferente: “Ello sentado, si tal posibilidad surge de modo inmediato de las bases, y si los dos ejercicios deben contar para superar el procedimiento selectivo, la única solución deducible de la aplicación de los principios de igualdad (artículo 23.2 CE) y mérito y capacidad (artículo 103.3 CE) debe ser la

Regap



NOTAS

de sumar las puntuaciones de los dos ejercicios, con arreglo a las cuales se impone la íntegra estimación de la pretensión del recurrente”. (STS de 20 de noviembre de 2014, Rec. 50/2012).

(...) El segundo motivo impugnatorio consiste en la vulneración de los criterios de calificación de la convocatoria, pues a la vista de los ejercicios (prueba teórica y práctica) se deduce que el tribunal calificador se remite lacónicamente a la convocatoria y al temario, que los exámenes aparecen sin corregir, y tampoco constan soluciones homogéneas y objetivas, pues los criterios genéricos preestablecidos no fueron aplicados, como tampoco las puntuaciones de cada vocal, y además existían criterios genéricos susceptibles de aplicación arbitraria (lo que impide conocer el modo de aplicación de 3 de los 20 puntos posibles).

Nuevamente nos encontramos con que la valoración asignada a la segunda prueba es fruto más del voluntarismo que de la razón científica, pues el acta de lo actuado se limita a la atribución de la puntuación numérica; además el tribunal calificador predetermina unos criterios generales (fijados el 25/1/2010) pero no los vincula con las calificaciones ni los explicita en relación con cada ejercicio (el de la demandante y los traídos de forma comparada); además, el hecho determinante de la ausencia de prueba de marca, indicación o explicación en los ejercicios valorados resulta elocuente indicio de que no fueron objeto de detenida valoración. En suma, nuevamente no existe explicación por el tribunal calificador de la valoración otorgada al segundo ejercicio. O sea, escenario similar al apreciado por el Supremo: “esa ausencia de motivación concurre en el actual caso, porque las actuaciones demuestran que las calificaciones del aquí polémico tercer ejercicio se emitieron sin explicar todo lo siguiente: (I) los criterios cualitativos que fueron establecidos o seguidos para valorar el acierto o desacierto de lo expuesto en tal ejercicio por el aquí recurrente; (II) la manera de cuantificar los niveles de acierto o desacierto; y (III) por qué el ejercicio del recurrente merecía el concreto nivel que exteriorizó la concreta puntuación aplicada”. (STS de 12 de marzo de 2014, Rec. 23/2013).

Es más, tampoco recibió respuesta cabal la reclamación de la demandante en vía administrativa, lo que trae serias consecuencias procesales: “es doctrina reiterada de esta sala que exige la motivación de las calificaciones, especialmente si, como ocurre en el presente caso, el recurrente ya puso de manifiesto la falta de motivación durante la tramitación del expediente administrativo, al impugnar la calificación provisional, lo que exigía del tribunal no sólo una mera declaración de la insuficiencia de interés científico, sino la motivación detallada y concreta de las circunstancias que lo llevaron a dicha conclusión. Su falta hace que deba estimarse que al no justificarse ni motivarse el alejamiento o contradicción con lo resuelto por la misma Administración en el proceso selectivo anterior, ha de prevalecer la valoración otorgada en éste, con las consecuencias de anular y casar la sentencia recurrida y sustituirla por otra en el sentido postulado por la recurrente”. (STS de 29 de mayo de 2015, Rec. 643/2014). Por lo expuesto, hemos de estimar este motivo impugnatorio, que conduce, como el anterior y bajo otra perspectiva impugnatoria, a declarar la invalidez de la resolución impugnada».

5.2 Restricións á provisión de postos polo sistema de “libre designación”. As direccións das áreas de xestión clínica do SERGAS deben proveerse por concurso

A Sentenza do TS do 22 de decembro de 2016 (relator: Picó Lorenzo, casación 1107/2015) confirmou a anulación do artigo 10 do Decreto 36/2014, do 20 de marzo, polo que se regulan as áreas de xestión clínica do Servizo Galego de Saúde, en canto establece a libre designación como forma de provisión da dirección das ditas áreas. Incide o alto tribunal en que:

«(...) la jurisprudencia de esta sala considera que es preciso justificar expresamente los motivos por los que se opta por el sistema excepcional de libre designación frente al ordinario del concurso. En efecto, considera que no se ha acreditado la exigencia de esa especial responsabilidad, más allá de las funciones directivas que le atribuye la normativa reglamentaria, que justifiquen acudir al nombramiento excepcional de la libre designación, y esta valoración de la prueba, lejos de ser arbitraria e ilógica, único supuesto en que según la jurisprudencia permitiría su revisión en sede de casación, aparece como razonable y compatible con los principios de mérito y capacidad que, salvo las excepciones legalmente previstas, rigen también en la provisión de destinos entre quienes tienen capacidad acreditada para cubrir los correspondientes puestos, sin que el hecho de buscar una complicidad en las líneas rectoras de la Administración correspondiente sea motivo suficiente, pues el principio de jerarquía es suficiente garantía de tal correspondencia (...). Se insiste en que el sistema de libre designación se ha de utilizar, a título de excepción, en aquellos supuestos en que se justifique debidamente en consideración de la naturaleza de los puestos de trabajo de cuya provisión trate su necesidad».

REGAP



NOTAS

6 Pesca e mar

6.1 Convocatoria e bases para o outorgamento de axudas á paralización definitiva dos buques pesqueiros

O TS, na súa Sentenza do 23 de maio de 2017 (Secc. 3.^a, relator: Excmo. Sr. Arozamena Laso, casación 3424/2014), confirmou a desestimación do recurso interposto pola Administración xeral do Estado contra a Orde do 30 de xuño de 2010, da Consellería do Mar da Xunta de Galicia, pola que se estableceron as bases reguladoras para a concesión, en réxime de concorrencia competitiva, das axudas á paralización definitiva dos buques pesqueiros, cofinanciadas co Fondo Europeo de Pesca, e convocáronse para o exercicio 2010, co seguinte razoamento:

«(...) En síntesis, considera [el abogado del Estado] que la orden recurrida incide en la transmisibilidad, restringiéndola, de los derechos pesqueros. La sentencia basa su fallo en el transcrito fundamento de derecho quinto, sorteando la restricción a la transmisibilidad de los derechos de pesca, porque la restricción se asume con carácter voluntario, y no es por consiguiente obligatoria. Sin embargo, a juicio de la Abogacía del Estado, la sentencia se equivoca, pues no es un problema el que sea o no obligatoria la restricción a la transmisión de los derechos de pesca, ya que lo que se discute es la falta de competencia de la Junta para inmiscuirse en asuntos que son propios de la competencia estatal.

Pues bien, en lo que respecta a la invasión de las competencias del Estado, debemos tener en cuenta que, en primer lugar, es la Comunidad Autónoma de Galicia la que concede las ayudas, ostentando por ello la capacidad de establecer las condiciones que considere oportunas para su percepción. La actividad subvencional tiene en el presente caso una clara vocación de fomento de condiciones beneficiosas para el interés general de la Comunidad, por lo que nada obsta a que establezca unos requisitos tendentes a alcanzar dicho interés. De otro lado, la petición de las ayudas, así como el cumplimiento de los requisitos para el acceso a las mismas, ostenta un carácter puramente voluntario, y tanto es así que la misma orden impugnada prevé la falta de cumplimiento por el interesado, que únicamente determinará la devolución de las ayudas. Asimismo, la petición de las ayudas no implica que, en el supuesto de transmisión de los derechos de pesca, el propietario del buque no deba cumplir los preceptos indicados, es decir, no se inaplican los preceptos cuya infracción se denuncia. El interesado ostenta plena libertad para transmitir sus derechos, y es claro que, en caso de que lo haga, habrá de someterse a la regulación sectorial.

En definitiva, como dijimos en la sentencia citada de 29 de octubre de 2015, la orden no impide a la Administración del Estado el ejercicio de sus competencias, cuyo ejercicio no puede privar a la Administración vasca –aquí gallega– del ejercicio de la suya, y se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1992, de 6 de febrero, según la cual “todo margen para desarrollar en el sector subvencionado una política propia, orientada a la satisfacción de sus intereses peculiares, dentro de la orientación de programación y coordinación que el Estado disponga para el sector”, luego la obligación específica controvertida se enmarca dentro de este margen, y no compromete ni menoscaba la competencia exclusiva del Estado en materia de pesca marítima; la finalidad de estimular a los armadores de buques desguazados para que mantengan sus posibilidades de pesca en el puerto base enlaza con la competencia que se ejerce en la orden que se impugna, e, insistimos, no compromete el ejercicio de tal competencia exclusiva del Estado. Con la previsión impugnada, la Administración gallega “quiere que la paralización definitiva de buques no suponga la pérdida de actividad pesquera en los puertos de esa Comunidad, luego será a los armadores a los que afecta y constriñe esa obligación específica que se impugna, pues condiciona las ayudas y limita la transmisión de sus posibilidades de pesca como objeto de negocio”, como se apunta en aquella sentencia respecto a la orden del País Vasco».

6.2 Sanción a organización de produtores de mexillón de Galicia por vulneración das regras de libre competencia

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (Secc. 5.^a), na súa Sentenza do 26 de xuño de 2017 (relator: Riego Valledor), confirmou a sanción de case un millón de euros imposta pola Comisión Nacional da Competencia á Organización de Produtores de Mexillón de Galicia por ter fixado as condicións comerciais e a repartición do mercado para a venda do mexillón galego, xunto con outras 14 asociacións, federacións, cooperativas, agrupacións e sociedades de produtores de mexillón. O alto tribunal rexeita os argumentos da recorrente sobre vulneración dos principios de culpabilidade e confianza lexítima, así como prescripción da infracción e caducidade do expediente. Respecto da normativa que rexe a libre competencia, afirma o seguinte:

«(...) El tercer motivo del recurso de casación alega que la sentencia impugnada ha infringido los artículos 5 y 15 del Reglamento 104/2000, en relación con el Reglamento 2318/2009, porque Pladimega se constituyó oficialmente en octubre de 2008 como una organización de productores, al igual que la entidad recurrente, y supone una infracción de los citados reglamentos considerar que la existencia de Pladimega haya supuesto una práctica restrictiva de la competencia, ya que una organización de productores que defienda la adecuación de la oferta a la demanda, en calidad y cantidad, y que además mejore la renta de los productores mediante la estabilización de los precios del mercado es el objetivo legalmente amparado de su constitución, debiendo examinarse las conductas enjuiciadas a la luz de la normativa aplicable a este tipo de organizaciones, habiendo incurrido la sentencia impugnada en un claro error, al aplicar indebidamente a la organización recurrente el artículo 14 del Reglamento 104/2000, cuando dicho precepto es aplicable a las organizaciones interprofesionales.

El motivo debe desestimarse, pues se basa en la consideración de que las conductas restrictivas que se han declarado probadas tienen amparo en el Reglamento 104/2009 del Consejo, de 17 de diciembre de 1999, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, lo que no podemos compartir.

Sin perjuicio de que los fines previstos en los Estatutos de la Plataforma para la Distribución del Mejillón de Galicia (Pladimega) fueran los de defender la adecuación de la oferta a la demanda, en cantidad y calidad, y la mejora de la renta de los productores mediante la estabilización de los precios del mercado, otra cosa son las conductas enjuiciadas en este proceso, que se alejaron notablemente de los fines estatutarios, pues, como ha declarado la resolución sancionadora y ha sido recogido en la sentencia impugnada con la condición de hechos probados, en el seno de Pladimega las principales organizaciones y asociaciones de productores de mejillón, que aglutinaban en torno al 80% de las bateas gallegas, fijaron precios de venta y acordaron el reparto de la producción, con intercambio de información detallada acerca de su producción y medidas de presión, como paralizaciones de suministro de mejillón a la industria, sin que la recurrente haya justificado la necesidad de dichas conductas para alcanzar los objetivos que autoriza el Reglamento 104/2009.

