

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

MEMORIA

2007



CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

MEMORIA DEL AÑO 2007

que el Consejo Consultivo de Galicia en Pleno eleva al Consello de la Xunta de Galicia, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre.



SANTIAGO DE COMPOSTELA, 2008

ÍNDICE

	Páginas
I- INTRODUCCIÓN	5
II- ACTIVIDAD CONSULTIVA DEL CONSEJO DURANTE EL AÑO 2007	
1.- Datos estadísticos relativos a los dictámenes emitidos	8
1.1.- Materias	8
1.2.- Procedencia	9
1.3.- Conclusión o sentido final de los dictámenes	12
1.4.- Comunicación das resoluciones	13
1.5.- Fórmula de incorporación de los dictámenes	13
1.6.- Consultas formuladas por el trámite de urgencia	14
1.7.- Dictámenes aplazados	14
2.- Sesiones realizadas en el año 2007	14
3.- Modificación de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, del Consejo Consultivo de Galicia	15
4.- Actividad no consultiva	17
4.1.- Publicación de los dictámenes	17
4.2.- Jornadas “ <i>Los consejos consultivos y el nuevo marco estatutario</i> ”	18
4.3.- Otros actos institucionales	22
4.4.- Memoria anual de actividades	23
III- ONCE AÑOS DE FUNCIÓN CONSULTIVA EN GALICIA (1996-2007)	

1.- Datos estadísticos relativos a los expedientes dictaminados durante el período 1996 - 2007	25
1.1.- Convenios y acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas	26
1.2.- Disposiciones de carácter general. Reglamentos ejecutivos	27
1.3.- Recursos de revisión	28
1.4.- Revisiones de oficio	29
1.5.- Contratación administrativa	30
1.6.- Concesiones administrativas	31
1.7.- Alteración de términos municipales	32
1.8.- Consultas facultativas	33
1.9.- Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas	34
1.10.- Comparativa por Administraciones	39

IV.- OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

1.- Proyectos normativos	46
1.1.- <u>Pluralidad de ámbitos materiales y de administraciones concernidos por la norma reglamentaria. En particular, la preservación de las competencias de los entes locales</u>	46
1.2.- <u>La normalización del uso del gallego en la enseñanza</u>	51
1.3.- <u>Principios informadores de la legislación en materia de producción de energía eléctrica en régimen especial. La libertad de empresa y la planificación energética</u>	58
1.4.- <u>La intervención administrativa en materia de juegos de azar</u>	61
1.5.- <u>Aspectos relativos al procedimiento y a la técnica</u>	64

normativa

2.- Actos y procedimiento administrativo	78
2.1.- <u>Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas</u>	78
2.1.1.- <i>La teoría del daño desproporcionado y la regla “res ipsa loquitur”</i>	78
2.1.2.- <i>Pruebas diagnósticas realizadas por servicio externalizado. Responsabilidad de la Administración sanitaria</i>	79
2.1.3.- <i>Daños causados en una instalación carente de licencia y pendiente de legalizar</i>	81
2.1.4.- <i>Accidentes causados por la presencia de manchas de gasóleo en la calzada</i>	83
2.1.5.- <i>Las cargas generales derivadas de la ejecución de obras públicas y su corolario del deber jurídico de soportar el daño</i>	85
2.2.- <u>Revisión de oficio de los actos administrativos</u>	86
2.2.1.- <i>Las facultades revisoras de la Administración en relación con el control de la legalidad de los acuerdos de una fundación</i>	86
2.2.2.- <i>Revisión de oficio de una convocatoria de oposición libre que establece como exigencia la de una experiencia profesional previa</i>	89
2.3.- <u>Contratación administrativa</u>	91
2.3.1.- <i>El cumplimiento de los plazos, total y parcial, de ejecución de los contratos</i>	91
2.4.- <u>Aspectos formales relativos a los expedientes examinados</u>	93

- I -

INTRODUCCIÓN

La presente memoria, correspondiente a año 2007, ha sido aprobada por el Pleno del Consejo Consultivo de Galicia en sesión del veintitrés de junio de dos mil ocho para su elevación al Consello da Xunta de Galicia.

Conforme prevé el artículo 11 do Decreto 282/2003, de 22 de mayo, recoge, en esencia, la actividad desarrollada por el Consejo Consultivo en el año 2007, en el que se cumplen once años desde su creación, comprendiendo también, por tal razón, un resumen de este período. Asimismo recoge las observaciones y sugerencias que se estima oportuno realizar en relación con los actos y procedimientos administrativos objeto habitual de dictamen.

- II -

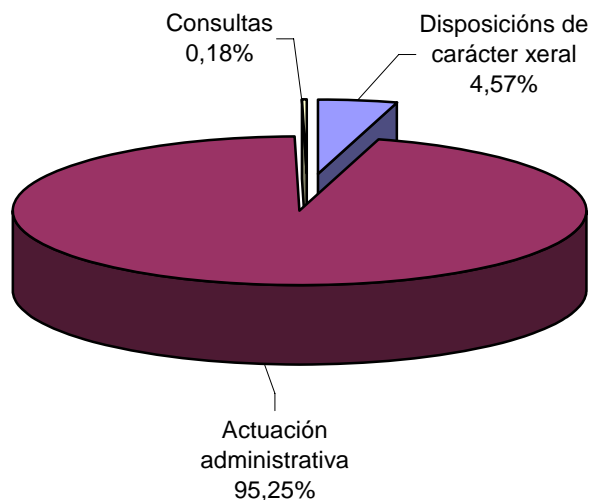
**ACTIVIDAD CONSULTIVA DEL CONSEJO DURANTE EL
AÑO 2007**

1.- DATOS ESTADÍSTICOS RELATIVOS A LOS DICTÁMENES EMITIDOS

Durante el período enero - diciembre de 2007, se solicitó el parecer de este órgano en relación con 1137 expedientes, correspondiendo 1135 a dictámenes preceptivos y 2 a consultas, con el detalle que sigue:

1.1- Materias

Disposiciones de carácter general	52
Actuación administrativa	1083
Consultas sobre actuación administrativa o disposiciones generales	2



1.2.- Procedencia

- Administración Autónoma

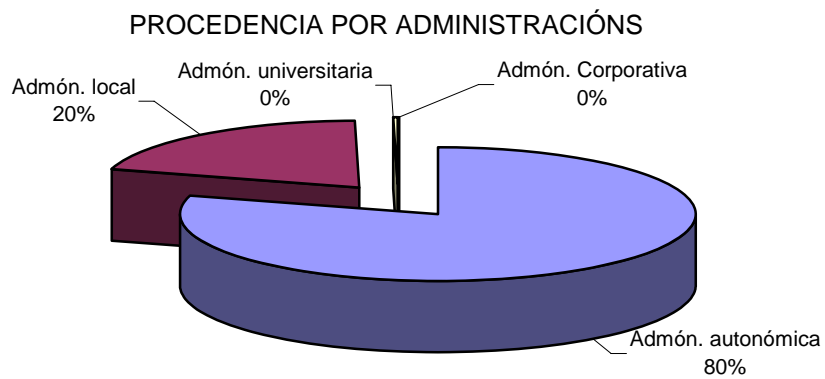
Vicepresidencia da Igualdad y del Bienestar	11
Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia	18
Consejería de Economía y Hacienda	2
Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes	243
Consejería de Educación y Ordenación Universitaria	25
Consejería de Innovación e Industria	3
Consejería del Medio Rural	69
Consejería de Cultura y Deporte	3
Consejería de Sanidad	139
Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible	363
Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos	9
Consejería de Trabajo	5
Consejería de Vivienda y Suelo	12

- Total Administración Autónoma

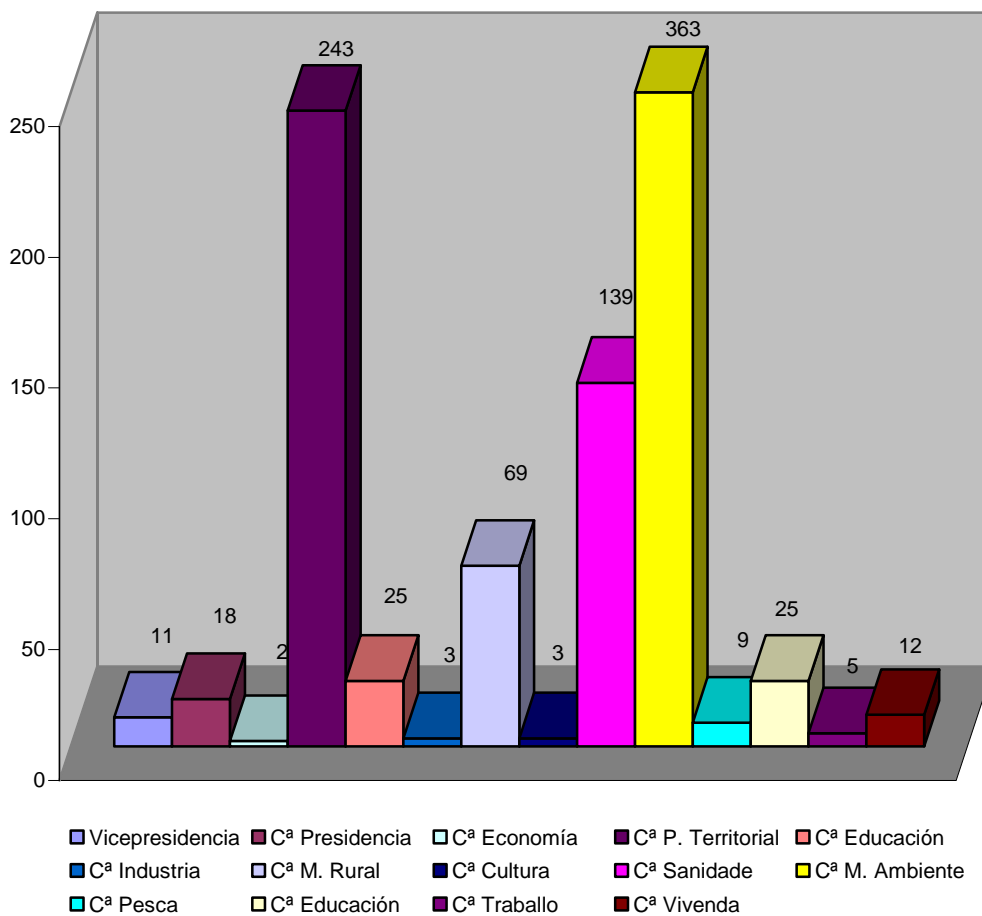
902

TOTALES

- Administración Autónoma	902
- Administración Local	233
- Administración Universitaria	1
- Administración Corporativa	1
TOTAL	1137



PROCEDENCIA POR CONSELLERÍAS

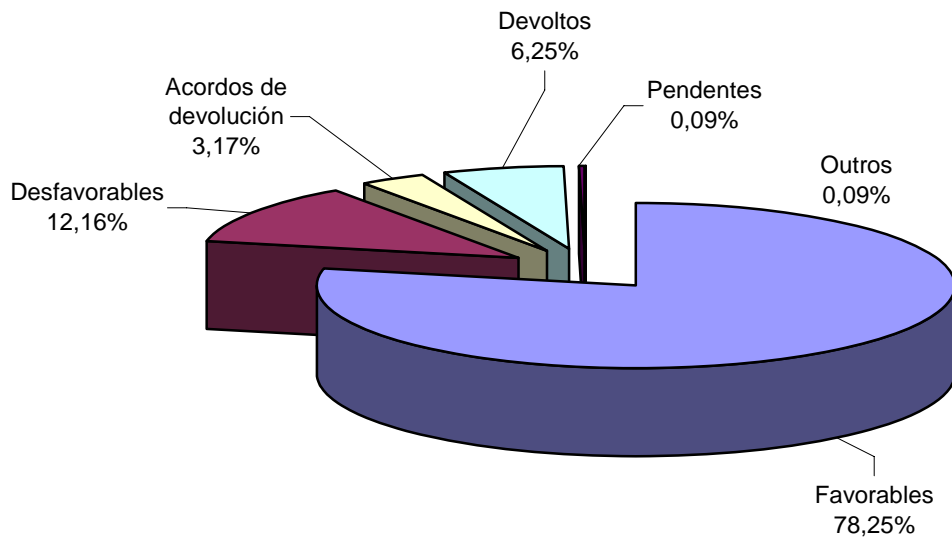


1.3.- Conclusión o sentido final de los dictámenes

Favorables	914
Desfavorables	142
Pendientes	6

- Completan el total de expedientes examinados

Acuerdos de devolución	73
Devueltos	1
Otros	1



1.4.- Comunicación de las resoluciones

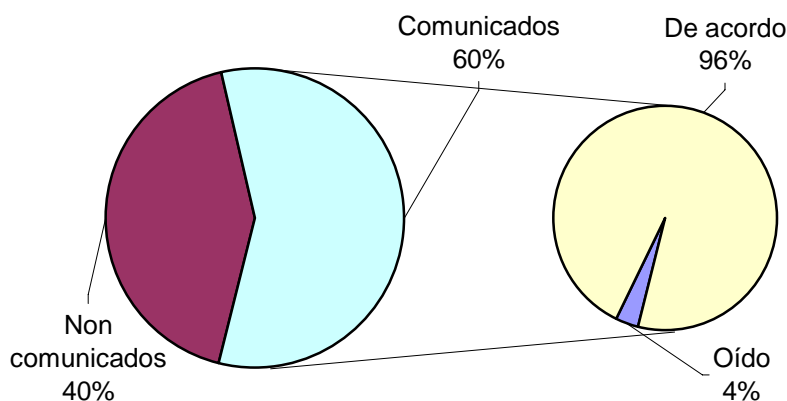
El artículo 60 del Decreto 282/2003, por el que se aprueba el reglamento del Consejo Consultivo, establece la necesidad de que el órgano o institución consultante comunique la adopción o publicación de la resolución o disposición general consultada. El cumplimiento de dicha prescripción, presenta los siguientes resultados:

NO COMUNICADOS	456
COMUNICADOS	681

1.5.- Fórmula de incorporación de los dictámenes

Los artículos 3 de la ley y 6 del decreto indican que las disposiciones y resoluciones sobre asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo de Galicia, cuando sea preceptiva su intervención en ellas, si se tomaran de acuerdo con su dictamen se expresarán con la fórmula “... *de acuerdo con el dictamen del Consejo Consultivo de Galicia*”, y si no se tomaran de acuerdo con el dictamen de aquel, con la de “*oído el Consejo Consultivo de Galicia*”. El resumen correspondiente a este apartado en los expedientes dictaminados ha sido el siguiente:

- “De acuerdo”	656
- “Oído”	25



1.6.- Consultas formuladas por el trámite de urgencia

Han sido un total de 5 expedientes los que se han sometido al dictamen de este Consejo Consultivo por el trámite de urgencia, previsto en el artículo 52 del Decreto de organización e funcionamiento que acorta, cuando menos, a la mitad, el plazo general de un mes establecido para la emisión de los dictámenes, después de la motivación.

Concretamente, 4 de dichos expedientes correspondieron a proyectos de decretos y 1 a una reclamación de responsabilidad patrimonial.

1.7.- Dictámenes aplazados

De un total de 1137 expedientes dictaminados en el año 2007, 14 de ellos fueron aplazados al amparo del artículo 54 del Reglamento de organización y funcionamiento (Decreto 282/2003, de 22 de mayo), según el cual el Consejo Consultivo podrá acordar la ampliación de los plazos por un período que no excederá del inicialmente establecido.

Dentro de los 14 dictámenes aplazados, 5 se corresponden con proyectos de decreto.

2.- SESIONES REALIZADAS EN EL AÑO 2007

Sesiones del Pleno

Número de sesiones: 48

04 enero	12 abril	28 junio	30 agosto	09 noviembre
18 enero	18 abril	05 julio	13 septiembre	19 noviembre
22 enero	07 mayo	10 julio	20 septiembre	21 noviembre
25 enero	10 mayo	19 julio	24 septiembre	26 noviembre
07 febrero	28 mayo	24 julio	28 septiembre	27 noviembre
26 febrero	12 junio	30 julio	02 octubre	30 noviembre
06 marzo	18 junio	08 agosto	11 octubre	05 diciembre
19 marzo	19 junio	14 agosto	17 octubre	28 diciembre
22 marzo	21 junio	17 agosto	24 octubre	
29 marzo	26 junio	23 agosto	29 octubre	

Sesiones de la Sección Primera

Número de sesiones: 36

11 enero	29 marzo	07 junio	26 septiembre	05 diciembre
18 enero	12 abril	11 junio	10 octubre	12 diciembre
01 febrero	19 abril	14 junio	24 octubre	19 diciembre
08 febrero	26 abril	21 junio	30 octubre	27 diciembre
01 marzo	10 mayo	26 junio	09 noviembre	
06 marzo	16 mayo	03 septiembre	16 noviembre	
15 marzo	23 mayo	13 septiembre	21 noviembre	
22 marzo	30 mayo	20 septiembre	30 noviembre	

Sesiones de la Sección Segunda

Número de sesiones: 40

11 enero	14 marzo	16 mayo	20 septiembre	09 noviembre
18 enero	22 marzo	23 mayo	25 septiembre	15 noviembre
01 febrero	28 marzo	30 mayo	02 octubre	28 noviembre
08 febrero	09 abril	07 junio	11 octubre	05 diciembre
15 febrero	12 abril	20 junio	17 octubre	11 diciembre
22 febrero	20 abril	26 junio	25 octubre	12 diciembre
01 marzo	26 abril	03 septiembre	30 octubre	19 diciembre
06 marzo	10 mayo	13 septiembre	05 noviembre	27 diciembre

3.- MODIFICACIÓN DE LA LEY 9/1995, DE 10 DE NOVIEMBRE, DEL CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA

A lo largo del ejercicio al que contrae la Memoria 2007 ha visto la luz una nueva norma reguladora de este Consejo Consultivo, o mejor dicho, una reforma de dicha ley. Dicha modificación se ha llevado a cabo a través de la Ley 12/2007, de 27 de julio (Diario Oficial de Galicia núm. 153, de 8 de agosto de 2007).

La modificación de la ley configura una nueva estructura en la composición del Consejo Consultivo de Galicia que parte de la incorporación de los ex

presidentes de la Xunta. Así, según el artículo 4 de su Ley constitutiva 9/1995, reformada por la Ley 12/2007, se establecen dos tipos de miembros del Consejo: “*el Consejo Consultivo de Galicia está integrado por consejeras y consejeros natos y consejeras y consejeros electivos*”. Asimismo, se establece que son consejeras y consejeros natos las ex presidentas y los ex presidente de la Xunta de Galicia y son consejeras y consejeros electivos las cinco personas nombradas por decreto de la presidenta o presidente del Xunta de Galicia entre juristas de reconocido prestigio con más de diez años de experiencia profesional efectiva, o altos cargos y funcionarias y funcionarios de las administraciones públicas, con la licenciatura en Derecho, con más de diez años de experiencia.

Establece también este artículo de la ley la duración del mandato de los consejeros, ya sean natos o electivos. Los primeros ejercerán su mandato por un período de seis años, si tuvieron la condición de presidenta o presidente de la Xunta durante cuatro o menos años, o por un período de doce años, si tuvieron la condición de presidenta o presidente de la Xunta durante más de cuatro años. Las consejeras y consejeros electivos ejercerán su mandato por un período de seis años, renovable una sola vez.

Otro de los cambios introducidos por la ley es el modo de elección de presidente del Consejo Consultivo, el cual será elegido, según los reformados artículos 5.1 y 10, por y entre los consejeras y consejeros electivos en votación secreta y por mayoría absoluta. En el caso de que ésta no se obtuviese, las consejeras y consejeros electivos procederán a una segunda votación; en esta segunda votación será elegido quien obtenga mayor número de votos.

Se reforma, además, el sistema de adopción de acuerdos. Así, según el artículo 17.4 de la ley, los miembros natos del Consejo Consultivo de Galicia actuarán con voz pero sin voto, no computándose, en consecuencia, su asistencia a los efectos del *quórum* de constitución y adopción de acuerdos. No obstante lo anterior, actuarán con voz y voto en la emisión de dictámenes facultativos o en la de aquellos en que sean solicitadas del órgano consultivo valoraciones de oportunidad o conveniencia, computándose en estos casos su asistencia a los efectos del *quórum* de constitución y adopción de acuerdos.

4.- ACTIVIDAD NO CONSULTIVA

4.1.- Publicación de los dictámenes.

Como viene siendo costumbre todos los años, en este se realizó también una nueva edición de los dictámenes emitidos a lo largo de 2007, que se distribuyó de

forma gratuita entre entidades públicas y privadas del más variado ámbito de actuación.

La edición de los dictámenes emitidos por el Consejo Consultivo es un instrumento que permite dar a conocer su labor. En la publicación, que corresponde a los dictámenes emitidos durante el año 2007, se mantiene el mismo esquema que en la de años precedentes, conteniendo: un índice general de dictámenes, un índice según el órgano solicitante y un índice analítico.

Los dictámenes contienen un resumen de los antecedentes, un extracto de la doctrina y las consideraciones formuladas. Como ya ha ocurrido en otras ediciones, y debido al gran volumen de dictámenes emitidos, la publicación recoge solamente una selección de los dictámenes más destacados.

La publicación fue distribuida del modo siguiente:

- Administración autonómica:
 - Consejerías: secretarías generales, asesorías jurídicas, servicios técnicos jurídicos, delegaciones provinciales.
 - Entes y organismos públicos gallegos.
- Universidades.
- Administración local: municipios, diputaciones provinciales, Federación Gallega de Municipios y Provincias.
- Parlamento de Galicia.
- Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- Valedor del Pueblo.
- Consejo de Cuentas.
- Consello da Cultura Gallega.
- Decanos de los Colegios de Abogados, Notarios, Procuradores, Registradores de la Propiedad, Consejo Gallego de la Abogacía, Asociación Gallega de Abogados, Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.
- Colegios de Graduados Sociales.
- Jefaturas Provinciales de Tráfico.
- Bibliotecas del Congreso y del Senado.
- Facultades de derecho de las universidades españolas.
- Consejo de Estado y Consejos Consultivos de las otras comunidades autónomas.

4.2.- Jornadas “*Los consejos consultivos y el nuevo marco estatutario*”.

El Consejo Consultivo de Galicia organizó unas jornadas de estudio con el título: “*Los consejos consultivos y el nuevo marco estatutario*”, que tuvieron lugar en la isla de A Toxa (Pontevedra), los días 30, 31 de mayo y 1 de junio, y a las que

asistieron representantes del Consejo de Estado y de los consejos consultivos de Cataluña, Canarias, Andalucía, Baleares, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla-León, La Rioja y Asturias.

Estaba previsto que las Jornadas fuesen inauguradas por la presidenta del Tribunal Constitucional, doña María Emilia Casas Baamonde, quien finalmente excusó su asistencia por enfermedad. En su nombre, el Presidente del Consejo Consultivo leyó unas palabras de bienvenida a todos los congresistas. En ellas manifestaba que *“los Consejos Consultivos se han generalizado en nuestro panorama autonómico desde la STC 204/1992, con algunos Consejos que han cumplido un cuarto de siglo (Canarias o Cataluña)”*. Continuó destacando que *“se trata de órganos que tienen un papel relevante en la realización y garantía efectivas del Estado de Derecho... Su misión fundamental consiste, como es bien sabido, en pronunciarse sobre las propuestas de resolución que, presentadas por los Gobiernos autonómicos o las Corporaciones Locales, configura una actuación de control ‘ex ante’. Específicamente corresponde a los Consejos Consultivos una labor fiscalizadora de los Gobiernos y de las Administraciones autonómicas con su actuación jurídica”*. Finalmente destacó que *“hoy se puede afirmar que los Consejos Consultivos de las comunidades autónomas complementan la labor de otros órganos estatales y especialmente del Consejo de Estado”*.

