

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

MEMORIA

2008



CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

MEMORIA DEL AÑO 2008

que el Consejo Consultivo de Galicia en Pleno eleva al Consejo 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, 2009

ÍNDICE

	Páginas
I- INTRODUCCIÓN	7
II- EL CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA	8
1.- Composición a 31 de diciembre de 2008	9
1.1.- Nombramiento y toma de posesión de los nuevos Consejeros electivos y de la Presidenta del Consejo Consultivo de Galicia	10
1.2.- Incorporación de Consejeros Natos	14
2.- Normativa reguladora	14
2.1.- Modificación de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, del Consejo Consultivo de Galicia	15
3.- Medios	16
3.1.- Personal	16
3.2.- Presupuestos 2008	17
III- ACTIVIDAD CONSULTIVA	18
1.- Datos estadísticos relativos a los dictámenes emitidos	19
1.1.- Materias	19
1.2.- Procedencia	20
1.3.- Conclusión o sentido final de los dictámenes	23
1.4.- Comunicación de las resoluciones	24
1.5.- Fórmula de incorporación de los dictámenes	24
1.6.- Consultas formuladas por el trámite de urgencia	25
1.7.- Dictámenes aplazados	25
1.8.- Relación de dictámenes (anexo, página 108)	25
2.- Sesiones realizadas en el año 2008	25

IV- ACTIVIDAD NO CONSULTIVA	27
1.- Publicación de los dictámenes	28
2.- Página web	29
3.- Jornadas y Seminarios	29
4.- Actos y actividades institucionales	30
5.- <i>Practicum</i> de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela	31
6.- Memoria anual de actividades	31
V- DOCE AÑOS DE FUNCIÓN CONSULTIVA (1996-2008)	33
1.- Datos estadísticos relativos a los expedientes dictaminados durante el período 1996 - 2008	34
1.1.- Convenios y acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas	35
1.2.- Disposiciones de carácter general. Reglamentos ejecutivos	36
1.3.- Recursos de revisión	37
1.4.- Revisiones de oficio	38
1.5.- Contratación administrativa	39
1.6.- Concesiones administrativas	40
1.7.- Alteración de términos municipales	41
1.8.- Consultas facultativas	42
1.9.- Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas	43
1.10.- Comparativa por Administraciones	48
VI.- OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS	54
1.- Los nuevos criterios en relación con los acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas	55
2.- Proyectos normativos	58

2.1.- <u>La tipología de entes públicos y su problemática en la legislación autonómica</u>	58
2.2.- <u>Sobre las potestades reglamentarias de los consejeros, a propósito de la regulación sobre mediación de seguros y reaseguros privados</u>	60
2.3.- <u>La normativa sobre subvenciones públicas como paradigma de la consolidación de un régimen jurídico diferenciado, antes atomizado</u>	63
2.4.- <u>Competencia del Consejo Consultivo de Galicia para la emisión de dictamen en los supuestos de desarrollo autonómico de normas básicas estatales</u>	66
2.5.- <u>El procedimiento de elaboración das disposiciones de carácter general</u>	68
2.5.1.- <i>Una actuación que precisa de una sensible mejora. La necesidad de un nuevo marco normativo</i>	68
2.5.2.- <i>Algunas de las deficiencias procedimentales detectadas</i>	70
2.6.- <u>Aspectos relativos a cuestiones de técnica normativa</u>	77
3. Actos y procedimiento administrativo	82
3.1.- <u>Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas</u>	82
3.1.1 <i>La pérdida de oportunidad con ocasión de la asistencia sanitaria</i>	82
3.1.2.- <i>Las facultades de inspección y la responsabilidad patrimonial. En particular, la adopción de medidas cautelares</i>	84
3.1.3.- <i>El plazo para reclamar en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial sanitaria: en especial, a eficacia interruptiva de las acciones penales.</i>	90
3.1.4.- <i>Reclamación por daños futuros</i>	92
3.1.5.- <i>Daños "con ocasión del servicio" y daños "a</i>	94

<i>consecuencia directa del servicio público": distinción</i>	
3.2.- <u>Revisión de oficio de actos administrativos</u>	97
3.2.1.- <i>Los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el derecho interno. La revisión de oficio que trae como causa una sentencia anulatoria del Tribunal</i>	97
3.3.- <u>Contratación administrativa</u>	101
3.3.1.- <i>Nacimiento de las obligaciones derivadas de contrato. Consecuencias de la falta de formalización</i>	101
3.3.2.- <i>La expresión de la causa de resolución contractual. El interés público como causa de resolución</i>	103
3.4.- <u>Aspectos formales relativos a los expedientes analizados</u>	105

INTRODUCCIÓN

La presente memoria, correspondiente al año 2008, ha sido aprobada por el Pleno del Consejo Consultivo de Galicia en sesión del diez de junio de dos mil nueve para su elevación al Consejo de la Xunta de Galicia.

Conforme prevé el artículo 11 del Decreto 282/2003, de 22 de mayo, recoge, en esencia, la actividad desarrollada por el Consejo Consultivo en el año 2008, en el que se cumplen doce años desde su creación, comprendiendo también, por tal razón, un resumen de ese 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 -

EL CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

1.- Composición a 31 de diciembre de 2008

- PLENO

Presidenta:

Doña M^a Teresa Conde-Pumpido Tourón¹

Consejeros electivos:

Don José Gonzalo de la Huerga Fidalgo²

Don José Luís Costa Pillado³

Don Francisco Javier D'Amorín Viéitez⁴

Don Carlos Martínez-Buján Pérez⁵

Consejeros natos:

Don Gerardo Fernández Albor

Don Fernando González Laxe⁶

Secretario General:

Don Juan José Gallego Fouz⁷

- SECCIONES

Sección Primera

Presidenta:

Dona M^a Teresa Conde-Pumpido Tourón

Consejeros:

Don Carlos Martínez-Buján Pérez

Don Gonzalo de la Huerga Fidalgo

Don José Luís Costa Pillado

Secretario:

Don Pablo López Paz

¹ Nombrada por el Decreto 46/2008, de 14 de marzo (DOG núm. 54, de 17 de marzo)

² Nombrado por el Decreto 31/2008, de 21 de febrero (DOG núm. 44, de 3 de marzo)

³ Nombrado por el Decreto 32/2008, de 21 de febrero (DOG núm. 44, de 3 de marzo)

⁴ Nombrado por el Decreto 33/2008, de 21 de febrero (DOG núm. 44, de 3 de marzo)

⁵ Nombrado por el Decreto 34/2008, de 21 de febrero (DOG núm. 44, de 3 de marzo)

⁶ Incorporado el 1 de agosto de 2008 (DOG núm. 202, de 17 de octubre)

⁷ Nombrado por Resolución de 10 de abril de 2008 (DOG núm. 77, de 22 de abril)

Sección Segunda
Presidente:
Don Javier D'Amorín Viéitez

Consejeros:
Don Carlos Martínez-Buján Pérez.
Don Gonzalo de la Huerga Fidalgo.
Don José Luis Costa Pillado.

Secretaria:
Doña Ana López Guizán.

1.1.- Nombramiento y toma de posesión de los nuevos Consejeros electivos, de la Presidenta del Consejo Consultivo de Galicia y del Secretario General.

Los consejeros electivos son nombrados por un período de seis años, según el tenor del artículo 4.5 de nuestra ley de creación, Ley 9/1995, de 10 de noviembre. Además dicho artículo establece que serán renovados en sus mandatos una sola vez.

Según establece el artículo 27.1 del Reglamento del Consejo, Decreto 282/2003, de 22 de mayo, el Presidente informará al Consejo y le comunicará al Presidente de la Xunta de Galicia la inminencia de los ceses que deben producirse por cumplimiento de mandato, que en este caso correspondían a don Antonio Carro Fernández-Valmayor, don José Antonio García Caridad, don Pablo Moure Mariño, don Javier D'Amorín Viéitez y don Carlos Martínez-Buján Pérez. Dichos ceses fueron publicados por los decretos: 25/2008, 26/2008, 27/2008, 28/2008 y 29/2008, de 21 de febrero, del Presidente de la Xunta de Galicia (DOG. núm. 44 de 3 de marzo)

Asimismo, el artículo 4.3, de la Ley del Consejo establece que los consejeros electivos serán nombrados por: “... *decreto de la presidenta o presidente de la Xunta de Galicia, oído el Consejo de la Xunta...*”. Dicho nombramiento se llevó a cabo mediante los decretos: 30/2008, 31/2008, 32/2008, 33/2008 y 34/2008, del Presidente de la Xunta de 21 de febrero. (DOG. núm. 44 de 3 de marzo)

El día 11 de marzo de 2008, en un acto solemne celebrado en el Palacio de Raxoi, sede de la presidencia de la Xunta de Galicia, y ante su Presidente, don Emilio Pérez Touriño, juraron sus cargos como consejeros electivos del Consejo Consultivo de Galicia: doña M^a Teresa Conde-Pumpido Tourón, don José Gonzalo de la Huerga Fidalgo, don José Luís Costa Pillado, don Francisco Javier D'Amorín Viéitez y don Carlos Martínez-Buján Pérez. El acto comenzó con unas palabras del Presidente saliente, don José Antonio García Caridad, al que le

siguió la toma de juramento o promesa de los nuevos consejeros. Para finalizar tomó la palabra el nuevo miembro del Consejo Consultivo, don Javier D'Amorín Viéitez, en representación de los consejeros entrantes. El evento finalizó con unas palabras del Presidente de la Xunta, don Emilio Pérez Touriño.

Finalmente, y mediante Decreto 46/2008, de 14 de marzo, fue nombrada Presidenta del Consejo Consultivo de Galicia, doña M^a Teresa Conde-Pumpido Tourón, la cual juró su cargo el día 31 de marzo de 2008 en el Palacio de Amarante, sede del Consejo Consultivo de Galicia, con la presencia del Presidente de la Xuunta de Galicia, don Emilio Pérez Touriño.

En el arriba mencionado acto, la ya Presidenta del Consejo Consultivo de Galicia pronunció el siguiente discurso:

*EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL XUNTA DE GALICIA
EXCMOS. SEÑORES CONSEJEROS,
EXCMO, SR. PRESIDENTE DEL CES Y DEL CGRL,
SRS. LETRADOS, AMIGAS Y AMIGOS*

Me gusta ser breve en mis intervenciones y lo deseo mucho más en esta primera como presidenta del Consejo Consultivo de Galicia; pero también, lejos de los rituales, quiero mostrar toda la emoción que siento en estos momentos.

Dar las gracias siempre es un placer; en este caso doble, por la sorpresa que me supuso mi nombramiento como consejera, generosidad que tengo que agradecer al Sr. Presidente que me designó, con mi compromiso de ofrecerle siempre mi consejo imparcial, recordando lo que decía Solón: “No des a los amigos consejos agradables, sino provechosos”.

Gracias, también, a mis compañeros consejeros, todos ellos juristas con méritos destacables suficientes para ocupar la Presidencia de este Consejo, y que no obstante confiaron en mí. Significa, más allá de un orgullo personal, una especial satisfacción como mujer, que ha luchado por la igualdad de género, en el convencimiento de que la democracia, o bien es paritaria o no es democracia.

Si es cierto que existe un Anero de liderato femenino, dialogante y próximo, mi intención es ejercerlo así: escuchando para comprender, argumentando para convencer, buscando puntos de encuentro; una presidencia participativa y abierta a las sugerencias de todos, porque cada una de las personas de esta institución deben trabajar en el convencimiento de que son parte

esencial de su engranaje. Al mismo tiempo, me comprometo a que todas las resoluciones que adopte el Consejo bajo mi Presidencia, sean producto del debate razonado y razonable que merecen.

Siempre parece inevitable que en un discurso de toma de posesión se pongan de manifiesto ciertas reivindicaciones, ... pero pienso que no es el caso. El Consejo finalizó una etapa en que se ha consolidado, formando un sustancial cuerpo de doctrina, gracias en buen parte al gran nivel de los letrados y a su pasión por el debate profundo, que en estos días ya he podido comprobar. Quiere crecer, y eso ya es conocido; lo importante es lo que estamos dispuestos a hacer nosotros.

Nuestro reto es avanzar en la “auctoritas” que legitima todo órgano consultivo, y convertirnos en una pieza clave en el diseño del nuestro autogobierno autonómico; en ese camino precisamos una nueva política de comunicación: hacia la sociedad gallega, para que comprenda y valore nuestra función, hacia las Administraciones públicas de Galicia, para que depositen en nosotros su confianza, porque tenemos un objetivo común: el servicio público.

Nuestra misión no es controlar las administraciones: en el diseño constitucional tal función corresponde al Poder judicial. Nuestra tarea es coadyuvar a que todas las Administraciones de Galicia cumplan los principios constitucionales de objetividad, eficacia y legalidad en su actuación a diario. Lo haremos, espero, no sólo con nuestros dictámenes, sino con nuevas fórmulas de colaboración.

Como Habermas, concibo el Derecho como “esfera central de la integración social”, que solamente puede llegar a la sociedad en el complejo lenguaje legal; por lo tanto, la técnica normativa cobra especial importancia, para que el mensaje sea correcta, y puede estar seguro el Gobierno gallego, Sr. Presidente, de que siempre nos guiará el afán de mejorar tal comunicación social y nunca de ponerle trabas burocráticas.

No puedo terminar sin agradecer a mi familia y a mis amigos-amigas -presentes y ausentes- todo lo que me han dado: saben que, sin ellos, sin su aliento y apoyo nunca habría llegado hasta aquí, ni personal ni profesionalmente.

Pero quiero tener un recuerdo especial para mis padres, que por razones de salud no pueden estar hoy con nosotros: pueden estar seguros que seguiré teniendo los objetivos que marcaron su

educación: la honradez personal, la honestidad intelectual, el trabajo hasta el límite de mis posibilidades como responsabilidad personal ante la sociedad ... y siempre la afectividad como modo de relación personal.

En este compromiso personal, como en la promesa pública que vengo de hacer, espero, y agradezco ya, la ayuda de todos y todos vosotros: es cierto que “los consejos” que ofreceremos son sólo verbales, pero parafraseando a Valente, hay que pensar que si una palabra no nos hace libres, un conjunto de ellas pueden ayudar a cambiar el mundo.

Muchas gracias.

Por otra parte, de conformidad con el establecido en el artículo 21 de la Ley del Consejo Consultivo de Galicia y 32 de su Reglamento, el Pleno del Consejo eligió como Secretario General a don Juan José Gallego Fouz, que ya venía desempeñando el cargo desde el año 2000, quién fue nombrado como tal por Resolución de la Presidencia del Consejo de 10 de abril de 2008.

1.2.- Incorporación de Consejeros Natos

Hay que destacar, también en este año, la incorporación como Consejero Nato del ex presidente de la Xunta de Galicia, don Fernando González Laxe, que si produjo en fecha 1 de agosto de 2008. Recordamos que el año anterior incorporó el ex presidente de la Xunta, don Gerardo Fernández Albor.