Debe señalarse al respecto que el Reglamento 104/2000 no declara al sector de los productos de la pesca y la acuicultura al margen o exento de la aplicación de las reglas sobre competencia de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en este sentido el considerando 6 del reglamento indica que la aplicación de las normas comunes de comercialización que se prevén en el reglamento “debería tener por efecto eliminar del mercado los productos de calidad insuficiente y facilitar las relaciones comerciales basadas en una competencia leal”.

La sentencia impugnada efectúa una cita del artículo 14 del reglamento, en relación no únicamente con las organizaciones de productores, como alega la parte recurrente, sino de manera más general con “las organizaciones de este sector”, que deben entenderse en el sentido mencionado de que no pueden considerarse ajenas dichas organizaciones a las normas sobre competencia de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Así resulta con claridad del Reglamento (UE) 1379/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, que derogó de forma expresa el Reglamento (CE) 104/2000, que en su considerando 24 recuerda que los acuerdos,

regap



NOTAS

decisiones y prácticas en la producción o comercialización de los productos de la pesca y la acuicultura están sujetos a las normas sobre competencia del artículo 101 del TFUE, en la medida en que su aplicación no impida el funcionamiento de la organización común de mercados ni comprometa el logro de los objetivos establecidos en el artículo 39 del Consejo, y en su capítulo V establece normas sobre competencia, que tienen como punto común en el artículo 40 la aplicación de las normas sobre competencia de los artículos 101 y 102 del TFUE a la producción y comercialización de los productos de la pesca y la acuicultura, con las excepciones que se establecen en el artículo 41, aplicables a las organizaciones de productores, que son similares a las definidas en el artículo 14 del Reglamento (CE) 14/2000, que exigen que se trate de acuerdos necesarios para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE, no impliquen la obligación de cobrar precios idénticos, no entrañen una compartimentación de mercados, no excluyan la competencia y no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión, habiendo señalado la sentencia impugnada que la actividad desarrollada por la recurrente consistió precisamente en algunas de estas actividades prohibidas por el artículo 101, que, como hemos indicado, no pueden considerarse exceptuadas ni por el Reglamento (CE) 104/2000 del Consejo, ni por el Reglamento (UE) 1379/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo».

6.3 Estudio estratéxico ambiental do litoral español para a instalación de parques eólicos mariños. Competencias da Administración do Estado sobre augas interiores do litoral galego

O TS, na súa Sentenza do 26 de xullo de 2016 (relator: Fernández Valverde, casación 1623/2015), revogou a de instancia e desestimou o recurso interposto pola Xunta de Galicia contra a Resolución conxunta da Secretaría Xeral de Enerxía e da Secretaría Xeral do Mar, do 16 de abril de 2009, pola que se aprobou o estudo estratéxico ambiental do litoral español para a instalación de parques eólicos mariños (BOE 08/05/2009). A sentenza recorrida estimara en parte o recurso, anulando o estudo estratéxico *“exclusivamente en todo o especificado neste que concirna, mesmo con carácter orientativo, ás augas interiores do litoral galego”*. Non obstante, o Tribunal Supremo concluíu que non invadía as competencias exclusivas da Comunidade Autónoma de Galicia, coas seguintes consideracións:

«(...) la Xunta de Galicia desde una perspectiva competencial impugnó el Real decreto 1028/2007 a través del Conflicto Positivo de Competencias 9061/2007, que fue desestimado por la STC 3/2014, de 16 de enero, siguiendo la doctrina ya establecida en la anterior STC 8/2003, de 17 de enero, y las que le siguen (SSTC 87/2013, de 11 de abril, y 99/2013, de 23 de abril).

(...) Debemos analizar a continuación el estrictamente territorial anunciado, en cuanto lo aceptado por la sentencia de instancia es la ausencia de competencias del Estado en el ámbito de las aguas interiores de Galicia. Ello nos obliga a perfilar los dos conceptos en cuestión: el mar territorial y las aguas interiores. El artículo 132.2 de la Constitución (CE) dispone que “son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”. Esto es, en el precepto constitucional no se mencionan las aguas interiores. En primer lugar, en el artículo 3 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (LC) –en el que se han introducido algunas modificaciones por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de

protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (LPLMLC), que no afectan al caso–, de conformidad con el precepto constitucional de precedente cita, se consideran “bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal” a (1) la ribera del mar y de las rías (que incluyen (a) la zona marítimo-terrestre y (b) las playas), (2) “el mar territorial y las aguas interiores con su lecho y subsuelo, definidos y regulados por su legislación específica”, así como (3) “los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, definidos y regulados por su legislación específica”. Esto es, es en el precepto legal en el que se contiene la referencia expresa a las aguas interiores. Desde la perspectiva, pues, de la normativa constitucional y legal en vigor –y dejando al margen ahora la normativa internacional, a la que luego haremos referencia–, hemos de comenzar analizando el citado artículo 3.º LC teniendo en cuenta que el legislador ordinario ha procedido, con evidente detalle, a perfilar y concretar los dos primeros bienes de dominio público que se mencionan en el precepto constitucional del que trae causa (132.2 CE), esto es, “la zona marítimo-terrestre, (y) las playas”. Así, la vigente LC define (1) en su apartado 1.a) la “zona marítimo-terrestre”, y en (2) su apartado 1.b) “las playas o zonas de depósito de materiales sueltos”, debiendo añadir nosotros que el conjunto de ambas (esto es, la zona marítimo-terrestre y la playa) constituyen la denominada “ribera del mar” (artículo 3.1 LC). No merece la pena la reproducción de tales conceptos –zona marítimo-terrestre y playa– por ser suficientemente conocidos, estar perfectamente delimitados en la vigente LC y no ser dichos espacios discutidos en el presente litigio. Sin embargo, por otra parte, el legislador, y a diferencia de lo anterior, en los apartados 2 y 3 del mismo artículo, no define a los otros dos integrantes del dominio público marítimo-terrestre; así (3), en el apartado 2 del citado artículo 3.º LC, y en relación con el “mar territorial (...) con su lecho y subsuelo” (tercero de los bienes de dominio público marítimo-terrestre), se remite, para su definición y regulación, a “su legislación específica”. Y algo similar lleva a cabo el mismo precepto (4), en su apartado 3, en relación con “los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”.

En consecuencia, desde una perspectiva sistemática del precepto, hemos de señalar que tanto el constituyente (132.2 CE) como el legislador (3 LC) se han querido referir, en todo momento, a cuatro bienes de dominio público marítimo-terrestre: La (1) zona marítimo-terrestre, la (2) playa, el (3) mar territorial y los (4) recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, procediendo a definir los dos primeros bienes de dominio público en la misma LC (por cuanto se trata de conceptos que se incluyen en el ámbito sectorial objeto de la misma ley), y remitiéndose a su legislación específica para definir los dos últimos, ya que los conceptos de mar territorial y de recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental son conceptos que exceden del propio ámbito de la legislación estatal sobre costas.

Por otra parte, igualmente nos interesa destacar que el legislador ordinario ha situado, como integrantes del dominio público marítimo-terrestre, junto al “mar territorial”, y, pese a su ausencia en el precepto constitucional, “las aguas interiores”, remitiéndose –al igual que para el “mar territorial”– a su “legislación específica” para su definición y regulación.

En consecuencia, no contamos en la vigente LC con una definición del “mar territorial” ni de “aguas interiores”, ni con un concepto de recursos naturales, ni, en fin, con los conceptos de zona económica y la plataforma continental, donde, en principio, y en el ámbito del medio marino, los recursos naturales se encontrarían».

Regap



NOTAS

7 Responsabilidade patrimonial

7.1 Por perda de aproveitamento urbanístico do propietario dun soar como consecuencia do achado de restos arqueolóxicos

Na STS do 28 de outubro de 2016 (relator: Huerta Garicano, casación 2592/2015), condenouse a Xunta de Galicia a aboar unha indemnización ao propietario dun soar polos prexuízos padecidos como consecuencia do descubrimento de restos arqueolóxicos no seu soar tras o outorgamento da licenza de edificación, prexuízos entre os que se inclúe a perda de aproveitamento urbanístico, gastos de proxectos, promoción inmobiliaria, etc. Considera o tribunal nesta sentenza que:

«(...) el contenido del derecho de propiedad, como derecho de configuración legal (delimitado, ex artículo 33 CE, por su “función social”), viene determinado por la ley. Tratándose, como aquí acaece, de la propiedad del suelo, y, en concreto, del derecho a edificar, este se materializa con la licencia urbanística, patrimonializándose en ese momento, con las consecuencias indemnizatorias que ello comporta. Antes del otorgamiento de licencia existe una mera expectativa, un simple derecho a solicitarla, pero cualquier cambio normativo o de otra naturaleza que impida su otorgamiento, y, por consiguiente, la materialización del aprovechamiento que hasta ese momento pueda ostentar el suelo, no da derecho a ningún tipo de indemnización. La licencia, sin embargo, incorpora al patrimonio de su titular el derecho a edificarlo en los términos en ella autorizados, dentro del plazo de caducidad con el que, en su caso, se otorga.

En este caso, la recurrente tenía las pertinentes licencias cuando se descubrieron los primeros vestigios arqueológicos con ocasión del movimiento de tierras en el solar contiguo, también de su propiedad; por ello la imposibilidad de ejecutar los proyectos, sin otra solución alternativa (...), comporta la privación de un derecho (el derecho a edificar los dos edificios autorizados por las licencias) que, aunque esté amparada en las normas de protección del patrimonio en beneficio del interés general, la ablación de ese derecho –precisamente porque redunde en beneficio de la colectividad– no puede ser soportado exclusivamente por su titular, constituyendo una lesión antijurídica y, como tal, indemnizable porque el propietario del suelo no tiene el deber jurídico de soportar el daño que a él en concreto le produce esa protección en interés y beneficio de la colectividad. En este sentido nos hemos pronunciado; a título de ejemplo cabe recordar, además de las sentencias citadas como soporte de este recurso de casación, la Sentencia de 15 de diciembre de 2010 (casación 1336/09).

(...) Hay un dato esencial a tomar en consideración para la determinación de las indemnizaciones, y es que en ningún momento se iniciaron las obras de construcción y el reembolso de los gastos del proyecto de excavación que fue requerida para determinar la posible existencia de restos arqueológicos han sido objeto de otra reclamación. La recurrente reclama, en primer término, el valor del suelo tasado con arreglo al artículo 24 del TRLS 2008, por el método residual estático, con los parámetros urbanísticos aplicados a los proyectos para los que se otorgaron las licencias y que, precisamente, como consecuencia de la necesidad de mantener in situ los hallazgos arqueológicos, impuesta por la resolución de 27 de junio de 2010, no sólo no pueden ejecutarse, sino que, según los informes técnicos de parte –no contradichos de contrario–, hace inviable cualquier otra alternativa de similares características.

Pretensión que, desde luego, ha de rechazarse de plano, pues cuando se impuso tal limitación no se había efectuado ninguna edificación, sin que, por tanto, tuviera consolidado derecho alguno a lo “virtualmente” edificado, único supuesto en el que cabría una indemnización en tal sentido. Además, el hecho de que no puedan construirse los edificios proyectados u otros similares no quiere decir que el solar carezca de todo tipo de aprovechamiento urbanístico, manteniéndose la propiedad del suelo.