Durante las jornadas se presentaron diversas ponencias, la primera de ellas bajo el título: *“Los retos de la función consultiva”*, que corrió a cargo del consejero de Estado y catedrático emérito de la Universidad de A Coruña, don José Luís Meilán Gil. Comenzó su disertación destacando el papel actual del Consejo de Estado: *“Es evidente que el monopolio de la función consultiva del Consejo de Estado, explicable en un Estado centralizado, no tiene razón de ser en el Estado autonómico... ya el TC habló de ‘órganos equivalentes al Consejo de Estado por lo que respecta a su organización y competencias’. El Tribunal Constitucional en su sentencia 204/1992, venía a declarar que la función consultiva del Consejo de Estado no se reducía al Gobierno de la Nación. Su ámbito de actuación, según sus palabras era mucho más amplio y se ha venido configurando como órgano consultivo de las Administraciones Públicas. De un modo paralelo a lo que se dice sobre el Consejo de Estado se reconoce la competencia de los órganos consultivos creados en las comunidades autónomas, siempre que se ciñan a la esfera de atribuciones y competencias de los respectivos Gobiernos y Administraciones autonómicas”*.

Continuó señalando que *“pasados varios lustros de existencia de las comunidades autónomas, no parece exagerado sostener que los órganos consultivos autonómicos han de tener relevancia estatutaria... así se ha hecho en alguno de los Estatutos reformados (Illes Balears) y así figura en otras Comunidades... ser una institución de autogobierno con relevancia estatutaria lleva consigo, de un modo*

lógico, una serie de consecuencias en relación con las competencias que debe desarrollar”. El profesor Meilán Gil señaló unas tantas: “someter a dictamen todos los proyectos de ley que se refieran a la organización de las comunidades autónomas; ejercer una función cuasi arbitral en conflictos no formalizados entre la Administración autonómica y los entes locales en materia objeto de procedimientos bifásicos, como los planes urbanísticos, de una evidente actualidad; se ha hablado en alguna ocasión de someter a dictamen, al menos, algunas ordenanzas municipales, un supuesto factible sería el de las ordenanzas de carácter sancionador. En el ámbito local podría resultar particularmente útil esa labor con la finalidad de definir unas ordenanzas-tipo que, sin mengua de la autonomía local podrían ser adoptadas por los propios entes, contribuyendo a la seguridad jurídica y a evitar diferencias injustificadas desde la perspectiva del interés general y de los derechos de los ciudadanos”.

A continuación, el señor Meilán Gil abordó la posible organización de esos futuros consejos consultivos. Así, destacó que: *“dado el posible carácter de institución de relevancia estatutaria, parece razonable que los miembros no sean nombrados exclusivamente por el gobierno autonómico. Una combinación de Parlamento y Gobierno, con un porcentaje mayoritario del Parlamento como ocurre en varias comunidades autónomas, parece una solución adecuada. Ha de que procurarse que sea garante en la organización, la independencia y la objetividad. La renovación de los consejeros debería llevarse a cabo de modo que no se haga simultáneamente en su totalidad para facilitar así una prudente continuidad en las funciones de las que son responsables”.*

Finalmente, y como conclusión, manifestó que: *“hace falta, en definitiva, voluntad democrática en los titulares del Poder para fortalecer estos órganos consultivos autonómicos, que cuentan ya con una muy positiva andadura. Hace falta creer en que no son ni un adorno, ni una carga económica, ni un aparcamiento, ni un botín. Son instrumentos eficaces para la consolidación y el progreso del Estado democrático y autonómico de Derecho”.*

La segunda ponencia de las jornadas correspondió al catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, don Roberto Blanco Valdés y que versó sobre *“La descentralización de la función consultiva del Estado”*. Comenzó por realizar una comparación y paralelismo entre el proceso de descentralización de la función consultiva del Estado que fue respondiendo a las pautas generales que marcó históricamente el proceso descentralizador español. En relación con ello -continúa Blanco Valdés- la propia Constitución determinaba que las comunidades autónomas que accediesen a la autonomía por la vía privilegiada del 151 tendrían una estructura institucional, que en lo fundamental, sería una estructura similar a las del Estado: un poder legislativo, un presidente y un Gobierno

y un tribunal superior de justicia. Esta estructura institucional se generalizó después a todas las comunidades autónomas.

Pero,-continúa Blanco Valdés- el artículo 107 de la Constitución, que se refiere al Consejo de Estado, no mencionaba en ningún momento la posibilidad de descentralizar la función consultiva del Estado. Tampoco se menciona en los Estatutos, salvo el de Canarias, Extremadura y Cataluña. Lo cual nos llevaría a manifestar una primera conclusión que *“... se procedió a crear órganos que no habían sido previstos ni por la Constitución, ni por los Estatutos de Autonomía”*. Todo lo cual nos lleva a manifestar razonable -dice Blanco Valdés- que todos los Estatutos que se elaboren en el futuro deben recoger la existencia de consejos consultivos, de modo que estos consejos estén previstos estatutariamente de la misma manera que están previstos otros órganos.

Esta carencia de previsión estatutaria y constitucional se salva -dice el profesor Valdés- por la sentencia 204/1992 del Tribunal Constitucional, antes de ella sólo se habían creado en España dos consejos consultivos (el canario y el catalán). A partir de esta sentencia se irán creando los distintos consejos, así en 1993 el de Baleares y Andalucía; en 1994 el de Valencia; en 1995 el de Galicia, La Rioja, Castilla-La Mancha y Aragón; en 1997 el de Murcia; en 1999 el de Navarra; en 2001 el de Extremadura; en 2002 el de Castilla-León y en 2004 el del País Vasco y Asturias.

Abordó a continuación su aspecto orgánico, manifestando que: *“el TC cuando dicta su sentencia establece que la descentralización de la función consultiva tiene que producirse a través de órganos que sean de alguna manera equivalentes al Consejo de Estado (...) el Consejo de Estado garante su independencia y su imparcialidad a través de un sistema de nombramientos de sus miembros en virtud del cual se determina que hay tres tipos de consejeros: natos, permanentes y electivos. Es difícil que con esa composición el Gobierno pueda llegar a tener un control estricto sobre el Consejo de Estado”*. En el caso de las comunidades autónomas se optó básicamente por tres modelos: *“un primero, que yo creo que habría que superar, consistente en que todos los consejeros son designados por decreto del Gobierno de la comunidad autónoma (...) un segundo modelo en el que se establece una designación parlamentaria y gubernamental (...) y un tercer modelo, en el que se combina ese sistema mixto de designación parlamentaria y gubernamental con la introducción de consejeros natos”*. Considera el profesor Blanco Valdés que el primer sistema de designación empuja con claridad en contra de la imparcialidad y la independencia del órgano consultivo, así, parece razonable pensar -continúa Blanco Valdés- que a la vista de la importantísima esfera competencial que los consejos consultivos tienen en el ámbito del tráfico jurídico, las reformas de futuro deberían acercar esos consejos consultivos a órganos en los cuales la composición se garantizase -insiste- la

imparcialidad, aunque no haya ningún sistema que pueda garantizar la imparcialidad al cien por cien.

Como conclusión final, y a modo de resumen, dice: *“el resultado de todo lo señalado es que, cuando se inicia esta llamada segunda descentralización, quedaba ya poco margen para la autonomía sin alterar nuestro modelo de organización del poder territorial. El tiempo fue un factor moderador de los cambios porque permitió un correcto encaje entre las viejas y las nuevas estructuras constitucionales. El tiempo fue un factor fundamental en todo este proceso, como fue el espacio, que jugó también como un elemento unificador en contra de lo que pudiese parecer. El espacio, la generalización espacial de la descentralización fue un elemento de fuerte cohesión territorial. La simetría fue un elemento de fuerte cohesión. Fue un elemento de estabilidad”*.

La segunda de las jornadas se dedicó a la ponencia: *“El papel de los órganos consultivos en las reformas estatutarias”*, cuya disertación estuvo a cargo de don José Antonio Portero Molina, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de A Coruña, el cual comenzó destacando cómo la circunstancia más relevante del proceso general de reformas estatutarias, desde un punto de vista jurídico, fue la ausencia de un marco normativo de referencia actualizado al que ajustarse, a consecuencia de no haberse llevado a cabo previamente la reforma constitucional, que proporcionase el parámetro al que adecuar después las reformas estatutarias.

Continuó señalando que el heterogéneo panorama que a día de hoy presenta el desigual estado de los procesos de actualización de todos los EA no sería como es: una muestra en el que conviven comunidades autónomas que todavía no han comenzado a debatir la necesidad de iniciarlos, con alguna, como Galicia, en la que el desacuerdo desbarató la marcha, y con otras que tienen aprobadas sus nuevas y acusadamente diferentes normas institucionales básicas. Todo un escenario asimétrico -a juicio del profesor Portero Molina- que, por si fuese poco, se encuentra a la espera de que el Tribunal Constitucional pronuncie una sentencia fundamental y determinante para el diseño, quien sabe si verdaderamente definitivo o definitivo sólo para los próximos veinticinco años, del Estado constitucional de las Autonomías. Un panorama, -me atrevo a apuntar-, que debería obligar a las fuerzas políticas a hacer un ejercicio de responsabilidad en lo concerniente a emprender un proceso de reforma constitucional que precise aquellos extremos hoy confusamente indeterminados y inciertamente abiertos de nuestro modelo territorial.

Para finalizar, el profesor Portero Molina dejó claro una cosa y es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no puede seguir siendo el dique único que soporte las dinámicas centrifugadoras y cargue con la responsabilidad de tener que definir, continuamente, el modelo de distribución del poder.

Las sesiones de trabajo se completaron el día 1 de junio con la realización de una mesa redonda en torno al tema central de la edición: “*el futuro de los consejos consultivos y el nuevo marco estatutario*”, en la que participaron don Tomás Font i Llovet, presidente de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Cataluña; don Carlos Millán Hernández, presidente del Consejo Consultivo de Canarias; don Vicente Garrido Mayol, presidente del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana; y doña María José Salgueiro Cortiñas, presidenta del Consejo Consultivo de Castilla y León. La mesa redonda suscitó el interés de todos los asistentes con un animado coloquio en el que participaron representantes de diversos consejos autonómicos.

Las Jornadas de A Toxa tuvieron un amplio seguimiento como así se ha puesto de relieve en el núm. 7 (págs. 169-240) de la publicación “Revista Española de la Función Consultiva”, editada por el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. En el mencionada número se recogen las distintas ponencias de dichas Jornadas.

4.3.- Otros actos institucionales.

Los contactos con los órganos consultivos de las diferentes comunidades autónomas y el Consejo de Estado para tratar asuntos de común interés a la función consultiva han sido habitualmente frecuentes.

Así, los miembros del Consejo Consultivo de Galicia han participado en diversos actos y jornadas técnicas a los que fueron invitados por otros órganos consultivos del Estado. Entre ellos es necesario destacar la IX Edición de las Jornadas de la Función Consultiva, que tuvieron lugar en Madrid, los días 18, 19 y 20 de octubre de 2007, bajo el lema: “*La función consultiva en a España actual*”.

Las Jornadas fueron inauguradas por S. M. el Rey don Joan Carlos I, con las intervenciones de don Francisco Rubio Llorente, presidente del Consejo de Estado y doña Elena Salgado Méndez, ministra de Administraciones Públicas.

Las sesiones de trabajo continuaron el día siguiente con la ponencia: “*la función consultiva en la España actual*”, que corrió a cargo de don Rafael Gómez-Ferrer Morant, consejero de Estado y letrado, y catedrático de Derecho Administrativo. A dicho ponencia le siguieron las intervenciones de los miembros de los diversos consejos consultivos. Finalizando con un animado coloquio.

La clausura de las sesiones de trabajo la llevó a cabo don Francisco Rubio Llorente, presidente del Consejo de Estado. Las Jornadas, brillantemente celebradas, tuvieron como sede el palacio del Senado.

4.4.- Memoria anual de actividades.

Como todos los años, se ha editado la memoria de actividades del Consejo Consultivo correspondiente al año 2006, después de su elevación al Consello de la Xunta de Galicia, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 14 de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre.

De dicha edición se hizo una amplia distribución en la Administración autonómica.

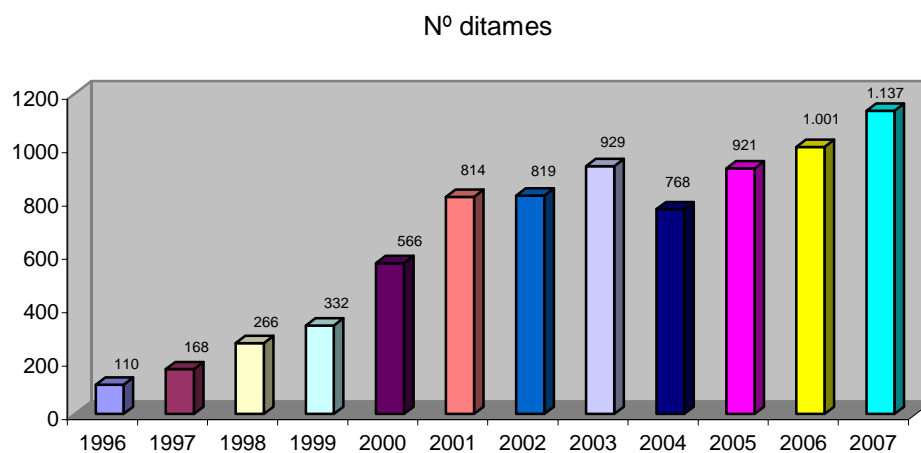
- III -

**ONCE ANOS DE FUNCIÓN CONSULTIVA EN GALICIA
(1996-2007)**

1.- DATOS ESTADÍSTICOS RELATIVOS A LOS EXPEDIENTES DICTAMINADOS DURANTE EL PERÍODO 1996-2007

El número de dictámenes emitidos, por años, desde el año 1996, es el siguiente:

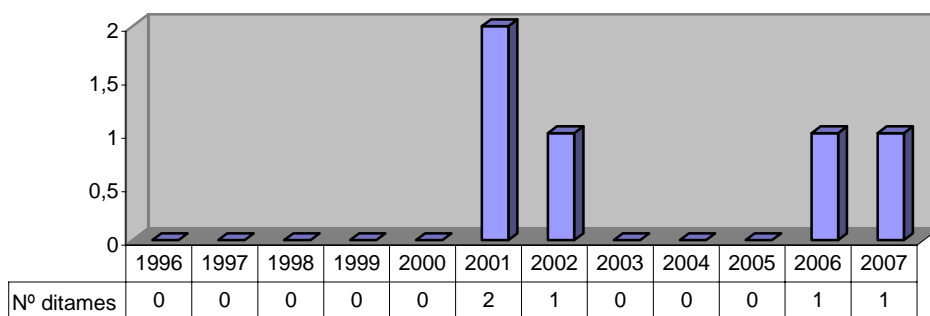
<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	110
1997	168
1998	266
1999	332
2000	566
2001	814
2002	819
2003	929
2004	768
2005	921
2006	1001
2007	1137



1.1.- Convenios y acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	0
1997	0
1998	0
1999	0
2000	0
2001	2
2002	1
2003	0
2004	0
2005	0
2006	1
2007	1

Convenios e acuerdos de cooperación CC AA

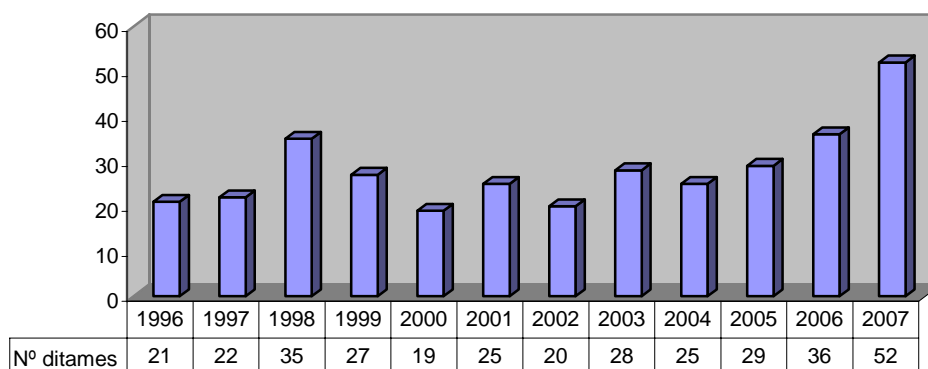


1.2.- Disposiciones de carácter general. Reglamentos ejecutivos

Los dictámenes concernientes a este apartado son exclusivamente los relativos a los proyectos de reglamentos dictados en ejecución de la Ley (artículo 11, d) da Ley 9/1995, del Consejo Consultivo), pues hasta la fecha, no han sido objeto de consulta ninguno de los otros supuestos en los que ésta resulta preceptiva, es decir, proyectos de reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia y proyectos de legislación delegada a la que se refiere el artículo 10.1, a) de dicho Estatuto.

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	21
1997	22
1998	35
1999	27
2000	19
2001	25
2002	20
2003	28
2004	25
2005	29
2006	36
2007	52

Disposicións de carácter xeral

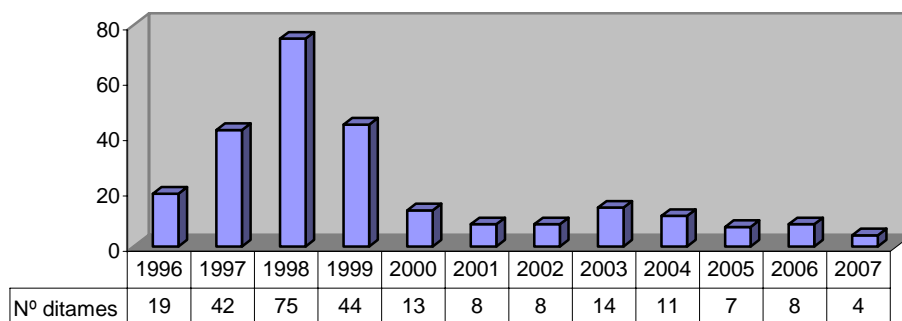


Respecto de estos datos se puede observar que el número de los dictámenes ha subido un punto, respecto a la media de los años pasados llegando a los 52, sin haberse producido, respecto de lo que puede observarse en otras materias objeto de dictamen, significativas diferencias a lo largo del período de referencia.

1.3.- Recursos de revisión

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	19
1997	42
1998	75
1999	44
2000	13
2001	8
2002	8
2003	14
2004	11
2005	7
2006	8
2007	4

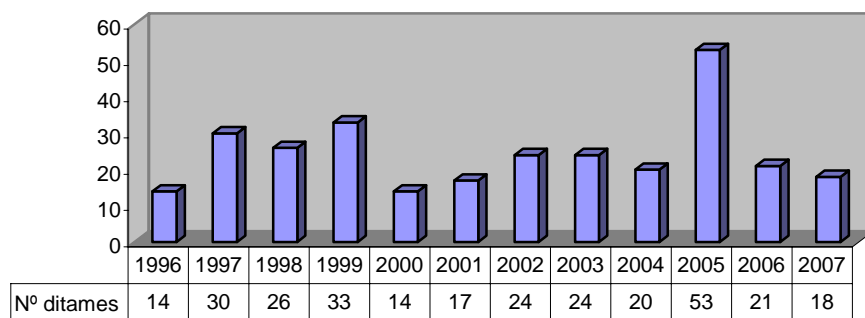
Recursos de revisión



1.4.- Revisiones de oficio

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	14
1997	30
1998	26
1999	33
2000	14
2001	17
2002	24
2003	24
2004	20
2005	53
2006	21
2007	18

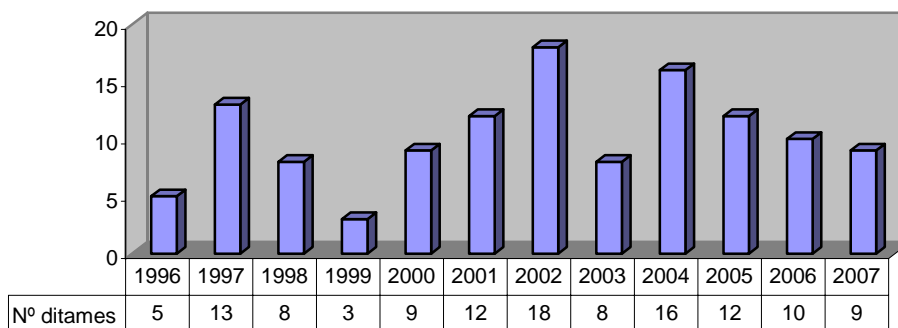
Revisións de oficio



1.5.- Contratación administrativa

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	5
1997	13
1998	8
1999	3
2000	9
2001	12
2002	18
2003	8
2004	16
2005	12
2006	10
2007	9

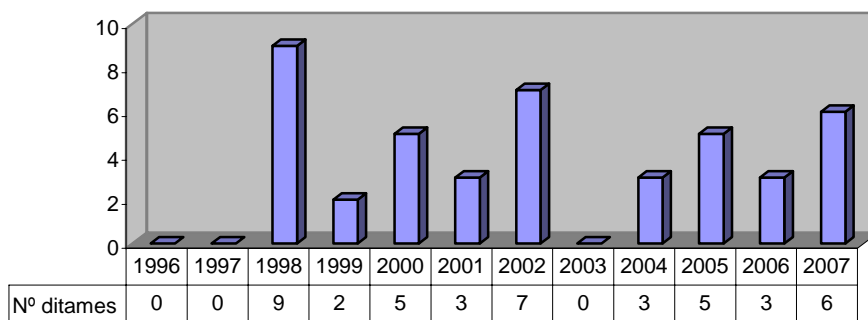
Contratación administrativa



1.6.- Concesiones administrativas

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	0
1997	0
1998	9
1999	2
2000	5
2001	3
2002	7
2003	0
2004	3
2005	5
2006	3
2007	6

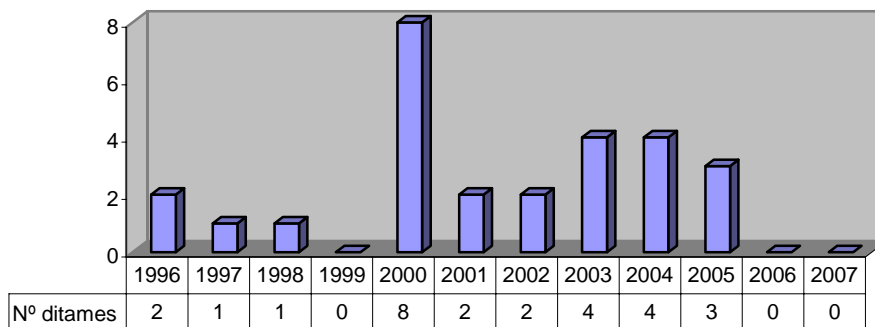
Concesións administrativas



1.7.- Alteración de términos municipales

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	2
1997	1
1998	1
1999	0
2000	8
2001	2
2002	2
2003	4
2004	4
2005	3
2006	0
2007	0