2.- Normativa reguladora

- Ley 9/1995, de 10 de noviembre, del Consejo Consultivo de Galicia (DOG núm. 229, de 20.11.1995); modificada por la Ley 12/2007, de 27 de julio (DOG núm. 153, de 8.8.2007), y por la Ley 16/2008, del 23 de diciembre (DOG núm. 253, de 31.12.2008).

- Decreto 282/2003, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo de Galicia (DOG núm. 120, de 23.6.2003).

- Resolución de 25 de marzo de 2008 por la que se hace público el acuerdo plenario por el que se establece el número, distribución de asuntos y composición de las secciones de este organismo para el año 2008 (DOG núm. 69, de 10.4.2008).

2.1.- Modificación de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, del Consejo Consultivo de Galicia.

A lo largo del ejercicio al que se contrae la Memoria 2008 ha visto la luz una nueva norma reguladora de este Consejo Consultivo, o mejor dicho, una reforma de la antedicha ley. Dicha modificación se llevó a cabo a través de la Ley 16/2008, de 23 de diciembre (Diario Oficial de Galicia núm. 253, de 31 de diciembre).

El artículo 11, j) de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, del Consejo Consultivo de Galicia, relativo a “*consultas y dictámenes preceptivos*”, establecía que “*El Consejo Consultivo de Galicia será consultado preceptivamente en los supuestos siguientes: (...) j) Reclamaciones que en concepto de indemnización de daños y perjuicios se formulen contra la Comunidad Autónoma*”.

Como resulta del tenor literal del artículo, quiere ello decir que la Administración, antes de resolver sobre el expediente, debía, en todo caso, someter al Consejo Consultivo los asuntos de responsabilidad patrimonial, con independencia de la cuantía indemnizatoria solicitada por los particulares en sus reclamaciones.

El alto número de expedientes de los que el CCG ha conocido, con una tendencia creciente a lo largo de los años desde su creación, y de los que en buena proporción forman parte las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, -muchas de ellas incluso en los que se reclaman cuantías dinerarias insignificantes- suponen gran parte de la dedicación diaria de consejeros y letrados.

Tal situación limitaba en buena medida las capacidades del Consejo Consultivo de Galicia en lo tocante al cumplimiento de su tarea como “*órgano superior consultivo*” de la Comunidad Autónoma, tal y como está configurado en la propia ley (artículo 1). Y ello sucedía, a pesar de que los expedientes de menor cuantía han sido objeto de una reiterada doctrina por parte de éste y otros órganos consultivos, de tal modo que el órgano de la Administración consultante, dispone, en la mayoría de los casos, de suficientes criterios jurídicos para resolver, sin necesidad de remitir el expediente para dictamen al Consejo Consultivo.

Tales circunstancias han sido las que han justificado la necesidad de la reforma y así, por tanto, mediante la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, se reformó el epígrafe del artículo 11, j), quedando, por tanto, con el siguiente tenor: “Reclamaciones de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 1.500 euros”.

Dicha medida ha sido ya adoptada, por similares motivos a los aquí expuestos, por la mayoría de los órganos consultivos.

3.- Medios

3.1.- Personal

Por Resolución de 11 de diciembre de 2008 se publicó el acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia de 4 de diciembre de 2008, por el que se aprobaba la modificación de la relación de puestos de trabajo de este consejo.

Dicha modificación se produjo considerando, por una parte, el incremento del volumen de trabajo y su complejidad, y por otra la consolidación de dicho órgano. Por ello, se estimó oportuno incrementar el número de efectivos, así como su reordenación para adecuarlo a las necesidades del momento.

De acuerdo con el artículo 21 de la ley de creación, el Consejo Consultivo de Galicia cuenta con su propio cuerpo de letrados, el resto de las plazas de personal, correspondientes a los servicios de apoyo, son cubiertas con funcionarios de la Comunidad Autónoma.

Durante el 2008 el Consejo Consultivo de Galicia ha contado con el siguiente personal:

Letrados

Don Juan José Gallego Fouz
Don Constantino Alvarellos Galve
Don Pablo José López Paz
Dona Ana M^a López Guizán
Dona M^a José Quintana Acebo
Don Manuel Cutrín Domínguez
Don José Carlos López Corral

Personal de servicios de apoyo

Servicio de Administración y Gestión
Don Lino Sexto Bermúdez

Documentación y biblioteca
Doña María José Fábregas Valcarce
Doña Carmen Mata Cid

Servicios Administrativos
Don Manuel Novo López

Doña M^a Dolores Tarrío
Doña M^a Dolores Matilde Fernández López
Doña M^a del Carmen Paz Galván
Doña María Bargados Bargados
Doña Purificación Mauriz Montero
Doña M^a del Carmen Betanzos Pérez
Don Francisco Javier Santos Pérez
Doña Francisca Iglesias Ferrer

3.2.- Presupuestos 2008

En la Ley 16/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2008, el Consejo Consultivo de Galicia figura como sección propia dentro de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma con la siguientes dotaciones:

Capítulo I -Personal: 1.618.189,00€

Capítulo II - Gastos corrientes: 416.395,00€

Capítulo VI - Inversiones: 346.520,00€

Totales: 2.381.104,00

- III -

ACTIVIDAD CONSULTIVA

1.- Datos estadísticos relativos a los dictámenes emitidos

Durante el período enero - diciembre de 2008, se solicitó el parecer de este órgano en relación con 1.702 expedientes, correspondiendo 1.701 a dictámenes preceptivos y 1 a consultas, con el siguiente detalle:

1.1- Materias

Disposiciones de carácter general	64
Actuación administrativa	1.637
Consultas sobre actuación administrativa o disposiciones generales	1



1.2.- Procedencia

- Administración Autónoma

Vicepresidencia de la Igualdad y del Bienestar	11
Consejería da Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia	28
Consejería de Economía y Hacienda	6
Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes	296
Consejería de Educación y Ordenación Universitaria	32
Consejería de Innovación e Industria	5
Consejería do Medio Rural	186
Consejería de Cultura y Deporte	3
Consejería de Sanidad	345
Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible	497
Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos	9
Consejería de Trabajo	8
Consejería de Vivienda y Suelo	10
Consejo Consultivo de Galicia	1

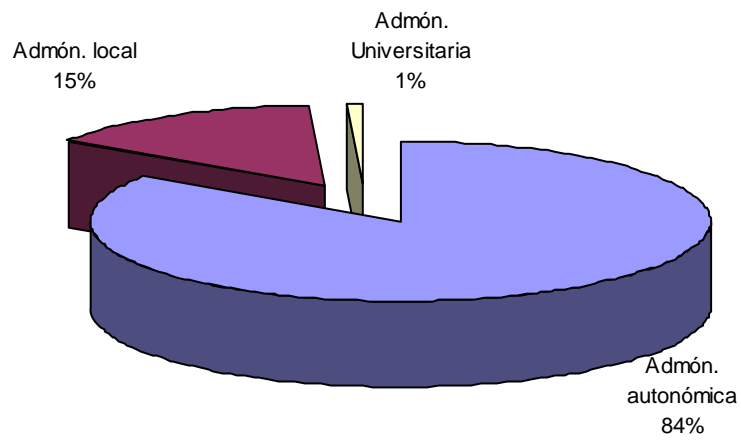
- Total Administración Autónoma

1.437

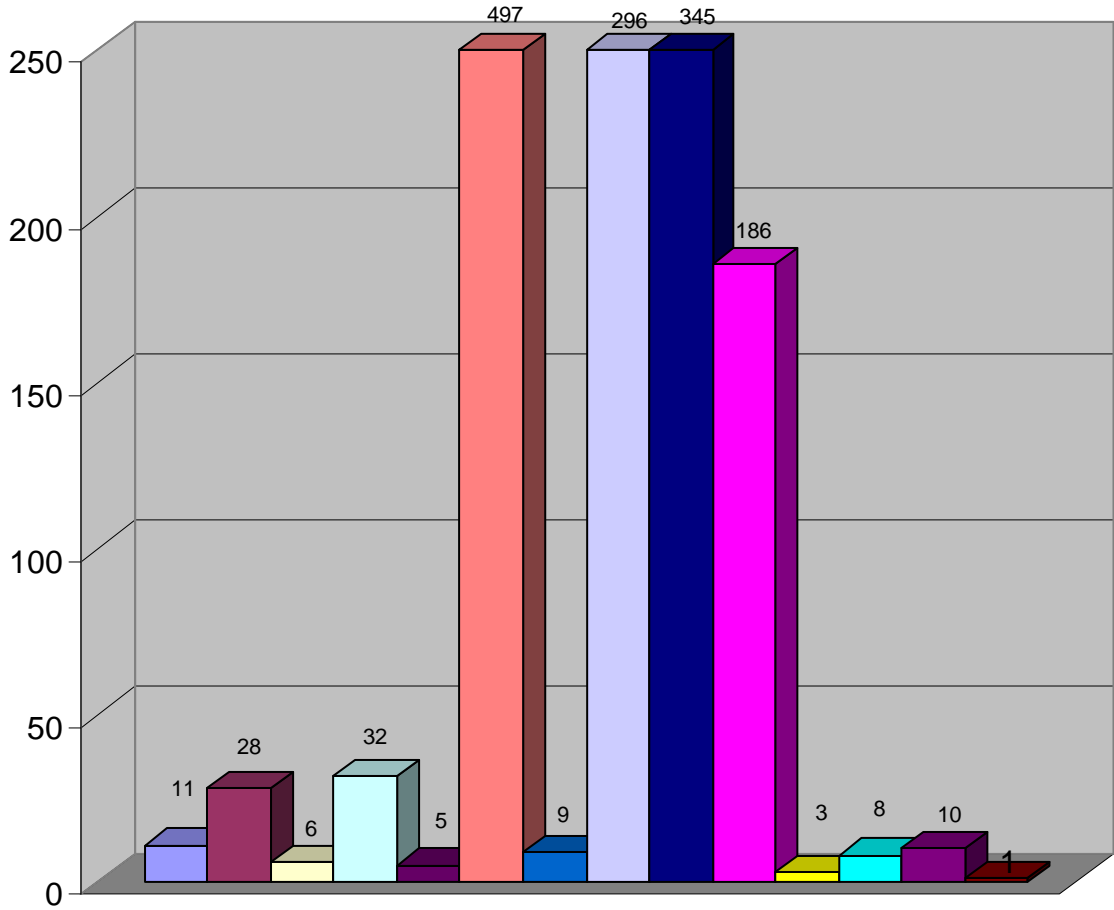
TOTALES

- Administración Autónoma	1.437
- Administración Local	252
- Administración Universitaria	13
TOTAL	1.702

Procedencia por Administraciones



Procedencia por Consellerías



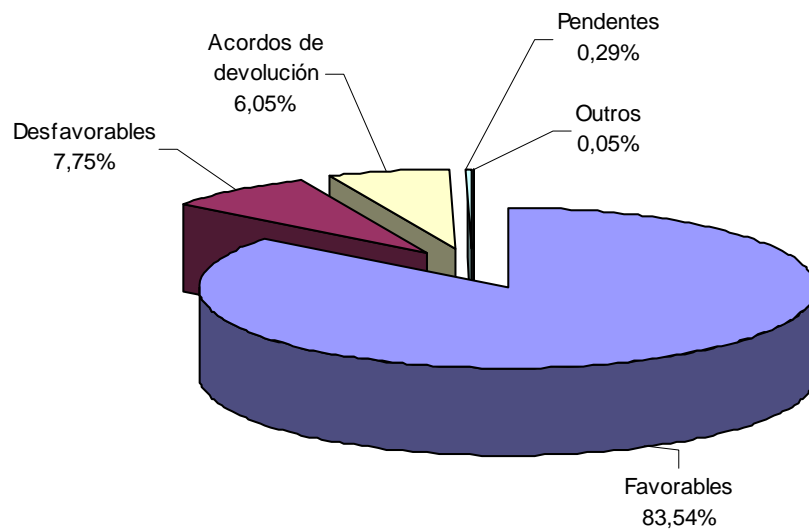
- Vicep. Igualdade
- Cª Presidencia
- Cª Economía
- Cª Educación
- Cª Innovac. e Indust.
- Cª M. Ambiente
- Cª Pesca
- Cª P. Territorial
- Cª Sanidade
- Cª Medio Rural
- Cª Cultura
- Cª Trabajo
- Cª Vivenda e Solo
- Consello Consultivo

1.3.- Conclusión o sentido final de los dictámenes

Favorables	1.422
Desfavorables	172
Pendientes	5

- Completan el total de expedientes examinados

Acuerdos de devolución	103
Otros	1



1.4.- Comunicación de las resoluciones

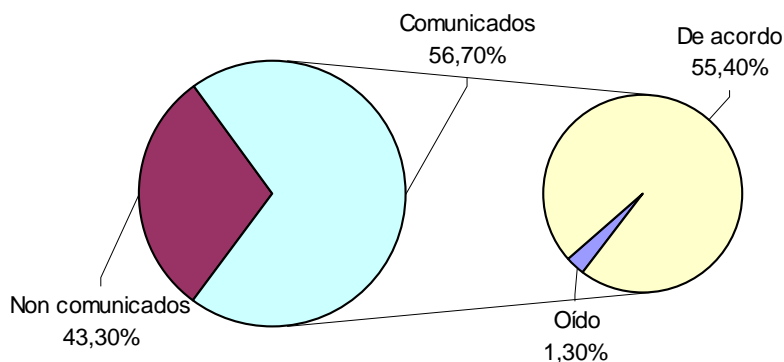
El artículo 60 del Decreto 282/2003, por el que se aprueba el reglamento del Consejo Consultivo, establece la necesidad de que el órgano o institución consultante comunique la adopción o publicación de la resolución o disposición general consultada. El cumplimiento de dicha prescripción, presenta los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

NO COMUNICADOS	737
COMUNICADOS	965

1.5.- Fórmula de incorporación de los dictámenes

Los artículos 3 de la ley y el 6 del decreto señalan 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”	943
- “Oído”	22



1.6.- Consultas formuladas por el trámite de urgencia

Han sido un total de 2 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 y funcionamiento que acorta, al menos, a la mitad, el plazo general de un mes establecido para la emisión de los dictámenes, después de motivación.

Concretamente, 1 de dichos expedientes corresponden a un proyecto de decreto y el otro a un convenio o acuerdo de cooperación con otras comunidades autónomas.

1.7.- Dictámenes aplazados

De un total de 1702 expedientes dictaminados en el año 2008, 91 de ellos fueron aplazados al amparo del artículo 54 do 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 de la mitad del inicialmente establecido.

Dentro de los 91 dictámenes aplazados, 15 se corresponden con proyectos de decreto.