La indemnización sólo puede compensar la pérdida de aprovechamiento que se ha producido como consecuencia de la obligación de mantener in situ los hallazgos arqueológicos, circunstancia esencial que no consta y que ha de quedar deferida al trámite de ejecución de sentencia para que un arquitecto designado judicialmente proceda a su determinación, adoptándose una fórmula similar a la empleada en la precitada sentencia de 15 de diciembre de 2010 donde el montante del daño indemnizable –privación del aprovechamiento urbanístico patrimonializado– será el que resulte de restar al precio de adquisición de ambos solares el valor que dicho suelo hubiera tenido en el momento de la adquisición de contar con las limitaciones impuestas por la resolución de 28 de junio de 2010, cantidad que habrá de incrementarse con el interés legal desde la fecha en que se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial. La segunda partida indemnizatoria que se postula viene referida al lucro cesante o beneficio previsto con la promoción y que cifra en 360.007 € para el solar denominado “FARO II” y de 935.382,37 € para el “FARO III”. Lo que pretende que se indemnice es una mera expectativa, un “sueño de ganancia” respecto de unos proyectos urbanísticos que no llegaron a iniciarse, algo que, desde luego, no puede acogerse. Cuestión distinta es el reembolso de los gastos de los dos proyectos, de las licencias y de publicidad de las promociones –sin que, al no haberse iniciado ningún tipo de obras, conste otro tipo de gastos en ese sentido–, únicos que, al devenir inútiles ante la imposibilidad de ejecutar los proyectos como consecuencia de la obligación de mantener in situ los hallazgos, son indemnizables y cuyo importe deberá ser determinado en el trámite de ejecución de sentencia conforme a lo que, en este sentido, haya quedado documentado en autos».

Regap



NOTAS

7.2 Por accidentes de circulación orixinados na irrupción de animais salvaxes nas estradas

No ano 2016 producíronse 3.500 accidentes nas estradas galegas por colisións de vehículos con xabaris. O TSXG, na súa interesante Sentenza do 18 de novembro de 2015 (relator: Cibeira Yebra-Pimentel, Rec. 7833/2011) estableceu os parámetros básicos para determinar se estes sinistros xeran ou non responsabilidade patrimonial na Administración titular da estrada, nos seguintes termos:

«(...) Como consecuencia do réxime legal e xurisprudencial aplicable, podemos distinguir tres situacións diferenciadas, sobre as que se proxectará a necesidade de proba das partes. Son as seguintes:

Naqueles casos en que non existe TECOR, couto de caza, reserva natural ou algunha figura de relevancia cinexética semellante, non se dan os presupostos habilitantes da esixencia de responsabilidade patrimonial, ao non estar comprendido dentro do deber xeral de dilixencia da Administración pública en garantía do aseguramento do correcto funcionamento do servizo a colocación de sinais de perigo, pois ningunha norma habilita especificamente o

deber de advertencia, tal como se desprende a sensu contrario do RD 13/1992 e da Orde de 28/12/1999.

Naqueles casos en que exista durante o tramo en que acaeceu o sinistro algunha figura de protección ou promoción cinxética que sexa atravesada pola estrada, o deber de dilixencia na conservación e mantemento da vía en condicións de asegurar un bo funcionamento do servizo comprende legalmente o de sinalizar a presenza de animais soltos, como prevén o RD 13/1992, a Orde do 28/12/1999 e a STSXG 1309/2010, sen que tal deber acade o da sinalización inmediata do lugar do sinistro, senón a advertencia nalgún punto previo da entrada en zona de perigo.

Finalmente, cando o lugar en que acaeceu o sinistro forma parte dunha paraxe de protección ou promoción cinxética e, dentro desta área, o tramo do accidente é lugar de paso frecuente de animais, o deber da Administración debe extremarse ata o punto de que o seu deber de sinalización comprende as inmediacións do paso concreto de animais (STSXG n. 837/2011). Enténdese que un paso é frecuente cando tal circunstancia se acredita mediante calquera medio de proba válido en dereito e, en todo caso –tendo en conta a finalidade da norma de protección–, cando nas inmediacións do lugar do sinistro se produciu máis dun accidente nos últimos seis anos, abstraendo os criterios xurisprudenciais expostos. Por outra parte, o concepto de inmediacións do lugar do sinistro non pode restrinxirse ao concreto punto quilométrico contado por quilómetro e hectómetro, pois a zona de paso de animais tampouco se atopa delimitada con tal exactitude, agás que se demostre o contrario, entendendo a devandita xurisprudencia que de ningún modo unha sinalización cursada a 3.750 m é axeitada para advertir do perigo do punto de paso frecuente. Por esta razón, o concepto de inmediacións ao lugar de paso debe ser obxecto de interpretación restritiva, sen que caiba entender comprendida a sinalización xenérica ao inicio de vía, senón necesariamente inferior a 3,7 kms ao lugar de reiteración de sinistros ou paso de animais.

Partindo das anteriores consecuencias, que funcionan como premisas xurídicas da aplicación da norma, corresponde ás partes a proba dos distintos elementos fácticos necesarios para despreñar o efecto xurídico pretendido en cadansúa posición procesual, conforme as regras do artigo 217 LAC. (...)

O problema xurídico de autos é determinar se a Administración obrou axeitadamente despregando unha actividade suficiente que rompa o nexo de causalidade entre o dano causado á parte demandante e o funcionamento normal ou anormal do servizo público, mediante un mantemento axeitado da vía ou se, pola contra, esta ausencia puido colocar o recorrente na situación de sufrir o accidente.

En este caso, resulta probado que, cuando a las 0.50 horas del día 17 de mayo de 2008, la actora D.ª conducía el vehículo de su padre –también actor–, (...), circulando por la Autovía AG,54 en sentido ascendente y en dirección a Cabreirós, término municipal de As Pontes, y al llegar al punto kilométrico 32,100 un jabalí irrumpió en la calzada procedente del lado derecho y chocó contra el mencionado vehículo, a consecuencia de lo cual este último tuvo daños calificados como siniestro total, y la conductora sufrió lesiones cuyo alcance se determinará más adelante cuando se proceda a la cuantificación de los daños y perjuicios indemnizables. Los espacios contiguos a la autovía formaban parte del TECOR Societario de Medio Eume y, a pesar de ello, en ningún espacio de la autovía, ni próximo ni lejano al lugar del accidente, existía señalización alguna que avise del peligro de animales sueltos.

Tal situación, por lo ya explicado en los fundamentos anteriores, es perfectamente subsumible en aquellos supuestos de responsabilidad patrimonial del titular de la vía pública por no haber observado los estándares exigibles de seguridad en cuanto a la señalización y aviso del correspondiente peligro para los usuarios de la vía en su paso por esa zona, en la medida en que se trataba de un tramo en el que existía una figura de protección cinegética, con el riesgo genérico que ello conlleva, necesitada de ser objeto de advertencia, ya que el deber de diligencia en su conservación y mantenimiento para la prevención de un buen servicio comprendía legalmente el de señalar la presencia de posibles animales sueltos, no especialmente en la zona inmediata al lugar del siniestro, sino, por lo menos, en algún punto anterior a la zona de peligro, lo que no se había observado en este supuesto por parte de los responsables de la titularidad de la autovía. Eso justifica que se genere la correspondiente responsabilidad indemnizatoria, a título de responsabilidad patrimonial, por parte del organismo autónomo demandado, a quién, por tanto, procede declarar que asuma el pago de los daños y perjuicios causados en la medida y en los términos que pasan a exponerse».

7.3 Responsabilidade patrimonial do lexislador. Desistencia da Xunta de Galicia en procedementos de autorización de parques eólicos

Na STSXG do 21 de marzo de 2017 (Secc. 1.ª, relator: Seoane Pesqueira, Rec. 321/2015), condenouse a Xunta de Galicia ao pagamento á demandante dunha indemnización de 840.000 euros (moi inferior aos 15,5 millóns de euros reclamados) polas perdas derivadas da resolución da Consellería de Industria do 30 de decembro de 2009 que, ao abeiro da Lei 8/2009, do 22 de decembro, reguladora do aproveitamento eólico en Galicia, dispuxo a finalización, por desistencia, dos procedementos de autorización de instalación de parques eólicos tramitados ao abeiro dunha Orde do 6 de marzo de 2008 e do Decreto autonómico 242/2007, do 13 de decembro, regulador do aproveitamento da enerxía eólica. Xustificou o Tribunal a súa condena nestes argumentos:

«(...) Del tenor del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 y de los argumentos anteriormente expuestos se desprende que, cuando se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, como ahora sucede, no está prevista la reparación integral, sino que la indemnización será en los términos que especifiquen los actos legislativos, de modo que sólo son indemnizables los conceptos que se contienen en el apartado 4 de la disposición transitoria 1.ª de la Ley 8/2009, sin que pueda hablarse de que la actora tiene un derecho adquirido a desarrollar los proyectos en las zonas proyectadas, ni tampoco de que ese derecho estuviese dentro de su esfera patrimonial, tal como exige la jurisprudencia. Al tratar de la impugnación contra la resolución de desistimiento de 30/12/2009 ya había tenido ocasión el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de marzo de 2016 (RC 4059/2013), de descartar que se pudiera hablar de un derecho adquirido una vez que una empresa hubiera sido preseleccionada en la primera fase (...). En base a la anterior argumentación ha de quedar excluida la reclamación de 10.842.256,71 euros en concepto de pérdida patrimonial sufrida, pues: 1.º dicha cifra no es debida a aquellos gastos imprescindibles para la instrumentación de la solicitud, y 2.º no se puede hablar de que, por el hecho de haber sido preseleccionada en la primera fase, la actora haya adquirido derecho alguno, que era la base en que se fundamentaba la pretensión de indemnización de aquel concepto de pérdida patrimonial. Tampoco pueden ser incluidos en dicho concepto de gastos imprescindibles en la instrumentación de la solicitud los 173.030,38 euros por el coste financiero de los avales. Dichos avales

Regap



NOTAS

fueron otorgados el 31 de marzo de 2009, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 59 bis del Real decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Ventauria en el procedimiento de acceso y conexión a la red de transporte de cada uno de los cuatro PEs. (...) Dado el cambio de modelo eólico y que en los artículos 40 y siguientes de la Ley 8/2009 se regula todo lo relativo a la constitución de las fianzas que habían de presentarse para el nuevo procedimiento a convocar, que no se conecta con el anterior que se tuvo por desistido, en ningún caso tenía justificación el mantenimiento de los avales constituidos por razón del procedimiento anterior, por lo que la actora debió solicitar su cancelación, de modo que, aparte de la deficiente justificación de los costes financieros y comisiones de dichos avales, estos gastos no han de ser incluidos entre los que considera indemnizables el apartado 4 de la disposición transitoria 1.ª de la Ley 8/2009. (...) En consecuencia, por este concepto ha de abonarse la suma de 48.060 euros, que en aquel informe se considera adecuado. Además, han de ser incluidos como indemnizables los gastos de la primera fase, es decir, los 178.016 euros, imprescindibles para instrumentar la solicitud de admisión a trámite de los anteproyectos, de acuerdo con el artículo 9 del Decreto 242/2007 (...). La controversia principal se ha centrado en los gastos de la segunda fase, en cuyo concepto se reclaman 4.214.700 euros, por los derivados de la preparación de la documentación necesaria para la presentación de las autorizaciones administrativas de los cuatro PEs. Para la gestión integral de la tramitación de los cuatro PEs con una potencia total de 160,2 megavatios, con fecha 11 de febrero de 2009 Ventauria y Eolicia firmaron un contrato de prestación de servicios (...). Como documento n. 5 de los aportados a la demanda se acompaña factura de 13 de octubre de 2009, emitida por Eolicia, por importe de 4.214.700, sin IVA, en los que se exponen los trabajos necesarios para la presentación de la solicitud de autorización administrativa de PEs. En este punto conviene significar que Ventauria y Eolicia son empresas vinculadas, (...) Ventauria fue constituida por Eolicia en 2005 (el capital social fue desembolsado íntegramente por Eolicia, único socio fundador), tienen el mismo domicilio social y comparten cargos directivos (...). Es cierto que la recurrente no oculta el dato de esa vinculación entre ambas entidades, pero el mismo permite poner en cuestión la suma que, en concepto de gastos de la fase segunda, tratan de reclamarse como indemnización por responsabilidad patrimonial derivada del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 (hoy, artículo 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público). En efecto, una cosa es el contrato de prestación de servicios celebrado entre Ventauria y Eolicia, y otra diferente los gastos debidamente justificados que hayan resultado imprescindibles en la instrumentación de la solicitud, que son los que pueden ser objeto de indemnización, en base al apartado 4 de la disposición transitoria 1.ª de la Ley 8/2009, pues basta que aquellas entidades se hallen vinculadas para que sea conveniente extremar la rigurosidad en la exigencia de que los gastos justificados sean imprescindibles para aquella finalidad de instrumentar la solicitud (...) ha de acreditarse que dichos gastos se adecuan a los precios de mercado. Las dudas que genera el informe pericial de la actora, en lo relativo a la cuantificación de los trabajos de esta segunda fase, se incrementan si se tiene presente que el contrato de prestación de servicios no se acompaña de una factura o documento fehaciente que acredite que el pago se llegó a realizar a favor de Eolicia. (...) Por ello, en todo caso, para fijar la indemnización correspondiente a los gastos de esta segunda fase resulta indudable que ha de atenderse al valor normal de mercado, para fijar el cual es patente la discrepancia entre los peritos de ambas partes. Tras proceder a la lectura reposada de los in-