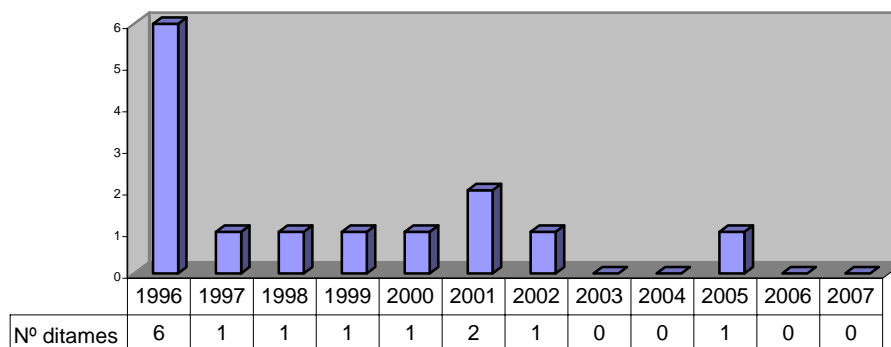
Alteración de termos municipais



1.8.- Consultas facultativas

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	6
1997	1
1998	1
1999	1
2000	1
2001	2
2002	1
2003	0
2004	0
2005	1
2006	0
2007	0

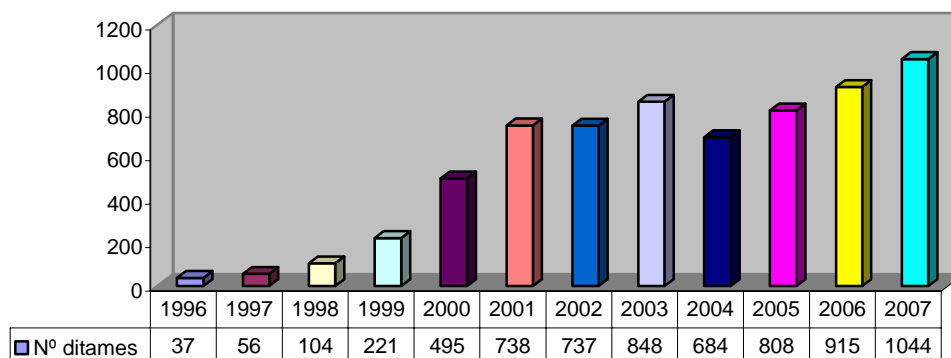
Consultas facultativas



1.9.- Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas

a.- Totales

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	37
1997	56
1998	104
1999	221
2000	495
2001	738
2002	737
2003	848
2004	684
2005	808
2006	915
2007	1044

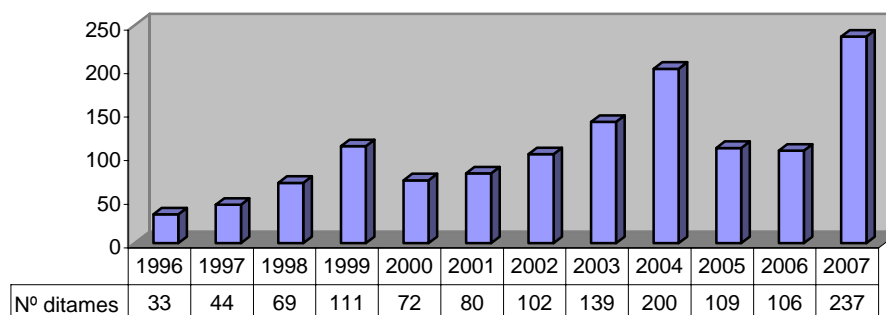


b.- Distribuido por consejerías (Afecta exclusivamente a las Consejerías de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes, de Pesca y Asuntos Marítimos, de Sanidad y de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible)

POLÍTICA TERRITORIAL, OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES

Año	Núm. dictámenes
1996	33
1997	44
1998	69
1999	111
2000	72
2001	80
2002	102
2003	139
2004	200
2005	109
2006	106
2007	237

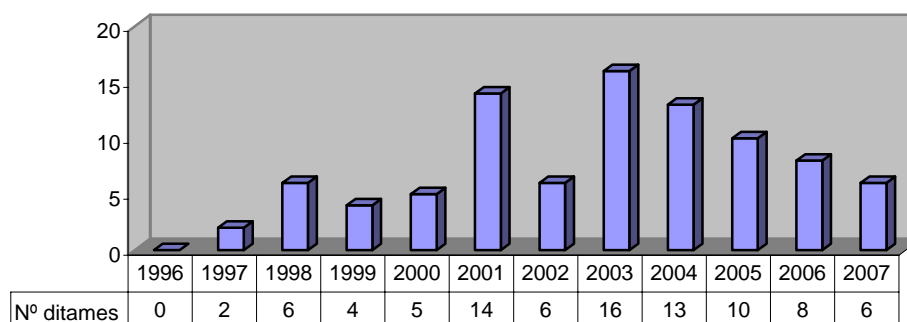
C. de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes



PESCA Y ASUNTOS MARÍTIMOS

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	0
1997	2
1998	6
1999	4
2000	5
2001	14
2002	6
2003	16
2004	13
2005	10
2006	8
2007	6

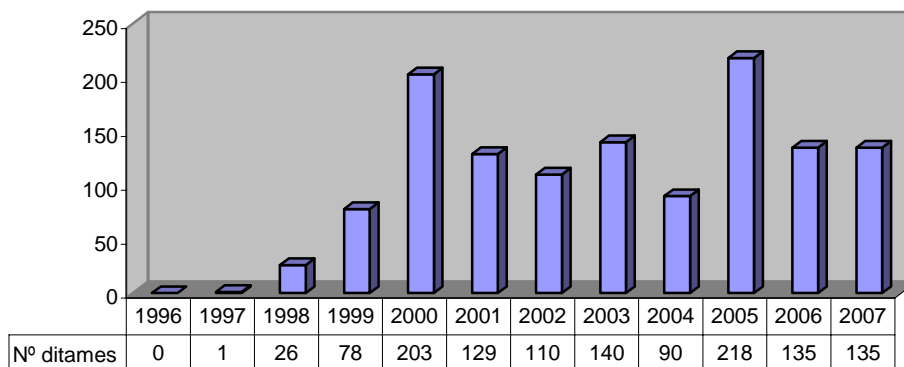
C. Pesca e Asuntos Marítimos



SANIDAD

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	0
1997	1
1998	26
1999	78
2000	203
2001	129
2002	110
2003	140
2004	90
2005	218
2006	135
2007	135

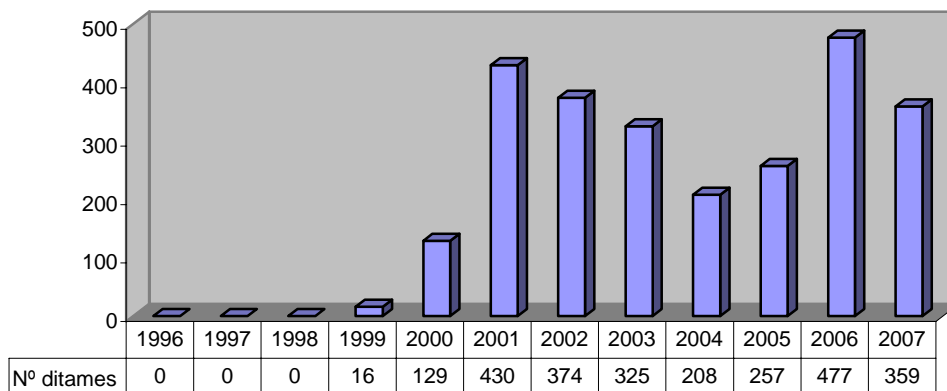
C. Sanidade



MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	0
1997	0
1998	0
1999	16
2000	129
2001	430
2002	364
2003	325
2004	208
2005	257
2006	477
2007	359

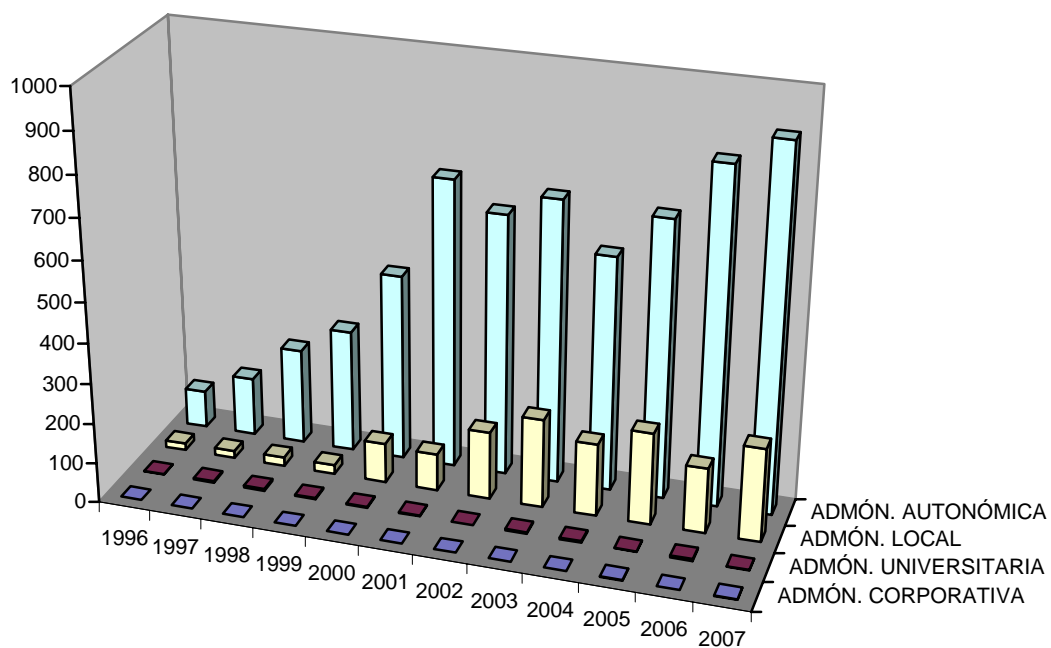
C. de Medio Ambiente e Desenvolvimento Sostible



1.10.- Comparativa por Administraciones

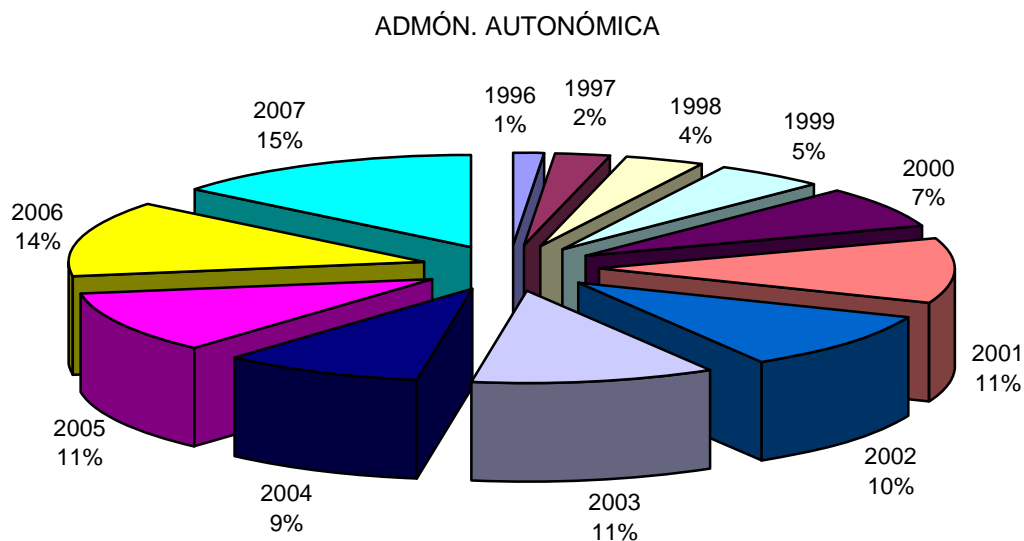
a.- Comparativa global por el núm. de expedientes tramitados

	Admón. Autonómica	Admón. Local	Admón. Universitaria	Admón. Corporativa
1996	93	17	1	0
1997	146	18	4	0
1998	239	22	5	0
1999	306	23	3	0
2000	465	99	2	0
2001	719	93	2	0
2002	650	169	0	0
2003	703	222	4	0
2004	583	181	4	0
2005	690	229	1	1
2006	833	163	5	0
2007	902	233	1	1



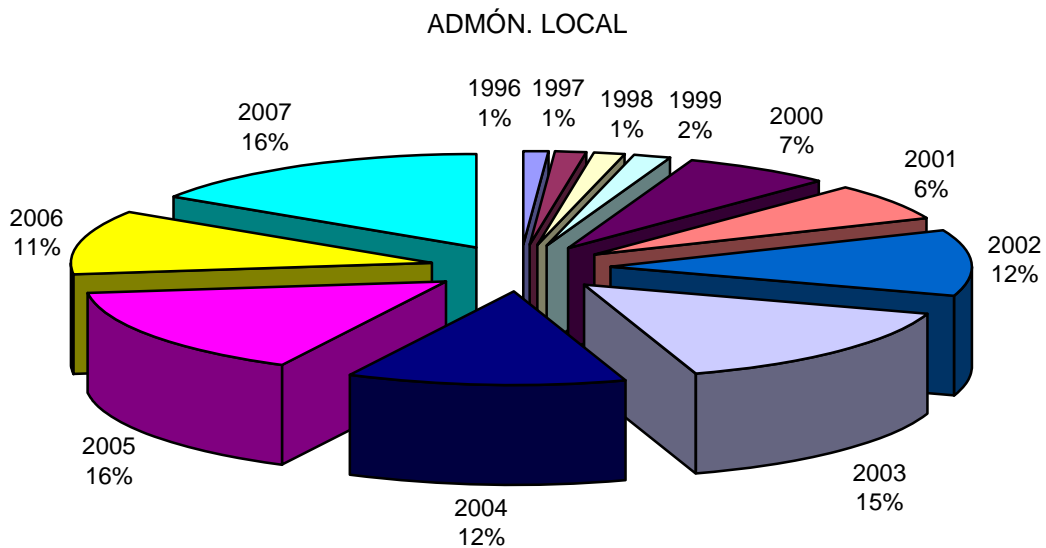
b.- Comparativa por el núm. De expedientes de la Administración autonómica

Año	Núm. dictámenes
1996	93
1997	146
1998	239
1999	306
2000	465
2001	719
2002	650
2003	703
2004	583
2005	690
2006	833
2007	902



c.- Comparativa por el núm. de expedientes de la Administración local

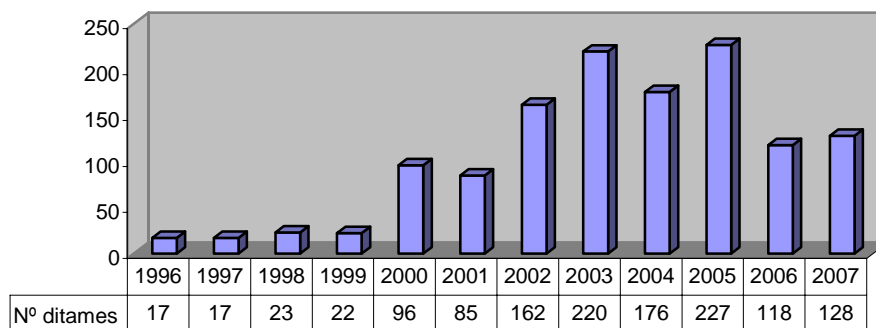
Año	Núm. dictámenes
1996	17
1997	18
1998	22
1999	23
2000	99
2001	93
2002	169
2003	222
2004	181
2005	229
2006	163
2007	233



Dichos dictámenes corresponden a las solicitudes formuladas por 128 ayuntamientos, de los 315 existentes en el territorio de la Comunidad Autónoma, que son los siguientes (se incluyen además dos mancomunidades de municipios y un consorcio):

A Baña	Cedeira	Montederramo	Ribeira
A Coruña	Cee	Monterroso	Rois
A Guarda	Cerceda	Moraña	Rubiá
A Rúa	Cervo	Mos	Sada
A Veiga	Cesuras	Mugardos	Salvaterra de Miño
Abegondo	Chantada	Muras	San Amaro
Agolada	Consortio As Mariñas	Muros	San Cibrao
Ames	Culleredo	Neda	San Cristovo de Cea
Amoeiro	Cuntis	Nigrán	Santiago
Antas de Ulla	Dozón	Noia	Sanxenxo
Ares	Entrimo	O Bolo	Sarria
Arteixo	Fene	O Carballiño	Silleda
As Pontes	Ferrol	O Grove	Sober
Baiona	Foz	O Porriño	Soutomaior
Baños de Molgas	Friol	O Saviñao	San Cibrao
Barro	Gondomar	Oleiros	Teo
Becerreá	Illa de Arousa	Ordes	Tomíño
Begonte	Irixoa	Ourense	Touro
Bergondo	Lalín	Outeiro de Rei	Tui
Betanzos	Láncara	Paderne	Val do Dubra
Boiro	Laracha	Padrón	Valadouro
Boqueixón	Laxe	Palas de Rei	Valdeorras
Bóveda	Lobios	Pazos de Borbén	Valdoviño
Brión	Lugo	Pobra do Caramiñal	Verea
Bueu	Malpica	Ponteareas	Verín
Cabanas	Mancomunidad Limia	Pontedeume	Viana do Bolo
Caldas de Reis	Mancomunidad Morrazo	Pontevedra	Vigo
Camariñas	Marín	Porto do Son	Vilaboa
Cambre	Meaño	Rábade	Vila de Cruces
Cangas	Meira	Redondela	Vilagarcía de Arousa
Carballeda de Avia	Melide	Rianxo	Vilanova de Arousa
Carballo	Mondoñedo	Ribadeo	Xinzo de Limia
Castro de Rei	Monforte	Ribadumia	

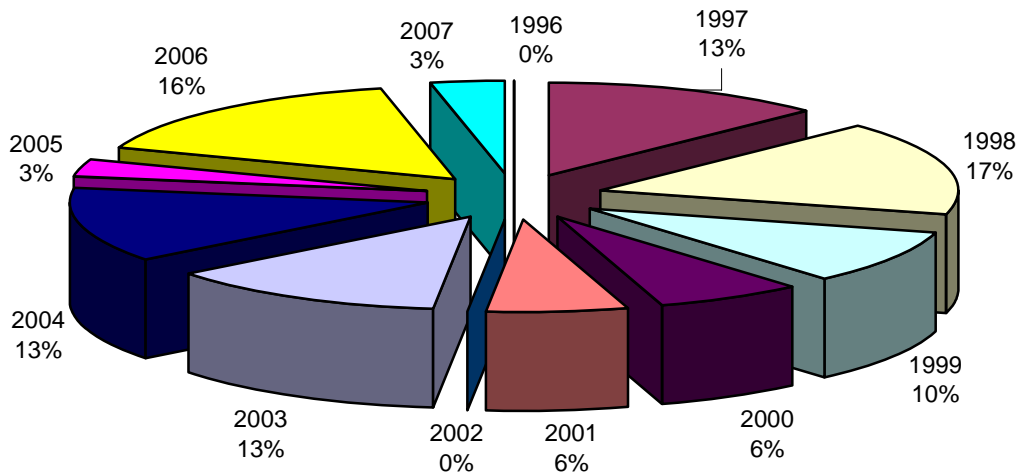
Expedientes enviados por concellos



d.- Comparativa por el núm. de expedientes de la Administración Universitaria

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	0
1997	4
1998	5
1999	3
2000	2
2001	2
2002	0
2003	4
2004	4
2005	1
2006	5
2007	1

ADMÓN. UNIVERSITARIA



- IV -

OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

1.- PROYECTOS NORMATIVOS

1.1.- Pluralidad de ámbitos materiales y de administraciones concernidos por la norma reglamentaria. En particular, la preservación de las competencias de los entes locales.

Se abordaban estas cuestiones con ocasión del dictamen sobre el proyecto de decreto por el que se aprobaban los Estatutos de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística.

Partiendo de la constatación de la pluralidad de ámbitos sectoriales del ordenamiento afectados por el proyecto, consideraba el dictamen que este parecía que tendencial, aunque explícitamente, partía de la concepción del ordenamiento urbanístico como un ordenamiento predominantemente completo y cerrado sobre sí mismo, aislado del ámbito propio del régimen local. Se consideraba, por lo tanto, que esta perspectiva suscitaba algunas dificultades de orden legal, atendiendo al carácter transversal de la materia de régimen local.

A este respecto, se consideraba necesario reparar en la circunstancia ya expresada conforme a las cuales, son tres los ámbitos competenciales fundamentalmente imbricados y concernidos por la normativa analizada, a saber: régimen local, urbanismo y ordenación del territorio.

En particular, el texto afectaba puntual y relevantemente a la definición del arriba mencionado terreno del régimen local y, consiguientemente, a un ámbito material de relevancia constitucional cual es la Administración local, un sector de los poderes públicos configurado como uno de pilares estructurales del Estado.

Por lo tanto se señalaba que no debía olvidarse que las competencias y la estructura de los entes locales, sin perjuicio de su afectación por la regulación sectorial, son “régimen local” y forman parte de este ámbito constitucional.

Y en esta materia tres son los criterios normativos esenciales; en primer lugar, la necesidad de preservar la autonomía de los entes locales, como ámbito político propio y diferenciado de decisión, en correspondencia con la consideración de los entes locales como poderes públicos democráticamente elegidos y que ostentan responsabilidad política ante los ciudadanos. En segundo lugar, y derivadamente de lo dicho, el mandato constitucional a los legisladores sectoriales (sean del Estado o de la Comunidad Autónoma), para garantizar en las respectivas regulaciones la preservación de la esfera competencial reconocible a los entes locales y concerniente a los intereses de tal índole que se vean involucrados. Y finalmente, que la legislación sectorial delimita pero no atribuye las competencias locales, que proceden recta vía del bloque constitucional, lo que se traduce en el empleo en la

Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local (en adelante LBRL), de la locución “*en todo caso ejercerán*” a la hora de abordar la enunciación de las competencias locales.

Este conjunto de criterios normativos no resulta necesariamente incompatible con fórmulas de cooperación interadministrativa y tampoco con ocasionales desplazamientos del ejercicio de las competencias locales, pero siempre con los equilibrios imprescindibles, necesariamente recogidos en las normas de que se trate, con el fin de soslayar, por principio, la imposible abdicación o desentendimiento de los entes locales respecto de ámbitos competenciales de su incumbencia, que le vienen atribuidos recta vía del bloque constitucional, pues en otro caso, por encima de la indisponibilidad de la competencia, principio fundamental de nuestro derecho público, se provocaría una distorsión o dilución en la imputación política de la responsabilidad, inherente a la configuración de los entes locales como corporaciones democráticamente representativas.

Por esta razón, el dictamen de este Consejo Consultivo de Galicia (en adelante CCG) entendía que debían establecerse las necesarias cautelas en una regulación como la examinada, preservando un residuo sustancial de competencia local en la ordenación que se diseñe, de forma que la regulación respete la declaración que, por vía de principio, ha realizado el art. 8 de la LRJPAC.

Desde otra perspectiva, y volviendo nuevamente a los sectores del ordenamiento involucrados en el proyecto, se resaltaba en este punto la tradicional singularidad de la relación competencial entre el urbanismo y la ordenación del territorio, que se traduce en la imbricación de la distribución de competencias que se da en estas materias, particularmente entre los entes locales y la Comunidad Autónoma; imbricación reforzada en el momento presente por los condicionantes que imponen las circunstancias económico-sociales actuales, caracterizadas por modos de utilización del territorio que impelen un incremento ingente del consumo del suelo en el modelo de crecimiento urbanístico y el proceso urbanizador.