2.- Sesiones realizadas en el año 2008

Sesiones de Pleno

Número de sesiones: 47

9 de enero	25 de marzo	3 de junio	13 de agosto	12 de noviembre
17 de enero	31 de marzo	11 de junio	20 de agosto	17 de noviembre
31 de enero	2 de abril	16 de junio	25 de agosto	25 de noviembre
7 de febrero	9 de abril	23 de junio	4 de septiembre	3 de diciembre
18 de febrero	23 de abril	3 de julio	11 de septiembre	9 de diciembre
25 de febrero	28 de abril	10 de julio	17 de septiembre	17 de diciembre
4 de marzo	7 de mayo	16 de julio	25 de septiembre	29 de diciembre
11 de marzo	19 de mayo	23 de julio	8 de octubre	
11 de marzo	21 de mayo	30 de julio	22 de octubre	
12 de marzo	28 de mayo	6 de agosto	3 de noviembre	

Sesiones de la Sección Primera

Número de sesiones: 37

10 de enero	27 de marzo	21 de mayo	17 de septiembre	17 de noviembre
17 de enero	2 de abril	28 de mayo	24 de septiembre	26 de noviembre
31 de enero	9 de abril	3 de junio	1 de octubre	3 de diciembre
13 de febrero	11 de abril	11 de junio	8 de octubre	9 de diciembre
18 de febrero	23 de abril	18 de junio	13 de octubre	17 de diciembre
25 de febrero	30 de abril	23 de junio	22 de octubre	
4 de marzo	7 de mayo	4 de septiembre	3 de noviembre	
11 de marzo	14 de mayo	11 de septiembre	12 de noviembre	

Sesiones de la Sección Segunda

Número de sesiones: 38

10 de enero	4 de marzo	14 de mayo	11 de septiembre	12 de noviembre
17 de enero	11 de marzo	21 de mayo	17 de septiembre	17 de noviembre
22 de enero	27 de marzo	28 de mayo	24 de septiembre	23 de noviembre
25 de enero	2 de abril	3 de junio	1 de octubre	3 de diciembre
31 de enero	9 de abril	11 de junio	8 de octubre	9 de diciembre
13 de febrero	16 de abril	18 de junio	16 de octubre	17 de diciembre
18 de febrero	30 de abril	23 de junio	22 de octubre	
25 de febrero	7 de mayo	4 de septiembre	3 de noviembre	

- IV -

ACTIVIDAD NO CONSULTIVA

1.- Publicación de los dictámenes.

Como viene siendo costumbre todos los años, en éste se ha realizado 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 elaborados 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 ha sido 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.
- Consejo de la 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.

2.- Página web.

El Consejo Consultivo ha creado, consciente de la importancia de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, su página Web propia y específica. En el año 2008 las páginas del sitio Web: www.ccg Galicia.es fueron diseñadas y revisadas nuevamente, adecuándose a lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico.

El nuevo diseño Web permite que todas aquellas personas que normalmente estarían excluidas de la red debido a minusvalías físicas, sensoriales o cognitivas, lo que conlleva limitaciones relacionadas con su entorno de trabajo y con barreras tecnológicas, pueden acceder a los contenidos y servicios de un sitio Web.

La Web además de información general referida a la entidad: organización, sede, servicios y direcciones de interés, presenta la posibilidad de consultar a texto completo los dictámenes elaborados desde 1996.

3.- Jornadas y Seminarios.

Dentro del plan de actividades de la Escuela Gallega de Administración Pública para el año 2008 se convocó, en colaboración con la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia y con el Consejo Consultivo de Galicia, un taller práctico sobre *Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general y técnica normativa*, que tuvo lugar en Santiago de Compostela, en la sede de la Escuela Gallega de Administración Pública, los días 20 a 30 de octubre, y 3 y 4 de noviembre de 2008.

El fin último de estas jornadas o, mejor dicho, taller práctico, fue dotar a los asistentes de un conjunto de capacidades y habilidades en materia de técnica normativa que puedan aplicar en el desarrollo de su actividad diaria a la hora de elaborar disposiciones de carácter general.

El taller se desarrolló en varios módulos:

Módulo I. La ley. El procedimiento legislativo.

Módulo II. Relaciones entre la ley y el reglamento. Titularidad de la potestad reglamentaria. El principio de reserva de ley.

Módulo III. EL reglamento. Concepto, naturaleza y clases.

Módulo IV. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. Normativa reguladora.

Para finalizar el módulo anterior se contó con la presencia del catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela y actual

Ministro de Justicia, don Francisco Caamaño Domínguez, el cual impartió una conferencia que fue seguida con el máximo interés por los participantes.

Módulos V, VI y VII. Reglas de técnica normativa. Redacción y estructuración de las normas. Parte expositiva. Parte dispositiva. Parte final. Normas de modificación.

Módulo VIII. Elaboración y resolución de un caso práctico.

Módulo IX. La impugnación jurisdiccional de las disposiciones de carácter general.

Las Jornadas tuvieron un amplio seguimiento tanto desde el Consejo Consultivo de Galicia como de la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia, así como otros participantes interesados en los temas tratados.

4.- Actos y actividades institucionales.

Los contactos con los órganos consultivos de las diferentes comunidades autónomas y con el Consejo de Estado para tratar asuntos de común interés a la función consultiva fueron, como todos los años, habituales.

Los consejeros y letrados del Consejo Consultivo de Galicia participaron en diversos actos y jornadas técnicas a los que fueron invitados por otros órganos consultivos del Estado. Entre ellos es necesario destacar la X Edición de las Jornadas de la Función Consultiva, que tuvieron lugar en Zaragoza, los días 26, 27 y 28 de junio de 2008.

Las Jornadas fueron inauguradas por el presidente del Gobierno de Aragón, don Marcelino Iglesias Ricou, y por el alcalde del Municipio de Zaragoza, don Juan Alberto Belloch Julbe. Las Jornadas principiaron con la ponencia: “Función consultiva y responsabilidad de las Administraciones públicas en la Ley de él suelo”, expuesto por el profesor don Luciano Parejo Alfonso; continuaron con el de “Aspectos del régimen de la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, relacionadas con las funciones propias de los órganos consultivos” expuesta por el profesor don Juan Francisco Mestre Delgado; y finalmente la tercera ponencia corrió a cargo del profesor don Juan Alfonso Santamaría Pastor, que versó sobre: “La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos contemplado por el art. 62.1, f) de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”.

Las Jornadas finalizaron con una presentación de comunicaciones hechas por los diversos consejos consultivos de las distintas comunidades autónomas. El intercambio de experiencias tendrán su continuación en el año 2009, en la ciudad de Murcia, con la celebración de la XI edición.

El 13 de mayo de 2008, tuvo lugar en el Palau de la Generalitat el acto conmemorativo del 75 aniversario de la creación y 30 del restablecimiento de la Comissió Jurídica Assessora de Cataluña, a la que asistió la Presidenta del Consejo Consultivo de Galicia.

Asimismo, la Presidenta del Consejo Consultivo de Galicia, asistió al encuentro de Presidentes de Consejos Consultivos que se celebró los días 29 y 30 de mayo en la ciudad de Granada, así como a la que se celebró en Barcelona el día 4 de diciembre, reuniones éstas en las que se trataron aspectos de interés común a todos los Consejos y entre los que destaca, por ser el más avanzado, el de la creación de una página web común.

5.- Practicum de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.

Como todos los años, como resultado del convenio firmado con la Universidad de Santiago, distintos alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela eligieron realizar el *practicum* correspondiente a los estudios de Derecho, en el Consejo Consultivo de Galicia.

Durante el mes en el que cada uno de los alumnos estuvo trabajando en este órgano, se les instruyó sobre su funcionamiento y sobre la doctrina y el modo de elaboración de los dictámenes, a los que tuvieron directamente acceso, tratando de primar así el carácter eminentemente práctico de su estancia. Al finalizar el período los alumnos realizaron un ejercicio práctico, que junto al aprovechamiento alcanzado durante dicho período, conformó la calificación final, en todos los casos satisfactoria.

Todos ellos estuvieron tutelados por las letradas del Consejo, M.^a José Quintana Acebo y Ana M.^a López Guizán

6.- Memoria anual de actividades.

Como todos los años, se ha editado la memoria de actividades del Consejo correspondiente al año 2007, después de su elevación al Consejo de la Xunta de Galicia, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre.

Asimismo, la Memoria fue presentada al Presidente de la Xunta de Galicia para su posterior toma en consideración por parte del Consejo de la Xunta.

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

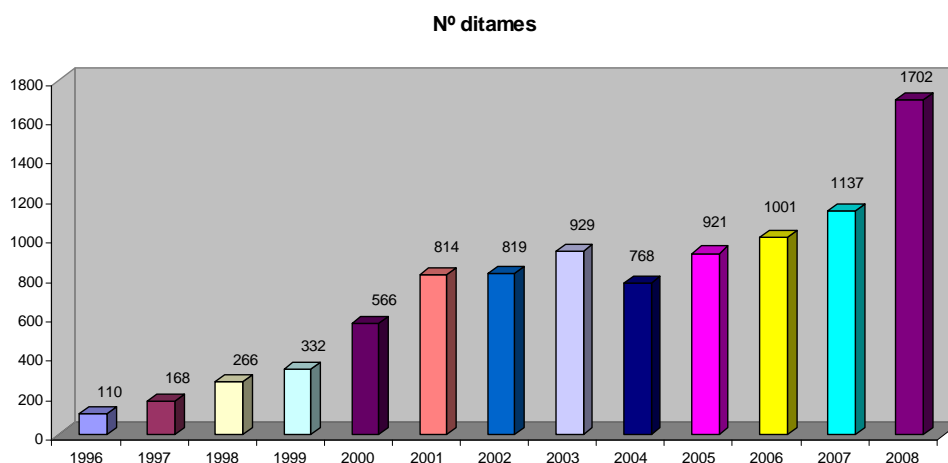
- V -

DOCE AÑOS DE FUNCIÓN CONSULTIVA (1996-2008)

1.- Datos estadísticos relativos a los expedientes dictaminados durante el período 1996 - 2008

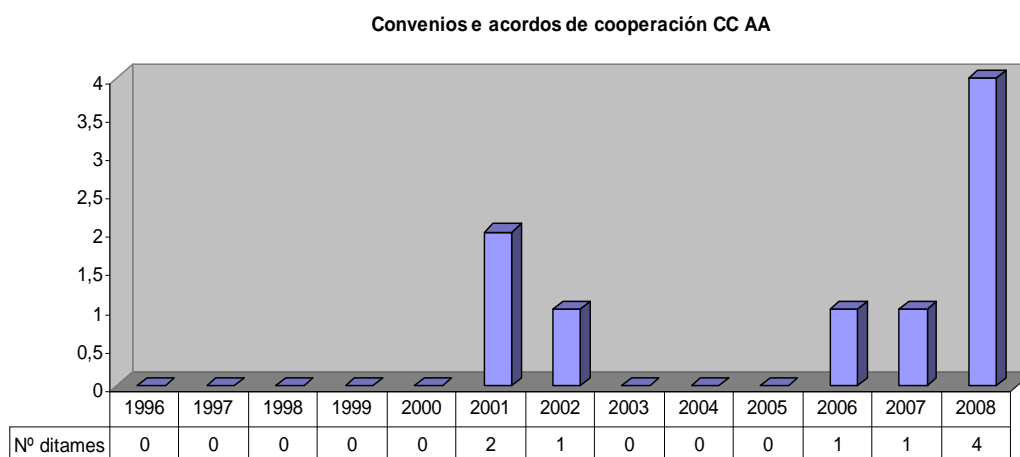
El número de asuntos registrados, por años, desde el año 1996, es el siguiente:

<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
2008	1702



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

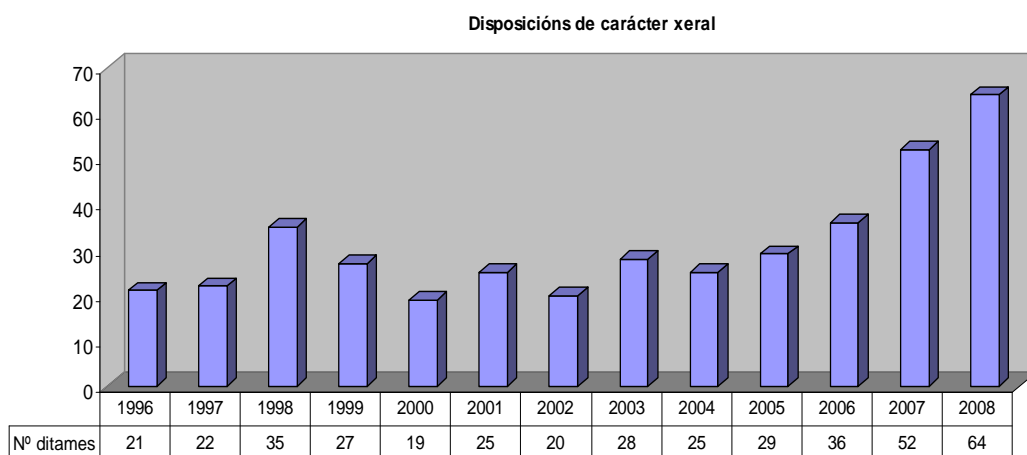
<i>Año</i>	<i>Núm. Dictámenes</i>
1996	0
1997	0
1998	0
1999	0
2000	0
2001	2
2002	1
2003	0
2004	0
2005	0
2006	1
2007	1
2008	4



1.2.- Disposiciones de carácter general. Reglamentos ejecutivos

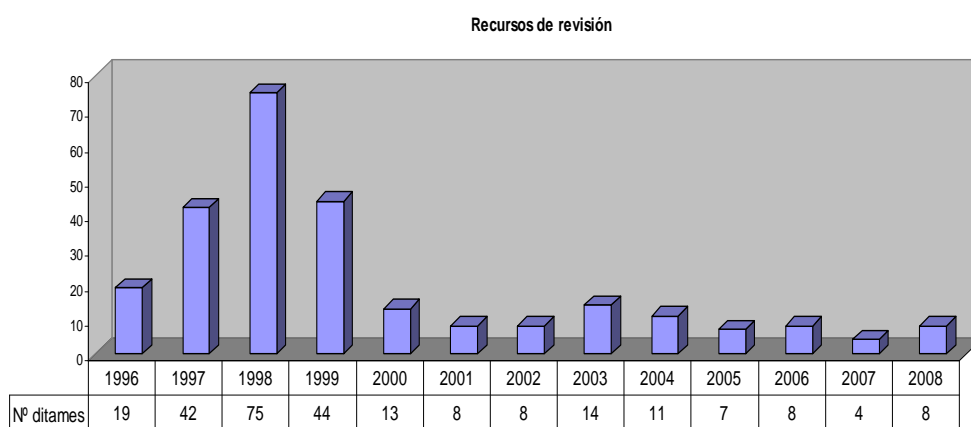
Los dictámenes concernientes a este apartado son exclusivamente los relativos a los proyectos de reglamentos dictados en ejecución de la ley (artículo 11, d) de la Ley 9/1995, del Consejo Consultivo).