formas de una y otra parte y escuchar con atención en el acto de la vista los dictámenes emitidos por uno y otro perito, la intensidad de sus argumentos y la crítica del informe del contrario, se aprecia mayor fuerza de convicción en el de la parte demandada, ya que don ----- se ha mostrado más firme en todo momento en la defensa de su tesis de que el contrato celebrado entre Ventauria y Eolicia es de una cuantía desproporcionadamente elevada, en función de la media de las ingenierías consultadas por el Inega, a lo que se une la poca experiencia de Eolicia en el sector eólico, siendo significativo que la acreditación de su capacidad técnica para acudir al proceso de selección de anteproyectos no lo hiciese Ventauria a través de Eolicia, sino de otras entidades; (...) Por consiguiente, según el informe pericial de la demandada, los costes de ingeniería de las fases primera y segunda, más adecuados al valor de mercado, se estiman en 204.952,02 euros para el PE San Sebastián, 202.997,16 euros para el PE Coto da Lebre, 201.047,71 para el PE Porteliña y 185.664,34 para el PE Outeiro, pero, dado que el grado de avance del expediente de Ventauria sería del 60 %, la valoración conjunta por los cuatro proyectos es de 476.797,04 euros. Sin embargo, esa aminoración por el grado de avance del expediente en un 60 % resulta improcedente, porque, tal como hizo constar el señor -----, perito que ha emitido el informe a instancia de la actora, el pago se refiere al cumplimiento de las solicitudes de autorización administrativa, lo cual está cumplido al 100 %, es decir, los trabajos necesarios para instrumentar la solicitud de las autorizaciones administrativas de los cuatro PEs se habían ejecutado en su totalidad. De ello se desprende que como gastos de la primera (es decir, incluidos los 178.016 euros ya anteriormente consignados) y segunda fase han de abonarse 794.661,23 euros, a los que han de añadirse los 48.060 euros por costes financieros y comisiones de los avales, lo que hace un total de 842.721,23 euros, que es la cantidad total que, en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial, ha de abonar la Administración demandada».

regap



NOTAS

8 Tributos

8.1 Taxa municipal por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de transporte de enerxía eléctrica, gas, auga e hidrocarburos

Na Sentenza do 21 de decembro de 2016 (relator: Martínez de Velasco, casación 947/2016, contén votos particulares), o TS confirmou a desestimación do recurso promovido por Red Eléctrica de España fronte á ordenanza fiscal do Concello de Arteixo reguladora da taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de transporte de enerxía eléctrica, gas, auga e hidrocarburos, cos seguintes fundamentos:

«(...) la cuota tributaria de la tasa está contenida en el anexo de tarifas correspondiente al estudio técnico-económico que forma parte de esta ordenanza en el que con la metodología empleada ha obtenido y recogido la cuota tributaria en cada caso. El anexo, en el grupo I («Electricidad»), establece la tarifa (cuota tributaria) para catorce tipos de instalaciones, que cifra en el 5 % del valor del aprovechamiento (base imponible). Ese valor de aprovechamiento está constituido, según se obtiene del anexo y del informe técnico-económico, por el producto de multiplicar el valor del inmueble (V), el coeficiente de relación con el mercado (RM) y la ocupación en metro cuadrado que corresponde a cada metro lineal (C). Por su parte, el valor del inmueble (V) es el resultado de sumar el valor catastral del suelo rústico con

construcciones (A) y el valor de las instalaciones (B). De este modo, la fórmula que define el valor del aprovechamiento (base imponible) es la siguiente:

$$\text{Base imponible} = (A + B) \times RM \times C$$

(...) El artículo 24.1.a) TRLHL dispone que, con carácter general, el importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fijará tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. Y añade que, a tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada. Por su parte, el artículo 25, como ya se ha indicado, precisa que tal valor se determinará a la vista de informes técnico-económicos, que se incorporarán al expediente que desemboca en la adopción del correspondiente acuerdo.

(...) la recurrente no achaca al informe técnico-económico ser impreciso o carecer de motivación. Tampoco atribuye a los criterios que discute la condición de arbitrarios o no objetivos, no transparentes o discriminatorios. Tan sólo los reputa inadecuados, puesto que, en su opinión, no responden a la voluntad del legislador de que el importe de la tasa sea equivalente al valor de mercado de la utilidad obtenida por el sujeto pasivo por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, como si los bienes que lo integran no fueran extra commercium, y ello por atribuir a las instalaciones de transporte y distribución de electricidad la condición de construcciones.

Pues bien, ante tal planteamiento se han de sentar las siguientes conclusiones:

1) Al cuantificar la tasa no se trata de alcanzar el valor de mercado del suelo por el que discurren las instalaciones que determinan el aprovechamiento especial o el uso privativo del dominio público local, sino el de la utilidad que esos aprovechamientos o usos reportan. Por ello, son admisibles todos los métodos que, cualquiera que sea el camino seguido, desemboken en un valor que represente la utilidad en el mercado obtenida por el sujeto pasivo. Al controlar esa elección, los tribunales de justicia no podemos sustituir la opción municipal por nuestro subjetivo criterio. Tan sólo nos compete comprobar que la elección conduce al resultado querido por la ley y lo hace aplicando, motivada y razonadamente, criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, determinados con transparencia y publicidad.

2) Siendo así:

2.1) No cabe calificar de inadecuado acudir para determinar el aprecio que corresponde a esa utilidad al valor catastral del suelo, que tiene siempre como límite el del mercado [artículo 23.2 del texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario, aprobado por Real decreto legislativo 1/2004, de 5 de marzo (BOE de 8 de marzo) [«TRLCI» en adelante], valor catastral que en el caso de la ordenanza discutida es el rústico con construcciones [el valor catastral es la suma del valor del suelo más el de las construcciones (artículo 22 TRLCI)], por ser de esa naturaleza el suelo por el que discurren las instalaciones cuyo establecimiento es la causa del uso del dominio con exclusión de los demás que provoca la exacción de la tasa. Téngase en cuenta que, a efectos catastrales, se reputan construcciones las instalaciones industriales, considerándose, entre otras, los diques, tanques, cargaderos, etc. [artículo 7.4.b) TRLCI],

lista abierta que permite calificar de tales a las líneas aéreas de alta tensión a que se refiere la ordenanza discutida en el anexo I.

2.2.) La toma en consideración de tales infraestructuras para calcular la base imponible de la tasa resulta adecuada a la finalidad perseguida por el legislador: si se trata de valorar la utilidad que proporciona al sujeto pasivo el uso privativo o el aprovechamiento especial del dominio público local por la instalación de los mencionados elementos relativos a la distribución de electricidad, parece de todo punto razonable tomarlas en consideración. Desde luego está fuera de lugar la pretensión de la recurrente de que se consideren exclusivamente valores o parámetros propios del suelo rústico o de su aprovechamiento agropecuario, obviando que el hecho imponible de la tasa viene determinado por el aprovechamiento por su parte del dominio público local para su actividad de transporte y distribución de energía eléctrica.

3) La aplicación del coeficiente RM previsto en la normativa catastral encuentra plena justificación en la medida en que se trata de cumplir el mandato legal de que el valor catastral no supere al de mercado. Como quiera que la base imponible se determina por el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada del aprovechamiento especial o el uso privativo del dominio público local, parece de todo punto ajustada a las exigencias legales la aplicación de un coeficiente que tiene por designio evitar que el valor catastral de los bienes considerados supere al del mercado. No compartimos la perplejidad de la recurrente ante la eventualidad de que el valor de la utilidad pueda ser superior al catastral del suelo por el que discurren las líneas, porque, como ya hemos indicado, no se trata de gravar un suelo rústico de uso agropecuario, sino la utilidad que le reporta al sujeto pasivo la utilización privativa o el aprovechamiento especial del mismo, con exclusión de los demás, para una actividad netamente industrial consistente en transportar y distribuir energía eléctrica.

En un juicio estrictamente técnico, se podrá discutir si otros parámetros distintos de los elegidos hubieran sido más adecuados para determinar el valor de esa utilidad, pero en un juicio estrictamente jurídico, como el que nos incumbe, se debe concluir que el Ayuntamiento de Arteixo ha aplicado para determinar la base imponible y las tarifas de la tasa que regula la ordenanza impugnada unos parámetros objetivos, proporcionados y no discriminatorios que respetan las exigencias del artículo 24.1.a) TRLHL, ejerciendo así su potestad conforme a los criterios que dimanar de la jurisprudencia».

8.2 Validez das notificacións electrónicas

A Sentenza do TSXG (Secc. 4.^a) do 26 de outubro de 2016 (relator: Gómez y Díaz-Castroverde, Rec. 15039/2016) resume a normativa e o último criterio xurisprudencial sobre os requisitos de validez das notificacións electrónicas da Administración tributaria. Conclúe desestimando o recurso interposto por unha entidade mercantil á que a Axencia Tributaria lle inadmitira, por extemporáneo, un recurso de reposición presentado fronte a unha liquidación de IVE, con estas consideracións:

«(...) acreditado que la demandante no solicitó la exclusión del sistema de notificación electrónica obligatoria, la cuestión queda reducida a la decisión sobre la imposibilidad material de recibir notificaciones a través del mismo. El artículo 28.3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, dispone que “cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición, transcurrieran diez días naturales sin que se

Regap



NOTAS

acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992 de régimen jurídico y del procedimiento administrativo común y normas concordantes, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso”.

Entiende la demandante que tal es el caso que concurre, toda vez que el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Caldas de Reis, con fecha 13/2/14, dictó sentencia de desahucio del local de la empresa, lo que, al margen de tener que despedir a los empleados, motivó la imposibilidad de acceso a notificaciones electrónicas. Añadidamente a ello se cursaron bajas ante la AEAT con fecha 30/6/14 en retenciones de IRPF e impuesto sobre el valor añadido. A ello se suman los problemas de salud de su representante legal, dimanantes de atropello sufrido en el año 2012.