Esto eleva a la condición de bien jurídico a preservar el desarrollo sostenible urbanístico, y como objetivo, y a la vez instrumento insoslayable de las políticas públicas, la imprescindible cooperación interadministrativa reforzada, modo idóneo para asegurar la coherencia y eficacia de dichas políticas con el fin de alcanzar la eficiente coordinación de las diversas competencias sobre el territorio, en una perspectiva omnicomprensiva desde el nivel de la planificación hasta el nivel de la gestión pública, lo que requiere específicas soluciones en lo concerniente al tratamiento de las múltiples manifestaciones de la patología urbanística, evidencias palmarias de la bancarrota del imperio de la ley, situación impropia e incoherente con un Estado de derecho.

Por otra parte, y ya exclusivamente en el ámbito del urbanismo, se diferencian diversos subespacios que, precisamente para preservar la autonomía local, indican una particular concurrencia y distribución de competencias entre los entes locales y la Comunidad Autónoma, siendo de observar el predominio de las competencias locales en la gestión del fenómeno urbano (lo que comprende tanto lo que se entiende por “hacer ciudad” como la corrección de las patologías manifestadas en conductas desestructurantes idóneas para “deshacer”), subespacio éste del fenómeno urbano que constituye manifestación primigenia de los intereses locales (bien que compatible con facultades autonómicas del control de legalidad), sin desconocer que existen, en otros subespacios del urbanismo, competencias decisorias relevantes residenciadas en la Administración autonómica (litoral, zonas de protección ambiental reforzada, dotaciones, estándares urbanísticos, zona rural, etc.), al entender el legislador sectorial que en cada uno de estos subespacios concurren, en diverso grado, manifestaciones de evidente compromiso de intereses supralocales.

Consideraba el dictamen que esta heterogeneidad del régimen competencial en los distintos subespacios del urbanismo y la ordenación del territorio, incidía y provocaba la correspondiente heterogeneidad de las competencias asumidas por la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística, objeto de la regulación del proyecto, lo que determinaba una desigual intensidad del protagonismo o relevancia de cada uno de esos títulos según el ámbito analizado.

En otro plano, los condicionamientos que el citado diseño competencial impone a los poderes públicos en su labor normativa, se entendía que no se salvaguardan con la práctica, siquiera parcial, del trámite de audiencia de las entidades locales -desde el punto de vista procedimental-, ni con el carácter voluntario de la incorporación de los municipios a la Agencia -desde el plano de la regulación sustantiva- ya que la competencia administrativa es indisponible e irrenunciable, según declara la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y conforme a un principio básico de nuestra ordenación administrativa. En efecto, una cosa es la modalización coyuntural del ejercicio de las propias competencias, por déficit de medios o confluencia-compartición de espacios y otro el desprendimiento con vocación definitiva del poder urbanístico.

A este respecto, y en relación con el ejercicio y la titularidad de las competencias afectadas por la regulación proyectada, el dictamen reparaba en que la Agencia es, organizatoriamente, un ente ajeno a la Administración local, y como certeramente señalaba la Asesoría Jurídica General de la Xunta en el informe sobre el proyecto, que obraba en el expediente, no estamos ante un consorcio local, sino ante un ente asociativo e institucional, ajeno a la esfera local, e incardinado en la autonómica, por más que el art. 226.1 de la Ley 9/2002, prevea que la Agencia es un

ente de naturaleza consorcial con plena autonomía para el desarrollo en común por la Administración autonómica y los municipios que voluntariamente se integren en aquella, de las funciones de inspección, restauración de la legalidad y sanción en materia de urbanismo y el desempeño de cuantas otras competencias le asignen sus estatutos.

El nuevo ente institucional, en esa línea argumental, aparecía adscrito orgánicamente a un departamento de la Administración autonómica, encargada de aprobar sus estatutos, siendo además miembro nato de la Agencia, mientras que los municipios, tal y como aparecía configurado en el proyecto, necesitaban un acto expreso de incorporación voluntaria a través del correspondiente convenio de adhesión, que debía ser aprobado por el Consello de la Xunta de Galicia. El art. 4 de los estatutos, refería expresamente el régimen jurídico de la Agencia a las normas aplicables a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración autonómica.

Es por ello que, pese a la plena autonomía en el cumplimiento de sus funciones la Ley 9/2002 lo reconoce, y que necesariamente atañe al ámbito funcional u operativo, estructuralmente, y al margen de la configuración actual de los entes locales en la legislación local de Galicia, no variada, la configuración de la Agencia es la propia de un ente instrumental de la Administración territorial autonómica, por lo que aquella autonomía de funcionamiento (más allá de la simple declaración legal y abstracta), no puede sobreponerse a la naturaleza propia de los entes institucionales, caracterizada por el sometimiento a la potestad de dirección de la Administración territorial en la que sí integran y de la que soy instrumento.

Por ello, y para otro caso, se señalaba, que si se pretende, como parece que procede y el limitado compromiso y afectación de la autonomía local requiere, resulta preciso modalizar la configuración de la Agencia, dentro del marco de la Ley 9/2002, y concerniente a la asunción del ejercicio de las competencias locales, procediendo la introducción en el proyecto de regulaciones concretas y específicas que garanticen la preservación de aquella autonomía.

Particularmente, se refería el dictamen a la que potestad de dirección del nuevo ente, según la naturaleza propia del sujeto institucional, no corresponde propiamente a sus órganos de gobierno, en los que participan los entes locales que suscriban el convenio, sino que está atribuida a la Administración territorial de adscripción a la Xunta de Galicia, a través de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes, como titular y responsable última del interés cuya gestión sí encomienda al ente institucional, el cual trasciende, a uno de los ámbitos más sensiblemente afectados por el proyecto analizado, el del ejercicio de las competencias propias por las entidades locales.

Contrariamente, se apuntaba a que el proyecto reglamentario requeriría, por razones de legalidad, verse completado con preceptos que modalizaran la genérica configuración de la Agencia como ente institucional de la Comunidad Autónoma, de forma que funcionalmente se garantice su autonomía y capacidad de decisión propia, como manifestación declarada de un estatuto jurídico peculiar que viene exigido por la imprescindible preservación de la autonomía local.

En el ámbito de las relaciones interadministrativas, incluidas las que protagonizan las entidades locales, existen, ciertamente, una serie de técnicas de coordinación y cooperación, de mayor o menor intensidad, pero de aplicación coyuntural y, en todo caso, de naturaleza “*contenida o refrenada*”, con el fin de compaginar la eficiencia y deber de coordinación con la indisponibilidad de competencias, al que se añade la necesaria compatibilización de aquellas técnicas con la preservación de la autonomía local.

La trascendencia del sistema relacional, entendido éste en sentido amplio, se aprecia en el texto de la Ley de Administración local de Galicia, que dedica su título IV a la transferencia y delegación de competencias de la Comunidad Autónoma en las entidades locales y a la encomienda de gestión, regulando en el título V, las relaciones interadministrativas.

Así, la transferencia y la delegación de competencias suponen una alteración singular del sistema de distribución de competencias y son, pues, excepciones puntuales justificadas por esa “*singularidad*” y siempre necesitadas de justificación explícita en cada caso.

Por otra parte, la cooperación, colaboración y coordinación son fórmulas relacionales interadministrativas que flexibilizan el rigor del sistema de distribución competencial, pero que se aplican contenidamente y con equilibrio, preservando siempre técnicas de corrección (la primera de las cuales es la fácil salida del convenio que las materializa por parte del ente que desee restablecer el pleno y exclusivo control de sus indisponibles competencias, aspecto éste que ciertamente, aparece adecuadamente abordado y resuelto en el art. 12 del proyecto).

Porque en todo caso, el límite material intangible, dada la constitucional preservación de la autonomía local y a la índole prevalentemente local de una parte de la materia es descriptible negativamente: no puede llegar a producir la total sustitución del ente titular de la competencia por la acción de los entes colaboradores/coordinadores o las personificaciones asociativo-institucionales.

Indisponibilidad que rige incluso ante voluntarios desprendimientos de ámbitos competenciales completos, ya que las atribuciones de un órgano territorial, y máxime tratándose de la garantía constitucional de la autonomía local, no son

poderes públicos voluntarios y en propio interés, sino potestades de necesario ejercicio y cuya titularidad y responsabilidad debe ostentarse indeclinablemente.

No es necesario poner de relieve que la materia de la gestión urbanística, sin desconocer que involucra otras esferas de la actividad administrativa, y que confluye con competencias ocasionales más intensas de atribución autonómica en ciertas submaterias (espacio rural, paraje litoral, espacio de protección ambiental, dotaciones, etc.), es una materia asignada a la gestión municipal en la legislación local. Así, en el art. 25.2 de la LBRL, se prevé que el municipio, *“en todo caso, ejercerá”* competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materias de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística. En los mismos términos se manifiesta el art. 80 de la LALGA..

La disciplina urbanística es, en una parte sustancial de este ámbito, materia propia del urbanismo, como competencia primigenia y genuina de los municipios, y sin desconocer su imbricación con otros ámbitos ajenos al ámbito local, la intensidad y extensión del ejercicio de esa competencia por los municipios deriva de un designio compartido por el legislador estatal y el autonómico, como ya va dicho, de modo que toda alteración del esquema organizativo del ejercicio de la dicha competencia, afecta de modo necesario y decisivo al núcleo esencial del régimen local.

En esta línea de argumentación se recordaba que el Tribunal Constitucional ha dicho que el terreno de las competencias no es ajeno al *“régimen local”*. Así, en la sentencia de 19 de diciembre de 1989 se argumenta que *“El ‘régimen local’, que es, por tanto, el ‘régimen jurídico de las Administraciones Locales’, resulta de este modo no una materia evanescente, disgregada en una pluralidad de asuntos sometidos a un régimen competencial diversificado tal como afirma la Generalidad de Cataluña, sino una materia con perfiles propios que, por imperativo de la garantía institucional de la autonomía local, contempla también -y no excluye- lo relativo a las competencias de los Entes locales”*. Todo ello sin perjuicio de que, como se puede leer en la propia sentencia, *“delimitada así la existencia de orden competencial vinculada a la garantía constitucional de la autonomía de las Entidades locales, la concreción última de las competencias locales queda remitida -y no podía ser de otra manera- a la correspondiente legislación sectorial, ya sea estatal o autonómica, según el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”*.

1.2.- La normalización del uso del gallego en la enseñanza.

EL CCG ya tuvo ocasión de pronunciarse, desde una perspectiva más general, sobre la cuestión de la lengua y su promoción, concretamente, con ocasión del

dictamen solicitado por el señor presidente del Xunta de Galicia el pasado año 2006, en torno a la reforma del Estatuto de Autonomía (en adelante EAG) y del que ya se hizo eco la memoria correspondiente a dicho año.

La norma examinada en este caso, el proyecto de decreto para la promoción del gallego en la enseñanza, en el marco de la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, tenía como objetivo el de promover el gallego como lengua viva, promocionando su competencia lingüística y la convivencia idónea con el castellano. Tales objetivos se completan con modalizaciones a nivel de centros con el fin de captar las heterogeneidades territoriales en el grado de uso idiomático, de tal manera que sean dichos centros, dentro lógicamente de ciertos límites, los que aseguren la mayor y más idónea adaptabilidad en el empleo del bilingüismo integrador, adaptándolo a las preferencias sociales del entorno, sin abdicar de los criterios generales.

Así se recordaba que la lengua es, como concepto, una de las primeras manifestaciones de la identidad singular y característica de una sociedad estructurada como pueblo o nación, y representa, a su vez, la principal señal identificador de su cultura, costumbres y tradiciones, o lo que es el mismo, de su personalidad colectiva.

Es por ello que todas las comunidades humanas o sociedades asentadas en un territorio -cualquiera que sea su conceptualización jurídico-política como pueblo, nación, nacionalidad o comunidad nacional- se ven comprometidas a proteger sus lenguas propias como forma de expresión genuina de su identidad colectiva, a la vez que a proteger a sus usuarios, sea propiciando su conocimiento y máxima generalización de uso, sea proscribiendo cualquier discriminación por su empleo tanto individual como colectivo.

En este sentido, se recordaba que las constituciones nacionales suelen contener determinaciones sobre las lenguas nacionales y su oficialización, recogiénolas no sólo como instrumento de comunicación personal, sino también como factor de integración social y signo de identidad de sujetos y grupos que las usan, llegando a configurarlas como patrimonio cultural de una nación o comunidad ciudadana y, en cuanto tal, como un bien jurídico, tanto desde el punto de vista personal como colectivo, que merece la protección permanente por todos los poderes públicos.

De esta forma, la consagración del gallego como lengua propia y cooficial de Galicia llevada a efecto por el EAG, abrió paso a un proceso dinámico, de potenciación y normalización de su uso, que, en el marco de las estipulaciones constitucionales y estatutarias sobre la materia, se encauza, de modo fundamental, a

través de las previsiones contenidas en la Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística.

La exposición de motivos de la referida ley, se asienta en la cita expresa del art. 3 de la Constitución española y 5 del EAG, si bien el centro de gravedad de la atribución competencial se sitúa, en realidad, en lo dispuesto en el art. 27.20 de este último texto, que reconoce a nuestra Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de promoción y enseñanza de la lengua gallega.

En el terreno de la enseñanza este título competencial confluye con la atribución particular de competencia plena a la Comunidad Autónoma gallega para la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, en el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución y en las leyes orgánicas que, conforme el apartado primero del art. 81 de aquella, lo desarrollen, de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución, y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía (art. 31 EAG).

Por otra parte, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, contiene un mandato expreso dirigido, entre otras, a la Administración pública de nuestra Comunidad Autónoma, al disponer en su art. 56.2, que las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que disfruten de dos lenguas oficiales.

El proyecto en este caso examinado por el CCG, considerando las enseñanzas recogidas en la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, y con el impulso del plan general de normalización de la lengua gallega aprobado por unanimidad en el Parlamento de Galicia en el año 2004, desarrolla aquellas previsiones legales autonómicas, materializando el mandato contenido en el art. 12.2 de la citada ley, que encomienda a la Xunta de Galicia la reglamentación de la normalización del uso de las lenguas oficiales en la enseñanza, aunque desbordando -en algunos puntos que son objeto de singular observación por el dictamen- la cobertura legal citada.

Como ya ha recordado el CCG en su dictamen CCG 782/05, la Constitución de 1978 configuró, principalmente en su art. 3º, un modelo lingüístico para el Estado español, basado en las siguientes características:

1º. La lengua oficial de todo el Estado, y por consiguiente de todos los poderes públicos, centrales, autonómicos y locales, es el castellano.

2º. Las demás lenguas existentes a nivel territorial distintas del castellano disfrutarán de un estatuto de cooficialidad en su respectivo territorio con la lengua

oficial del Estado, si bien en un régimen de asimetría por contraerse su oficialidad exclusivamente a su nivel territorial.

3º. Se reconoce el derecho público del uso del castellano y al mismo tiempo el deber de su conocimiento.

4º. Se formula un mandato a todos los poderes públicos orientado a la protección del pluralismo lingüístico, lo que representa la obligación de adopción por los poderes públicos territoriales de medidas de protección y promoción de las lenguas cooficiales.

El modelo constitucional de lengua, así configurado, no está tan sólo recogido en la CE, por cuanto ésta también efectúa una remisión o habilitación a los Estatutos de autonomía (arts. 3.2 y 147) en lo concerniente a la oficialización de las lenguas territoriales propias de las Comunidades Autónomas en los términos en ellos definidos, y en desarrollo de este cometido asumen también una función materialmente constitucional, complementaria e integrativa, que implica el ejercicio de una competencia propia, la opción por la oficialización de la lengua propia, sin perjuicio de su subordinación jerárquica a la CE.

Por estas razones se consideraba en el dictamen citado que al EAG se le reserva y asigna una muy importante función constitucional de definición del alcance de la oficialidad de la propia lengua, que no puede ser realizada ni desarrollada -aislada o desconectadamente- directamente por las leyes autonómicas que puedan ser dictadas en materia lingüística, y mucho menos -en lo que al proyecto dictaminado respectaba- por vía reglamentaria, pues los criterios esenciales de ordenación de la materia sobre la lengua han de tratarse en el Estatuto, como se desprende de su configuración de norma institucional básica y del tenor del art. 5 del EAG, por el que las disposiciones de normalización no pueden ser aprobadas de modo desconectado del Estatuto.

Partiendo, de que la declaración de la oficialidad tiene que tener como finalidad principal no sólo la proclamación de la existencia de una lengua territorial propia, sino también la de promover y posibilitar el ejercicio de los derechos lingüísticos, se distinguía en el dictamen de constante cita, el aspecto positivo, o de derecho, y el aspecto negativo, o de deber, en cuanto al conocimiento y uso de las lenguas propias, realizándose una serie de consideraciones generales que son de plena aplicación en el ámbito ahora analizado, sin perjuicio de la existencia de importantes matizaciones y modulaciones que, incidiendo sobre los criterios generales, y con origen y fundamentación muy diversa, confluyen en el terreno de la enseñanza.

Así, por lo que se refiere al aspecto positivo, o de derecho, en concreto a la oficialidad de la lengua, cuando se habla del estatus de una lengua como “oficial” en las sociedades multilingües, se está necesariamente a identificar esa lengua que es reconocida como nacional por los poderes públicos en su nivel territorial de reconocimiento, y, en cuanto tal, ostenta la virtud y la funcionalidad de constituir el principal instrumento de relación y medio normal de comunicación entre dichos poderes políticos de ese territorio y los ciudadanos. Se oficializa la lengua, por consiguiente, principalmente a los efectos de que sea ésta empleada mayoritariamente en todos los ámbitos públicos, gubernamentales y administrativos, de forma que su uso mayoritario por los poderes y autoridades públicas sirva como motor impulsor de la necesaria normalización lingüística en ese territorio.

En este contexto, la oficialización posibilita, además, como corolario, la afirmación del derecho de elección y uso de la propia lengua, operando como efecto primario el reconocimiento por parte de todos los poderes públicos de un derecho público subjetivo a su utilización por todos los ciudadanos que libremente opten por su empleo en sus relaciones privadas y públicas, con plenos efectos jurídicos en todo caso. Por esta razón, cualquier intervención de los poderes, incluso por vía normativa, en la lengua, requiere una fundamentación jurídica, en consideración a que ésta constituye una proyección de la propia personalidad y afecta, por ende, al círculo vital de los ciudadanos, alcanzando en un Estado de derecho plena justificación y erigiéndose en garantía de libertad. Así pues, como consecuencia natural e inherente del derecho al uso de la lengua oficial propia del territorio, se impone la proscripción de toda discriminación negativa o diferencia de trato con los usuarios de esa lengua por razón de su empleo.

En este sentido, el derecho al uso de la lengua propia es un derecho de libertad esgrimible frente a los poderes públicos e incluso también frente a ciertos particulares que realicen, por delegación o concesión, una actividad pública; derecho que, obviamente, no se puede esgrimir por el contrario en las relaciones entre particulares.

Se diría, por consiguiente, que en la dimensión personal y en cuanto que derecho de libertad, el derecho a la lengua es, fundamentalmente, un derecho de opción, a modo de estatus negativo o reactivo, por cuanto el ciudadano puede elegir libérrimamente el código lingüístico y la modalidad de lengua misma que quiere emplear en sus relaciones con los poderes públicos; si bien debe aceptar como límite la dimensión colectiva del régimen jurídico de la lengua.

Como se razonaba en el dictamen de constante referencia, el nuevo marco constitucional surgido en 1978, al mismo tiempo que aceptó el plurilingüismo, hizo prevalecer la premisa de que el derecho al uso y empleo de la propia lengua es un derecho individual que si ejercerá siempre sobre la base de la elección subjetiva de

cada ciudadano, de forma que ninguna de las lenguas cooficiales será objetivamente prevalente, por cuanto formalmente lo será la que subjetivamente resulte de la elección y libre decisión de cada usuario. Esta es la concepción que late en la redacción del art. 3º de la CE de 1978 e incluso en el art. 5º del EAG de 1981, que oficializan los idiomas gallego y castellano en Galicia, si bien, destacadamente, el precepto estatutario comienza por proclamar que *“la lengua propia de Galicia es el gallego”*.

En todo caso, como igualmente se argumentaba en el dictamen CCG 782/05, no es suficiente con el reconocimiento y protección formal del derecho al empleo de una lengua oficial por parte de los poderes públicos (oficialidad), sino que es preciso promover la regularización del uso de esa lengua como principal vehículo de comunicación e integración social (normalización) entre sus usuarios, con el fin de hacer realidad la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos constitucionales y legales (art. 9.2 CE). De esta forma, el mayor grado de defensa y protección de las lenguas territoriales gira en torno a dos ejes, la cooficialidad y la normalización social.

Por ello, se consideraba un aspecto cualitativamente relevante, el de la protección y tutela como lengua propia del gallego, por cuanto, de acuerdo con la interpretación recogida en la STC 337/1994, de 23 de diciembre, con esa declaración queda avalado un trato desigual, aunque no discriminatorio, para las dos lenguas oficiales en el territorio autonómico, por cuanto la acción normalizadora de la lengua propia tiene que implicar, necesariamente, la adopción de acciones y medidas de apoyo singularizado o reforzado para garantizar la subsistencia y desarrollo de esa lengua. Esta sentencia, en efecto, supuso un reforzamiento en las tesis de la doctrina constitucional sobre el carácter vehicular de las lenguas cooficiales, como lo patentiza su comparación con la STC 137/1986.

Es en el terreno de la enseñanza dónde la adopción de esas acciones y decisiones de apoyo singularizado cobra singular y genuina relevancia como modo de garantizar los derechos lingüísticos de los ciudadanos en las nuevas generaciones, promoviendo la normalización de la lengua, lo que se traduce en la necesidad de articular una serie de medidas que garanticen y protejan, según su grado de trascendencia, los bienes jurídicos en juego, diseñando un sistema de equilibrios en la búsqueda de la vigencia, con plenas garantías, del bilingüismo habilitado y protegido por la Constitución española.

En esta perspectiva jurídica, es donde el dictamen consideraba que debía situarse el punto de mira para examinar las medidas normativas diseñadas en el proyecto de decreto que se examinaba, en el marco de la competencia exclusiva reconocida a la Comunidad Autónoma de Galicia por el EAG (art. 27.20) en materia de promoción y enseñanza de la lengua gallega.

En este sentido, constituía un punto de partida para el análisis jurídico a realizar la consideración -ya realizada en el dictamen CCG 782/05- de que la declaración constitucional y estatutaria de cooficialidad del idioma no implica un deber general y abstracto, incondicional, coercible y perfecto del conocimiento del gallego y, menos aún, de su uso. En este sentido, resulta incontestable jurídicamente que ese concreto asunto fue estudiado con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de normalización lingüística de Galicia 3/1983, de 15 de junio, y decidido por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de junio de 1986, al proceder a anular, por inconstitucional, el inciso “*deber de conocerlo*” (el gallego) por parte de todos los gallegos, recogido en el art. 1.2 de dicha ley.

Así, tal y como se consideraba en dicho dictamen, según la doctrina jurisprudencial, la oficialidad de una lengua territorial no puede llevar consigo insisto el deber u obligación de conocerla por parte de los ciudadanos, debiendo de esta forma mantenerse en todo caso separados el deber de conocer una lengua de las consecuencias que se derivan de su oficialidad. Pero esta regla general tiene importantes matizaciones en el terreno de la enseñanza, traducidas en la imposición y reconocimiento de deberes y derechos singulares a los partícipes del proceso educativo, pues la Constitución no impone el conocimiento de las lenguas cooficiales, pero tampoco prohíbe su exigencia en supuestos concretos, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, siendo por ello precisa la realización de una serie de consideraciones concretas sobre los principales aspectos normativos del proyecto con trascendencia en el terreno de los derechos y deberes lingüísticos, que se consignan en los apartados posteriores de este dictamen.