<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
2008	64



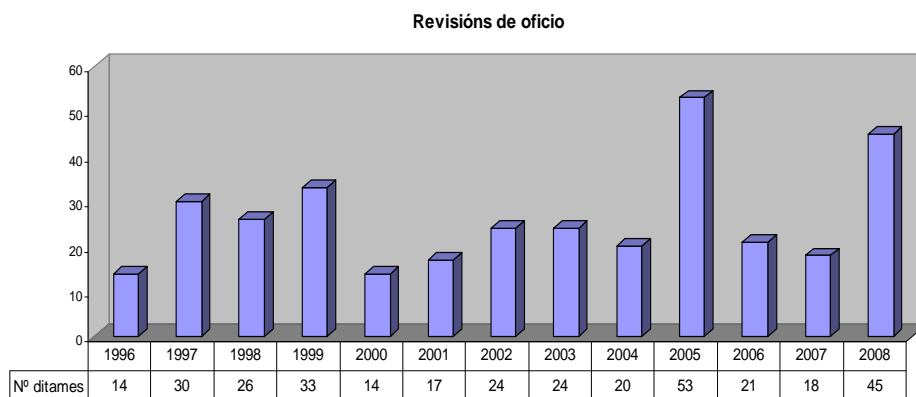
1.3.- Recursos de revisión

<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
2008	8



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
2008	45



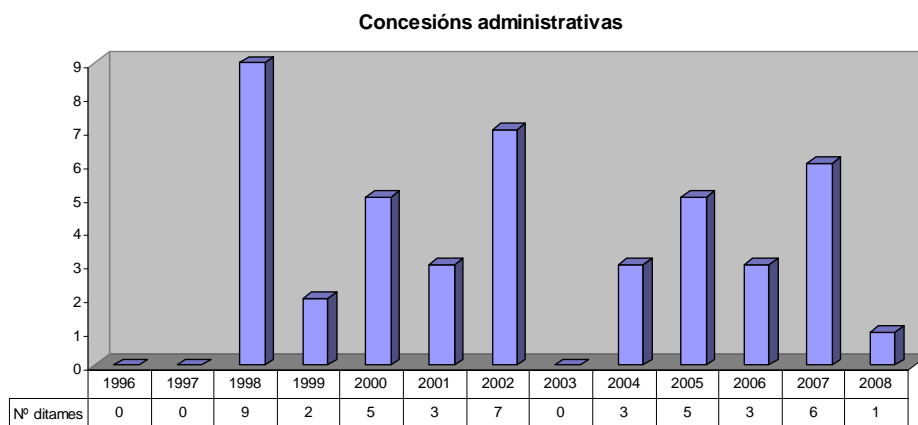
1.5.- Contratación administrativa

<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
2008	12



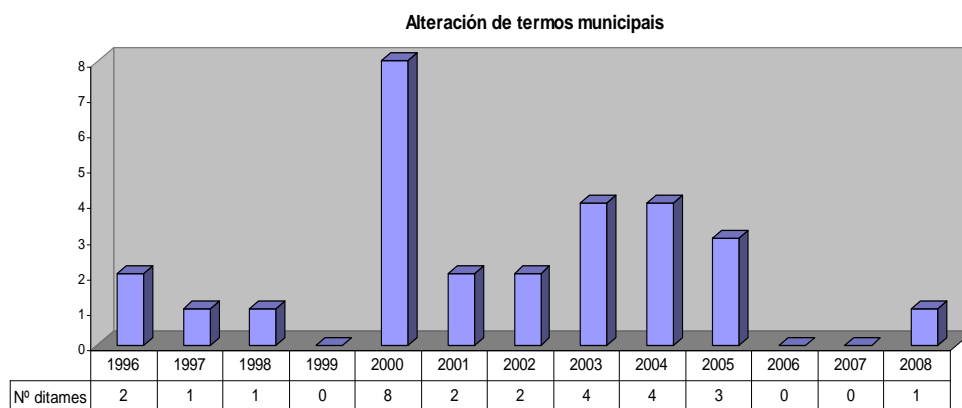
1.6.- Concesiones administrativas

<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
2008	1



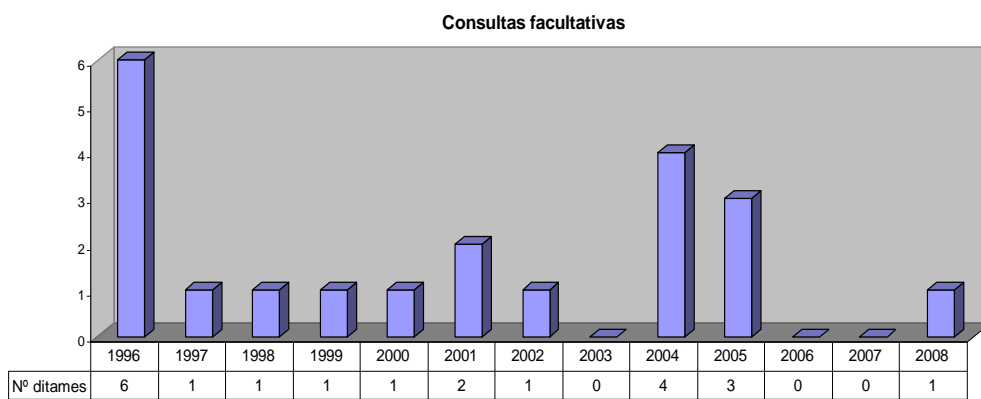
1.7.- Alteración de términos municipales

<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
2008	1



1.8.- Consultas facultativas

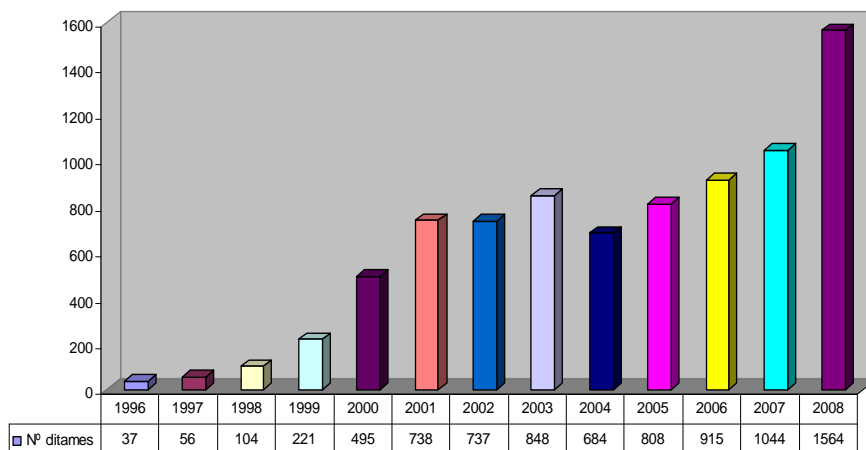
<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	6
1997	1
1998	1
1999	1
2000	1
2001	2
2002	1
2003	0
2004	0
2005	1
2006	0
2007	0
2008	1



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	1.044
2008	1.564

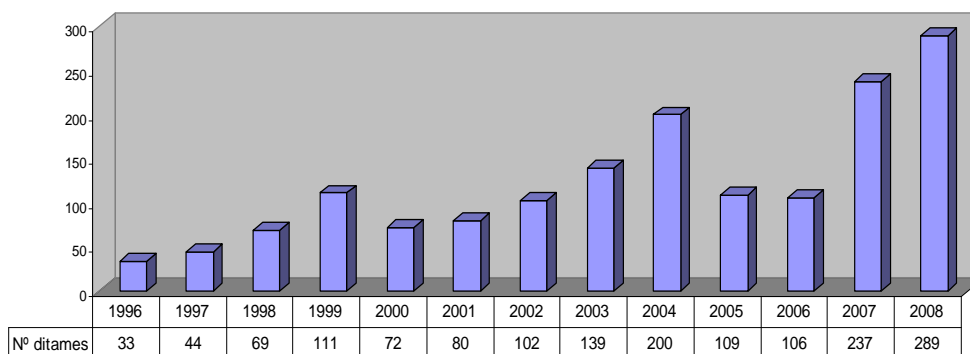


b.- División por consejerías (Afecta exclusivamente ás Consejerías de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes, de Pesca y Asuntos Marítimos, de Sanidad y de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible)

POLÍTICA TERRITORIAL, OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES

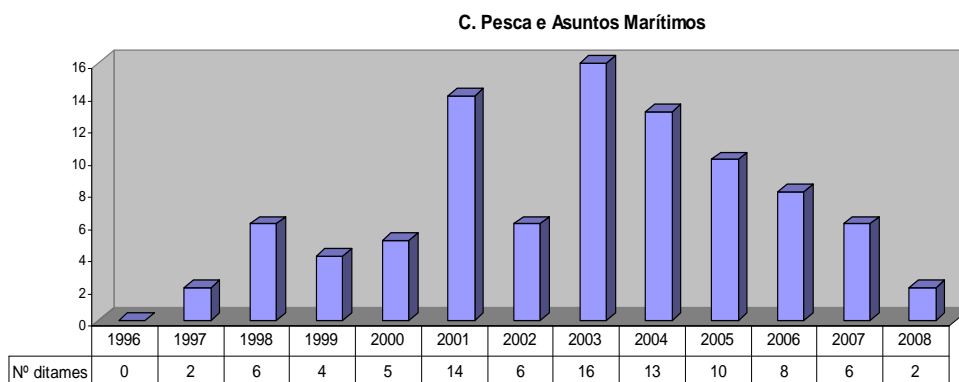
<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	33
1997	44
1998	69
1999	111
2000	72
2001	80
2002	102
2003	139
2004	200
2005	109
2006	106
2007	237
2008	289

C. de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda



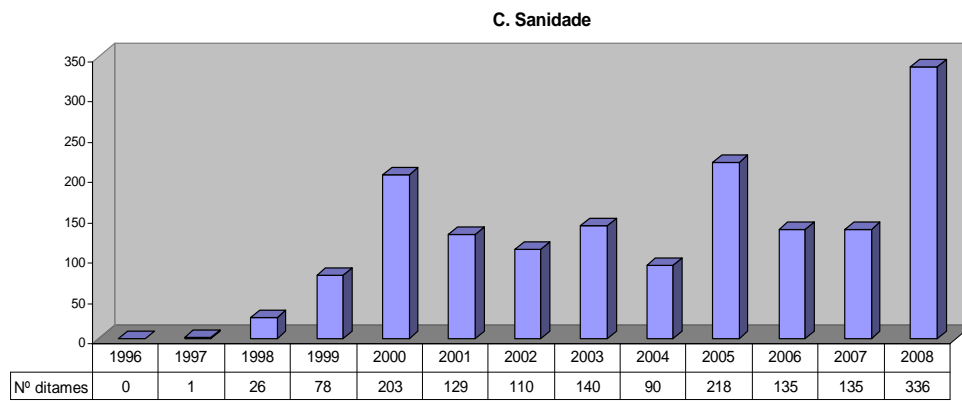
PESCA Y ASUNTOS MARÍTIMOS

<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
2008	2



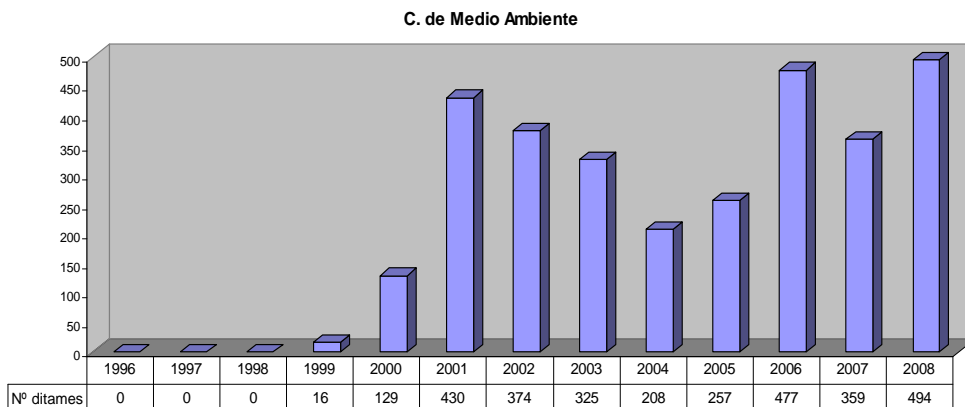
SANIDAD

<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
2008	336



MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE

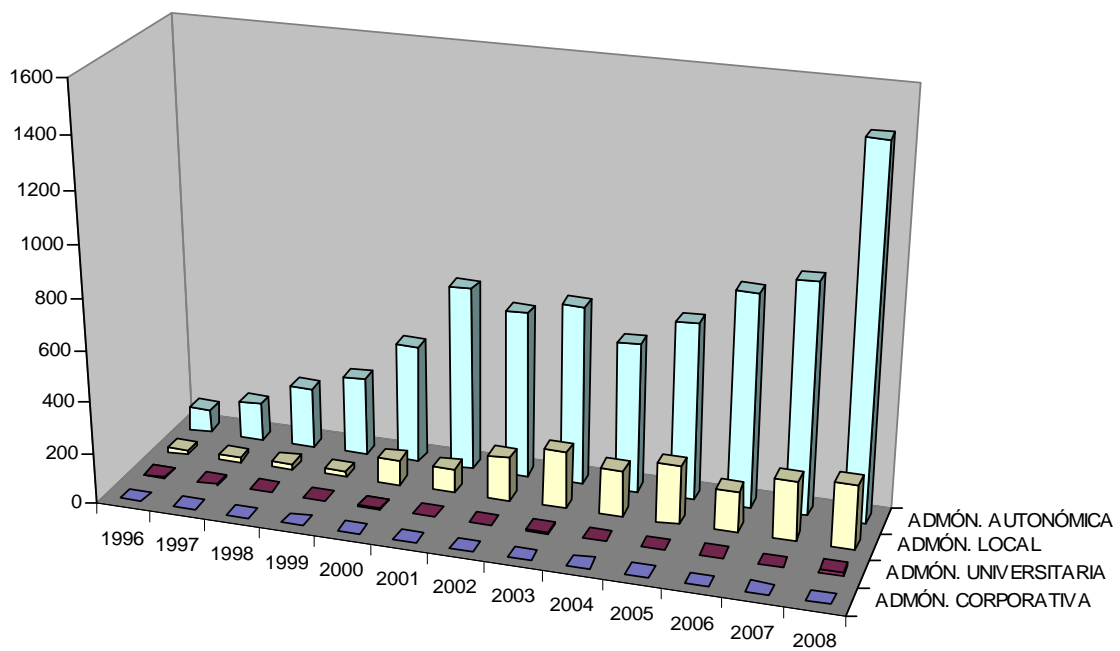
<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	0
1997	0
1998	0
1999	16
2000	129
2001	430
2002	364
2003	325
2004	208
2005	257
2006	477
2007	359
2008	494