Aunque en otras ocasiones hemos examinado la cuestión de la imposibilidad material, bien por problemas personales, bien por defectuoso funcionamiento de los terminales que permiten acceso a la notificación, en el caso que ahora nos ocupa parece razonable efectuar tal examen desde la óptica en la baja en el impuesto sobre el valor añadido que se cursa con efectos de 30/6/14; cuatro meses después del desahucio del local de negocio, baja esta que pone de manifiesto el cese en la actividad y, aunque por supuesto no deja sin efecto las obligaciones fiscales no prescritas y sus obligaciones formales, permite reparar en que la notificación se ha depositado con posterioridad a dicha baja, concretamente el 5 de agosto, lo que, aparentemente, puede conducir a entender que la notificación se realiza por medio inadecuado. Sin embargo, es de insistir en lo antes expuesto en relación con lo dispuesto en el artículo 4.3 del Real decreto 1363/2010, de 29 de octubre, y necesidad de que la exclusión del sistema sea solicitada expresamente. Y, en tal cuestión, también parece razonable concluir que, si la empresa disponía de medios materiales y personales para cursar la baja de referencia, también disponía de ellos para solicitar dicha exclusión, y obtenerla de ser procedente, lo que conduce directamente a la desestimación del recurso en este particular.

Plantea la demanda dos cuestiones conectadas, cuales son la posibilidad de presentar documentación en sede de recurso y el principio de capacidad económica, aspectos que tampoco pueden conducir al éxito del recurso, pues una y otra precisarían de que pudieran analizarse justamente desde la óptica del recurso interpuesto, debiendo recordar que en el presente caso se declaró inadmisibile por extemporáneo y, en consecuencia, no ha lugar al examen de dichos motivos».

8.3 Imputación temporal da renda procedente da expropiación forzosa tramitada polo procedemento de urxencia

O TS (Secc. 2.^a), na súa Sentenza do 26 de maio de 2017 (relator: Martínez Micó, casación 1137/2016), concluíu que existen dous momentos temporais, diferentes e sucesivos, en que deben imputarse as rendas derivadas das expropiacións forzosas urxentes, para os efectos de determinación do *dies a quo* do prazo de prescrición da débeda tributaria. Un primeiro, no momento de expedición da acta de ocupación do predio expropiado, co correspondente aboamento do depósito previo. E outro posterior, no de fixación definitiva do prezo xusto polo xurado de expropiación ou por sentenza da xurisdición contencioso-administrativa.

Regap

Recensiones

3

Responsabilidade patrimonial do Estado por incumprimento do Dereito da Unión Europea

Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

Patrimonial liability of the State for breach of European Union Law

53
Regap

COBREROS MENDAZONA, E.
Iustel, Madrid, 2015, 239 pp.

Regap



RECENSIONES

A responsabilidade patrimonial do Estado por vulneración do dereito da Unión Europea é un principio de creación xurisprudencial que foi evolucionando ao longo do tempo a través das resolucións do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, acabando de perfilar o seu réxime xurídico, e que, encontrándose de plena actualidade, interactúa de modo moi intenso cos ordenamentos xurídicos dos Estados membros, dando lugar a unha interesante dialéctica xurídica entre ordenamentos, tal como se mostra neste magnífico estudo do profesor Cobreros Mendazona.

A obra recensionada, en que o seu autor abunda no estudo da responsabilidade patrimonial por vulneración do dereito da Unión Europea, da que é bo coñecedor, como testemuñan as súas numerosas publicacións sobre diferentes aspectos da materia, vén abordar dun xeito sistemático e completo o referido principio comunitario, distribuíndo o traballo en dúas partes ben diferenciadas: a primeira destinada á descrición do réxime xurídico construído polo Tribunal de Luxemburgo, e a segunda a dar unha resposta crítica á aplicación que efectúan os tribunais españois do citado principio. Así, esta monografía atópase de plena actualidade e convértese nunha importante axuda para verificar a corrección da regulación da responsabilidade patrimonial do Estado por vulneración do dereito da Unión Europea nas leis españolas 39/2015 e 40/2015, do 1 de outubro, reguladoras do procedemento administrativo común das administracións públicas, e do réxime xurídico do sector público, respectivamente.

A primeira parte consta de cinco capítulos, dedicados a explicar o significado do principio de responsabilidade patrimonial e o seu encadramento tanto no ordenamento xurídico interno dos Estados membros como a súa configuración comunitaria, como se foi construíndo este principio da Unión Europea e os requisitos necesarios para que o incumprimento do dereito da Unión Europea por parte dos diferentes poderes e órganos dun Estado membro dea lugar a unha indemnización a favor do particular ao que o dito incumprimento lle ocasionou un dano.

No primeiro dos capítulos, a xeito de introdución, o autor describe o principio da responsabilidade patrimonial dos Estados membros en canto principio fundamental da Unión Europea en que patentiza a interacción entre o dereito da Unión e os ordenamentos estatais dos Estados membros, como cláusula de peche dun sistema, o comunitario, que se constitúe en garante de dereitos para os cidadáns.

O segundo capítulo aborda a construción xurisprudencial do principio de responsabilidade patrimonial a través da análise de tres das sentenzas máis significativas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea na materia: a coñecida como Sentenza *Franovich*, de 1991, onde se consagra por vez primeira o principio de responsabilidade patrimonial do Estado por incumprimento do dereito da UE; a Sentenza *Brasserie*, de 1993, onde se introduce o requisito que máis dificultades prácticas observa, o da «violación suficientemente caracterizada» da norma comunitaria; e a Sentenza *Köbler*, de 2003, a través da cal o Tribunal de Luxemburgo clarifica o ámbito de aplicación do instituto da responsabilidade patrimonial, recoñecéndoo sen ambaxes respecto dos actos emanados do poder xudicial cando lle ocasionan un dano a un particular. Neste capítulo perfiláanse elementos esenciais da configuración xurisprudencial do principio da responsabilidade patrimonial por incumprimento do dereito da Unión, tales como que a acción de responsabilidade patrimonial é independente e non require da declaración previa de incumprimento, así como que os tres requisitos establecidos polo Tribunal de Xustiza, a saber, o incumprimento dunha norma que teña por obxecto conferir dereitos aos particulares, que a violación sexa suficientemente caracterizada e que entre o incumprimento e o dano ao particular exista unha relación de causalidade directa, sendo suficientes e necesarios para que naza o dereito do particular á indemnización, non obstan a que ao dito prexudicado se lle recoñeza o dereito á indemnización en virtude de requisitos menos restritivos establecidos polo ordenamento xurídico interno do Estado membro infractor, se este cualificativo de menos restritivos merecen.

O terceiro capítulo desta primeira parte dedícase á análise do requisito máis complexo do instituto resarcitorio examinado, o da «violación suficientemente caracterizada», que, como sinala Cobrerros, é un requisito que presenta unha importante indeterminación, xa que o Tribunal de Luxemburgo tan só precisou que se trata dunha violación manifesta e grave, pero sen ofrecer uns parámetros certos e que se poidan estender á xeneralidade dos supostos, aínda que facilita algúns elementos que, de concorreren, poderían delatar a presenza dunha violación suficientemente caracterizada, pero que necesariamente haberá que observar o caso concreto, por máis que se hai algunha excepción, como é o suposto do incumprimento do prazo de transposición das directivas, nese caso entenderase cumprido este requisito polo mero transcurso do tempo sinalado sen ter adaptado a norma comunitaria no ordenamento xurídico interno do Estado membro en cuestión. Abórdase tamén neste capítulo o caso paradigmático do incumprimento da obriga por parte dos tribunais nacionais que resolvan en última instancia de formular a cuestión prexudicial, no que intervén outro dos elementos de aplicación do dereito da Unión dados polo Tribunal de Luxemburgo, como é o relativo á

súa doutrina sobre o acto claro ou aclarado, como excepcións á obriga de formular a cuestión prexudicial. Outras interesantes disxuntivas formula Cobreros en relación co requisito da violación suficientemente caracterizada en atención á lesión de dereitos fundamentais, aos supostos de inexistencia de responsabilidade por acto ilícito na Unión Europea ou á referencia ao réxime de responsabilidade extracontractual das institucións da Unión para cos seus funcionarios.

O capítulo cuarto deixa ver a complexidade da rede en que se articula o principio de responsabilidade patrimonial do Estado por vulneración do dereito da Unión Europea, cuxo réxime xurídico non se esgota coa chegada dos tres reiterados requisitos substantivos, e que xa, de seu, evidencian un camiño non exento de dificultades para a obtención da pretendida indemnización do dano. Neste capítulo, o autor mostra a necesidade de conxugar outros elementos fundamentais para a recta aplicación do dereito da Unión en relación co instituto da responsabilidade patrimonial examinada, tales como o principio de autonomía procedemental de que gozan os Estados membros, a cuxos ordenamentos xurídicos remite a ordenación das autoridades e procedemento a seguir para a efectiva obtención da indemnización polo dano causado, para o que deberá ter en conta e aplicar, de acordo coa interpretación do Tribunal de Xustiza, os principios de equivalencia e efectividade, isto é, que non se traten de xeito menos favorable os supostos de responsabilidade patrimonial por incumprimento do dereito da Unión que os casos de responsabilidade patrimonial exclusivamente internos e que os requirimentos dese procedemento non fagan excesivamente difícil ou imposible acceder á indemnización. Así mesmo, abórdanse cuestións relativas á cuantificación e cualificación do dano ou á relación de causa a efecto que haberá que observar entre o incumprimento imputable ao Estado, calquera que sexa o órgano, poder constitucional ou Administración territorial á cal se lle atribúa, e o dano efectivamente ocasionado ao particular. Pecha este capítulo unha máis que interesante visión sobre a responsabilidade por incumprimento do dereito da Unión Europea en materia de política exterior e de seguridade común, que deixa entrever a propia configuración da Unión Europea, en canto proxecto político supranacional en constante construción, para ratificar no último dos capítulos da primeira parte do traballo a consolidación do principio da responsabilidade patrimonial do Estado por incumprimento do dereito da Unión Europea.

A segunda parte do libro, que consta de seis capítulos, está dedicada a abordar a aplicación do principio de responsabilidade patrimonial configurado polo Tribunal de Luxemburgo no ordenamento xurídico español.

No sexto capítulo, o autor fai referencia á forma en que o Estado Español introduciu no seu ordenamento o principio de responsabilidade patrimonial. Cobreros alude a unha aparente aceptación do principio de responsabilidade patrimonial por incumprimento do dereito da Unión, xa que é un principio común ao ordenamento xurídico interno español. Non obstante, na práctica, os tribunais mostran dificultades de aplicación do principio na súa configuración por parte do Tribunal de Xustiza da UE, en particular sobre a aplicación ao caso concreto dos principios de equivalencia e efectividade, e o polémico requisito da violación suficientemente caracterizada, baseado nun concepto de culpa manifesta e grave, a diferenza da configuración obxectiva que no ordenamento interno ten, en xeral, a responsabilidade patrimonial, o que suscita a importante cuestión de se as autoridades españolas competentes teñen a obriga de exceptuar este requisito nos casos análogos en que o ordenamento xurídico interno non exixa tal concepto de culpa.

Regap



RECENSIONES

O capítulo sétimo dedícase á análise dalgunhas das sentenzas máis significativas da Audiencia Nacional e do Tribunal Supremo, en que foron mostrando, sobre o caso concreto, o xeito de recepción do principio na orde xurisdiccional contencioso-administrativo, partindo do suposto interno que toman como equivalente da responsabilidade patrimonial do Estado lexislador por lei declarada inconstitucional, onde se pon de manifesto tanto a dificultade da ausencia, no momento de ditarse aquelas resolucións, de regulación normativa da responsabilidade patrimonial por inconstitucionalidade da lei, como a querencia polo requisito da violación suficientemente caracterizada, cando nos supostos internos non existe requisito análogo, en canto á configuración xeral da responsabilidade patrimonial.