Con todo, privado por el Tribunal Constitucional de la trascendente previsión del deber de conocimiento de la lengua propia por parte de los gallegos, el texto legal no recibió adaptación posterior alguna a las nuevas sensibilidades sobre los derechos y deberes lingüísticos, adoptadas y mismo impulsadas por el propio Tribunal Constitucional en pronunciamientos posteriores al referido. Esto supone que, a diferencia de lo que ocurre en otras comunidades con lenguas cooficiales, en Galicia, las encomiendas legales realizadas al poder ejecutivo de cara al desarrollo de la normalización lingüística, adolecen de la falta de una previsión legal actualizada que perfile el deber de conocimiento de la lengua en ámbitos concretos, en la línea de lo ya expuesto, más allá de la exigencia legal de que la lengua gallega sea materia de estudio obligatoria en todos los niveles educativos no universitarios y la encomienda a las autoridades educativas para la promoción del uso progresivo del gallego en la enseñanza (art. 13.2) y la garantía de que, al final de los ciclos en los que la enseñanza en gallego es obligatorio, los alumnos conozcan esa lengua, en sus niveles oral y escrito, en igualdad con el castellano (art. 14.3).

En este sentido, el Plan de normalización de la lengua, aprobado por el Parlamento en septiembre de 2004, juega un papel singular en la instrumentalización y encauzamiento del, hasta entonces, impulso social difuso en la normalización lingüística, pero, en aplicación del sistema de fuentes del derecho, no puede cubrir las carencias legales apuntadas, que trascienden, así, a aspectos concretos del proyecto analizado, como más adelante se precisará. La vigencia del principio de legalidad impone tal conclusión, por encima de la existencia de sensibilidades sociales que no se pueden imponer a aquel, ni vinculan en el examen de legalidad que realiza este CCG, que controla la adecuación de los proyectos de decreto que se dicten en ejecución de las leyes atendiendo a la legalidad vigente y a las normas jurídicas efectivamente adoptadas e incorporadas al ordenamiento, según se deriva de lo dispuesto en los arts. 2.1 y 11 de la Ley reguladora de este CCG.

Se concluía en el dictamen que ahora comentamos que, así las cosas, la inexistencia de una cobertura legal total, completa y pormenorizada en la Ley de normalización lingüística -que noapuró en toda su extensión la definición de ámbitos, sujetos y obligaciones de contenido mínimo del ámbito que ahora regulado en el proyecto examinado- no permitía, en su totalidad, la materialización de los desarrollos pretendidos por el proyecto de decreto sometido a dictamen, al que, por tanto, pormenorizadamente, se le hacían determinadas observaciones de legalidad.

1.3.- Principios informadores de la legislación en materia de producción de energía eléctrica en régimen especial. La libertad de empresa y la planificación energética.

Se trataba en este caso de un proyecto de decreto que desarrollaba la normativa estatal básica en materia de autorización de producción de energía eléctrica, sobre la base de la competencia de la Comunidad Autónoma en la materia, correspondiéndole, la normativa de desarrollo legislativo y gestión ejecutiva., en los términos previstos en el art. 3.3 de la Ley estatal 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (LSE).

Dicha competencia había sido transferida a la comunidad autónoma por los reales decretos 1634/1980, de 31 de enero y 2563/1982, de 24 de julio, siendo asumidas por el Xunta de Galicia y asignadas a la entonces denominada Consejería de Industria, Energía y Comercio por el Decreto 132/1982, de 4 del noviembre.

Particularmente, el proyecto examinado hacía uso de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Galicia, conforme al art. 27.13 del EAG, en materia de instalaciones de producción, distribución y transporte de energía eléctrica, cuando este transporte no salga del propio territorio y su aprovechamiento no afecte a otra provincia o comunidad autónoma. Ello sin perjuicio de la competencia estatal que viene recogida en el art. 149.1.22 y 25 de la Constitución,

preceptos éstos que habilitan al Gobierno gallego para dictar la normativa oportuna en desarrollo de la propia competencia, con respecto a la legislación básica estatal.

Se precisaba que la competencia autonómica consignada en el art. 3.3, a) de la LSE, antes citado, habilita a la comunidad autónoma no sólo para el desarrollo legislativo y reglamentario de la legislación básica, sino también, y esto es lo relevante, para la gestión administrativa de los servicios correspondientes, con lo que la competencia autonómica abarca la potestad reglamentaria y la función ejecutiva o de gestión administrativa en sentido amplio.

La normativa estatal, dictada en ejercicio de la competencia exclusiva que el art. 149.1.22 y 25 de la Constitución otorga al Estado para regular las bases del régimen energético, está recogida en la vigente Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, modificada por la Ley 17/2007, de 4 de julio, que transpone la Directiva 2003/54/CE, de 26.6.2003, y en el Real decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, a la que se refiere el art. 27.1, b) de la Ley 54/1997, también materia básica, que la clasifica y encuadra en el grupo b.2, comprensivo de dos subgrupos, en los que se incluyen las instalaciones eólicas situadas en tierra (b.2.1) y en el mar territorial (b.2.2).

Viene concernido también en este caso el Real decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorizaciones de energía eléctrica, que recoge disposiciones singulares para las instalaciones de producción energética en régimen especial, cuyas normas son también parcialmente básicas, como se advierte en su disposición final primera respecto de su título VII, regulador de los procedimientos de autorización de las instalaciones de producción, transporte y distribución.

Pues bien, sobre dicha base competencial, el dictamen abordaba la determinación de los principios informadores de la legislación en materia de producción de energía eléctrica en régimen especial.

A este respecto, la producción de energía eólica está sometida opcionalmente a un régimen regulador especial y singular respecto del régimen general de producción de energía eléctrica. Se puede decir a este respecto que las energías renovables son objeto de una singular promoción por el legislador estatal, que les ofrece los beneficios propios de una actividad de fomento, bajo técnicas de promoción, como modalidad de producción energética singularmente incentivada y primada en sus precios de colocación en el mercado, permitiendo así un particular régimen de explotación económico a los titulares de las correspondientes instalaciones de aerogeneradores respecto de las fuentes de energía convencionales

(hidráulica, nuclear, gasista, carbonífera o de hidrocarburos), como así se sugiere y propugna en los acuerdos de Kyoto sobre reducción de la contaminación y en la normativa de la Unión Europea en materia medio ambiental.

Sobre la base de estos presupuestos genéricos inspiradores, el dictamen analizaba las singularidades del régimen regulador de la producción de energía eléctrica a través de dos cuestionamientos principales.

a) Por un lado, la cuestión de la interacción que es dado observar entre el principio de libertad de empresa y las necesarias limitaciones impuestas por la planificación energética.

A este respecto, en primer lugar, el principio de libertad de empresa, consagrado en el art. 38 de la CE, podría hacer entender, a primera vista, que son ajenas a ella cualquier intervención administrativa, en razón a que el legislador estatal las estima como actividades liberalizadas, criterio, no obstante, vinculado necesariamente al postulado complementario de que estamos ante procedimientos reglados los conducentes al otorgamiento de las correspondientes autorizaciones administrativas de instalaciones eléctricas.

Así se manifiesta la jurisprudencia constitucional sobre el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, de ejercicio en todo caso conforme con las exigencias de la economía general y, de ser el caso, de la planificación, para el cual el antedicho art. 38 CE no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa de modo totalmente libre y autónomo, sino tan sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial (STC 83/1984), lo cual significa la aceptación de la introducción en norma jurídica de rango adecuado de modulaciones o modalizaciones al indicado principio, por razones de interés general que la Administración identifica e interpreta, sin afectar para ello a la esencia de dicha libertad, el desarrollo de ella por el empresario promotor sin trabas ni inconvenientes que impidan o dificulten el ejercicio de dicha actividad en libertad.

Pero este principio de libertad empresarial no puede entenderse formulado como un valor absoluto e intangible, debiendo admitirse, cuando menos, su sumisión a los superiores principios de la planificación económica y, en particular, de la planificación energética, que pueden imponer delimitaciones importantes a esa libre iniciativa empresarial, extensibles en particular también a las energías renovables.

En definitiva, se obtiene de todo lo dicho la principal conclusión de que la libre iniciativa empresarial puede quedar delimitada naturalmente por las orientaciones y exigencias generales de la planificación económica y específicas de la planificación energética, que pueden imponer orientaciones socializadoras

(responsabilidad social corporativa, a la que después se hará referencia) a una actividad en principio legalmente liberalizada, particularmente teniendo presente la naturaleza indicativa de la planificación energética.

Y aún más, la configuración de la planificación energética, en lo que se refiere al sistema energético nacional, se encuentra restringida al Estado, pero ello no excluye la posibilidad de una planificación secundaria energética en sede autonómica, en la medida en que las Comunidades Autónomas pueden adoptar sus propios planes energéticos, en particular, los planes de energía de fuentes renovables, observándose en este sentido que casi todas las Comunidades Autónomas han adoptadas medidas planificadoras e interventoras en materia de energías renovables, al amparo de sus competencias estatutarias en materia de fomento y planificación de la actividad económica en su propio territorio: así ha ocurrido, en la Comunidad Autónoma gallega, sobre la base de las previsiones recogidas en el art. 30.I .1 EAG, con la adopción del Plan Sectorial Eólico de Galicia por Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 1 de octubre de 1997, modificado por otro Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 5 de diciembre de 2002, que actualizó los contenidos del Plan y de las áreas en explotación.

b) Un segundo aspecto abordado en las consideraciones generales del dictamen es el referido al rango normativo del que deben venir revestidas las previsiones planificadoras en materia energética.

Y así si bien recuerda la existencia de la formulación constitucional que establece reserva de ley formal para la planificación económica general (art. 131 CE), señala, específicamente, que no ocurre lo mismo con los marcos ordenadores y reguladores de la planificación en ámbitos singulares, para los cuales las comunidades autónomas no están vinculadas a ese mismo principio de reserva legal. De hecho puede incluso apreciarse que en la práctica ni siquiera se formula normalmente la exigencia de revestimiento formal como reglamento (decreto), siendo frecuente la aprobación directa de planes económicos sectoriales directamente por acuerdo del Consejo de Gobierno, de los que únicamente se rinde cuenta en el Parlamento autonómico respectivo.

Por consiguiente, habrá que admitir que las orientaciones, directrices y principios recogidos en planes sectoriales no cuentan, en principio, con su necesaria formulación en norma con rango de ley o de reglamento, pudiendo ser aprobadas por los Consejos de Gobierno con libertad total y sin sujeción a rangos normativos concretos.

Otra cosa distinta y en la que el dictamen hace remarcado énfasis, es que se haya de preconizar el respeto al principio de jerarquía normativa respecto de aquellas determinaciones derivadas directamente de la planificación que puedan

incidir en la esfera jurídica de los particulares (personas físicas o jurídicas), en cuanto sujetos actores, protagonistas en los procesos de producción de energía eléctrica, de la que deriva, por ejemplo, en el ámbito de las autorizaciones administrativas de instalaciones eléctricas, la exigencia legal de su carácter reglado.

Y así, en este particular ámbito, es donde el dictamen formula distintas consideraciones de legalidad respecto a determinados artículos del proyecto, por cuanto vulneran dicho principio. Limitados como estamos por la extensión del presente documento, no podemos entrar a considerar dichas observaciones, si bien para conocerlas se puede acudir directamente al dictamen de referencia CCG 727/07.

1.4.- La intervención administrativa en materia de juegos de azar.

Presenta en buena medida el proyecto de decreto en este caso examinado, parte de la problemática que acaba de ser examinada respecto del proyecto de energía eólica, fundamentalmente en lo que se refiere al régimen de intervención administrativa en el juego y sus colisiones con el principio de libertad de empresa. Se trataba en este caso del proyecto de decreto por el que se aprueba el Reglamento de máquinas recreativas y de azar de la Comunidad Autónoma de Galicia.

El proyecto analizado pretende, como va dicho, la modificación y unificación de la diversa normativa reglamentaria hasta entonces vigente en relación con las máquinas recreativas y de azar. Como justificación de las novedades introducidas en el texto, el informe de la secretaría general de la Consejería, enumera la necesidad de modernización y actualización normativa del sector de las máquinas recreativas y de azar, incorporando las novedades tecnológicas, así como su *“adaptación a los nuevos requerimientos del sector y de la sociedad de las normas anteriores”*.

Como es sabido, la actividad del juego es uno de los ámbitos donde si produce una más intensa intervención administrativa, a través de muy variadas técnicas de incidencia del poder público sobre la situación jurídica de los agentes o actores principales del sector referido. Desde que el Real decreto ley 16/1977, de 25 de febrero, de regulación de aspectos penales, administrativos y fiscales del juego, hubiera introducido un trascendental cambio en la calificación jurídica de la actividad del juego, que pasa de estar afectada por una prohibición general, a una situación de permisibilidad, es una constante la adopción de medidas de control por parte de los poderes públicos, en favor de la salvaguardia y protección de muy variados bienes jurídicos, muchos de ellos residenciables en ámbitos sensibles merecedores de una particular tutela, tales como son los menores o la familia.

Una de las más evidentes y destacables consecuencias de ese régimen intervencionista es la vigencia e imposición de importantes condicionamientos en el

ejercicio de actividades industriales, comerciales, en definitiva empresariales, en el sector del juego, lo que obligación a traer a colación, como cuestionamiento esencial de los límites de la capacidad normativa del poder ejecutivo, la vigencia del principio de libertad de empresa reconocido en la Constitución.

En tal sentido, este CCG ya ha considerado, como antes también vimos, que el art. 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa, dentro de un marco, el de la economía de mercado, que introduce una serie de modulaciones a aquella, igualmente restringida por los principios de productividad y planificación -de ser el caso-, si bien todas estas previsiones inciden en el aspecto económico de la aludida libertad.

El sometimiento del juego a un régimen de intervención, con todo, no obedece tanto a esos criterios económicos, como a las finalidades proteccionistas a las que se ha hecho referencia, y a su normación, como limitación que supone al ejercicio de una libertad -la de empresa- recogida en el capítulo II del título I de la Constitución española, está sujeta a las garantías recogidas en el art. 53.1 del propio texto constitucional. Por lo tanto, el ejercicio de la aludida libertad, sólo se podrá regular por ley, debiendo respetar ésta, en todo caso, su contenido esencial. La existencia de una reserva de ley en la materia implica que el establecimiento de límites en el ejercicio de la libertad, cuando realmente se produzca, requerirá una previa habilitación legal que así lo establezca, tanto más si tenemos en cuenta que la incidencia de la intervención administrativa en la esfera de los particulares se produce por la vía de lo que la doctrina científica llama “*autorizaciones de funcionamiento*”, relativa a actividades llamadas a prolongarse indefinidamente en el tiempo (art. 7.3 de la Ley 14/1985), que hacen surgir una relación permanente entre la Administración y el sujeto autorizado, por la -a su vez- permanente custodia que la Administración debe asumir respecto del interés público en juego, que no puede ser abandonado después de la autorización inicial. Por lo tanto, este tipo de autorizaciones se naturalizan como actos-condición, en los que el administrado se coloca en una situación impersonal y objetiva, definida por las normas que le sean de aplicación. Dado el ámbito de la libertad que modaliza el acto de autorización, la libertad de empresa, tales normas requerirán, cuando incidan directamente en esa libertad, un precepto legal que las habilite, ponderando, en todo caso, las limitaciones inherentes al propio diseño de la libertad de empresa consagrado en la doctrina del Tribunal Constitucional, que define tal libertad a través de su ajuste a las condiciones del mercado en el que éste se desarrolla.

Así, en su sentencia 112/2006, de 6 de abril, el Tribunal Constitucional recuerda su propia doctrina anterior, según la cual, en el art. 38 “*no se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden*”. Como se argumenta igualmente en la misma sentencia “*En el fondo,*

como nos ha recordado la STC 109/2003, de 5 de junio (RTC 2003, 109), F. 15, de lo que se trata con estas resoluciones es de llevar al campo de la libertad de empresa el principio, reconocido siempre en nuestra doctrina, de que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor”.

También el Tribunal Supremo se ha pronunciado en idénticos términos, y así, entre otras, en su sentencia de 30.1.2007, se establece que el ejercicio de la libertad de empresa “*está disciplinado por normas de muy distinto orden, entre ellas las licencias y autorizaciones administrativas, que constituyen una intervención pública en el ejercicio del derecho de los ciudadanos a desarrollar sus actividades empresariales, tolerable siempre que no haga impracticable ese derecho o lo despojen de su contenido esencial*”.

Es en este sentido en lo que debe ser interpretada la referida libertad, y dentro de esas “*normas de muy distinto orden*”, donde tienen cabida buena parte de los preceptos recogidos en el proyecto que se analiza.

Además, tratándose el proyecto en análisis, de una modificación de un régimen de intervención administrativa actualmente en vigor, los sujetos por él afectados, en la medida de su vinculación con la Administración a través de un acto-condición, en los términos ya apuntados, están sometidos a los cambios normativos que experimente el régimen jurídico delimitador del estatus jurídico en el que están integrados, sin perjuicio de la operatividad del principio de confianza legítima consagrado en el art. 3 de la LRJPAC.

1.5.- Aspectos relativos al procedimiento y a la técnica normativa.

Por parte de este CCG se ha insistido, con reiteración, en la necesidad de que los proyectos de disposiciones que si elaboren por parte de la Comunidad Autónoma, se acomoden estrictamente al procedimiento de elaboración de las disposiciones generales. Concretamente, entre otras normas, se hace referencia a los arts. 4, 34.5, 37 y 39 de la Ley reguladora de la Xunta y de su presidente, 1/1983, de 22 de febrero, y los arts. 4, 5.1 y 22 del Reglamento de régimen interior de la Xunta, Decreto 111/1984, de 25 de marzo, y su modificación por el Decreto 57/1994, de 25 de marzo, así como a lo dispuesto en el art. 24, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que fija el procedimiento de elaboración normativa. Todas estas normas, debidamente sistematizadas e interpretadas dieron pie al “Acuerdo interpretativo sobre los trámites formales a seguir en los procedimientos de

elaboración de disposiciones generales”, adoptado por el CCG en su reunión de 27 de diciembre de 2001, que pretendía, con un carácter eminentemente práctico, ser un instrumento guía y de orientación para la Administración, en el procedimiento de elaboración de los reglamentos.

Y lo cierto es que, a día de hoy, con independencia de que tal documento pudiera estar necesitado de la oportuna actualización, puede decirse, sin miedo a caer en la exageración, que los objetivos trazados con ocasión de la elaboración del arriba mencionado documento, se han visto en buena medida fracasados, pues, en general, con honrosas excepciones, sigue siendo muy deficiente el modo en el que los proyectos de reglamentos ven ordinariamente la luz.

De dicha afirmación da prueba el elevado número de expedientes que se devuelven con base en lo previsto en los arts. 48 o 50 del Reglamento de organización y funcionamiento del CCG, bien sea por una defectuosa tramitación, la mayor parte, o bien, en el menor número de supuestos, al resultar incompleta la documentación remitida junto con el proyecto..

Así en el año 2007, de los 52 proyectos de decreto que examinó este Consejo, 16 fueron objeto de devolución por dichas causas.

Con la modesta intención de que se pueda iniciar un camino de enmienda, en este apartado de la memoria nos proponemos hacer un resumen de algunas de las deficiencias detectadas durante el año de 2007, resaltando que muchas de ellas ya habían sido observadas con motivo de la elaboración de la memoria correspondiente al año de 2006, el que por otra parte pone de relieve un hecho poco alentador, ya que la situación lejos de mejorar, con el paso del tiempo, se va haciendo crónica.

- Se ha observado en por lo menos dos proyectos de decretos examinados, que conteniendo **normas afectantes a las competencias de varios departamentos**, no obstante carecen, tal y como se requiere, de una tramitación conjunta.

En uno de los casos, que trataba de un proyecto de decreto que modificaba uno anterior, se daba la circunstancia de que su preámbulo finalizaba con el siguiente apartado: *“En consecuencia, a iniciativa del Consejero de..., y de la Consejera de ... , y a propuesta del Consejero de Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública, previo informe favorable (...) dispongo (...)”*.

Sin embargo, contrariamente a lo manifestado por el texto de manera explícita, el proyecto surgía, de acuerdo con lo tramitado, a exclusiva iniciativa de una consejería, por moción de uno de sus órganos directivos.

En efecto, de la documentación remitida, no constaba ninguna actuación de una de las consejerías afectadas y ni tan siquiera obraban unidas manifestaciones documentadas que hubieran explicitado la asunción de la tramitación y la iniciativa conjunta, por parte de los titulares de dichas consejerías. Igualmente, no existía constancia de intervención alguna de la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, a la que legalmente se le reserva el papel de ser la promotora final del proyecto de norma ante el Consello de la Xunta.

El otro supuesto, se trataba también de una regulación que comprendía diversos ámbitos competenciales en los que estaban implicadas dos consejerías, y sin embargo, el proyecto surgía, también como en el caso anterior, a exclusiva iniciativa de una de dichas consejerías, siendo así que incluso, en la fase de consulta interna correspondiente al procedimiento de elaboración de la norma, el otro departamento aludía explícitamente a la invasión por parte del proyecto de competencias que le eran propias.

EL CCG entendió en este caso que la toma en consideración de tal objeción requeriría para enmendarla, una acción conjunta, *ab initio*, de los dos departamentos de la Xunta, que en todo caso supondría la puesta en común de iniciativas y acciones de impulso, hasta llegar a un texto normativo común, incluso con la posibilidad de creación de órganos de actuación conjuntos y con refrendo de la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia en los términos previstos en el art. 5 del Decreto 111/84, del Reglamento de régimen interior de la Xunta.

En efecto, dicha norma prevé en su apartado 1 que *“Corresponden a los consejeros las atribuciones contempladas en el art. 34 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero y, en consecuencia, es de su competencia elevar al Consello de la Xunta los proyectos de decretos, decretos legislativos y anteproyectos de ley relativos a cuestiones atribuidas a su departamento”*. No obstante, el apartado 2 particulariza las exigencias concretas a las que nos referimos anteriormente, previendo que *“En caso de competencias coincidentes, la propuesta corresponderá a los consejeros interesados, pero el refrendo de la disposición será del consejero de la Presidencia, al que le corresponde también designar las consejerías que deben participar en la elaboración del respectivo proyecto o, de ser el caso, proponer al Consejo la constitución de una Comisión interdepartamental para tales efectos”*.

De la lectura de estos preceptos se colige que dicha intervención de la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia no está constreñida a la participación formularia en el procedimiento normativo en un trámite ulterior, con carácter previo a la aprobación del texto normativo por parte del Consello de la Xunta, sino que, por razones de eficacia administrativa, dicho departamento administrativo debe tener conocimiento del proyecto -que, en definitiva, va a proponer y, consiguientemente, asumir- en un momento procedimental anterior, en

el que sea posible el ejercicio efectivo de las atribuciones que en aquel precepto le son encomendadas, y en todo caso, la toma de razón de la iniciativa reglamentaria ajena.

En esta línea de argumentación, no se puede perder de vista también que, conforme el Decreto 37/2007, de 15 de marzo, que establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, corresponde a este departamento autonómico el apoyo y la asistencia a la Presidencia de la Xunta de Galicia, y que, de conformidad con el art. 5 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, reguladora de la Xunta y de su Presidencia, la Xunta se reúne en Consejo que someterá su funcionamiento, entre otros, al principio de coordinación, disponiendo el art. 10 del mismo texto legal que sea el presidente de la Xunta quien dirige y coordina la acción de la Xunta o Gobierno.