1.10.- Comparativa por Administraciones

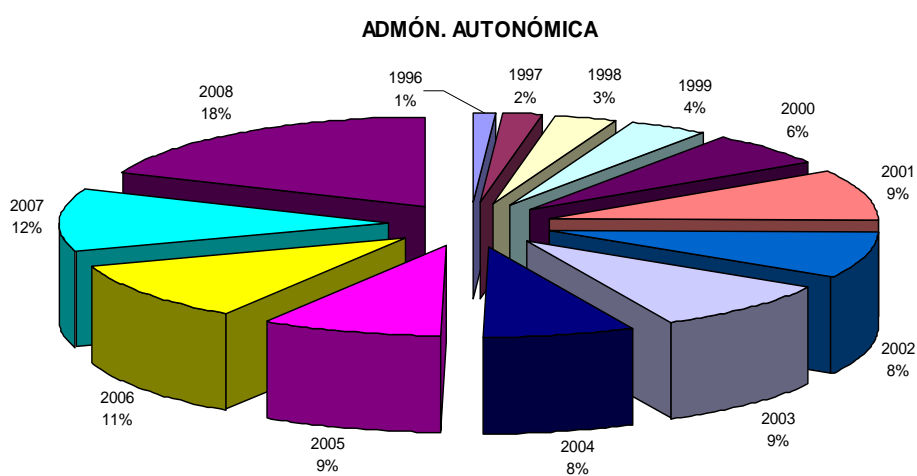
a.- Comparativa global por el núm. de expedientes tramitados

	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
2008	1.437	252	13	0



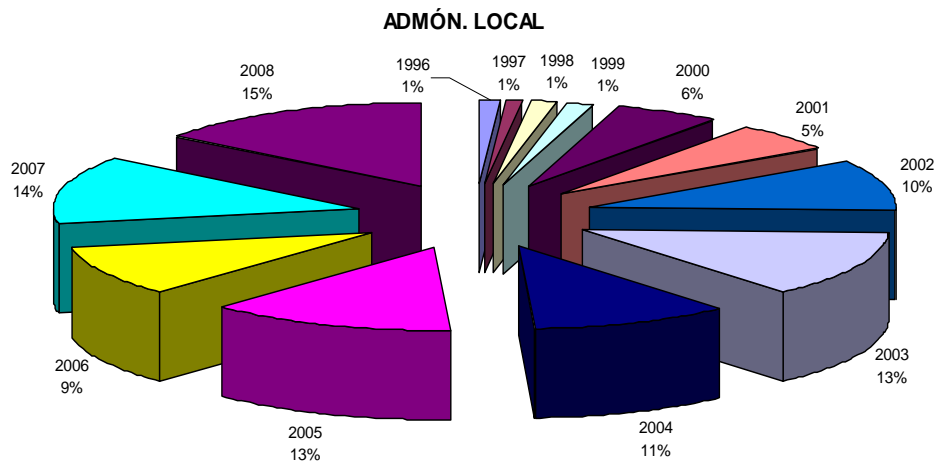
b.- Comparativa núm. expedientes de la Administración autonómica

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
2008	1.437



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

<i>Año</i>	<i>Núm. dictámenes</i>
1996	17
1997	18
1998	22
1999	23
2000	99
2001	93
2002	169
2003	222
2004	181
2005	229
2006	163
2007	233
2008	252



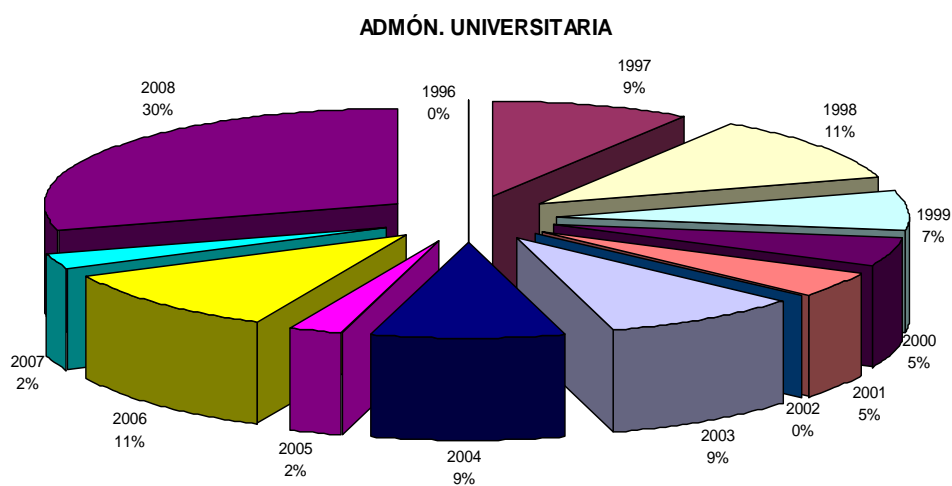
Los anteriores dictámenes corresponden a las solicitudes formuladas por 140 ayuntamientos, de los 315 existentes en el territorio de la Comunidad Autónoma, que son los siguientes (se incluyen además tres mancomunidades de municipios y un consorcio):

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

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

Universitaria

Año	Núm. dictámenes
1996	0
1997	4
1998	5
1999	3
2000	2
2001	2
2002	0
2003	4
2004	4
2005	1
2006	5
2007	1
2008	13



- VI -

OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

1- Los nuevos criterios en relación con los acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas.

Se produjo en el año 2008 una modulación en la doctrina de este órgano en lo tocante al análisis de los artículos 145.2 CE y 35 EAG de cara a adaptar ésta a la realidad en el derecho comparado autonómico, así como a la escasa, pero constante jurisprudencia y actuaciones de las Cortes Generales del Estado a la hora de calificar este tipo de acuerdos entre comunidades autónomas como “acuerdos” o “convenios” de cooperación, *ítem plus*, y sobre todo, a la necesidad de obtener la autorización previa de las Cortes o simplemente su obligación de comunicar a estas su realización.

Esta nueva manera se plasmó, concretamente, en dos dictámenes, el CCG 347/08 y CCG 348/08, dictámenes ambos que versaban sobre sendos convenios de colaboración entre la Comunidad Autónoma de Galicia y de Castilla y León, en materia de coordinación sanitaria, siendo uno el marco general y otro uno específico sobre atención primaria, especializada y asistencia de urgencias en zonas limítrofes de ambas comunidades.

Con respecto a estos convenios se afirmaba, en el sentido antes expuesto, que sobre la base de los referidos preceptos (artículo 145.2 CE y 35 EAG) el Consejo Consultivo se había manifestado en anteriores dictámenes (así, CCG 466/02, CCG 542/06, entre otros) que cuando el Estatuto alude a los términos “convenios” o al de “acuerdos de cooperación”, se estuviese a referir a dos categorías semántica y jurídicamente encuadrables dentro del mismo ámbito, y que la distinción que parece establecerse entre ambas figuras vendría marcada por la existencia o no de competencias exclusivas en relación con la materia de que se trate, de forma que, sólo de concurrir éstas, sería viable la suscripción de un convenio. En definitiva, y conforme a tal interpretación, el único elemento relevante, vendría constituido por la condición de exclusiva o no de la correspondiente competencia autonómica.

Esta era, por lo demás la cuestión esencial en los proyectos de convenios remitidos, pues los textos, como sus denominaciones indican, pretenden ser tramitados como convenios de colaboración, siendo así que su objeto afecta a una materia, la sanidad, respecto de la cual las comunidades autónomas que concurren a su suscripción no ostentan competencias exclusivas. Así resulta de los artículos 149.1.16^a y 148.1.21^a de la Constitución, el primero de los cuales atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad, en tanto que el segundo permite a las comunidades autónomas asumir competencias en materia de sanidad e higiene. Por otra parte, y de acuerdo a las respectivas previsiones estatutarias, corresponde a las comunidades autónomas el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en la referida materia (artículos 33.1 do Estatuto de Autonomía para Galicia y 34.1. 1^a del Estatuto de Autonomía de Castilla y León).

Con base en lo dicho esta opción de tramitar el acuerdo como un “convenio” no tendría acogida en la doctrina precedente de este órgano, pero, habida cuenta del debate doctrinal existente en torno a esta clasificación es preciso hacer un replanteamiento de la cuestión.

Ciertamente, es preciso partir de la evidencia de que el tema de la cooperación horizontal entre comunidades autónomas es una materia cuya regulación en el texto constitucional carece de la deseable claridad, particularmente en el que se refiere a la diferenciación entre los convenios para la gestión y prestación de servicios propios y los demás convenios denominados acuerdos de cooperación. La importancia de esta distinción radica en el diferente régimen de control por parte del Estado en cada caso, pues mientras los convenios tan sólo deben ser objeto de comunicación a las Cortes Generales, los acuerdos de cooperación precisan de la previa autorización de estas para su suscripción.

La Constitución lleva a cabo esa diferenciación mediante un criterio material. Así, serán convenios de los de la primera clase los que tengan por objeto la gestión y prestación de los servicios propios de las comunidades autónomas, en tanto que los de la segunda, denominados acuerdos de cooperación, serán todos los que tengan un contenido distinto al señalado. Esta imprecisa diferenciación traslada, no obstante, el problema, a determinar que se debe entender por “gestión y prestación de servicios propios”. Un problema que se acentúa por dos motivos fundamentales: en primer lugar por la remisión que el artículo 145.2 CE efectúa a los respectivos estatutos de autonomía para la concreción de los supuestos, requisitos y términos en que las respectivas comunidades autónomas podrán celebrar convenios entre sí con tal finalidad; y, en segundo término, por el hecho de que, como ha señalado la doctrina, la redacción de los estatutos en esta materia se ha visto mediatizada por la preocupación de asumir el mayor número de competencias exclusivas posibles, en detrimento de la cuestión verdaderamente importante para los efectos del precepto comentado, y que no ha sido debidamente percibida en su momento: La de la cooperación horizontal.

La peculiaridad del mecanismo de remisión constitucional, unida a la insatisfactoria redacción de los estatutos en este punto, lleva a posiciones doctrinales que, partiendo del criterio de carácter material contenido en el artículo 145.2 CE, entienden que la expresión “gestión y prestación de servicios” equivale a “función” o “actividad” administrativa, comprensiva de cualquier actuación que pueda llevarse a cabo en el ejercicio de las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas.

Por otra parte, hay que destacar que una lectura del artículo 145.2 CE conforme con la génesis parlamentaria del referido precepto no autoriza a identificar el calificativo de “propias” con el de “exclusivas” utilizado por la

mayor parte de los estatutos, en detrimento de las posibilidades de actuación cooperativa de las comunidades autónomas; un espacio que, por otra parte, como hoy claramente se percibe, lejos de alentar tendencias disgregadoras, está llamado a cumplir un importante papel integrador.

Resultaría así plenamente conforme con el texto constitucional entender por competencias “propias”, tanto las exclusivas como las compartidas o concurrentes, pues lo relevante es que las comunidades autónomas interesadas en la suscripción del convenio tengan la capacidad necesaria para obligarse en los términos de éste, con independencia de que la competencia ejercida pertenezca a una u otra categoría.

Esta es, por otra parte, la línea interpretativa que se está abriendo paso en la práctica, hasta el punto de que la categoría, residual, de los acuerdos de cooperación es considerada por algún autor como una última cautela introducida por el constituyente frente a un eventual pacto de federación entre comunidades autónomas, expresamente prohibido por el apartado 1 del mismo artículo 145 CE.

En cualquier caso, admitiendo las dificultades de interpretación que suscitan los preceptos constitucional y estatutario, y en ausencia de un pronunciamiento acabado del Tribunal Constitucional sobre esta importante cuestión, debe repararse finalmente en que, en virtud del mecanismo regulado en el artículo 35.1 del Estatuto de Autonomía, el efectivo control del texto por la Cortes Generales, que confiere a éstas una auténtica capacidad de decisión sobre la naturaleza del acto, siempre quedaría garantizado. Como señala la STC 44/1986 (FJ 4º) *“resulta indiferente a efectos de la impugnación que lo omitido sea la comunicación a las Cortes Generales o la previa aprobación por éstas, porque lo que falta como requisito esencial y previo es su sometimiento al control de las mismas a efectos de los requisitos que se deban cumplir”*.

Como conclusión, por lo tanto, dadas las finalidades de los convenios, así como el hecho de la plena asunción de competencias, cabe calificar como correcta la opción por la fórmula convencional seguida.

2.- Proyectos normativos.

2.1.- La tipología de entes públicos y su problemática en la legislación autonómica

Con ocasión del examen del proyecto de decreto por el que se aprueba el reglamento de la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia, el CCG abordó, con las limitaciones que imponía el propio contenido del dictamen, una problemática que se viene arrastrando desde hace mucho tiempo en la legislación autonómica, tanto general como sectorial, que no es otra que la concreción de la tipología de entes públicos o si se quiere, del sector público gallego.

Este es un asunto ciertamente complejo, que requiere por tanto de un muy minucioso estudio jurídico, cuya abordaje resulta urgente, por las múltiples disfunciones que la falta de un tratamiento uniforme produce sobre los más variados ámbitos de la legislación estatal y autonómica y, por lo que al dictamen interesaba, sobre la propia materia de subvenciones, examinada.

En efecto, puede observarse que tanto en el ámbito estatal como en el autonómico -más si cabe en este último- la categorización de las figuras jurídicas existentes en el sector público no es uniforme. Así vemos cómo el tratamiento que a este respecto realiza la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, es diferente al que utiliza la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

En el ámbito autonómico, concretamente en Galicia, esa disparidad se aprecia también en la comparación entre la regulación contenida en la Ley de patrimonio de la Xunta y la de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia.

Pues bien, la Ley de subvenciones de Galicia tampoco resultaba ajena a esa problemática general, y así en ella se han reflejado en buena medida el confucionismo legislativo existente, circunstancia ésta que, por otra parte y por lo que a la materia abordada en el dictamen interesaba, condiciona ahora, limitándolo, al propio desarrollo reglamentario de la ley.

En este sentido el proyecto de reglamento que el Consejo examinaba, con una marcada dosis de voluntarismo, no exento de la lógica que impone el panorama actual del sector público gallego, contemplaba dentro de lo que puede considerarse su ámbito subjetivo de aplicación, determinadas categorías jurídicas que propiamente no encajaban en los estrechos límites clasificatorios que a este respecto establece la ley de subvenciones en su artículo 3, apartados 1 y 2.

Se advertía así en el dictamen, que dicha posición, con ser realista y, en esa medida, positiva, podría, sin embargo, presentar problemas de interpretación en la aplicación, en su conjunto, de la normativa de subvenciones.

Se consideraba que en toda dicha problemática debía ser expuesta, siquiera sucintamente, para su posible toma en consideración por parte del departamento autor del proyecto en orden a la definición del texto final.

En referencia a los términos concretos del texto reglamentario, se observaba que la ley de subvenciones de Galicia, en su artículo 1, disponía que es de aplicación, a las subvenciones establecidas o gestionadas, entre otros, por las entidades de derecho público del artículo 12.1. b) del Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia.

Concretamente este último artículo contempla a las entidades de derecho público como aquellas con personalidad jurídica propia que por ley tengan que adecuar su actividad al ordenamiento jurídico privado.