A continuación, no capítulo seguinte, o autor refírese á falta de formulación da cuestión prexudicial por parte dos tribunais nacionais, padecéndose da perda desta oportunidade procesual que tería suposto, de facerse uso dela, garantirlles aos prexudicados unha recta aplicación da acción que exercen de acordo coa interpretación do Tribunal competente, se se quere, o predeterminado pola lei, isto é, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, formulando mesmo a posibilidade de que esta ausencia se constituía non só en incumprimento do dereito da Unión, senón en incumprimento do dereito á tutela xudicial efectiva, que foi valorado polo Tribunal Constitucional en sentido desfavorable ao recorrente en amparo.

No capítulo noveno efectúase a análise da relevante Sentenza do Tribunal de Luxemburgo *Transportes Urbanos*, que supuxo un xiro copernicano no modo de resolver os supostos de responsabilidade patrimonial por incumprimento do dereito da Unión Europea, xa que o Tribunal Supremo viña exixindo que nestes casos se esgotasen as vías previas á reclamación de responsabilidade patrimonial, mentres tal requisito non era exixido polo alto tribunal cando a responsabilidade patrimonial se exercía baseándose no prexuízo ocasionado por unha lei declarada inconstitucional. Nesta ocasión, o Tribunal Supremo elevou ao Tribunal de Luxemburgo a preceptiva cuestión prexudicial, resolvéndoa este no sentido de que exixir tal requisito para os supostos de incumprimento do dereito da Unión e non facelo nos casos de normas declaradas inconstitucionais atenta contra o principio de equivalencia. Ao considerar incumprido o dito principio, o Tribunal de Xustiza non entrou xa a valorar a infracción do principio de efectividade, o que tería gran significación de cara á reforma do procedemento administrativo e réxime xurídico das administracións públicas operado polas leis 39 e 40/2015, que equiparan estes dous supostos, exixindo agora en ambos os dous casos esgotar as vías previas, unha opción de dubidosa constitucionalidade e contravención do dereito da Unión Europea, que xa se advirte no estudo realizado no capítulo décimo conectándoo co dereito fundamental á tutela xudicial efectiva e sometendo o réxime interno de responsabilidade por incumprimento xudicial ao exame baixo parámetro do principio de efectividade.

Finalmente, no último capítulo, faise unha reflexión sobre a exixibilidade no noso ordenamento xurídico dun dos requisitos básicos do principio de responsabilidade patrimonial, como é o da violación suficientemente caracterizada, o cal, á súa vez, enlaza co principio de equivalencia, atendendo á determinación do Tribunal de Luxemburgo segundo a cal, sendo os tres requisitos substantivos por el configurados suficientes e necesarios para facer nacer a responsabilidade do Estado, non obstante, á consecuencia indemnizatoria pódese chegar en virtude de requisitos menos restritivos establecidos polos ordenamentos xurídicos dos Estados membros. Non obstante, e polo que se refire ao ordenamento xurídico interno español, unha correcta valoración desta situación dependerá da análise separada para cada un dos tres clásicos poderes, segundo a infracción do dereito da UE proceda do lexislador,

da Administración pública ou da Administración de xustiza, como testemuña o exame do profesor Cobreros Mendazona.

En definitiva, atopámonos ante un estudo exhaustivo do principio de responsabilidade patrimonial do Estado por incumprimento do dereito da Unión Europea que abrangue desde o comezo da súa configuración xurisprudencial, con exame da súa evolución, ata a súa efectiva recepción no ordenamento xurídico español, ofrecendo importantes claves para un axeitado entendemento deste principio de aplicación do dereito da Unión Europea que permitirá non só afrontar na práctica o exercicio da acción de responsabilidade patrimonial, senón tamén analizar con coñecemento de causa a corrección da reforma legislativa operada no ámbito do réxime xurídico e do procedemento administrativo común polas leis 39/2015 e 40/2015, do 1 de outubro.

Ariadna Gómez del Pulgar Ferrero
Máster en Dereito

Regap



RECENSIONES

A actualización da Administración electrónica

La actualización de la
Administración electrónica

The update of the electronic
Administration

53
Regap

ALMEIDA CERREDA, M., Y MÍGUEZ MACHO, L. (DIRS.)
Andavira, Santiago de Compostela, 2016, 248 pp.

Regap



RECENSIONES

A obra *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira Editora, 2016, ten por obxecto a análise das diversas reformas legislativas operadas recentemente polas leis 39 e 40/2015 do 1 de outubro no novo reto de adaptación das administracións públicas ás novas tecnoloxías e medios tecnolóxicos.

Unha primeira introdución, rubricada polos profesores don Marcos Almeida Cerredá e don Luis Míguez Macho, contextualiza e repasa os antecedentes normativos deste tránsito da tradicional Administración analóxica cara á dixital.

Non obstante, como nos indican os distintos autores ao longo da obra, o certo é que a nova regulación non vén exenta de importantes dificultades, cuxa análise se aborda pomenorizadamente nos distintos capítulos, co fin de conxeniar a implantación da nova Administración electrónica co réxime tradicional de garantías legais e procedementais para os administrados.

E así, o primeiro capítulo realiza unha introdución xeral analizando o impacto que a nova regulación supuxo para os dereitos dos cidadáns e o funcionamento das administracións públicas. O seu autor, don Isaac Martín Delgado, reflexiona sobre como, tras a configuración inicial dun dereito dos cidadáns a se relacionaren coas administracións públicas por medios electrónicos, se pasou en contrapartida a unha conversión *ex lege* do dereito en verdadeira obriga para o administrado, ata configurarse na nova regulación un verdadeiro deber de tramitación exclusivamente electrónica dos expedientes administrativos. A continuación, introducénos nos principais elementos que configuran a nova Administración electrónica: sede

electrónica, punto de acceso xeral electrónico, requisitos de identificación e autenticación por medios electrónicos, e os conceptos de rexistro e notificación electrónica, documentos, copias e arquivos electrónicos.

Nun segundo capítulo, escrito polo profesor don Rubén Martínez Gutiérrez, analízanse dous aspectos fundamentais da reforma: a sede e o rexistro electrónico.

O autor afonda en primeiro lugar na obriga imposta ás administracións públicas de habilitaren unha sede e un rexistro electrónico, e analiza o interesante aspecto da posible nulidade das cláusulas de exención de responsabilidade que moitas das administracións públicas estableceron recentemente nas súas sedes electrónicas e portais web.

O capítulo terceiro, rubricado por don Ignacio Alamillo Domingo, achéganos cara a outros dous conceptos esenciais na instauración da nova Administración electrónica: a identificación e a autenticación por medios electrónicos. Tras unha introdución en que trata dos conceptos do DNI electrónico e a súa evolución actual cara a novas modalidades desenvolvidas por distintos prestadores, introdúcenos nas principais problemáticas e carencias que presenta a reforma, abordando finalmente os supostos de responsabilidade patrimonial derivada do mal funcionamento dos servizos públicos electrónicos, particularmente por contidos en sede e falido funcionamento dos rexistros.

O capítulo cuarto, elaborado por don Julián Valero Torrijos, céntrase nos aspectos máis relevantes da nova regulación no tocante á tramitación do procedemento administrativo por medios electrónicos. O autor destaca que, malia os beneficios que a nova normativa puidese reportar á tradicional tramitación do procedemento, como puidesen ser unha maior celeridade nas actuacións ou a presentación de alegacións polos interesados, coa conseguinte redución dos prazos, o certo é que tampouco vén exenta de importantes inconvenientes, sendo un dos máis destacables o relativo ao intento de simplificación da carga documental da nova Lei 39/2015. E, así, resalta como mesmo partindo do xa tan coñecido dereito dos cidadáns a non presentaren documentos exixidos polas normas aplicables ao procedemento recoñecido polo artigo 35.f da Lei 30/92, de procedemento administrativo común, a nova norma contén importantes defectos, xa que contraditoriamente con este principio establece á súa vez un prazo de presentación de 10 días para o interesado cando se trate de documentos elaborados por órgano distinto do que tramita o procedemento, así como a exixencia en todo caso aos interesados de presentaren os documentos orixinais cando así o establecese a normativa reguladora aplicable. Analiza o autor como esta práctica tan frecuente parece abocar á nova regulación a que a excepción poida converterse en regra xeral, levando os interesados a presentar directamente e en todo caso os documentos, co fin de non sufrir atrasos innecesarios.

Unha segunda parte do capítulo aparece dedicada á influencia do uso dos medios electrónicos nas distintas fases do procedemento e a práctica dos medios de proba. O autor afonda nas distintas vantaxes e inconvenientes do uso dos medios telemáticos na práctica instrutora, a proba documental e o trámite de información pública, destacando da nova regulación a admisibilidade do interrogatorio realizado a través de medios electrónicos, sempre que se practique en iguais condicións que se fose presencial, co fin de evitar a redución das posibilidades que os medios probatorios ofrecen naturalmente, en especial en canto ás garantías de inmediación e contradición, de sorte que se afiance en todo caso a intermediación directa do instrutor para percibir detalles destacables como respostas de testemuñas, interesados ou peritos de vital

transcendencia na valoración probatoria, todo iso unido á necesaria identificación directa e fidedigna destes por parte do instrutor. Conseqüentemente, conclúe que, conforme coa nova normativa, tan só cabería acudir neste caso aos sistemas de videoconferencia, debendo rexeitarse, pola contra, aquelou outros medios de comunicación que unicamente permitan a transmisión de voz. E igual conclusión se extrae no que respecta ao recoñecemento directo do obxecto ou actividade sobre a que verse a proba por parte do órgano instrutor, de sorte que non cabería a utilización de medios telemáticos cando a distancia constituía un impedimento ao instrutor para verificar de xeito fidedigno calidades ou características do ben a recoñecer que tan só puidesen ser percibidas por medio dunha inspección directa ou inmediata.

Tampouco a proba documental vén exenta de importantes críticas, centradas principalmente na consistencia dos documentos informatizados e a súa especial vulnerabilidade desde o punto de vista da súa integridade e autenticidade. Dada a significativa transcendencia que presenta a proba documental no procedemento administrativo, destaca o autor como a problemática do soporte dixital se resolveu con certa seguridade na nova normativa a través de mecanismos como a sinatura electrónica que garanten tanto a imputación da autoría como a integridade dos documentos. En igual sentido, tamén se reforzaron legalmente os actos administrativos a través da presunción sobre a validez dos actos ditados polos órganos administrativos no exercicio das súas competencias, que serán observados polo resto de órganos, mesmo cando non dependan destes xerarquicamente.

Por último, e en canto ao uso de medios electrónicos no trámite de información pública, a principal novidade consiste en recoñecer expresamente un dereito directo de acceso do cidadán ao expediente a través da correspondente sede electrónica, so pena da invalidez da actuación administrativa.

Un terceiro bloque do capítulo aparece dedicado á fase de remate do procedemento nas súas distintas modalidades: resolución, desistencia, renuncia ou declaración de caducidade ou imposibilidade material de continuación do procedemento por causas sobrevidas e as singularidades operadas pola reforma.

Finalmente, trata sobre a necesidade de conservación dos documentos electrónicos na nova normativa, que parte da creación dun arquivo electrónico único como gran novidade salientable.

O capítulo quinto, redactado polo profesor don Luis Míguez Macho, céntrase no aspecto que considero máis relevante e sensible dentro do réxime de garantías do administrado, como é o da práctica da notificación electrónica nos procedementos administrativos.