Pues bien, retomando el supuesto en este caso examinado, el dictamen del CCG resaltaba que el reparo formulado por el departamento auditado en fase de elaboración, venía a suponer un conflicto larvado, no formalizado, de competencias entre las dos consejerías, o, cuando menos, la manifestación de una controversia competencial que debía haber sido dilucidada a lo largo del expediente, antes de llegar al trámite de dictamen en el que el proyecto se encontraba.

Por lo tanto, se concluía que en el señalado estado de cosas, y en definitiva, presentándose tan abierta divergencia entre dos departamentos de la Xunta, en razón de sus respectivas competencias, el proyecto no estaba en condiciones de someterse a la aprobación del Consello de la Xunta, en trámite que habría de seguir al del dictamen solicitado.

- Este CCG ya ha advertido en reiteradas ocasiones -tanto a través de sus dictámenes como de sus memorias- sobre la **necesidad de realizar en el expediente una identificación clara del texto del proyecto definitivo sometido al conocimiento de este organismo**, que evite cualquier duda sobre la declaración de propuesta normativa emitida formulada por la Administración competente y permita la fácil localización del proyecto en cuestión.

En ocasiones el expediente remitido para dictamen carece de un índice numerado de documentos -incumpliendo la exigencia del art. 48.1 del Reglamento del CCG, aprobado por Decreto 282/2003, de 22 de mayo- lo que dificulta sensiblemente la identificación del texto definitivo del proyecto de decreto al obrar en el expediente dos versiones de la norma, que, sin firma ni documento principal que las identifique como anexos, permita determinar si alguno de ellos es el texto definitivo. La única mención aparente para distinguir uno y otro texto es, en muchos casos, la de la fecha de éstas indicada en los márgenes de los documentos, referencia esta que, sino es errónea, permite apreciar, como así resulta también del contraste de

su contenido, cuál es el texto posterior, pero no así en cambio, si éste es el definitivo.

A las razones más obvias de la exigencia de una inequívoca identificación del proyecto (el texto sometido a dictamen debe ser el último por recoger el proyecto normativo definitivo), se une a la fatal trascendencia que algún error u omisión puede llevar aparejada respecto de la validez del texto normativo en su día aprobado.

Conviene recordar que a este respecto, el Tribunal Supremo ha establecido una reiterada doctrina en relación con la variación de los textos normativos aprobados respecto de sus proyectos anteriormente enviados al Consejo de Estado u órganos consultivos equivalentes de las Comunidades Autónomas, de la que se hace aplicación en su reciente sentencia de 28.3.2007. En la citada resolución puede leerse que *“en esta Sala en reiteradísimas ocasiones, se ha pronunciado en relación con dictamen del Consejo de Estado como trámite de procedimiento de elaboración de normas, según lo establecido en los arts. 24.2 de la Ley del Gobierno 50/97 y 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (por todas sentencias de 31 de Enero de 2.001 (Rec.507/98) señalando que, cuando se regulan materias a las que en absoluto se refiere el proyecto de reglamento sometido a informe del Consejo de Estado, concurre, respecto a la regulación que de aquella se haga, motivo de nulidad, que no concurriría si la redacción definitiva difiere de la contenida en el Proyecto remitido para informe a los organismos consultados en cuestiones que no impliquen innovaciones sustanciales ajenas a los términos de las respectivas consultas”*.

- Al margen del supuesto en el que el **trámite de consulta en la elaboración de disposiciones de carácter general** se soslaya en toda su amplitud -deficiencia ésta que ya había sido observada en numerosos dictámenes y en anteriores memorias de actividades- hay que decir que, muchas veces esta fase se presenta materializada a través de un trámite exclusivamente gubernamentalizado, es decir, que se agota en la consulta del proyecto realizada a órganos de la propia Administración, sin dar por lo tanto audiencia a entidades o asociaciones representativas de intereses afectados, externas a ésta, lo que, evidentemente, no cubre las mínimas necesidades de la publicación y origina, dado el carácter esencialísimo de este trámite, la devolución del expediente por parte de este órgano consultivo, para que dicho trámite sea practicado en la debida forma.

Conviene señalar sobre el particular, que la viabilidad o factibilidad de las normas, su impacto en el campo social al que son destinadas, su ejecución en definitiva, dependen en gran medida de la información, participación y aceptación de los destinatarios que pueden presentar eventuales reacciones de rechazo que hubieran debido haberse detectado de antemano en esta fase del procedimiento para

evitar, en el posible, dosis o déficit de cumplimiento de las normas en el futuro, y conseguir una ejecución real y efectiva.

Desde el punto de vista de la transparencia, la fase de audiencia en la elaboración de disposiciones de carácter general, juega a modo de criterio de calidad y excelencia del obrar de los poderes públicos e instrumento para que los ciudadanos y la sociedad civil puedan hacer efectivo su derecho a “*conocer la actividad de la Administración*” favoreciendo “*el control de la legalidad y oportunidad de las decisiones administrativas*” y facilitando que “*la sociedad asuma un papel activo en la vida administrativa*”, tal y como reza la exposición de motivos de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega.

En efecto, el texto legal citado considera que una opinión pública informada contribuye a definir y realizar acciones públicas respetuosas con el interés general (exposición de motivos) y por ello, en su art. 2, se establecen una serie de principios generales de actuación del poder público autonómico, encaminados a potenciar aquel designio.

En determinados casos la consulta a órganos colegiados representativos de intereses de los particulares, atendiendo a la composición y representatividad del órgano, o a la propia naturaleza de la norma proyectada (reglamento puramente organizativo) puede salvar formalmente la exteriorización del proyecto, pero en muchos otros casos es preciso apurar hasta las últimas garantías y en su más alto grado de eficiencia, las exigencias de la transparencia en la gestión pública, y los referidos principios recogidos en el art. 2 de la Ley 4/2006, antes referida, a la hora de proporcionar y difundir información constante, veraz, objetiva y clara sobre la actuación del sector público autonómico; potenciar su accesibilidad y receptividad con objeto de facilitar el conocimiento por parte de la ciudadanía de las informaciones y gestiones que resulten de su interés; fomentar y favorecer la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y en el diseño y mejora de los servicios públicos; y mantener un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y con la sociedad civil.

Una cosa es que la sociedad civil, a través de sus manifestaciones organizadas, forme criterio autónomamente y alegue en el proceso de elaboración de la norma, y otra es la expresión, relevantemente más limitada, de su opinión en órganos administrativos en los que se integran algunos de sus miembros o representantes. Entre ambas situaciones no cabe afirmar identidad, ya que falta la “*autonomía decisional*” inherente al reconocimiento, por el ordenamiento, de la prístina capacidad en aquellas organizaciones sociales de formar, en su fuero interno, la opinión social acerca de cuestiones que les conciernen y sobre las que

decide una institución vicarial cual es la Administración. El carácter vicarial o servicial de ésta, respecto de la sociedad, y la autonomía decisional,

Ni que decir tiene que, al margen de los principios que derivan de la Ley de transparencia la propia legislación general sobre procedimiento y la jurisprudencia del Tribunal Supremo avala la rigurosidad en la exigencia del arriba mencionado trámite. De entre esta última y entre otras muchas, se puede citar la sentencia de 12 de febrero de 2002 que analiza la correcta interpretación de este artículo cuando dice que: *“Es incuestionable la obligación legal de oír en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales y una vez elaborado el texto de la disposición, es decir, el proyecto de norma reglamentaria, a los ciudadanos cuyos derechos e intereses legítimos resulten afectados por la norma de que se trate”*.

- Relacionado con la problemática que se acaba de describir, y aludiendo también, por lo tanto, a la fase de publicación -en el sentido más amplio- de los proyectos reglamentarios, conviene hacer una precisión en torno a la utilización de la **página web** de la respectiva consejería, como medio de hacer efectiva aquella, pues se han presentado distintos expedientes en los que se suscita tal cuestión.

En tal sentido hay que decir que la obligatoriedad de publicación de los proyectos en la página web viene determinada por la prescripción contenida en el art. 9 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas, ya citada, pero al respecto debe advertirse expresamente que la publicación en la página web no sustituye en este caso al trámite de audiencia pública pues es preceptivo de acuerdo con lo previsto en la Ley del Gobierno y en la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Así lo establece la propia Ley de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega en su art. 9.3.: *“Lo previsto en este artículo no sustituye al trámite de audiencia pública, en los supuestos en que sea preceptivo de acuerdo con la normativa de aplicación”*.

- Asimismo en relación con la participación ciudadana en el proceso de elaboración de las normas reglamentarias, hay que traer aquí a colación, al ser éste un aspecto tratado cuando menos en dos de los dictámenes emitidos en el año 2007, la normativa contemplada en la ley estatal art. 18 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de **participación pública** y de acceso a la justicia en **materia de medio ambiente**, dictada para transponer la Directiva comunitaria 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero del 2003, que dispone que *“Las Administraciones Públicas asegurarán que se observen las garantías en materia de participación establecidas en el artículo 16 de esta ley en relación con la elaboración, modificación y revisión de las disposiciones de carácter general que versen sobre las materias siguientes: (...) f) Conservación de la naturaleza, diversidad biológica (...)”*. El citado art. 16

propugna una participación real y efectiva del público en la elaboración, modificación y revisión, entre otros, de las disposiciones de carácter general relacionadas con el medio ambiente, mediante avisos públicos u otros medios adecuados, como los electrónicos, tiendo luego el público derecho a expresar sus observaciones y opiniones antes de que las autoridades adopten una decisión al respecto.

En los dos proyectos concernidos por dicha normativa, la participación ciudadana no fue tenida en cuenta a lo largo del procedimiento de elaboración de la norma analizada. A este respecto, se razonaba por este órgano, que, aun en el hipotético caso de que la materia regulada hubiera podido estimarse excluida del ámbito de la disposición citada, el hecho merecería, cuando menos, de una mínima justificación al respecto, en forma de análisis jurídico que, no obstante, no se había realizado en los expedientes de referencia.

Partiendo de que el procedimiento de creación de normas se concibe como un *iter* reflexivo, que, de acuerdo con sus sucesivas fases temporales, debe incorporar todos los elementos que inciden en la materia objeto de la norma proyectada, el dictamen estimaba, por lo tanto, que el procedimiento no estaba completo, y en ese sentido procedía la devolución del expediente, para que fuese considerada y valorada convenientemente la posibilidad de incorporar al contenido del proyecto, entre otros aspectos de los que carecía, la participación pública bajo los condicionamientos que determina la norma de referencia.

- Consecuencia normalmente del trámite de consulta, al que venimos de referirnos, resultan a lo largo de la tramitación observaciones al tenor del borrador del proyecto que, posteriormente y en el propio expediente, **no son adecuadamente analizadas desde un punto de vista crítico**, siendo así que debieran haber merecido la oportuna consideración y análisis por el centro directivo promotor de la disposición en trámite y, en última instancia, en el informe de la Secretaría General de la consejería correspondiente.

- A veces, los expedientes remitidos carecen de una **motivación de la urgencia** con la que se solicita la emisión del dictamen de este organismo, requisito éste de la motivación que exige el art. 18.2 de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, del CCG, al señalar como *“Cuando en la orden de remisión del expediente se hubiera hecho constar motivadamente la urgencia del dictamen, el plazo será de quince días, salvo que el presidente de la Xunta, atendiendo a la materia y urgencia del asunto, fijarse otro menor, que nunca será inferior a diez días”*.

Dicho aspecto ya había sido tratado con mayor amplitud en la memoria correspondiente al año 2006, páginas 68 y 69, a la que nos remitimos.

- Falta del **informe de la Asesoría Jurídica General**, tal y como exige el art. 8 del Reglamento de régimen interior del Xunta de Galicia, aprobado por el Decreto 111/1984, carencia que viene matizadamente caracterizada por el hecho de que en lugar de la Asesoría Jurídica General el órgano informante es la Asesoría Jurídica de la consejería promotora del proyecto.

Pero, sin duda, el defecto más relevante que se ha observado, aun cumpliéndose el requerimiento legal, es que después del informe de la Asesoría Jurídica General, se produzcan diferentes modificaciones al proyecto, en algunos casos relevantes, que, por lo tanto, no llegan a ser conocidas por dicho órgano, lo que, en definitiva equivale a que no se pueda afirmar con propiedad que el proyecto hubiese sido informado conforme establece la normativa de referencia.

Resulta por ello esencial, que los proyectos reglamentarios sean informados por la Asesoría General de la Xunta de Galicia como trámite inmediatamente previo al informe de la secretaria general de la consejería promotora, informe éste que, como se sabe, culmina el proceso técnico de elaboración de la norma.

- En alguno de los expedientes examinados afectantes a la materia organizativa se ha observado la falta del **informe de la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia**, tal como se exige en el art. 7 del Reglamento de régimen interior del Xunta de Galicia, Decreto 111/1984, de 25 de mayo-, para las normas que regulan un “*procedimiento administrativo o burocrático*”. Dicho informe debe ser emitido por la Inspección General de Servicios, conforme con lo establecido en el art. 8.2 del reglamento citado; referencia ésta que debe entenderse efectuada a la Dirección General de Calidad y Evaluación de Políticas Públicas en la actual estructura de la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, aprobada por Decreto 37/2007, de 15 de marzo.

En uno de los casos examinados, concretamente, el proyecto de decreto que regula la segunda opinión médica en el sistema sanitario público gallego, éste no se limitaba a recoger un procedimiento sanitario circunscrito al ámbito de la propia prestación sanitaria, es decir, el protocolo y condiciones con los que se elabora el informe facultativo que recoge la segunda opinión médica, sino que, además, regulaba un auténtico procedimiento administrativo vinculado a aquella prestación, recogiendo la regulación, sin embargo de modo asistemático, de las distintas fases del procedimiento, solicitud, tramitación y resolución añadiendo como anexo el correspondiente modelo de solicitud. Así las cosas, el informe de la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia tenía concretamente en este caso un indudable valor, al aportar el criterio de un órgano especializado que garante la adaptación de este procedimiento a una actuación administrativa eficaz.

- Como es sabido, el art. 7 del Reglamento de régimen interior del Xunta de Galicia (Decreto 111/1984, de 25 de mayo) exige en la elaboración de las disposiciones de carácter general, la elaboración de un **informe por parte de la Secretaría General del departamento correspondiente**. Pues bien, se viene observando, en no pocos de los casos examinados, que dicho informe se limita por todo contenido a describir el marco normativo en el que se integra el proyecto reglamentario, así como los pasos seguidos en su tramitación.

En este sentido, y considerando la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 15 de marzo de 2001, conforme con la cual lo importante en este tipo de informes es el que *"en él se razone, explique, justifique o motive"*, es estrictamente necesario que dicho informe realice un análisis crítico y razonado de las distintas observaciones y sugerencias formuladas en los informes recabados en el procedimiento de elaboración de la norma, o, en otros casos, de las alegaciones presentadas por los directamente afectados por la norma.

El informe indicado, como decimos, es preceptivo en los proyectos de disposiciones de carácter general, sea cual sea su rango normativo, y tiene carácter esencial, determinando su ausencia la nulidad del reglamento según reiterada jurisprudencia, así, sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1999 y 10 de abril de 2000, de ahí la necesidad estricta de cumplimentar dicho trámite en la forma descrita.

- Falta de constancia en los expedientes del **informe sobre el impacto por razón de género** exigido por la normativa vigente. Así, el art. 24 de la Ley 50/1997, que regula el procedimiento para la elaboración de las legislaciones, dispone en su art. 1, b) *"En todo caso, los reglamentos, deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en él mismo"*. En el mismo sentido, el art. 8 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, establece que los reglamentos con repercusión en cuestiones de género elaborados por la Xunta de Galicia, también exigirán, antes de su aprobación, la emisión de un informe sobre su impacto de género elaborado por el Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer. Por último la reciente Ley 2/2007, de 28 de marzo, sobre trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, viene a reforzar asimismo la preceptividad del arriba mencionado informe y particularmente atribuye a la unidad administrativa de igualdad del departamento de la administración autonómica.

- **Informe de función pública tratándose de reglamentos referidos a la materia de personal**. El párrafo tercero del art. 8.2 del Reglamento de régimen interior del Xunta de Galicia, según la redacción data a éste por el Decreto 57/1994, de 25 de marzo, exige la emisión de un informe por la Dirección General de la

Función Pública en el curso de la elaboración de proyectos de disposiciones de carácter general, cuando éstos afecten a “*materia de régimen de personal*”.

Los amplios términos en los que se recoge la intervención de la Dirección General de la Función Pública en el citado artículo, conduce a la conclusión de que la intervención del citado centro directivo es preceptiva en la tramitación de disposiciones generales que afecten a la materia de régimen de personal, también en el caso del personal al servicio de la Administración sanitaria -pues tal era el sector de actividad administrativa al que iba refería la observación realizada en su día por el dictamen del CCG- por más que esa intervención, en su caso, se pueda limitar a la declaración de que, por tratarse de materias que regulen cuestiones ajenas al ámbito competencial de la “*función pública*”, entendida ésta en sentido estricto y no amplio, no sea procedente realizar un informe sobre las cuestiones de fondo suscitadas por la disposición general en cuestión.

En estos casos, este órgano consultivo entiende que es necesario retrotraer las actuaciones para el traslado de éstas a la Dirección General de la Función Pública, con el fin de que por este centro directivo se pueda realizar un pronunciamiento en los términos expuestos.

- Se viene detectando, en la mayoría de los proyectos dictaminados y por lo tanto con excesiva frecuencia, que la tramitaciones de éstos no se ha ultimado con la preceptiva **aprobación del proyecto realizada por el/a titular de la consejería** actuante, a modo de trámite que remate el cauce formal previo a la remisión del texto para la aprobación por el Consello de la Xunta. acto que, como se viene reiterando, más allá de un formalismo enervante e injustificado, adquiere precisa relevancia jurídica desde el instante en el que constituye la manifestación formalizada de la expresa asunción de la responsabilidad de la autoría de la propuesta por el titular del órgano administrativo y político promotor de ésta e impulsor de su tramitación, sin perjuicio de que tal acto también expresa la culminación de un procedimiento administrativo diferenciado y específico, el de elaboración de disposiciones reglamentarias.

Dicho requisito es necesario al ser éstos los órganos que -de conformidad con lo dispuesto en los arts. 34.5 de la Ley de la Xunta y de su presidente, y 5.1 del Reglamento de régimen interior de la Xunta de Galicia- ostentan y deben ejercer la competencia para la formulación de la propuesta del proyecto de decreto, ante el órgano competente para su aprobación.

- La parte introductoria o **preámbulo de las normas** tiene objetivos y funciones múltiples, y debe orientarse, en contraposición con su parte dispositiva, a manifestar el contenido de sus disposiciones, ayudando a sus destinatarios en el conocimiento de éstas, los elementos que motivan su nacimiento, los fundamentos

jurídicos en qué se fundamentan y los objetivos o finalidades normativas que tratan de cumplir, basándose en unos hechos o situaciones concretas que exigen una respuesta por parte de los operadores jurídicos.

En definitiva, los preámbulos tienen una muy importante función que cumplir en el concerniente a la motivación y explicación del contenido de la norma.

Y dicha consideración obedece a que se observa que en muchas ocasiones los preámbulos no resultan suficientemente expresivos en lo que respecta al fundamento y habilitación jurídicas de las que se sirve la norma proyectada para introducirse en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma, lo que requeriría un relato pormenorizado de las bases legales en las que se apoya la iniciativa. Otras veces también, a duras penas cumple su función en lo que respecta a la justificación general que motiva la aparición de la norma.

Se requeriría, por tanto, en estos casos, que el preámbulo alcanzase un mayor grado de complitud, al resultar esencial para comprender la irrupción de la norma en el ordenamiento jurídico.

- También, en el preámbulo de algunos proyectos, concretamente en su último apartado, se echa en falta la exacta **fórmula legal de incorporación del parecer de este CCG** por cuanto, como señala la ley reguladora en su art. 3.3 de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, *“las disposiciones y resoluciones sobre asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo de Galicia cuando sea preceptiva su intervención en ellas, si se tomasen de acuerdo con su dictamen, se expresarán con la fórmula ‘... de acuerdo con el dictamen del Consejo Consultivo de Galicia’, y si no se tomasen de acuerdo con el dictamen de aquel, con la de ‘... oído el Consejo Consultivo de Galicia’”*.

- Los **títulos de los proyectos reglamentarios**, deben ser lo suficientemente expresivos sobre el contenido de la norma a los que van referidos, de modo que sus destinatarios puedan, con su simple lectura, informarse de manera elemental del ámbito al que se refiere la regulación concernida. No siempre se cumple esta regla, por lo que en estos casos el CCG apunta la conveniencia de ajustar el enunciado a la realidad objeto de regulación.

- Se advierten asimismo supuestos en los que el proyecto no se limitaba a regular materias comprendidas dentro de la habilitación contenida en la ley objeto de desarrollo. En definitiva se trataba de **reglamentos que excedían en su regulación la habilitación conferida por la ley**. Incluso se daba el caso de que la habilitación legal que el propio proyecto predicaba, como sustento de la regulación proyectada, no era de por sí suficiente para abordar la regulación de algunos aspectos

observados, pues la determinación de éstos correspondía a un ámbito y título competencial diferentes.

- Se ha manifestado por este CCG que el decreto, en cumplimiento estricto del mandato de la ley que desarrolla, está llamado a abordar, en sus aspectos esenciales y en su práctica totalidad los contenidos de la ley. En este sentido puede decirse también que el **papel básico que el reglamento tiene asignado es el de "continuar con propio contenido el designio ordenador de la ley"** (STS 3.2.1992), o, dicho en otros términos, igualmente expresivos del mismo concepto, servir de "complemento indispensable" a la ley que desarrolla, criterio técnico que opera a modo de control de la legalidad. De la norma de desarrollo cabe esperar, pues, que lleve a cabo dicho complemento (precisión o desarrollo que perfile razonablemente la ley que desarrolla, en palabras de la STC 61/93, citada), sin que quepa por lo tanto la remisión a posteriores normas reglamentarias.

Teniendo en cuenta pues la fase de completitud normativa en el que el reglamento se mueve, en lo afectante a la materia de que se trate, ello determina que en su texto deban integrarse aquellos elementos y partes esenciales para su aplicabilidad y eficacia inmediata, eficacia que no puede quedar supeditada, por falta de un desarrollo suficiente, a una norma reglamentaria posterior.

Como ya ha indicado este CCG en distintos dictámenes (CCG 182/98 o CCG 508/05, entre otros), este criterio, del complemento indispensable, desde el lado negativo, determina que al reglamento le está vedado contravenir o restringir los criterios legalmente normados, o desbordar los propios límites de la potestad reglamentaria, en cuanto a las materias que son objeto de reserva de ley, o ya normadas por ésta.

El propio principio, desde el lado positivo, exige al reglamento ejecutivo incluir normas de organización y procedimiento, respetando el contenido normativo sustancial de la ley que desarrolla, precisar los preceptos de ésta en el que tengan cierta vaguedad, y explicitar las reglas enunciadas en la ley sólo a nivel de principios.

Continúan no obstante a observarse múltiples carencias en este aspecto en los proyectos examinados, pues en ocasiones, éstos no agotan toda la regulación posible en determinada materia, por cuanto la mayoría de las veces remiten a una norma de carácter subordinado al propio reglamento, incumpliendo así el designio expreso de la ley que desarrollan.

- Es frecuente observar cómo, recogándose en los proyectos **diferentes materias** dentro del mismo texto, la regulación de éstos no guarda la debida separación y sistemática, mezclándose, sin criterio ordenador aparente, preceptos

referentes a las distintas materias reguladas. Dicha situación provoca evidentes problemas de comprensión de la norma, que, sin llegar a constituir vicio de legalidad, tienen, sin embargo, una negativa repercusión en su aplicación.