Pues bien, dichas entidades, sin embargo -se razonaba- estaban excluidas del ámbito de aplicación del artículo 1.2 del proyecto de reglamento que se analizaba, pues éste, después de considerar distintas formas de personificación, a las que resulta de aplicación el régimen de subvención, en “plenitud”, tan sólo contemplaba a las entidades, vinculadas o dependientes de la Xunta de Galicia y que deban ejercer sus actividades con sujeción a las normas de derecho público.

Sin embargo, el reglamento parecía aludir a éstas, como destinatarias de un régimen “atenuado” (aplicación, únicamente, de los principios de gestión e información) en su apartado 3.

Por otra parte la Ley de subvenciones, además, establece, de manera taxativa, los entes a los que les es de aplicación “plena” el régimen que regula: la Administración General de la Comunidad Autónoma de Galicia, los organismos autónomos y entidades de derecho público del artículo 12.1.b) del DL 1/1999, de 7 de octubre, ya referidas, y las entidades locales de Galicia.

El reglamento incluía, sin embargo, dentro de este régimen a los consorcios, que en razón de las características que les son propias, tienen, cuando menos, un difícil encaje, dentro de las categorías a las que se aplica la ley en condiciones plenas, en toda su extensión.

Parecida problemática ocurría en el caso de las universidades gallegas, que por su singularidad, dentro de la tipología general de entidades públicas (“establecimientos públicos”), no encajan propiamente dentro de las categorías a las que la ley se aplica en plenitud, aunque sí, en cambio, podrían tenerlo en el régimen “atenuado” (demás entes vinculados o dependientes de la Xunta de Galicia).

Concluía el CCG en torno a esta cuestión y por lo que a la materia subvencional atañía, que se daba una cierta disfunción entre la regulación legal y la proyectada, disfunción ésta que, sin renunciar a las dosis de realismo que resultaran necesarias, debería ser corregida, para no contravenir abiertamente el texto legal.

Por otro lado, se señalaba como excesiva y, por tanto, impropia, la pretensión del reglamento, al definir las sociedades mercantiles públicas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia y las Fundaciones del sector público autonómico, por cuanto, se entendía que la encomienda de definir qué debe entenderse por tales conceptos, es una tarea que le atañe a la ley y tan sólo a la ley, y que, en este caso, la asumió la Ley de régimen financiero y

presupuestario de Galicia, en sus artículos 11, 12, disposiciones adicionales primera, cuarta y quinta.

En definitiva tales observaciones ponían el acento no sólo ya en las disfunciones existentes entre el propio proyecto de reglamento examinado y la ley que le servía de referencia, en lo concerniente a la tipología de las entidades públicas, sino, en una problemática de mayor calado, como es la disparidad de criterio existente en la legislación de la comunidad autónoma a la hora de abordar dicha regulación y que al inicio nos referíamos.

En este sentido parece necesario, desde este órgano consultivo llamar la atención de los responsables públicos que tienen iniciativa legislativa, sobre la necesidad de abordar una regulación en la que, de modo inequívoco y con carácter general, sea cual sea el sector de actividad concernido, se definan las distintas categorías de entes públicos, para acabar así con el confusionismo existente en esta materia, que introduce en nuestra legislación una gran dosis de inseguridad jurídica.

2.2.- Sobre las potestades reglamentarias de los consejeros, a propósito de la regulación sobre mediación de seguros y reaseguros privados

Con ocasión del examen del proyecto de decreto por el que se regulan las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de mediación de seguros y reaseguros privados, el CCG abordó la cuestión relativa a las potestades reglamentarias de los Consejeros.

Dado el ámbito material regulado por el proyecto, el título que inicialmente delimita el ámbito competencial es el previsto en el artículo 149.1 11 de la Constitución española, según el cual, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de bases de la ordenación del crédito, banca y seguros.

En desarrollo de ese título competencial, las Cortes aprobaron inicialmente la Ley 9/1992, de 30 de abril, posteriormente derogada por la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, actualmente vigente. A través de esta ley, de carácter básico, se incorporaron a nuestro ordenamiento las previsiones de la Directiva 2002/92, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación de seguros, en la que se establecían las directrices para la armonización de la actividad de mediación de seguros en la Unión Europea.

En dicho texto legal, artículo 47, se disciplina el ejercicio de competencias por parte de las comunidades autónomas, de modo relevantemente trascendente.

Por lo que concierne al ámbito autonómico, se destacaba que la Ley orgánica 6/1999, de transferencia de competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de ordenación del crédito, banca y seguros, completó el

marco competencial en nuestra autonomía con la asunción de las atribuciones referidas.

Precisamente, en el ejercicio de las citadas competencias, se tramitaba de aquella el proyecto, que desarrollaba la ley estatal, derogando el texto reglamentario hasta entonces vigente (Decreto 118/2001, de 10 de mayo, por el que se regulan las competencias de la comunidad autónoma en materia de mediación de seguros privados).

En ese marco legal y competencial el proyecto abordaba el tema de las potestades reglamentarias del consejero de Economía y Hacienda.

En el análisis del particular, se recordaba que el CCG ya había considerado -dictamen CCG 911.07- entre otros, que el sistema de fuentes diseñado en nuestro ordenamiento jurídico reserva para el Consejo de la Xunta el ejercicio de la potestad genuinamente reglamentaria, restando a las personas titulares de las consejerías la competencia para aprobar normas sobre aspectos domésticos de su departamento

En este sentido, el apartado 6º del artículo 34 de la Ley de la Xunta y de su presidente, otorga a los consejeros, como jefes de sus consejerías, la atribución de “ejercer la potestad reglamentaria en las materias de su consejería”, si bien tal atribución, lejos de suponer un omnímodo reconocimiento de la potestad reglamentaria, está constreñida a los específicos límites que, como efecto parejo de la limitación de fines que corresponden a los departamentos administrativos, acantonan aquella declaración legal.

Así, en principio, el ámbito material en que la potestad reglamentaria del consejero actúa es el de la organización interna de los servicios de su consejería - los aspectos “domésticos”-, sin que su competencia normativa sea intercambiable con la que corresponde al Consejo de la Xunta como superior órgano político de la comunidad autónoma, que es el auténtico depositario de la genuina potestad reglamentaria.

Esta consideración cobra especial relevancia en el caso de los decretos que se dictan en ejecución de las leyes, y que deben ser, por tanto, el plus indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de dicha ley. En definitiva, como señala la STS de 3 de febrero de 1992, "él reglamento debe continuar con propio contenido el designio ordenador de la ley".

Dicho principio, desde el lado positivo, exige al reglamento ejecutivo precisar los preceptos de la ley en el que tengan cierta vaguedad, y explicitar las reglas enunciadas en la ley sólo a nivel de principios, lo que puede dificultar, en ciertos casos, la demora de la normación a una posterior orden de un consejero.

En esta línea de argumentación se invocaba en el dictamen lo considerado en el pronunciamiento del Tribunal Supremo, de 13.7.2007, en el que el órgano jurisdiccional anuló dos órdenes de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia al entender que la materia regulada excedía del ámbito propio del rango normativo empleado, pues resultaba precisa su regulación a través de decreto.

En todo caso, se precisaba ahora, que la potestad normativa de los consejeros no se ve cercenada automáticamente por el hecho de que una determinada norma produzca efectos más allá del funcionamiento de los propios servicios de la consejería. Si tal fuese la voluntad del legislador autonómico, existirían, desde luego, formulaciones legales más restrictivas que la finalmente empleada, “materias de su consejería”, que no se reduce, desde luego, a los aspectos estrictamente organizativos o de servicios, parámetros éstos que el precepto legal no emplea, por lo que no pueden ser utilizados como límites infranqueables de la potestad normativa de los consejeros sin forzar la interpretación del precepto legal.

Ciertamente, las posiciones de la doctrina científica sobre el ámbito de la potestad reglamentaria de los miembros del ejecutivo, ofrecen un amplio espectro de soluciones de muy variado signo y extensión en el reconocimiento de aquella potestad, y, también es cierto, la doctrina del Tribunal Supremo se decanta, no sin modulaciones, por una interpretación restrictiva de aquella potestad (de la que la sentencia citada de 13.7.2007 es un ejemplo).

En cualquier caso, dado el tenor de la disposición legal que realiza la atribución de potestad reglamentaria a los consejeros, una interpretación no forzada del precepto conduce a, en el ámbito de aquel, no sólo a los reglamentos de organización de los servicios internos -genuina competencia reglamentaria de los consejeros- sino también, como mínimo, a aquellos otros que, aún teniendo una cierta trascendencia *ad extra*, tienen por objeto la regulación de los instrumentos de integración de los interesados en una determinada organización administrativa. Tal es el caso del supuesto del proyecto examinado, en el que las habilitaciones normativas se refieren a la regulación del registro de mediadores de seguros, así como a las relaciones de los destinatarios de la norma con la Administración competente.

Por consiguiente -resaltaba finalmente el dictamen- la referencia a las “materias de su consejería”, no debe interpretarse, con un sentido estrictamente doméstico, sino que puede abarcar también, de modo, eso sí, limitado, otras materias como las referidas.

2.3.- La normativa sobre subvenciones públicas como paradigma de la consolidación de un régimen jurídico diferenciado, antes atomizado.

Con un sentido muy diferente al que, en otro apartado de esta memoria se reclamaba en el supuesto de la legislación de las entidades públicas, el CCG, con ocasión del examen del proyecto de reglamento de la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia, ponía de relieve el alto grado de la consolidación de un régimen autónomo y diferenciado en lo que a la materia de subvenciones concierne.

En efecto, se recordaba a propósito de esta cuestión que la actividad de fomento y dentro de ésta la relativa a las subvenciones, hace años que dejó de constituir el paradigma de la actuación administrativa puramente discrecional, y que no conocía, prácticamente, otras delimitaciones normativas que las inherentes a la técnica presupuestaria.

El reforzamiento de la técnica normativa en este sector, viene en una cierta medida determinado por los requerimientos inherentes a la pertenencia de España a la Unión Europea, ya que la competencia de la Unión para instaurar el mercado único la faculta para fiscalizar las actuaciones de los estados miembros que puedan obstar o comprometer la competitividad mediante la aplicación desviada de técnicas discriminatorias, distorsionantes de la competencia.

En este sentido, y con el designio de procurar la implantación de los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad en esta sedes materiales, nacen, más recientemente, diferentes técnicas jurídicas de control de esta actividad de fomento que abarcan tanto la posibilidad de fiscalización de las normas que instituyen las diferentes modalidades de ayudas y que apuntan fundamentalmente a la verificación del cumplimiento de principios ya consagrados en esta materia, como son los de publicidad, concurrencia y objetividad, como la de los actos particulares de concesión, técnicas de control en este caso dirigidas a restablecer determinadas situaciones jurídicas individuales que se consideran violadas por la decisión del gestor.

Pero estas técnicas, no resultarían suficientes, de no verse precedidas de un presupuesto imprescindible: la implantación de la técnica normativa en la materia, mediante una regulación marco que confiera sistemática y reforzamiento a los criterios jurídicos esenciales, mediante el sometimiento, tanto de la creación o establecimiento de las subvenciones como de su concesión concreta e individualizada, a un marco jurídico general. De este modo se instrumenta el referente jurídico previo que habrá de facilitar la fiscalización posterior de las ayudas.

Es así como, en lo que concretamente concernía a las normas que servían de referencia al proyecto que el CCG analizaba, surge, como norma cabecera, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, norma estatal, dictada, según propia expresión, en base a la necesidad, unánimemente constatada por diversos sectores, de la elaboración de una ley general de subvenciones que hubiera resuelto definitivamente la situación de inseguridad

jurídica y las lagunas hasta entonces subsistentes en aspectos muy relevantes que tradicionalmente han caracterizado la legislación española sobre subvenciones.

Con anterioridad a la aparición de la ley, la materia estaba esencialmente contenida en los artículos 81 y 82 del texto refundido de la Ley general presupuestaria, aprobada por el Real decreto legislativo 1091/1998, de 23 de septiembre.

En relación con éste, la ley señalaba la clara conciencia existente de la necesidad de dotar a ese importante ámbito de la actuación administrativa, de un régimen jurídico propio y diferenciado que hubiera permitido superar las insuficiencias del que venía a sustituir, regulando instrumentos y procedimientos aseguradores de una adecuada gestión y un eficaz control de las subvenciones

Quizá por tal motivo y en orden a asegurar cierta homogeneización en los aspectos reguladores básicos, buena parte de las normas contenidas en la ley se establecían como normas básicas, con el carácter, por tanto, que viene determinado por el artículo 149.1.13^a, 14 y 18 de la Constitución, concretamente, la definición del ámbito de aplicación, las disposiciones comunes definidoras de los elementos subjetivos y objetivos de la relación subvencional, el régimen de coordinación de actuaciones entre las distintas Administraciones Públicas, determinadas normas de gestión y justificación de subvenciones, invalidez de la resolución de concesión, causas y obligados al reintegro de las subvenciones, régimen material de infracciones y reglas básicas reguladoras de las sanciones administrativas en el orden subvencional

Tiempo después, por Real decreto 887/2006, de 21 de julio, se dictó el Reglamento en desarrollo de la ley general, respondiendo, con un plano de concreción mayor -como en todo caso cabría esperar- a los mismos designios de la ley que desarrolla.

Dicho reglamento contiene normas declaradas también básicas, si bien en el caso de éste, dicho carácter básico viene limitado a aquellas normas que constituyen un plus necesario de aquellas otras que han atribuido dicho carácter. Así lo dispone la propia Ley general de subvenciones en su disposición final segunda.

Llegamos así, con dichos presupuestos legales, a la Ley gallega 9/2007, de 13 de junio, la que proclama que la ordenación de un régimen jurídico común para las subvenciones, como finalidad que perseguía, como hemos visto, la ley estatal, tiene que conciliarse, dentro del respeto a la legislación básica, con el desarrollo de un régimen jurídico propio correspondiente al ámbito competencial autonómico. Así la propia ley se fija como objeto el establecimiento de una regulación congruente con las peculiaridades de la organización de la comunidad autónoma y sus mecanismos de financiación.

Ésta era, precisamente, la norma que habilitaba al proyecto de reglamento que el CCG examinaba, que se centraba, básicamente, en el establecimiento de un régimen jurídico para las subvenciones públicas, y dentro de estas, a las concedidas por la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, en sus múltiples personificaciones, no contemplando, sin embargo, -de modo, en cierta medida, paradójico pues se estaba ante un “reglamento general de aplicación de la ley”- su aplicación a las administraciones locales, en razón, según justificaba la memoria general del proyecto, de que ésta, en lo que se refiere a su organización y funcionamiento, tiene peculiaridades que requieren una regulación específica, que en la propia memoria se preveía abordar en un futuro inmediato en cumplimiento del mandato establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 9/2007, de subvenciones de Galicia.

2.4.- Competencia del Consejo Consultivo de Galicia para la emisión del dictamen en los supuestos de desarrollo autonómico de normas básicas estatales.