Comeza o capítulo referíndose aos antecedentes normativos da notificación por medios electrónicos no procedemento administrativo e o conseqüente desenvolvemento do dereito e obriga de relacionarse coas administracións públicas utilizando medios telemáticos. Destaca o autor que a principal diferenza coa anterior regulación estriba en que agora a propia lei lles impón directamente a determinados suxeitos a obriga de se relacionaren coas administracións públicas a través dos medios electrónicos: persoas xurídicas e entes sen personalidade xurídica para a realización de calquera trámite do procedemento administrativo, así como, en determinados supostos, as persoas físicas.

Un segundo bloque do capítulo aborda os supostos de notificación electrónica partindo dunha análise conxunta dos artigos 41 e 14 da Lei 39/2015 e a súa complexa interpretación,



concluindo que tan só nos supostos de previsión regulamentaria expresa resultará obrigatoria a notificación por medios electrónicos.

Un apartado terceiro achéganos xa cara a os distintos supostos de notificación electrónica polo interesado partindo da potestade que a lei lle confire para decidir sobre a práctica de notificación persoal de xeito telemático ou convencional en papel, e os apartados cuarto e quinto refírense respectivamente á notificación electrónica como complemento da notificación en papel e ás excepcións existentes á práctica da notificación por medios electrónicos.

Tamén aborda o autor unha análise dos distintos medios electrónicos de notificación: tras unha introdución xeral, en que trata da evolución legislativa que estes sufriron no noso ordenamento, introdúcenos nas principais modalidades da nova regulación: notificación por comparecencia na sede electrónica, enderezo electrónico habilitado único e outros medios electrónicos de notificación.

Nun cuarto bloque do capítulo, o autor trata a práctica da notificación por medios electrónicos e a importante novidade que supuxo a regulación dun aviso de notificación electrónica.

Finalmente, dedica un quinto e último apartado a realizar unha profunda visión crítica da notificación por medios electrónicos e as garantías do administrado na nova regulación, do que destaca especialmente os supostos de imposición forzosa de notificación electrónica, apuntando a importante falta de garantías que a dita modalidade supón respecto da tradicional notificación en papel, razón pola que en todo caso requirirá dunha interpretación restritiva, e moi especialmente cando a dita imposición se leve a cabo mediante previsión regulamentaria, suposto en que aconsella extremar o control de motivación da norma.

Tamén se refire á importante problemática que a nova regulación supuxo para as distintas administracións do Estado, destacando que mesmo cando a lei se refira a un enderezo electrónico habilitado único, a súa implantación non descansaría sobre a Administración xeral do Estado, senón sobre as demais administracións, de xeito que en realidade non existiría un único enderezo electrónico habilitado, como puidese pensarse, senón que a lei obriga cada Administración a crear a súa ou a dotarse dunha sede electrónica que permita as notificacións por comparecencia electrónica, razón pola que os pequenos municipios poderán verse afectados de forma especialmente gravosa tendo en conta a súa imposibilidade de ofrecer os medios electrónicos de notificación que a lei prevé, todo iso á espera de que as deputacións provinciais ou entidades equivalentes se decidan a exercer a competencia e a obriga que lles impón o artigo 36, apartado 1, letra g), da Lei 7/85, do 2 de abril, de bases de réxime local, isto é, a obrigatoria prestación dos servizos de administración electrónica nos municipios de poboación inferior a 20.000 habitantes.

Con iso, podemos concluír que a nova Lei do procedemento administrativo común das administracións públicas, lonxe de resolver os problemas que presenta esta nova modalidade de notificación no noso ordenamento xurídico, mesmo tería agravado o réxime de garantías do administrado, feito que deberá ser reforzado desde a experiencia práctica, so pena de non chegar a cumprirse o tan ansiado propósito do noso lexislador de implantar un uso exclusivo dos medios electrónicos nas relacións cidadán-Administración.

Diana García Rodríguez

Avogada en López Porto Abogados

Manual AELPA do parlamentarario

Manual AELPA del parlamentarario

AELPA manual of the parliamentarian

53
Regap

SARMIENDO MÉNDEZ, J. A. (COORD.)
Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2016, 363 pp.

Regap



RECENSIONES

A recente publicación pola editorial Wolters Kluwer do *Manual AELPA del parlamentarario* supón unha excelente ocasión para reflexionar acerca da nova situación que rodea as institucións parlamentarias no século XXI.

En efecto, esta obra colectiva na cal participaron un total de 34 autores, todos eles letrados das Cortes Xerais ou dos parlamentos autonómicos españois e profesores universitarios, serve para pór ao día os coñecementos que a doutrina constitucional española ten en relación cos problemas que rodean o funcionamento dos lexislativos e as vías de potenciación das súas funcións no sistema político contemporáneo.

Deste xeito, os letrados da Asemblea de Madrid Esteban Greciet, Ana del Pino Carazo e Javier Sánchez comezan o texto do manual analizando a sesión constitutiva do Parlamento, o Estatuto dos deputados e as prerrogativas parlamentarias.

Cabe destacar, en relación con estes temas do capítulo primeiro, que nos atopamos ante aspectos importantemente debatidos no debate político actual, como son os dereitos retributivos dos representantes públicos e cal é o alcance da inviolabilidade, a inmunidade e o aforamento dos parlamentarios. As solucións que apuntan os autores preséntanse como afortunadas, pois están na liña de consolidar os dereitos fundamentais dos cargos representativos conforme o artigo 23 da Constitución, á vez que achegan á cidadanía os seus representantes públicos.

Ángel Luis Sanz Pérez, letrado maior do Parlamento de Cantabria, detense en explicar o proceso de adquisición da condición de parlamentario e, de forma paralela, as causas de perda da citada condición. Trata tamén dunha forma detallada cales son os motivos de suspensión da condición de parlamentario e o xeito en que esta situación afecta ao funcionamento das cámaras parlamentarias.

No capítulo correspondente aos grupos parlamentarios, o profesor Sarmiento Méndez trata a rica problemática que se suscita en relación cos requisitos para constituír grupo parlamentario e da complicada convivencia que en ocasións teñen os deputados no seo dos grupos, o cal dá lugar a eventuais modificacións ao longo da lexislatura. Toma coñecemento tamén neste capítulo do papel totalmente protagonista que adquiriron os grupos parlamentarios como comparecencia dos partidos políticos nos lexislativos contemporáneos.

Os órganos de dirección dos parlamentos son analizados polas letradas da Asemblea de Murcia, que analizan a elección, as competencias e as funcións do presidente das cámaras e o papel máis complexo da mesa como órgano colexiado de goberno, analizando as súas funcións parlamentarias e aquelas outras de carácter administrativo económico orzamentario e patrimonial. Paralelamente, Blanca Belmonte Peláez dá conta da repartición de funcións que os ordenamentos parlamentarios fan en relación coa xunta de voceiros, a súa orixe histórica e a súa posición como fonte normativa e órgano de goberno das cámaras. A letrada asturiana analiza detidamente a composición da xunta de voceiros, o seu funcionamento, a programación dos traballos e a actividade da cámara, e os debates parlamentarios.

O comentario e análise do parlamento como institución descentralizada a través das comisións recae na responsabilidade de Luis González del Campo e Jesús María Corona Ferrero, que se encargan de analizar as distintas orixes das comisións parlamentarias e a súa clasificación atendendo aos criterios temporal e funcional, para concluír cunha desagregación dos criterios de constitución e composición das comisións e a determinación do número dos seus membros e designación destes, dándolle unha especial relevancia á presidencia e á mesa como órganos de goberno das comisións parlamentarias.

O letrado do Parlamento de Cataluña Francesc Pau i Vall analiza as comisións de investigación parlamentarias, deténdose no aspecto máis polémico, consistente na obrigatoriedade dos convocados a comparecer e declarar no seo deste tipo de comisións.

Laura Seseña Santos, letrada das Cortes de Castilla e León, explica pormenorizadamente o papel do pleno e da deputación permanente tanto no seu enfoque histórico como no réxime xurídico actual e os seus problemas de ordenación á luz da xurisprudencia do Tribunal Constitucional e da doutrina parlamentaria máis recente.

As letradas da Asemblea de Madrid Esther de Alba Bastarrechea, Blanca Cid Villagrasa e Tatiana Recorder Vallina proceden a analizar os medios persoais e materiais ao servizo do Parlamento, dando conta de conceptos clave para a comprensión dos lexislativos contemporáneos, como os que fan referencia á autonomía normativa, organizativa e de policía e administrativa que están consagrados no noso ordenamento xurídico. A partir destes conceptos previos, analízase detalladamente o alcance dos medios persoais ao servizo do Parlamento e dos medios materiais analizados nos aspectos financeiros, orzamentarios, de contratación e demaniais.

A letrada das Cortes de Aragón Carmen Rubio de Val ocúpase no capítulo X de analizar as disposicións xerais de funcionamento, as sesións, a orde do día e os debates. Estes aspectos de gran relevancia na vida cotiá das cámaras son analizados desde unha perspectiva incisiva e facendo fincapé nos problemas que suscitan as ordenacións que han de levar a cabo as xuntas de voceiros en relación cos debates parlamentarios e o papel das presidencias en relación co mantemento da orde e a evitación do obstrucionismo parlamentario.

Esther Serrano Ruiz, letrada do Parlamento da Rioxa, ocúpase de analizar o tema da disciplina parlamentaria e máis concretamente as sancións por incumprimento dos deberes dos deputados, as chamadas á cuestión e á orde dentro do recinto parlamentario. O seu comentario vai máis alá dunha descrición do ordenamento parlamentario español na materia, xa que analiza criticamente os deberes dos parlamentarios e as consecuencias do seu incumprimento.

O letrado da Asemblea de Extremadura Francisco Javier Ciriero Soletto estuda detalladamente a función tradicionalmente esencial dos parlamentos consistente na aprobación das leis. Seguindo o esquema clásico, analiza a iniciativa legislativa nas súas diversas modalidades e posteriormente a fase nuclear do procedemento, consistente na presentación das emendas e os debates plenarios e de comisión. Este capítulo complétase cos traballos dos letrados do Parlamento de Andalucía Plácido Fernández-Viagas Bartolomé, Carmen Noguerol Rodríguez e Vicente Perea Florencio, os cales dan conta dos procedementos especiais referidos á competencia legislativa plena das comisións parlamentarias, o control parlamentario das disposicións do Goberno con forza de lei e a tramitación do proxecto de lei en lectura única.

Pola súa banda, o antigo letrado maior do Parlamento de Andalucía José Antonio Víboras Jiménez trata unha materia moi propia da súa especialidade como profesor de dereito financeiro, como é o proxecto de Lei de orzamentos. Respecto desta cuestión, detense en analizar a xurisprudencia constitucional en relación coas limitacións no contido da Lei de orzamentos e as especificidades do procedemento de aprobación do orzamento. Finalmente e en relación coa materia legislativa, Ángel Marrero García-Rojo trata das especialidades das proposicións de lei, e o actual letrado maior secretario xeral do Parlamento de Andalucía, Javier Pardo Falcón, da retirada dos proxectos e proposicións de lei.

A letrada do Parlamento vasco Montserrat Auzmendi del Solar explica no capítulo XIX a materia correspondente ao outorgamento de autorizacións e outros actos do Parlamento, así como o outorgamento e a retirada da confianza. Outro letrado da cámara vasca, Josu Osés Abando, dá conta das interpelacións parlamentarias, tanto respecto aos seus requisitos procedementais como ao tratamento das mocións que derivan delas. A actividade rogatoria das cámaras vese completada polo estudo de Juan Carlos Areizaga Hernández e Andoni Iturbe Mach, que realizan unha análise pormenorizada das preguntas parlamentarias. Por outro lado, Alberto Figueroa Laraudogoitia, antigo letrado maior do Parlamento vasco, trata as proposicións non de lei tanto na súa tramitación como no importante trámite de cualificación e admisión por parte da mesa das cámaras.