Por esa razón, en estos casos este CCG ha insistido en la necesidad de abordar un nuevo diseño de la estructura de la norma, de modo que ésta fuera más comprensible para sus destinatarios, y para la propia Administración que debía aplicarla.

- Relacionado con el tema abordado en un anterior apartado, se apreció que por algunos proyectos reglamentarios se atribuyen determinados **cometidos a los ayuntamientos sin que conste que éstos hubieran sido consultados a lo largo del proceso de elaboración**, sobre el contenido y viabilidad de tales cometidos, a través de sus órganos de representación habituales.

Pues bien el CCG ha establecido en estos casos que dicha fase de consulta resulta imprescindible en lo concerniente a garantizar la autonomía local, con ocasión de la tramitación de disposiciones por parte de la Comunidad Autónoma, que de otra forma quedaría cuestionada con la encomienda que el proyecto realiza a los municipios, dado que la realiza sin consultarlos previamente.

El art. 8 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, establece que las competencias de las entidades locales son propias o atribuidas por delegación, después de la aceptación de la entidad correspondiente, estableciendo a continuación que las propias sólo podrán ser atribuidas por ley y se ejercerán en régimen de autonomía.

Aparte de las competencias propias, cualquier fórmula de realización de servicios propios de la Comunidad Autónoma, por parte de las corporaciones locales -como son los supuestos a los que nos referimos- requiere la aceptación previa por parte de éstas. La citada ley, concibe, en general, cualquier fórmula de colaboración entre las entidades locales gallegas y la Xunta de Galicia, aparte de las que vienen establecidas previamente por las leyes, bajo el presupuesto de la voluntariedad (art. 194).

En definitiva, la consulta a los órganos representativos de las corporaciones locales se hace imprescindible en estos casos, para que éstas tengan la oportunidad de exponer su parecer sobre las disposiciones del proyecto de las que son destinatarias directas, en la medida en la que les imponen determinadas actuaciones en relación con los procedimientos regulados en el proyecto.

- Se detecta en algunos proyectos reglamentarios **que existen artículos que carecen de contenido normativo propio**. Así con frecuencia nos encontramos con

previsiones, supuestamente normativas y que no obstante son puramente declamatorias y carentes de significado jurídico positivo como tales mandatos normativos. En estos casos se observa por este órgano la necesidad de evitar tales redacciones, articulando alternativamente un texto acomodado al que corresponde con un contenido de carácter propiamente preceptivo.

- En las normas de carácter organizativo no resulta infrecuente la previsión de **creación de órganos administrativos**, sin que, paralelamente, conste **determinación alguna en cuanto a su adscripción o dependencia de otro órgano de carácter jerárquicamente superior**.

A falta de concreción del criterio, orgánico o funcional, de adscripción, dota de incertidumbre a las referidas previsiones reglamentarias, al no existir una regla definida que permita determinar cuál es el departamento o consejería competente en cada caso.

Consecuencia inmediata de tal incorrecta forma de proceder es que la seguridad jurídica, exigible a toda disposición normativa, se resiente sensiblemente. Ello impone la necesidad de regular, en todo caso, la adscripción de los órganos que se creen y la fijación del criterio a seguir a tal efecto, ya se emplee el subjetivo u orgánico, o el objetivo o funcional.

- Respecto de las disposiciones que previenen la entrada en vigor del decreto de que se trate, al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Galicia, resulta conveniente recordar la recomendación realizada por este CCG en distintos dictámenes, entre otros el CCG 109/99, conforme con la cual la supresión del período de *vacatio legis* prevista en el art. 2.1 del Código Civil -que, como se sabe, constituye un mecanismo que asegura el conocimiento, y por lo tanto la observancia de la norma, así como el nacimiento del cauce coactivo por parte de la Administración- exige razones justificadas de perentoriedad, sin que en muchas ocasiones se lleguen a manifestar éstas en los textos.

2.- ACTOS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

2.1.- Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

2.1.1.- La teoría del daño desproporcionado y la regla “res ipsa loquitur”.

Este concepto fue objeto de tratamiento en varios expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria analizados por el CCG. Tal concepto se predica respecto de los supuestos en los que el resultado provocado por la práctica asistencial es dañoso y a la vez incompatible o no razonablemente compatible con las consecuencias de una terapéutica normal.

En definitiva, el rasgo más destacable del daño desproporcionado es su clara desviación de los parámetros de normalidad. No se trata, pues, de una simple presunción, sino de una técnica de razonamiento jurídico, según la cual la experiencia común, a la vista de las circunstancias concretas del caso, revela que en el curso ordinario de las cosas, ciertos “*accidentes*” no pueden ocurrir sino por una quiebra de la *lex artis*.

Como ya ha señalado este órgano consultivo (entre otros, el CCG 809/03), este tipo de resultados, de carácter desproporcionado atendiendo a la situación clínica previa, sólo se producen como consecuencia de una conducta poco diligente o contraria a la praxis médica, por lo que aun en este caso no existiese una prueba directa de un mal funcionamiento de los servicios sanitarios sí que sería posible deducir este aplicando la regla *res ipsa loquitur*, (la cosa habla por sí misma) y la regla de la apariencia de prueba, utilizadas por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, así STS de 9 de diciembre de 1998 y de 29 de junio de 1999. Señala así esta última sentencia que “*el daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor corresponde a la regla ‘res ipsa loquitur’ que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, tratada profusamente por la doctrina angloamericana, a la regla del ‘anscheinsbeweis’ (apariencia de prueba) y, asimismo, a la doctrina francesa de la ‘faute virtuelle’; lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o acción que corresponda a la esfera propia de la víctima*”.

Otra sentencia del TS de 6 de diciembre de 1996 apunta la “*una presunción desfavorable que puede generar un mal resultado cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del sentido común, revele indicativamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización*”.

Por su parte la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003 aplica esta doctrina cuando habla de que “*el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla ‘res ipsa loquitur’ (...) que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que prueba cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción*”.

En suma, en los supuestos de daño desproporcionado, la Administración estaría obligada, por aplicación de la doctrina de la distribución dinámica de la prueba (actual art. 217 de la Ley de enjuiciamiento civil) a acreditar cumplidamente las circunstancias finales que generan el daño a partir de una situación médica relativamente sencilla. Tal daño desproporcionado resultaría excluido, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial concurrente, en el caso de presencia de un riesgo típico, pero, aún en presencia de éste sería preciso acreditar el cumplimiento de la *lex artis* correcta.

Por lo demás, la técnica del daño desproporcionado o culpa virtual, y del principio *res ipsa loquitur* viene reconocida en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras las de 2.2.1993, 2.12.1996, 18.2.1997, 19.2.1998, 9.6.1998, 8.9.1998, y finalmente 12.12.1998.

2.1.2.- Pruebas diagnósticas realizadas por servicio externalizado. Responsabilidad de la Administración sanitaria.

El epígrafe de referencia se refiere a un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria presentado en el que se produce un error de diagnóstico al que se llega en base a pruebas llevadas a cabo a través de un servicio externalizado, concretamente, en un laboratorio privado.

Refería, a este respecto, la reclamante en su escrito que, determinado día, en una consulta de un complejo hospitalario público le comunicaron que según el informe recibido el día anterior de un laboratorio privado, el hijo que esperaba padecía una grave dolencia, concretamente, un síndrome de Edwards. La interesada dice que en la propia consulta del hospital le aconsejaron la interrupción del embarazo sin esperar a la confirmación de los análisis.

Días después de abortar, en el propio hospital público, le comunicaron que se había recibido un nuevo informe del laboratorio que analizó la muestra, que determinaba que el feto no era un niño afectado por el síndrome de Edwards, sino una niña perfectamente sana.

La reclamante responsabiliza de la pérdida de su hija y de la situación depresiva que padece a la sanidad pública y ésta, reconociendo el daño producido a la interesada, desestima no obstante la reclamación al considerar que el daño solamente se puede atribuir al error cometido en el laboratorio privado y no al Sergas, que actuó en función de los resultados proporcionados por un laboratorio debidamente autorizado y acreditado según la norma UNE EN-ESO9001:2000. Considera finalmente la propuesta que no se puede establecer una relación de causalidad única, directa e inequívoca entre la actuación del servicio público y el daño efectivamente producido, sino que el perjuicio debe ser atribuido, en exclusiva,

al laboratorio quien, a raíz de este lamentable hecho, incluso ha modificado su sistema de trabajo.

EL CCG, en su dictamen, no compartía, sin embargo, ni el razonamiento ni el sentido final de la propuesta, al señalar que era cierto que el error había sido debido a la actuación del laboratorio que realizó el análisis y no a un servicio o centro del Servicio Gallego de Salud; pero se consideraba que este dato no podía exonerar de responsabilidad al Sergas, pues otra conclusión subvertiría el régimen propio de la responsabilidad administrativa y las bases esenciales del servicio público nacional de salud, tal y como se encuentra configurado por la Ley general de sanidad 14/1986, de 25 de abril, la Ley 16/2003, de 22 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud y la Ley de Galicia 7/2003, de 9 de diciembre, sobre ordenación sanitaria de Galicia.

En efecto, se decía, que fuese cual fuese la naturaleza de la relación jurídica que había mediado entre el Servicio Gallego de Salud y el laboratorio privado -ya que no constaban datos al respecto en el expediente- lo cierto era que el análisis se hizo para y a cargo del Sergas, como parte del proceso asistencial al que tenía derecho la paciente, y, además, en el marco de una actividad prestacional inequívoca y exclusivamente pública, asumida en forma indeclinable por la Administración sanitaria.

Por otra parte, se razonaba, que al Sergas le compete, y lo asumió efectivamente en este caso, la dirección y gestión del proceso asistencial de la paciente, función que efectivamente ejerció y que no podía verse interrumpida por la circunstancial externalización de la realización de concretas técnicas médicas en centros especializados ajenos a la organización pública.

En efecto, a la paciente, en consecuencia, le resultaba indiferente la relación jurídica que mediaba entre el Sergas y la entidad privada; por tanto, y dado que era al servicio público de salud al que le correspondía la realización del análisis es también a éste al que le correspondía, en última instancia, la responsabilidad de las eventuales consecuencias de aquellos actos médicos, fuesen prestados por personal del sistema público de salud o por terceros por a cargo de aquel.

En este punto, y partiendo del derecho de los pacientes a una asistencia sanitaria de calidad en los términos recogidos en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud, y en la Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de ordenación sanitaria de Galicia, se destacaban las previsiones recogidas en esta última norma respecto de la compra de servicios sanitarios al disponer el art. 39.5 que *“la compra de servicios se desarrollará bajo el principio de equidad y asegurará que los ciudadanos reciban una atención sanitaria continuada, eficiente, segura, con un nivel óptimo de calidad...”*, significando el

siguiente art. 40.3 que el Sergas “*garante la calidad de los servicios prestados...*” en régimen de externalización, garantía que no puede significar sino la indeclinable asunción de responsabilidad por las actuaciones que se practiquen, conforme al régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas

De esta forma se concluía que la asistencia prestada no se había ajustado a los estándares de calidad al haberse producido un lamentable error con el diagnóstico al feto de una enfermedad que no padecía, diagnóstico éste que, cuando menos, influyó en la decisión de la madre de someterse a una intervención de interrupción voluntaria de su embarazo.

Así las cosas, y sin perjuicio de la apuntada posibilidad de que el Sergas hubiera repercutido, con un fin de resarcimiento, contra el centro que había realizado el análisis, el juicio del CCG era favorable a la estimación de la reclamación presentada y consiguiente declaración del deber indemnizatorio de la Administración autonómica.

2.1.3.- Daños causados en una instalación carente de licencia y pendiente de legalizar.

El caso analizado por el CCG se refiere a un supuesto en el que, un muro perteneciente a una pista de titularidad municipal se desplomó causando daños en la granja agrícola propiedad de la reclamante. Esta hace responsable a la Administración local del origen y consecuencias del daño, al no cumplir con sus obligaciones de conservación y mantenimiento de la vía.

Por su parte la Administración reconoce la existencia de un nexo causal con apoyo en el informe de la Policía Local que compareció en el lugar de los hechos. Ahora bien, admitiendo esta relación de causalidad, la Administración local imputa no obstante a la actuación de la reclamante el haber colaborado en la producción del daño en la medida en que se trataba de una construcción ilegal que no contaba con licencia municipal de construcción. Efectivamente, así constaba en el expediente remitido que en el momento de ocurrir el accidente, la reclamante tenía en tramitación un procedimiento para la legalización de esta explotación agropecuaria de acuerdo con lo establecido en la Circular 1/2003, de 31 de julio, sobre explotaciones agrícolas y ganaderas existentes antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

En este sentido, la propuesta de resolución entiende que la legalización de la construcción no se produce de forma automática por efecto de la disposición transitoria de la ley citada, sino que es necesaria la obtención de un título administrativo de reconocimiento de esta situación. Por otro lado, indica que aunque

se produjese tal efecto, este reconocimiento se circunscribiría exclusivamente a los efectos urbanísticos y no prejuzgaría ni condicionaría las potestades que en otro orden puedan tener atribuidas otros órganos administrativos, es decir, del deber de obtener las licencias y autorizaciones exigibles.

Pues bien, admitido que si bien la explotación agropecuaria de la reclamante no tenía en el momento de producirse el daño licencia urbanística ni de apertura, y que en ese momento se estaba tramitando la correspondiente licencia, el CCG consideraba que de tales circunstancias, no podía, sin embargo, deducirse la existencia de culpa de la perjudicada que hubiera motivado la moderación de la indemnización a satisfacer a cargo de la Administración, en la medida en la que, esta circunstancia no había sido la que había favorecido la producción del daño, ni había afectado a sus proporciones, pues era evidente que estas instalaciones serían aprovechadas por la reclamante una vez obtenida su legalización, cuando hubiera terminado el procedimiento iniciado para este fin.

Es decir, el CCG señalaba que los razonamientos del ayuntamiento sólo podrían ser tenidos en consideración en la medida en que se acreditase que las instalaciones no se ajustaban a la legalidad urbanística y, en consecuencia, aquellas en ningún caso hubieran podido ser legalizadas, circunstancia que sí tendría relevancia a la hora de evaluar el daño producido. Por cierto que esta eventualidad debería constar con anterioridad a la producción de los hechos, dado que la construcción se erigió a la vista, ciencia y paciencia del ayuntamiento, con notoria anterioridad al derrumbe de la pista propiedad de éste, y sin que conste incoación de expediente de reposición de la legalidad urbanística.

Por otra parte, la propuesta de resolución no acreditaba incumplimiento material de la normativa, limitándose a aspectos formales y a la no finalización del procedimiento de legalización, todo lo que -según el dictamen- no podía considerarse suficiente para establecer una minoración de la indemnización en este concepto en lo concerniente a la obra civil.

Cuestión distinta era no obstante la relativa a la muerte de los animales que se encontraban en la instalación en el momento del accidente, y por los que también se reclamaba, pues ciertamente en este caso, la falta de licencia que amparase la actividad, sí que debía considerarse una circunstancia relevante, en la medida en que el daño se había producido con ocasión de la realización de una actividad clandestina, lo que determinó la producción del daño en lo concerniente a la muerte de los animales.

2.1.4.- Accidentes causados por la presencia de manchas de gasóleo en la calzada.

Son muchos ya los expedientes de responsabilidad patrimonial examinados por este CCG en los que el daño reclamado se había producido por accidentes de circulación causados por la presencia de sustancias resbaladizas en la calzada. Ello permite en la actualidad disponer de un consolidado cuerpo de doctrina que nos proponemos resumir a continuación.

En efecto, en estos caso el resultado lesivo *per se* no implica necesariamente la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración. A este respecto el Tribunal Supremo elaboró una doctrina que acepta la culpa de terceros y exonerando de responsabilidad a la Administración cuando la formación del obstáculo es imprevisible y no se ha podido acreditar el origen de la mancha de aceite y ni siquiera el momento temporal en que se formó, ya que, de haberse podido constatar que la mancha se había formado con anticipación de días, o después de un importante número de horas, suficientes para detectar y despejar la vía de ese elemento extraño, podría surgir una eventual responsabilidad administrativa.

Sobre esta doctrina abunda el criterio sentado por las sentencias de 24.12.2003 y 9.11.2005, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 2ª, que, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 7.10.1997 y 3.12.2002, residencia la relación causal en el estándar de rendibilidad ofrecido por el servicio público para evitar situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios de las vías públicas.

A los efectos de apreciar la concurrencia de los precedentes presupuestos en los diferentes casos analizados por este CCG, interesa transcribir la doctrina recogida en la sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco, de 21.9.2001, que el Tribunal Supremo valoró como “correcta” en la citada sentencia de 3.12.2002, dictada en unificación de la doctrina, doctrina ésta acogida por este CCG en anteriores dictámenes, citándose por todos el CCG 401/06.

Según el citado Tribunal *“en los supuestos de daños causados a los usuarios del servicio de carreteras por la presencia en la calzada de sustancias oleaginosas derramadas desde vehículos que circulan sobre la misma con anterioridad al siniestro, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración”*.

En la propia sentencia en la que esta doctrina es aceptada como correcta, se valora la carga probatoria derivada del art. 1214 del Código Civil (actualmente derogado y sustituido por el art. 217 de la LEC), entendiendo el Tribunal Supremo que *“es claro que corresponde a la Administración titular del servicio la prueba*

sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, y salvo en el supuesto de hecho notorio le corresponde también a la Administración acreditar aquellas circunstancias de hecho que definen el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos producidos por los mismos”. Partiendo de la aplicación del principio de ‘facilidad probatoria’, consagrado ahora en el art. 217.5 de la Ley de enjuiciamiento civil, el tribunal sentenciador concluye que a la Administración le corresponde acreditar que “con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el producido y, en definitiva, proceder a la limpieza de la vía pública o a la colocación de señales que indicarán la peligrosidad del pavimento”.

Haciendo mención al razonamiento del Tribunal Supremo contenido en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de 3.12.2002, el conocimiento sobre las circunstancias organizativas y de funcionamiento del servicio de vigilancia y de mantenimiento y una vez constatado que éste recorre la carretera con habitualidad, determina que la apreciación de responsabilidad por el simple hecho de la existencia del vertido en la carretera “*excede de lo razonablemente exigible, atendidas las particulares circunstancias del caso*”, por lo que, bajo los presupuestos descritos no se puede concluir que éste hubiera ocurrido como consecuencia del funcionamiento del servicio público autonómico.

En efecto, procediendo el vertido de un hecho de tercero, la única implicación eventual del servicio público en aquella contingencia pasaría, necesariamente, por una hipotética desatención de las obligaciones que a la Administración impone la necesaria protección del principio de confianza que ampara a los usuarios de los vías públicas, y que en este caso se traduciría, esencialmente, en la detección y posterior limpieza de la sustancia resbaladiza que produjo el riesgo para la seguridad de la circulación, no siendo apreciable tal desatención en los supuestos en los que se justifica la existencia de inspecciones periódicas del estado de la vía, y no se evidenció circunstancia alguna de la que se hubiera podido colegir que el vertido se hubiera producido con una antelación tal respecto del momento en el que se materializó el accidente, que hubiera sido razonable exigir a la Administración su previa detección.

Así pues, considerando que, como el propio Tribunal Supremo nos recuerda, “*la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños directamente imputables a conductas o hechos ajenos a su propia organización o actividad administrativa*” (STS de 21.1.2003), es procedente la desestimación de la reclamación tal y como se propugna en la propuesta de resolución remitida con el expediente.

2.1.5.- *Las cargas generales derivadas de la ejecución de obras públicas y su corolario del deber jurídico de soportar el daño.*

Bajo ciertos presupuestos, para declarar el derecho del interesado a ser indemnizado por la Administración no bastaría con la prueba del daño y su acreditada conexión con el funcionamiento del servicio público implicado. Se requiere en estos casos verificar si, pese a existir esta conexión causal, el daño resulta o no indemnizable, atendiendo a la existencia o no de un deber jurídico de soportarlo el daño por parte del sujeto.

Hay que recordar a estos efectos que el art. 141.1 de la LRJPAC señala que *“sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular procedentes de daños que éste no tenga él deber jurídico de soportar”*. Esta categoría, angular dentro del instituto de responsabilidad patrimonial, viene así a excluir de indemnización aquellos daños que se conformen como jurídicamente inexcusables, bien por ser impuestos por la norma, por un contrato, por ser eventualmente aceptadas por la víctima o, incluso, por constituir una carga general de la vida colectiva.

El Consejo de Estado mantuvo que la privación de un acceso necesario, a consecuencia de la ejecución de una obra pública, puede producir una situación que, legítima dentro del marco de la actividad de la Administración Pública para mejorar las infraestructuras públicas, resulte lesiva, directa e inmediatamente, para el particular que sufre efectivos y evaluables perjuicios. A estos efectos, circunscribe la consideración de lesión jurídica indemnizable, la privación total o dificultad extrema de acceso a las propiedades o actividades mercantiles o industriales lindantes (dictámenes núms. 685/93, de 8 de julio de 1993, 1.248/94, de 21 de julio de 1994, 549/96, de 16 de mayo de 1996, y 5.616/97, de 11 de diciembre de 1997). Por lo tanto, considera que cuando la lícita actividad administrativa produjo como resultado una mayor complejidad, que no imposibilidad, en el acceso, no se genera necesariamente la responsabilidad administrativa, pues como ya ha puesto de manifiesto en distintos dictámenes, entre otros, el núm. 52.061, de 13 de octubre de 1988, no constituye lesión indemnizable *“la mayor distancia a una carretera o la menor comodidad de un acceso”*.

Asimismo, la doctrina del Consejo de Estado ha reiterado también que la Administración puede variar, cuando así lo exija el interés general, las características de una obra pública. La situación de contigüidad de un inmueble con una carretera no constituye un derecho, sino un simple interés sin contenido patrimonial y que deriva de la relación general de uso público de las vías. En consecuencia, estima el Consejo de Estado que cualquier alteración de las condiciones de acceso a un inmueble como consecuencia de la ejecución de una obra pública, en tanto no signifique la total privación de acceso, constituye una

carga general que los administrados tienen el deber jurídico de soportar sin que sus consecuencias puedan conferir derecho indemnizatorio alguno.

Por esta razón, en estos casos se estima que las eventuales repercusiones negativas o desfavorables que sobre determinadas expectativas puedan derivarse de la modificación temporal de los accesos o una nueva conformación de las obras públicas, consistentes en pérdida de clientela y diversas molestias, no son resarcibles, por cuanto no se integran bajo el concepto jurídico de lesión indemnizable a los efectos de generar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Se está, en definitiva, ante supuestos ordinarios de ejecución legal de una obra pública que puede producir unos determinados efectos negativos a los particulares, que no son indemnizables pues constituyen limitaciones generales de la propiedad que aquellos tienen el deber jurídico de soportar, al no implicar una pérdida o privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos sino, solamente, condicionamientos inherentes a la naturaleza de la obra pública ejecutada.

2.2.- Revisión de oficio de los actos administrativos.

2.2.1.- Las facultades revisoras de la Administración en relación con el control de la legalidad de los acuerdos de una fundación.

El expediente en este caso analizado suscita un supuesto de revisión de oficio de un acto administrativo, invocándose, por tanto, la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho. Concretamente, se invocan como causas de nulidad las establecidas en las letras y) y f) de la LRJPAC.

Particularmente, la propuesta de resolución que en este caso había sido sometida a dictamen propugnaba la declaración de la nulidad de pleno derecho de la resolución del protectorado de una fundación, por la que el titular de una consejería aprobó la modificación de los estatutos de dicha fundación.