Con relativa frecuencia se suscita la cuestión en torno a la naturaleza de normas reglamentarias autonómicas que desarrollan o completan la regulación contenida en normas básicas estatales, siendo en cuanto, por corresponder a sistemas normativos diversos -el estatal y el autonómico- no existe entre aquellas y éstas una propia relación jerárquica.

Pues bien, como ya ha argumentado el CCG, entre otros, en el dictamen CCG 408/00 -trayendo a debate la distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes, toda vez que por imperativo legal solamente los primeros son objeto de dictamen preceptivo del CCG- la determinación previa de tal naturaleza es de decisiva importancia de cara a afirmar la competencia para la emisión del dictamen, teniendo en cuenta que del artículo 2 de la Ley 9/1995, del Consejo Consultivo de Galicia, no puede extraerse un título competencial habilitante para pronunciarse sobre reglamentos no ejecutivos, pues dicho precepto sólo articula las facultades de este órgano “en el ejercicio de sus funciones”, lo que implica una previa y cabal inserción de la norma a dictaminar en las previsiones del artículo 11 de la ley.

Como en el citado dictamen se concluía, dejando a un lado la tesis de si es necesario el dictamen del Consejo de Estado “o del órgano consultivo de la comunidad autónoma si lo hubiera”, a causa de si en casos como el analizado se necesita o no una *legis interpositio*; la realidad es que la Ley 9/1995, de creación del Consejo Consultivo, en su artículo 11, d), requiere dictamen preceptivo del órgano, para los “reglamentos que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones”, no estableciendo diferenciación alguna en función de la procedencia de las leyes que se desarrollan (y dicho queda que las comunidades autónomas pueden desarrollar normativa básica estatal por ley o reglamento), sino en función de su procedencia: el ejecutivo gallego en este caso.

En esta línea de argumentación hay que tener en cuenta la interpretación extensiva que el Tribunal Supremo realiza a la hora de discernir sobre la necesidad del dictamen de referencia. Así, en sentencia de 24 de julio de 2003 el Tribunal Supremo razona que *“la jurisprudencia de esta Sala, para perfilar la noción de reglamento ejecutivo, ha utilizado, esencialmente, dos concepciones: una material, comprendiendo en el concepto aquellos Reglamentos que de forma total o parcial «completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan» una o varias leyes, entendidas éstas como normas con rango de ley, lo que presupone la existencia de un mínimo contenido legal regulador de la materia; y otra formal, dando cabida a los reglamentos que ejecutan habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material. Y es que, como pone de relieve la STS de 16 de junio de 1989 (RJ 1992,3750) (Sala Especial del art. 61 LOPJ RCL 1985, 1578, 2635), el artículo 22.3 LOCE (RCL 1980,921) «que no es sino reproducción de otros análogos en las sucesivas regulaciones de la institución, ha originado una construcción jurisprudencial dicotómica, quizás artificiosa, que separa los reglamentos ejecutivos de los independientes», cuando la realidad es que la necesidad del dictamen previo del Consejo de Estado enlaza sobre todo y de modo inmediato con la significación de los principios de constitucionalidad y de legalidad, por los que, según el artículo 2.1 LOCE, debe velar en su función consultiva el Consejo de Estado, y cuyas exigencias se proyectan sobre cualquier clase de reglamento”*.

Con base en estos presupuestos el Tribunal Supremo considera que *“ha de tenderse, por tanto, a una interpretación no restrictiva del término «ejecución de leyes» teniendo en cuenta que hay, incluso, una mayor necesidad de control interno en la elaboración de los reglamentos, precisamente, a medida que es mayor la desconexión con la ley y dado que, en todo caso, han de respetar el bloque de la legalidad. Consecuentemente, y mientras subsista la necesidad de distinguir a efectos del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente unos reglamentos específicamente «ejecutivos» porque la categoría esté formalmente consagrada en la LOCE o en la correspondiente ley autonómica, ha de incluirse en ella toda norma reglamentaria que desarrolle cualquier remisión normativa o reenvío legal a una ulterior formación que ha de efectuar la Administración como complemento de la ordenación que la propia ley establece, aunque ésta no incorpore una específica y parcial regulación material de lo que está llamado a desarrollar o completar el reglamento; y, únicamente, estarán excluidos del preceptivo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente los reglamentos independientes, autónomos o ‘praeter legem’, en el reducido ámbito en que resultan constitucional y legalmente posibles especialmente en el organizativo interno y en el de la potestad doméstica de la Administración y los reglamentos de necesidad (cfr. SSTS de 27 de noviembre de 1995 RJ 1995, 8944 y 3 de julio de 1996 RJ 1996, 6363)”*.

Por lo demás, como también se consideraba en aquel dictamen, la intervención del CCG, se puede fundamentar en una comprensión amplia del

tenor del artículo 107 CE, aunque por efecto reflejo, ya que, al aludir el precepto a la intervención de un determinado órgano consultivo -el Consejo de Estado- no solamente provoca la constitucionalización de esta singular unidad administrativa, sino, en cierto modo, la constitucionalización de la función consultiva genéricamente considerada, como garantía de legalidad.

Conclusión ésta que se apoya, además, en la doctrina de la sentencia del TC 204/1992, que admitió la viabilidad alternativa de los consejos consultivos autonómicos sobre una base de homologabilidad (que no de imposible identidad) con respecto a aquel supremo órgano consultivo del Gobierno del Estado.

Lo expuesto posibilita en estos casos la intervención, vía dictamen, del CCG lo que, lejos de traducirse en un lastre o simple control de legalidad de la norma, forma parte del régimen jurídico de garantías de los administrados, en los términos en que se pronunció al respecto la STC 204/1994, de 26 de diciembre.

La competencia del CCG para la emisión del dictamen, en los supuestos de referencia, deriva, pues, de la previsión contenida en el artículo 11, d) de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, y 10 del Decreto 282/2003, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo de Galicia, cuando establece que éste deberá ser consultado preceptivamente en los supuestos de reglamentos que se dicten en ejecución de leyes, así como sus modificaciones.

2.5.- El procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general

2.5.1.- Una actuación que precisa de una sensible mejora. La necesidad de un nuevo marco normativo

Un año más, hay que destacar que el procedimiento seguido en la elaboración de las disposiciones de carácter general, en la Administración Autonómica, continua teniendo muchas deficiencias, pues han sido numerosos los expedientes correspondientes a proyectos de legislaciones remitidos para dictamen durante el año de referencia, a los que si les indicó alguna tacha de orden procedimental por parte del CCG.

Y es que la materia, dada su trascendencia, debe prestarse mucha atención, teniendo presente que la elaboración de un proyecto normativo comporta la utilización de toda una serie de técnicas y fórmulas procedimentales cuyo desconocimiento puede llegar a dificultar su ejecución y puesta en práctica.

Desde este CCG se tiene a veces la percepción, de que el procedimiento de elaboración de normas se convierte en una mera sucesión de trámites inconexos entre sí y desligados de su finalidad última, aparentando tener, como

único objetivo, el de llegar en el menor tiempo posible a la consecución del texto final deseado y a su plasmación en el diario oficial.

Realmente resulta difícil desde este órgano, sin conocer los pormenores de la organización que la Administración tiene destinada a esta tarea, aconsejar sobre cuál ha de ser el modo más adecuado para mejorar esta situación de aparente disfunción.

No obstante, como modesta aportación, se considera que son varios aspectos en los que habría que incidir para evitar incurrir en las deficientes prácticas que en la actualidad se observan:

- En primer lugar, se observa que existe un notable déficit de legislación autonómica en la materia, que sería necesario superar.

En efecto, el procedimiento aplicable a la elaboración de las normas reglamentarias es el previsto en el título V de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, particularmente, en sus artículos 24 y siguientes, así como, en nuestro caso, en el Reglamento de régimen interior de la Xunta de Galicia.

Este procedimiento no forma parte del "*procedimiento administrativo común*", cuya regulación, como es sabido, compete en exclusiva al Estado (art. 149.1.18ª. CE). Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, cuando señala que "*él procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general es un procedimiento administrativo especial respecto del cual las comunidades autónomas disfrutan de competencias exclusivas cuando se trate del procedimiento para la elaboración de sus propias normas de carácter general*".

Esta argumentación es la que lleva a proclamar normalmente la aplicación del artículo 24 de la citada Ley estatal como supletorio en el ámbito autonómico, sólo aplicable, por tanto, en defecto de norma propia.

Sin embargo, la normativa propia en este caso se agota en el Reglamento de régimen interior de la Xunta de Galicia, que data del año 1984, norma hoy a todas luces insuficiente para cumplir el trascendente papel de norma de cabecera, y, desde luego, insuficiente también para impedir, como la mayoría de las veces sucede, que se haya de acudir, supletoriamente, a la Ley estatal 50/1997, norma ésta que si bien ha cubierto razonablemente bien hasta ahora la laguna apuntada, no es sin embargo del todo adecuada para atender las necesidades propias de una organización como la de la Administración autonómica.

Se quiere poner de relieve así, que seguimos careciendo de una legislación propia que resulta casi imprescindible y ello no tanto por un desmedido afán diferenciador, sino, como hemos dicho, fundamentalmente, por la necesidad de

atender las peculiaridades propias de la organización a la que tal normativa se dirige.

- En segundo lugar, sin descartar en ningún caso la renovación legislativa apuntada, sería conveniente abordar, con un carácter eminentemente práctico una guía sobre el procedimiento de elaboración de normas -tampoco cabría descartarla para los procedimientos administrativos en general- en la que se establecieran los pasos a dar y el modo de llevarlos a cabo.

Un modesto intento en esa dirección -ciertamente fracasado a la vista de los resultados obtenidos- fue el “*Acuerdo interpretativo sobre los trámites formales seguidamente en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales*”, del 27 de diciembre de 2001, elaborado por este CCG, en el que se especificaban el contenido y alcance de los distintos trámites que conforman este procedimiento y se resumía y aclaraba el sentido de diversos aspectos de la doctrina del Consejo en esta materia.

- En tercer lugar, sería muy conveniente, disponer dentro de cada consejería, de un grupo de funcionarios especializados, dotados de la conveniente capacidad técnica para reconocer las claves esenciales que rigen esta materia.

- Finalmente, en cuarto lugar, se precisaría determinar un órgano al que se le encomendaran las tareas de coordinación y supervisión de los distintos procedimientos de elaboración de las normas. Dicho órgano revisaría los expedientes, únicamente en sus aspectos formales, antes de su remisión para dictamen a este CCG. De esta forma, en buena medida, se evitarían las devoluciones que, con excesiva frecuencia, este órgano se ve obligado a realizar en aplicación de los artículos 48 o 50 del Reglamento de régimen interior del Consejo Consultivo.

2.5.2.- Algunas de las deficiencias procedimentales detectadas

- Si bien resulta ser una deficiencia menor, en todo caso, como se ha dicho, la falta de formalización de la decisión de asunción del proyecto por el consejero promotor de la medida proyectada, que se aprecia en un importante número de expedientes, 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 la elaboración de disposiciones reglamentarias.

Por otro lado, no se alcanzan a entender las razones de la omisión de este elemental trámite dada la simplicidad de su formalización, ya que se agota en el

acto de la firma del texto y que en ninguno penaliza el tiempo de tramitación del proyecto.

- En muchas ocasiones la documentación remitida no comprende los distintos borradores del proyecto de decreto, fruto de las diferentes modificaciones que se van introduciendo en el texto, en las distintas fases de tramitación, circunstancia ésta que impide valorar en qué medida éstas tuvieron incidencia en el proyecto tramitado.

- Se observa en ciertos casos que el informe de la secretaría general de la consejería promotora del proyecto, tiene un carácter meramente formal. 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 que *“en él se razone, explique, justifique o motive”*, se echa en falta en dichos supuestos, una valoración definitiva y global sobre la totalidad del procedimiento desarrollado, ofreciendo cumplida mención de la razón de ser del proyecto normativo, de su utilidad como norma jurídica y de su alcance en el ordenamiento jurídico, realizando a la vez un examen valorativo de la integridad del texto, medido en términos de legalidad, acierto, y oportunidad.

Además, el informe debe incorporar también una valoración sobre las aportaciones realizadas en fase de audiencia, con la oportuna explicación acerca de por qué fueron o no fueron éstas tenidas en cuenta.

Dicho informe, por otro lado, debe ser el último acto a realizar antes de la adopción por parte del consejero correspondiente del proyecto de decreto. Y es que en algún caso de los analizados, con posterioridad a este informe se recibieron alegaciones, incorporadas incluso al texto final del proyecto, por parte de la consejería promotora.

- En virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2º del Reglamento de régimen interior de la Xunta de Galicia, los proyectos de reglamento ejecutivo dictado en desarrollo de una ley, deben ser informados preceptivamente por la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia.

Pues bien, la exigencia de este requisito, como ya ha considerado este CCG en su dictamen CCG 182/98, no es simplemente formal, pues tiene una razón de ser objetiva fundamental y ésta no puede ser otra que desde la propia categorización de las disposiciones reglamentarias, éstas se sometan a informe del órgano de la Administración activa más cualificado jurídicamente, para procurar la mejor calidad de la norma. Tal consideración lleva consigo -y éste es el aspecto que nos interesa destacar aquí- la necesidad de que las apreciaciones jurídicas contenidas en el pronunciamiento de la asesoría sean debidamente consideradas y tras su examen crítico, se incorporen al decreto las observaciones de legalidad formuladas o se justifique, siquiera sucintamente, por medio del oportuno informe su no inclusión en otro caso.

Y es que la ausencia de tal valoración crítica empobrece la calidad del debate y la argumentación jurídica en la tramitación del texto y dificulta el control de legalidad de la norma, que en último término está sujeta a la verificación de legalidad que puedan realizar los tribunales de justicia (artículo 106 de la Constitución española), convirtiendo al trámite en una yuxtaposición de actuaciones, sin la integración y ensamblaje crítico que sería propio de un expediente de formulación normativa.

- En referencia también al anterior trámite de informe de la Asesoría Jurídica, debe hacerse referencia al momento procedimental en el que éste debe solicitarse. En el supuesto concreto al que va referido el presente comentario, el citado informe había sido solicitado y emitido en relación con la segunda versión o borrador del texto, después de las modificaciones introducidas al borrador inicial como consecuencia de las alegaciones efectuadas por diferentes entidades y colectivos. Pero la petición de informe se realizará, con carácter previo a la culminación de la fase interna de elaboración del proyecto y, más concretamente, de las sugerencias procedentes de otras consejerías, que también han incidido en la redacción de la versión final sometida a dictamen, y sobre las que dicho órgano asesor no ha podido pronunciarse.

Resulta por ello esencial -tal y como se ha recogido en la memoria correspondiente al año 2007- que los proyectos reglamentarios sean informados por la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia como trámite inmediatamente previo al informe de la secretaria general de la Consejería promotora, informe este último que, como se sabe, culmina el proceso técnico de elaboración de la norma.