O catedrático de dereito administrativo Martín María Razquin Lizarraga leva a cabo no capítulo XXIII do libro unha análise exhaustiva das comunicacións do Goberno, afondando no exame dos programas e plans remitidos polo Executivo e as informacións governamentais. Ponlle colofón ao libro o traballo relativo ás propostas de nomeamento e designación de persoas

regap



RECENSIONES

e os asuntos en trámite á terminación do mandato do Parlamento que fixeron os letrados do Parlamento vasco Areizaga Hernández e Iturbe Mach.

María Aneiros González
Letrada do Parlamento de Galicia

As “casacións administrativas”. Experiencias alemá e francesa

Le “Cassazioni amministrative”. Le
esperienze tedesca e francese

The “Administrative Cassation”.
German and French experiences

53
Regap

MASUCCI, A.

Giuffrè Editore, Milano, 2016, 144 pp.

Regap



RECENSIONES

A profunda e radical reforma do recurso de casación contencioso-administrativo levada a cabo pola Lei orgánica 7/2015, do 21 de xullo, que acaba de entrar en vigor no momento de ser redactadas estas liñas e que tantas dúbidas e inquietudes suscita, fai conveniente dirixir a mirada ao panorama comparado para saber en que estado de evolución se atopan neste terreo os ordenamentos xurídicos que historicamente máis influíron no noso. Por iso non pode resultar máis oportuna a aparición en Italia, na prestixiosa editorial Giuffrè, desta obra do profesor Alfonso Masucci, ordinario de dereito administrativo na Universidade L'Orientale de Nápoles, titulada de forma moi significativa “*As casacións administrativas*”, pois, en efecto, non hai un único modelo de recurso de casación contencioso-administrativo.

Nela, o profesor Masucci realiza unha ampla e circunstanciada exposición das “casacións administrativas” alemá e francesa, e hai que resaltar xa desde un primeiro momento que o autor non se limita á núa paráfrase das normas legais que regulan estes instrumentos procesuais (e que podemos atopar reproducidas en versión orixinal e en tradución italiana nun apéndice á obra), senón que, acudindo á mellor doutrina dos dous países, nos ofrece tamén a visión práctica de como os correspondentes tribunais de casación contencioso-administrativos (o *Bundesverwaltungsgericht* alemán e o *Conseil d'Etat* francés) interpretan e aplican na realidade eses preceptos. Esa visión práctica combínase cun profundo coñecemento da orixe histórica e o sentido institucional último do recurso de casación, que se utiliza ao longo de toda a obra como punto de referencia para a valoración das concrecións deste instrumento procesual nos ordenamentos analizados.

Aínda que a publicación do libro coincidise no tempo coa nosa reforma do recurso de casación contencioso-administrativo (á cal se fai referencia na introdución, en concreto na nota 31, pp. 7 e ss.), é evidente que non é isto o que moveu o profesor Masucci a emprender a súa investigación de dereito procesual administrativo comparado. O motivo declarado do traballo son as limitacións que este instrumento procesual presenta na actualidade no ordenamento xurídico italiano e a valoración do autor de que sería necesario introduci-lo nel en toda a súa extensión, polas razóns que agora se dirán.

Resumindo en poucas palabras a situación, en Italia o *Consiglio di Stato* actúa como tribunal de apelación con respecto aos tribunais administrativos rexionais e, nese papel, suponse que debería garantir a aplicación uniforme do dereito administrativo por estes. Non obstante, a realidade é que as orientacións xurisprudenciais das súas distintas seccións son con frecuencia diverxentes (non só entre si, senón mesmo dentro dunha mesma sección), e o único remedio que hai fronte a isto é a posibilidade de que o presidente do Consello de Estado ou a propia sección que coñece dunha causa remita a decisión desta á *Adunanza Plenaria*, é dicir, ao Pleno do Consello de Estado. Agora ben, este expediente non é un recurso que poidan presentar directamente e por si mesmas as partes do proceso, co que carece da finalidade garantista típica dos recursos.

É verdade que en Italia hai tamén un recurso de casación propiamente dito contra decisións do Consello de Estado ante a *Corte di Cassazione*, supremo órgano da xurisdición ordinaria, pero só se pode interpor por motivos relativos á repartición da xurisdición entre esta última e a xurisdición administrativa, tal como prevé o último parágrafo do artigo 111 da Constitución da República Italiana. Non cabe dúbida de que esta cuestión historicamente presentou enormes dificultades no ordenamento xurídico italiano, pero restrinxir o recurso de casación administrativo a ela impide que este poida cubrir todas as funcións que de ordinario desenvolve un recurso de casación á hora de corrixir os *errores in procedendo* e os *errores in iudicando*, e que cumpra unha finalidade tanto nomofiláctica como de uniformización da xurisprudencia, en tutela dos principios de legalidade e de igualdade ante a lei dos cidadáns. De aí que o profesor Masucci quixese expor os exemplos alemán e francés, facendo uso do dereito comparado na súa auténtica e prístina funcionalidade, co obxecto de abrir no seu país o debate sobre a necesidade de dotarse dun verdadeiro recurso de casación contencioso-administrativo, liberado das súas actuais limitacións.

Os dous grandes capítulos en que se divide a obra, cada un dedicado ao correspondente instrumento procesual alemán e francés, comezan cun breve esbozo histórico sobre as orixes e a evolución do sistema de control xurisdiccional da Administración en ambos os dous ordenamentos xurídicos e o xeito en que se foi inserindo neles o recurso de casación, coñecido como recurso de revisión en Alemaña e coa denominación tradicional en Francia. Xa neste punto se observa claramente que hai un desenvolvemento paralelo, aínda que non totalmente sincronizado no tempo, dos diversos ordenamentos xurídicos (en Alemaña o actual recurso de revisión creouse en 1960, en Francia o recurso de casación contencioso-administrativo apareceu en 1987, cando se relegou o Consello de Estado á función principal de tribunal de casación, mentres que en España esta evolución se completou en 1992, cando se fixo efectivo un cambio similar no papel da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo), desenvolvemento do cal, como se dixo, de momento segue excluída Italia.

Despois desta parte introdutoria de cada capítulo, o profesor Masucci disecciona os diversos aspectos do recurso (obxecto, motivos, presupostos procesuais, interposición, admisión, tramitación, formas de terminación do procedemento, con especial atención aos posibles contidos da eventual resolución estimatoria, remedios que proceden contra este). É aquí onde se comproba que non hai un único modelo de recurso de casación contencioso-administrativo, senón que este se adapta ás peculiaridades dos distintos ordenamentos xurídicos.

Así, en Alemaña a súa finalidade é esencialmente a de garantir a uniformidade da xurisprudencia administrativa, tutelando o principio de igualdade ante a lei dos cidadáns, nun sistema federal profundamente descentralizado onde os *Länder* dispoñen das súas propias organizacións xurisdicionais. Iso provoca que, como acontece no noso país, adquira unha grande importancia a determinación de cal sexa o “dereito revisable”, é dicir, o dereito que pode ser invocado ante o tribunal administrativo federal para fundamentar o recurso de revisión, e que non é só o dereito federal propiamente dito, senón que inclúe tamén outros supostos equiparados a el para estes efectos. En cambio, a diferenza do que sucede no ordenamento xurídico español, a admisión do recurso dilucidase ante o tribunal de instancia e non ante o tribunal administrativo federal, aínda que baixo o control deste.

Pola contra, no recurso de casación administrativo francés prevalece a finalidade nomofiláctica, en tutela do principio de legalidade, como corresponde ao carácter centralizado da organización territorial do país veciño. Non obstante, hai un aspecto en que o recurso francés é máis similar ao noso que o alemán: a decisión sobre a admisibilidade deste correspóndelle ao Consello de Estado, que dispón de facultades amplamente discrecionais para valorar se coñece ou non do asunto, non a través do concepto de “interese casacional”, elevado a criterio de admisibilidade practicamente único na última reforma da Lei da xurisdición contencioso-administrativa española, senón da posibilidade de inadmitir o recurso se atopa que non se invoca ningún “motivo serio” para fundamentallo.

Hai outros aspectos en que todos estes instrumentos procesuais son moi parecidos. Cabe destacar, en particular, a posibilidade de que, baixo determinadas circunstancias, o tribunal de casación non se limite, en caso de estimar o recurso, a casar e anular a sentenza impugnada, e a continuación reenvíe a causa ao tribunal de instancia para que dite unha nova sentenza, senón que resolva por si mesmo o fondo do asunto. Esta é unha tendencia común aos distintos ordenamentos xurídicos propiciada polo moderno entendemento das exixencias do dereito á tutela xudicial efectiva, que non se compadece ben coas dilacións e complicacións que pode levar consigo que, estando a causa suficientemente definida en canto ao fondo, o tribunal de casación non substitúa a sentenza que casou e anulou.

De todos os xeitos, á hora de inserir neste panorama comparado a recente reforma española do recurso de casación contencioso-administrativo, hai un factor que non emerxe a simple vista, pero que non se pode deixar de tomar en consideración se se quere levar a cabo unha axeitada valoración das motivacións e ao alcance real desta. Ese factor non é outro que o singular sistema de distribución de competencias entre os distintos órganos da orde xurisdicional contencioso-administrativa establecida pola vixente Lei da xurisdición contencioso-administrativa, o cal, unido ao réxime que esta prevé para o recurso de apelación, fai que todos eles, sen excepción, poidan actuar como órganos de única instancia. Deste xeito, o noso proceso contencioso-administrativo presenta a particularidade de que unha altísima porcentaxe de causas non son susceptibles de apelación e, por conseguinte, en moitas



ocasións a única vía que existe para conseguir unha nova revisión xudicial do asunto é a do recurso de casación. Isto inevitablemente condena a casación contencioso-administrativa española a converterse nun sucedáneo dunha apelación e terxiversa notablemente a súa funcionalidade, facendo pasar a primeiro plano de toda reforma a necesidade de dotar a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo de armas procesuais que lle permitan defenderse dunha avalancha de recursos cos cales o que pretenden os recorrentes non é máis que acceder a unha segunda instancia.

Así as cousas, o complemento necesario da última reforma da casación contencioso-administrativa, que elevou fortemente o número de sentenzas que poden ser obxecto do recurso, a cambio de incrementar a discrecionalidade da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo para decidir de que causas coñece, debería ser a transformación, tal como previa a vixente Lei orgánica do poder xudicial na súa redacción orixinal, dos xulgados e os xulgados centrais do contencioso-administrativo en órganos con competencia xeral de primeira instancia, para relegar as salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza e da Audiencia Nacional á función de órganos exclusiva ou case exclusivamente de apelación, coa correlativa eliminación ou, polo menos, forte restrición das limitacións que actualmente padece o acceso a esta. Con estes cambios, a nova configuración do recurso de casación quedaría encaixada dunha forma moito máis harmónica no conxunto do sistema procesual contencioso-administrativo.

En definitiva, este libro do profesor Masucci, como todos os bos estudos de dereito comparado, axúdanos a alzar a mirada máis alá da letra pequena do noso propio dereito, para coñecer como se resolven noutros ordenamentos xurídicos problemas similares aos que nos preocupan. Así mesmo, a existencia dunha cultura xurídica europea común, da que o autor é profundo coñecedor e na cal se insiren institucións como o recurso de casación, achega como valor engadido a clarificación, nunha perspectiva histórico-dogmática, do sentido último daquelas, que tan importante resulta á hora de acertar a darlles unha axeitada configuración no dereito positivo.

Luis Míguez Macho

Catedrático de Dereito Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)