Dadas las fechas en las que se dictó el referido acto, el dictamen adoptaba como parámetro de legalidad a tener en cuenta, la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, en los términos establecidos en su disposición final primera, así como lo dispuesto en la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego, ya entonces derogada por la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego. Igualmente, entre dichos parámetros se consideraba lo dispuesto en el Decreto 248/1992, de 18 de junio, que aprueba el texto del Reglamento de organización y funcionamiento del protectorado de las fundaciones de interés gallego.

Así, atendida la normativa de aplicación, el acto administrativo de referencia constituía como una manifestación de la intervención administrativa en el control de la legalidad de los acuerdos de una fundación, como forma de personificación jurídico-privada, que, en este caso, se integra, no obstante, en el sector público.

Dicho acto, por otra parte, se diferenciaba del propio acuerdo adoptado por el patronato de la fundación, como órgano de gobierno propio de esta persona jurídica, derivando las diferencias entre ambas manifestaciones jurídicas no sólo de la circunstancia de ser actos emanados de fuentes distintas -decisión administrativa una y voluntad fundacional la otra- sino con manifiesta naturaleza jurídica divergente, por cuanto la configuración por ley del poder decisorio de las fundaciones, también las públicas, lleva inherente la necesaria concurrencia de un acto externo de control, el de la aprobación por parte del protectorado. Este último acto se configuraría así como un presupuesto legal de la existencia del acto o decisión del ente fundacional, asimilable, en cierta medida, a otros supuestos en los que la Administración ejerce lo que el Tribunal Supremo (sentencia de 5.12.1992) denomina “*tutela debilitada*”, pudiendo predicarse de esta categoría, como rasgo general, la exigencia de una decisión del poder público con carácter previo a la plena eficacia de un acto de autonormación de una entidad que es ajena a la propia administración actuante.

En este sentido, el Consejo de Estado -en dictamen de 26.4.2001- recuerda que, *prima facie*, las fundaciones son personas jurídico-privadas que disfrutan de autonomía funcional, autonomía que -añadía el dictamen- no padece por el hecho de que la fundación, como es el caso, pertenezca al sector público.

Con todo, la naturaleza de los fines perseguidos -de interés general, como exige el art. 1.1 de la Ley 7/1983- justifica el establecimiento de un régimen de intervención administrativa, confiado principalmente al protectorado, y del que es manifestación fundamental la referida “*tutela debilitada*”, en la búsqueda de la legalidad de la constitución y funcionamiento de los entes de referencia.

Como concreción de la intervención administrativa señalada, el art. 38 del Decreto 248/1992 exige para la modificación de los estatutos de una fundación la “*aprobación del protectorado, que se inscribirá en el Registro*”.

De esta forma, vista la previsión reglamentaria que determina el ámbito de la potestad administrativa actualizada a través de la resolución que se pretendía revisar, el dictamen abordaba el análisis sobre el alcance y significado de la competencia asignada al poder público por la previsión transcrita.

A tales efectos consideraba preciso partir de la delimitación técnica del instrumento de intervención atribuido a la Administración, es decir, la “autorización”.

Atendiendo al grado de intensidad y discrecionalidad en la actuación del poder público, el citado instrumento se localiza en la parte inferior de la escala de graduación de las técnicas de incidencia administrativa en la esfera jurídica de terceros, particularmente por el contraste de la técnica analizada con el procedimiento tipo de actuación de la Administración en este terreno, la autorización administrativa.

En este sentido, aunque alguna doctrina científica considera que las aprobaciones tienen carácter autorizatorio, singularizándose sólo en atención al momento en que tiene lugar la fiscalización, la mayor parte de los autores apuntan la existencia de notables diferencias entre ambas figuras.

Ciertamente, las autorizaciones son técnicas preventivas, en las que el ejercicio de la competencia administrativa se actualiza *a priori* o con carácter previo a la producción del acto a autorizar, sin perjuicio de su posible proyección en el tiempo. Por contra, las aprobaciones pueden también otorgarse una vez que el acto sujeto a aprobación ya se ha producido. Pero la diferencia esencial entre ambas técnicas no radica sólo en este extremo, siendo así que la autorización es un acto de voluntad, en la medida en que reconoce la posibilidad de desarrollar una determinada actividad, mientras que la aprobación simplemente es un acto de control, por el que se fiscaliza la actuación de sujetos que tienen, por lo general, una previa habilitación para actuar autónomamente. Por ello, la autorización es condición de validez de la actuación, determinando la anulabilidad -salvo convalidación- del acto que carezca de tal requisito siendo exigible, como así se desprende del art. 67.4 LRJPAC, mientras que la aprobación constituye una simple condición de eficacia del acto, tal y como el art. 57.2 de la LRJPAC prevé a los actos administrativos, en criterio aplicable, *a fortiori*, a los actos de sujetos ajenos a la organización administrativa actuante.

Esa limitación de efectos de la técnica de la aprobación administrativa se acentúa, en el caso analizado, si se repara en que, como el Consejo de Estado establece en el ya citado dictamen de 26.4.2001, salvo en algunos concretos supuestos -sobre todo, en los casos en que se exige la autorización administrativa- el protectorado de fundaciones no puede interferir en el funcionamiento interno de las fundaciones, sino que debe limitarse a controlar su actividad para, en el caso de detectar anomalías en el funcionamiento, ponerlo en conocimiento de la jurisdicción competente, a través del ejercicio de las acciones correspondientes.

Consecuentemente con lo argumentado hasta ahora, el dictamen concluía que las facultades revisoras de la Administración, en línea con el principio de intervención mínima que preside su actuación en la materia, deben limitarse, en todo caso, al acto de fiscalización del protectorado, sin extenderse a la aprobación de la modificación de los estatutos realizada por el patronato, como en alguna consideración de la propuesta de resolución estudiada parecía pretenderse, siendo así que, además, el acto del patronato no es un acto propio de la Administración revisora, y otra conclusión llevaría a la confusión del acto de aprobación del protectorado con los propios estatutos aprobados.

Con todo -se decía- no es posible afirmar la imposibilidad, en abstracto, de revisar de oficio una resolución por la que el protectorado aprueba la modificación de los estatutos de una fundación, pues tal conclusión pugnaría con la previsión legal que otorga a las administraciones públicas la potestad de revisar los actos administrativos (art. 102.1 LRJPAC) y carecería de sentido teniendo en cuenta que, según el art. 23 de la Ley 7/1983, los acuerdos del protectorado sujetos a derecho administrativo serán recurribles en vía administrativa y, de ser el caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por lo demás, la reacción de la Administración contra un acto propio integrante de un complejo procedimental que se considera disconforme con el ordenamiento, parece un modo de proceder coherente a la hora de evitar la incursión en un *contrarius actus* para el caso de que se proceda a la impugnación del acuerdo de modificación de los estatutos adoptado por el patronato.

Consecuentemente, las limitaciones de la técnica de intervención administrativa analizada juegan, únicamente, en el plano de la eficacia reconocible a una eventual revisión del acto administrativo, que no podría operar nunca la anulación de los estatutos aprobada por el patronato, atendiendo a las razones que van expuestas.

2.2.2.- Revisión de oficio de una convocatoria de oposición libre que establece como exigencia la de una experiencia profesional previa.

Hay que comenzar por señalar, en relación con el asunto al que va referido el epígrafe, que las bases de la convocatoria de una oposición no constituyen una disposición de carácter general, al tratarse propiamente de actos administrativos. Así lo señala, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1997 (RJ.1997/5262), y ello con independencia de que vincule a la Administración y a los participantes. Consecuencia muy relevante de lo anterior es que su anulación sólo será posible en vía de revisión por las causas de nulidad de pleno derecho establecidas en el art. 62.1 de la LRJPAC.

Pues bien, en el caso aquí examinado la Administración pretendía a respecto de dicha convocatoria, su declaración de nulidad radical por concurrencia de las circunstancias previstas en el art. 62.1, a) de la LRJPAC, referido a actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. A este respecto la propuesta de resolución elaborada por la Administración consideraba que la convocatoria vulneraba lo dispuesto en el art. 23 de la Constitución española al establecer como sistema de acceso la oposición y, contradiciendo tal previsión, exigir, como requisito de los candidatos para participar en el proceso selectivo, la posesión de cierta experiencia profesional, en concreto, la de haber prestado servicios "*como policía local, como mínimo, durante dos años con la condición de funcionario de carrera*".

El dictamen partía de la consideración general de que la elección del concreto sistema de selección no depende de las facultades organizativas y discrecionales de las administraciones públicas en lo concerniente a la regulación de su función pública, pues tal criterio podría resultar contrario al contenido esencial del derecho fundamental consagrado en el art. 23 de la Constitución española, llevada a su extrema consecuencia de cerrar o restringir el criterio legal del acceso libre sobre el que se monta el sistema legal de selección de personal de las administraciones públicas.

A este respecto, teniendo en cuenta las plazas concernidas por la pretensión revisora, había que considerar lo dispuesto en la Ley 3/1992, de 23 de marzo, de coordinación de las policías locales (LCPL), vigente en la fecha de la publicación de las bases de la convocatoria, y actualmente derogada por la Ley 4/2007, de 20 de abril, de coordinación de policías locales. Según el art. 21.2 de aquel texto legal, las bases de la convocatoria se ajustarán a los requisitos de ingreso y de acceso, y a los criterios de selección que se fijan en la legislación básica del Estado, en dicha ley y en la normativa que la desarrolle en el marco de aquellas.

Por su parte, el art. 23 del mismo texto disponía que el ingreso en los cuerpos de policía local en sus diferentes escalas y puestos se realizará por oposición libre, reservando el art. 25 un 50% de las plazas en la oferta de empleo público de las distintas categorías de policía local para la promoción interna.

Desarrollando las previsiones legales, se ha aprobado el Decreto 204/2000, de 21 de julio, por el que se refunde la normativa vigente en materia de coordinación de policías locales, que distingue el acceso a las distintas escalas y categorías de la policía local, que se efectuará por oposición libre o por promoción interna, según proceda (art. 2.1), y el ingreso en los cuerpos de la policía local, en sus diferentes escalas y puestos, que se hará por oposición libre.

En el caso que era sometido a dictamen, las bases de la convocatoria concretaron, el sistema de oposición libre para la selección de los aspirantes a las plazas de cabo y sargento, después de su examen en la Mesa general de negociación del ayuntamiento, a través de diversas sesiones que culminaron con un acuerdo entre las partes, que abarcó, entre otros aspectos, el relativo a los sistemas de selección establecidos en las citadas bases.

Consecuentemente, la exigencia de una cierta experiencia profesional para la participación en el proceso selectivo vulneraba los presupuestos del sistema de selección determinado, cerrando las puertas a la libre concurrencia de aquellos aspirantes que hubieran podido reunir los requisitos exigidos conforme a derecho.

El dictamen en este punto señalaba que la valoración de la experiencia, o mismo su exigencia con carácter *sine qua non*, no se opone a la vigencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad cuando son empleadas dentro de los parámetros de razonabilidad sentados, legal y jurisprudencialmente, para la provisión de plazas por concurso o concurso-oposición y para la instrumentalización de la promoción interna, respectivamente. Pero la conclusión diverge cuando el sistema de selección es el de la oposición libre, en el que la exigencia de tal experiencia previa, violenta el principio de igualdad del art. 23 CE.

El Tribunal Constitucional sentó, a este respecto, que tal precepto es una concreción del principio de igualdad y que no se refiere únicamente a los cargos públicos representativos. En este sentido, el precepto se vincula con lo dispuesto en el art. 103.3 CE respecto del acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, por más que buena parte de la jurisprudencia que aborda este precepto se refiere a cuestiones relacionadas con procesos electorales.

En definitiva, aunque como el Tribunal Constitucional entendió en su sentencia 107/2003, de 2 de junio “*la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados*”, el establecimiento de pruebas restringidas por la vía de la exigencia de la prestación previa de servicios pugna contra el criterio de igualdad del art. 23 cuando el sistema de selección es el de oposición libre, al impedir el acceso a las pruebas a los aspirantes ajenos a la organización administrativa en la que existen las vacantes a cubrir, sin que exista amparo para esta exigencia al estar prevista la aplicación del sistema de promoción interna.

Concluía así el dictamen que, produciéndose la contravención del art. 23 CE por la discriminación apuntada, era apreciable la nulidad de pleno derecho de las bases de la convocatoria que incurrieron en tal vulneración.

2.3.- Contratación administrativa.

2.3.1.- El cumplimiento de los plazos, total y parcial, de ejecución de los contratos.

El art. 111, e) en relación con el 95 del TRLCAP, establece en su apartado 3 que cuando el contratista, por causas imputables a él, incurriese en demora respecto al incumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades (...). A misma facultad contiene el apartado 6 del precitado artículo respecto del incumplimiento por el contratista de los plazos parciales.

Por su parte, el Reglamento, en un texto muy similar al de la LCAP, determina que *“Si el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en demora respecto de los plazos parciales de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final, o éste quedara incumplido, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato con pérdida de fianza o por la imposición de las penalidades que se establecen en el artículo siguiente. Esta misma facultad tendrá la Administración respecto de determinados plazos parciales cuando se hubiera previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

Pues bien, de las citadas normas interesa ahora extraer una reflexión, y es la de que del contrato de obra pública nace una relación obligatoria en la que aparece como principal y más relevante consecución la del remate de la obra, que tiene que conformarse con las pautas previamente proyectadas para servir al fin previsto. Pero aparte de lo señalado, dicha relación despliega una multiplicidad de efectos obligatorios entre los que reviste una especial relevancia el tiempo invertido en la realización de la obra.

En efecto, la obra pública no sólo debe adecuarse en sus calidades físicas a lo previamente concebido mediante el proyecto, sino que el interés público al que se encuentra vinculada, exige además que se ejecute en el plazo convenido en función de su prevista puesta en servicio. En la mayoría de los casos, los señalados son dos elementos indisolubles, de manera que sin el concurso de ambas la obra no respondería a lo que de ella es requerido.

Así, como se sabe y refleja la ley, existe un plazo total y unos plazos parciales de realización de la obra. El primero resulta imprescindible, pues se vincula a la entrada en funcionamiento del servicio al que va destinada, y los segundos, por su parte, sirven a una doble finalidad: determinar cierto ritmo y orden en la ejecución de la obra y, además, fijar un término en el que poder verificar regularmente el grado de cumplimiento del contrato por el contratista.

Existe una diferencia para la fijación de ambos plazos, pues mientras el plazo total de realización tiene que ser determinado indispensablemente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, los parciales pueden serlo, tras la mención del propio pliego, en el denominado plano o programa de trabajo. Este último, se convierte así en un elemento de vital importancia para verificar si el ritmo de ejecución de la obra es el idóneo conforme a los plazos marcados. No olvidemos que uno de los deberes del contratista es asegurar, en cuanto esté en su mano, el normal y regular cumplimiento de las prestaciones a su cargo impuestas en virtud del contrato, y de parte de la Administración el evitar perturbaciones que impidan que la prestación objeto del contrato pueda frustrarse, so pena de tener que asumir las consecuencias derivadas de los posibles retrasos en la ejecución.

La necesidad del cumplimiento por el contratista de ambos plazos, parcial y total, resulta trascendente en igual medida, pues, como hemos visto, el quebrantamiento de cualquiera de ellos se puede erigir en causa determinante de la resolución del contrato por parte del órgano contratante.

Por lo tanto, el incumplimiento por el contratista del plazo de realización de la obra y, consecuentemente, de la finalidad a la que se vinculó la contratación, determina, por exigencia del interés público que preside toda contratación administrativa, la extinción de aquel. La resolución implica pues la aparición de una incidencia impositiva de la normal continuación del contrato, o dicho en otros términos, una forma de terminación anormal de éste. Y, concurriendo una causa de resolución por incumplimiento de los plazos de realización de los trabajos, se está ante un supuesto que tiene la mayor relevancia, pues afecta a la esencia misma del contrato, como corresponde a la categoría de los negocios fijos, en los que el plazo reviste una importancia trascendental.

Interesa destacar, por consiguiente, que, una vez verificada la demora del contratista en el cumplimiento del plazo y constatado que ésta ha obedecido a una causa imputable exclusivamente a él, la Administración queda facultada para optar “indistintamente” por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades, en función de las circunstancias concurrentes en la contratación de que se trate y con base en la importancia y repercusión negativa del retraso para la administración contratante.

En este mismo sentido, debe tenerse en cuenta también que, como ha declarado el Consejo de Estado (dictamen núm. 4533/96, entre otros), el simple vencimiento de los plazos sin que los trabajos que constituyen la prestación del contratista estén terminados, implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento contractual, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser

un negocio con ejecución de prestaciones a plazo fijo en el que el tiempo constituye, en consecuencia, una condición esencial.

Esta es, en definitiva, la doctrina general aplicada por este CCG en aquellos supuestos, como en alguno de los analizados en el año 2007, en los que se presenta un incumplimiento de los plazos a cargo del contratista.

2.4.- Aspectos formales relativos a los expedientes examinados.

El procedimiento administrativo es definido como un cauce formal de una serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin; supone la sumisión de la actividad administrativa a una ordenación formal preestablecida y responde a una doble finalidad de garantía de los intereses públicos de oportunidad y legalidad de los actos, así como de los derechos e intereses de los particulares.

Está claro, y es por todos asumido, la necesidad de respetar un cauce formal en los procedimientos administrativos, pero, no obstante en el procedimiento seguido en los expedientes conocidos por este CCG, siguen apreciándose algunas deficiencias que nos proponemos resumir en las líneas que siguen.

- Sin duda, uno de los aspectos más preocupantes entre los detectados en los expedientes examinados durante el año 2007, y que afecta en la mayoría de los casos a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, es el referido al supuesto en el que desde la fecha de la firma de la propuesta de resolución hasta la remisión del expediente a este CCG, se deja transcurrir un tiempo excesivo hasta el punto en el que en algún expediente han pasado más de 13 meses. De esta forma, para la simple realización de un trámite de remisión de la documentación administrativa contenida en un expediente que ya reúne todos los requisitos para ser sometido al dictamen de este organismo, se ha empleado un lapso de tiempo superior en más del doble a aquel que el art. 13.3 del Real decreto 499/1993, de 26 de marzo, establece para la tramitación del procedimiento en su totalidad, que comprende un total de seis meses, antes de que la ausencia de una resolución expresa permita entender que la resolución es contraria a la indemnización del particular.

Este censurable proceder en la tramitación de los expedientes -denunciado ya por este CCG en numerosos dictámenes, por todos el CCG 214/05- debe ser rectificado en tramitaciones futuras para que la instrucción de los expedientes se ajuste a los principios esenciales que presiden su desarrollo, y que trascienden del plano constitucional a la normativa contenida en las previsiones de la Ley 30/1992, LRJPAC y en el Real decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el

Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

- Además de este concreto supuesto, en general, sigue observándose una excesiva tardanza en la tramitación de los expedientes, que, como ya hemos manifestado en anteriores memorias, en algunos supuestos lleva a que cuando dichos expedientes son remitidos para dictamen de este CCG, ya ha transcurrido el plazo necesario para que el interesado pueda entender desestimada su reclamación en virtud de silencio administrativo o incluso, en los casos más extremos, sucede que está formalizado el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

- El párrafo segundo del art. 10.1 del Reglamento de los procedimientos de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (Real decreto 429/1993, de 26 de marzo) exige, en todo caso, que se solicite informe al servicio cuyo funcionamiento hubiese ocasionado la presunta lesión indemnizable.

Examinado lo actuado en algunos expedientes, muchas veces se observa que dicho trámite no se practica. Así las cosas, dado el carácter preceptivo del informe de referencia, y considerando que su contenido, por lo dicho, es determinante para la resolución del procedimiento, el art. 83 de la LRJPAC exige que no se prosigan las actuaciones y se demande la evacuación del referido informe.

- Semejante crítica a lo anterior debe hacerse respecto de aquellos expedientes en los que la propuesta de resolución, frente a informes periciales aportados por la parte junto con el escrito de reclamación, no entran a rebatir o matizar el contenido de los informes periciales aportados.

- En muchos supuestos, fundamentalmente correspondientes a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, la instrucción se limita a incorporar al expediente las actuaciones mínimas, obviando la realización de pruebas que ayudarían a esclarecer los hechos sobre los que se debate y dilucidar la existencia o no de responsabilidad administrativa.

Es preciso partir en este punto de lo dispuesto por el art. 80.2 LRJPAC (en parecida línea, el art. 9 del Decreto 429/1993, de 26 de marzo, RPRP), que consagra el conocido como principio de oficialidad, cuando expresa que *"cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba..."*. Este precepto, si bien no se manifiesta de modo explícito en torno al problema de la carga de prueba, parece descansar sobre la consideración de que la carga de la prueba, siquiera sea en su más elemental manifestación, corresponde inicialmente al sujeto interesado, pues sobre él recae el

riesgo de tener que asumir las consecuencias derivadas de la ausencia de prueba, que indefectiblemente lleva consigo la desestimación de la pretensión. Ciertamente es que tal principio no descarga a la Administración, en virtud del principio de oficialidad de la práctica de la prueba, de la obligación de apurar al máximo los medios probatorios a su alcance hasta llegar a la convicción sobre la veracidad y entidad de los hechos alegados. Por lo tanto en este punto la Administración debería adoptar una posición más activa.

- Se han dado casos en los que la persona o entidad interesada no había comparecido en el trámite de audiencia previsto para el momento inmediatamente anterior a la elaboración de la propuesta de resolución, y no obstante, posteriormente, presentó escrito de alegaciones ante este CCG, con base en lo previsto en el artículo.

Interesa respecto de este supuesto recalcar que, como ya había indicado este CCG en el acuerdo de su Sección Segunda CCG 224/05, este trámite no es un correlato o una duplicación de la audiencia prevista en los arts. 84 de la LRJPAC, y 11 del Real decreto 429/1993, de 26 de marzo, que se practica cuando el procedimiento está ya instruido y con carácter previo a la redacción de la propuesta de resolución.

Consecuentemente, el objeto propio de la audiencia que aquí se analiza no podrá ir más allá de la realización de observaciones sobre la competencia, procedimiento, u otras cuestiones formales que susciten la intervención de este CCG en el expediente de razón, o la realización de aclaraciones puntuales sobre alegaciones ya formuladas con carácter previo a la formulación de la propuesta de resolución por parte del órgano competente, y por lo tanto, conocida ya por éste en el momento de la exposición de su criterio a través del arriba mencionado acto, siendo éste el alcance que procede dar al escrito presentado.

- Continúan observándose no pocos expedientes que son remitidos para dictamen de este CCG nada más iniciados y, por tanto, en ausencia de todo trámite, lo que equivale a decir en ausencia del procedimiento mismo. Obviamente en estos casos, dichos expedientes son devueltos para que se complete la instrucción y se elabore la correspondiente propuesta de resolución.

- Oposición a las causas de resolución por parte del contratista. El art. 11, h) de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, del CCG, establece la competencia de este organismo para la emisión de dictamen preceptivo en los casos de *“nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos en la forma establecida en la Ley de contratos del Estado y de régimen local”*, precepto éste que debe ponerse en relación con el art. 59.3, a) del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas que establece el carácter preceptivo del dictamen del

Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente en los casos en los que se formule oposición por parte del contratista a la resolución contractual.

A lo largo de 2007 se han dado, sin embargo, casos en los que el contratista, en trámite de audiencia, no había formulado oposición y no obstante se remitió el expediente para dictamen. En este supuesto, se resolvió que este organismo carecía de competencia para la emisión del dictamen preceptivo que se solicitaba, pues no se daba el supuesto legal indicado para la solicitud de dictamen.