- Debe recordarse también que según exige el artículo 8.2 del Reglamento de régimen interno de la Xunta de Galicia es necesario el informe de la Dirección General de Función Pública, en la tramitación de aquellas disposiciones generales cuando éstas afecten a la “materia de régimen de personal”. En un caso concreto examinado, determinados artículos del texto reglamentaban el régimen del personal de determinado órgano de la Administración.

- En reiteradas ocasiones se ha hecho hincapié por parte de este órgano, en la imprescindibilidad del trámite de consulta o de audiencia de los interesados. No es frecuente ya, que en los proyectos de reglamento tramitados se prescinda, sin más, de dicho trámite, pero sí resulta aún habitual que la audiencia se realice de forma inadecuada o, incluso, en un incorrecto entendimiento del sentido que dicho trámite debe tener, se solape con otros trámites similares, aún con una naturaleza distinta.

En el supuesto concreto al que se refiere el presente comentario, la modificación normativa que el proyecto contemplaba no afectaba al núcleo esencial de la regulación en vigor, pero, el Consejo, en el dictamen, alertaba

sobre la necesidad de que en el expediente se habían hecho patentes tales razones justificadoras, que, eventualmente, excusaban el trámite de audiencia.

Y es que en todo caso hay que decir que aún en los limitados supuestos en los que se pueda prescindir de dicho trámite, deben ante todo expresarse motivadamente las razones que llevaron al departamento promotor a prescindir de aquel, concretamente en el informe de la Secretaría General de la Consejería.

Se recordaba al respecto el especial cuidado que debe ponerse al abordar la consulta -incluso también, como hemos dicho, cuando por razones justificadas se prescinde del mismo- pues la exigencia de dicha consulta no responde únicamente a un principio garantista, dirigido por tanto a proteger los derechos e intereses particulares potencialmente afectados por la disposición de que se trate, sino que, además, persigue otros fines, vinculados al postulado de eficacia y eficiencia propio del Estado, es decir, coadyuvar en el acierto, eficacia y, en definitiva, a la calidad de las normas, reforzando también así su legitimación.

Una observación de parecido tenor se hacía en relación con el trámite de audiencia de las entidades interesadas en la elaboración del texto, que, en el caso examinado, se llevó a efecto sobre una versión inicial del proyecto, concretamente el primer borrador y, por tanto, sin haber finalizado dicho proyecto su proceso de elaboración interna. Esto resultaba de especial trascendencia en algún supuesto del proyecto tramitado, como era el de un artículo que contenía mandatos específicamente dirigidos a los ayuntamientos, en relación con el régimen de las licencias de obras de edificios en aquellos casos en los que era exigible un certificado de eficiencia energética. Dicho precepto había sufrido una modificación sustancial, sin que hubiera constado en el expediente una expresa motivación, después del trámite de audiencia a la FEGAMP, lo que, se entendía, debería haber determinado la nueva práctica del referido trámite.

Fue precisamente dicha entidad la que no fue oída en un procedimiento, siendo así que el artículo 9 de la Ley de administración local de Galicia - localizado en su título preliminar- establece *que “siempre que sea posible, y cuando no se opongan razones de interés público debidamente consignadas, se concederá a las asociaciones de municipios y provincias que ostenten la representación y defensa de los intereses de las entidades locales gallegas ante los correspondientes poderes públicos la oportunidad de exponer su parecer sobre las disposiciones de carácter general y anteproyectos de ley que, en materia de régimen local, elabore la Xunta de Galicia. Se hará efectivo mediante un informe razonado en un plazo mínimo de diez días, a contar desde el siguiente a la remisión de éste para consulta”*.

Como hemos dicho, otras veces se entiende cumplido el trámite de audiencia de las organizaciones y asociaciones representativas, al haberse confundido éste con otros trámites de naturaleza distinta.

Concretamente sucedió esto con el trámite de información pública que, respecto al procedimiento de elaboración de disposiciones generales, establece el artículo 9 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega, al señalar que *“1. Cada consejería de la Administración autonómica publicará en su página web la relación circunstanciada y motivada de los procedimientos de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general que estén en curso, indicando su objeto y estado de tramitación, así como la posibilidad que tienen las personas de remitir sugerencias y la forma de hacerlo.*

En cualquier momento anterior al trámite de audiencia o, de ser el caso, al informe final de la secretaría general, las personas, individualmente o por medio de asociaciones que las agrupen o representen, podrán remitir sugerencias relativas a aquellos proyectos que les afecten ...”.

Así, en el caso examinado, la memoria justificativa del proyecto hacía referencia a que un borrador del decreto había sido publicado en la página web de la consejería de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la citada Ley 4/2006, lo que dio lugar a la presentación de alegaciones por diversos colectivos, empresas e instituciones, pero no se refería al que propiamente se conoce como trámite de audiencia.

A este respecto, el dictamen consideraba 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 artículo 9.3.: *“Lo previsto en este artículo no sustituye el trámite de audiencia pública, en los supuestos en que sea preceptivo de acuerdo con la normativa de aplicación”.*

Otra versión de las deficiencias habidas en el trámite de audiencia la constituye otro supuesto analizado por el CCG, donde la ausencia del dicho trámite de audiencia se justificaba por el secretario general de la consejería promotora al considerar que *“todos los sectores interesados en el presente proyecto, se encontraban representados en la Comisión (...), a la que se sometió debidamente”.*

A este respecto por el CCG se indicaba que, pese a la cualificada representatividad del sector que posee dicha comisión, su participación no es completamente equiparable e intercambiable con el trámite de audiencia a los interesados, pues la representación institucional que le corresponde no es automáticamente asimilable a los intereses propios de las organizaciones igualmente representativas del sector, siendo doctrina reiterada de este CCG la que alerta sobre los peligros de la gubernamentalización del trámite de audiencia por más que en este caso, ciertamente, los destinatarios inmediatos no tengan, en

esta dimensión considerados, la condición de ciudadanos en sentido estricto, al estar integrados en una organización administrativa.

Así, como ya ha considerado este CCG en su dictamen CCG 366/07, 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 la opinión social acerca de cuestiones que les conciernen y sobre las que decide una institución vicaria cual es la Administración. El carácter vicarial o servicial de ésta, respecto de la sociedad, y la autonomía decisional, deben tener un tratamiento equilibrado.

Ponderando las distintas circunstancias el CCG concluía, no obstante, en su dictamen, señalando que, desde el punto de vista de la publicación en sentido amplio, entendida ésta como la exteriorización del proyecto de decreto, se cumplimentará en el expediente la tramitación mínima indispensable como para soslayar una manifiesta tacha de legalidad, en la medida en que el texto ha sido publicado y en la tramitación ha participado un órgano representativo como era la antedicha comisión, por más que la intervención de este órgano no ha consistido propiamente en la elaboración de un informe, sino en la aprobación del texto a ella sometido, sin incorporar siquiera los criterios invocados por los miembros de la comisión que no votaron a favor del proyecto.

Así todo, la aceptación de todo lo que precede, no equivalía, según el CCG a la formulación de un juicio decididamente positivo en torno a la cumplimentación de la referida audiencia, siendo perfectibles, desde luego, los trámites seguidos para la divulgación del proyecto en el sentido de lo ya argumentado, fomentando una más específica aproximación de las organizaciones representativas del sector al texto en tramitación, y procurando, así, una más apurada evaluación de lo que la doctrina denomina el impacto normativo de las normas, así como de su factibilidad.

Y que ya en un anterior dictamen CCG 366/07 el CCG ya había advertido de 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 deberán haberse detectado de antemano en esta fase del procedimiento para evitar, en lo posible, cierto déficit de cumplimiento de las normas en el futuro, y conseguir una ejecución real y efectiva.

- Según propia definición legal (artículo 1 de la Ley constitutiva), el CCG es el "*órgano superior consultivo de la Xunta de Galicia*". Pues bien, esta

posición como superior órgano consultivo tiene reflejo en el propio articulado de la ley, cuando en su artículo 2.3, establece que los asuntos dictaminados por el CCG no podrán ser remitidos para ulterior informe a ningún otro órgano u organismo de la comunidad autónoma.

El Consejo examinó un expediente, en el que constaba un informe de la secretaría general de la consejería promotora del proyecto que decía: *"En virtud del artículo 5.1.1, a) de la Ley 6/1995, de 28 de junio, de creación del Consejo Económico y Social de Galicia, una vez sea sometido a estudio de la Comisión de Secretarios Generales, será elevado a dicho órgano para la elaboración del correspondiente dictamen preceptivo"*.

Ante tal afirmación el CCG en el dictamen se vio en la obligación de realizar diferentes puntualizaciones.

El dictamen del Consejo Consultivo es, como en numerosas ocasiones se ha puesto de manifiesto, el último informe, lo que cierra todo procedimiento de elaboración de disposiciones generales administrativas, precisamente ésta es una consecuencia del carácter de este órgano como *"superior órgano consultivo de la Xunta de Galicia"* (artículo 1 de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre). Tal consideración, por lo demás, ha sido concretada en el artículo 2 de la citada Ley de creación del Consejo Consultivo de Galicia, cuando en su apartado 3 expresa *"Los asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo de Galicia no podrán ser remitidos, para informe ulterior, a ningún otro órgano u organismo de la Comunidad"*.

Así pues no puede existir un informe ni dictamen posterior al del CCG. En el caso examinado, el hecho de que el secretario general hubiera hecho esa manifestación podría haber llevado ligado como consecuencia que el Consejo hubiera devuelto el asunto sin el preceptivo dictamen a la espera de que primeramente se hubiera sometido el expediente al informe del Consejo Económico y Social de Galicia, pero el Consejo en este caso consideró que no era preciso ya que, lejos de lo afirmado por el secretario general en su informe, el dictamen del Consejo Económico y Social no es preceptivo según el artículo 5.1.1, a) de la Ley 9/1995, de 28 de junio, de creación del Consejo Económico y Social de Galicia, ya que la literalidad de tal precepto reza *"De acuerdo con su finalidad y naturaleza, le corresponde al consejo las siguientes funciones: 1. Emitir dictámenes de carácter preceptivo o facultativo. 1.1. Serán dictámenes de solicitud preceptiva los que versen sobre: a) Anteproyectos de ley y proyectos de decretos legislativos y planes generales o sectoriales que regulen materias socio-económicas directamente vinculadas al desarrollo económico y social de Galicia"*. Era claro pues que el proyecto de decreto examinado no se podía enmarcar en ninguno de los supuestos de dictámenes preceptivos del Consejo Económico y Social pues el único supuesto regulado de la citada ley en el que encontraría encaje sería en las consultas facultativas.

Ante dicha situación, el CCG consideraba como más adecuado que, con posterioridad al dictamen por él emitido no se produjera ningún otro. En el caso de que, no obstante lo expresado en este dictamen, se hubiera solicitado el dictamen facultativo al Consejo Económico y Social, si alguna de sus recomendaciones hubiera sido aceptada, el proyecto de decreto debería haber sido, de nuevo dictaminado por el CCG.

2.6.- Aspectos relativos a cuestiones de técnica normativa

- Una deficiencia ya reiterada y que se ha producido a menudo en el período al que va referida la Memoria, es la de que el texto del proyecto, en su articulado, opte por la fórmula de reproducir miméticamente en su texto la normativa estatal de referencia.

Pues bien, es sabido y así ya lo ha recogido este Consejo Consultivo (entre los dictámenes más recientes, CCG 1482/08, lo inadecuado, que bajo ciertos supuestos, puede resultar esta práctica, cuando se trata de reglamentos autonómicos que reproducen textos de normas que desarrollan, señalándose en estos casos que la buena práctica normativa pasa por evitar tal mimetismo, salvo en los limitados casos en los que ello resulte absolutamente indispensable para alcanzar una comprensión razonable de la norma.

Resumidamente, se establecía en estos casos como criterio general, que la norma de desarrollo puede reproducir el texto de la ley o norma que desarrolla tan sólo cuando así lo aconseje la salvaguardia del adecuado sentido del conjunto del texto; ahora bien, si reproduce el texto legal, porque se da la circunstancia señalada, debe hacerse en su integridad, sin mutilaciones ni modificaciones.

Se señalaba además en estos casos, que, más allá de una simple tacha reprochable por invocación de postulados de técnica normativa, estas impropias fórmulas podrían comprometer incluso la legalidad misma de la norma proyectada, al poner en cuestión el principio, constitucionalmente consagrado, de seguridad jurídica.

Esta afirmación buscaba entonces amparo -y aquí entra el aspecto que ahora interesa destacar- en la propia jurisprudencia constitucional, entre otras, la sentencia 1981/40 -reiterada en la 1982/10- en la que, recordando ocasiones en las que el Tribunal ya había expresado sus reservas respecto del procedimiento consistente en reproducir normas de otras disposiciones, dice que "...al utilizarse por órganos legislativos distintos, con ámbitos de competencias distintos, está inevitablemente llamado a engendrar tarde o temprano una innecesaria complicación normativa cuando no confusión y inseguridad".

En fin, son muchas las sentencias, que insisten sobre este particular, incluso en algunos supuestos señalando consecuencias mucho más graves que la que corresponda a la mera tacha de técnica normativa, como las sentencias 162/1996 o a 62/1991. Esta última, la propósito de una normativa

sobre contratos públicos desarrollada por un gobierno autonómico, señalaba que "... La determinación del contenido de los contratos corresponde incuestionablemente al Estado y su simple reproducción por la legislación autonómica, además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la Comunidad Autónoma".

En otra orden de consideraciones, esta defectuosa técnica de desarrollo, al margen de las consecuencias apuntadas, produce cierta perplejidad, por cuanto de alguna manera implica renunciar a las posibilidades de una normación propia o cuando menos adaptada a las características específicas de la Administración gallega en esta materia.

Y es que una de las características de las normas básicas es evitar una regulación en exceso detallista para así, precisamente, posibilitar suficiente margen para la regulación de las especificidades propias por parte del legislador autonómico. Pues bien, la repetición mimética de ciertas normas básicas que hace el proyecto examinado, pone en cierto modo en cuestión, como antes decíamos, el propio reglamento que se proyecta, en el sentido de que no está cumpliendo propiamente su papel complementador de la legislación de la que trae causa, desnaturalizando su papel y convirtiendo así la propia regulación, en cierta medida, en un esfuerzo baldío.

Consecuentemente con todo lo anteriormente expresado, en estos supuestos, el CCG ha aconsejado sustituir la reproducción del texto estatal por una referencia expresa a los correspondientes preceptos de carácter básico. En todo caso, y de optar por la técnica de su reproducción, es preciso evitar que la mismo se extienda a la transcripción de aquellos preceptos, o partes de los mismos, cuyo contenido alude a competencias a ejercer en el ámbito de la Administración estatal, y sobre los que, por tanto, la comunidad autónoma carece de toda capacidad normativa, como ya se ha hecho notar en los precedentes observaciones de legalidad.

- A veces los preceptos de los textos normativos carecen de la necesaria sistemática de manera tal que ello impide, como sería deseable, un fácil manejo conjunto de la norma proyectada y de aquella que desarrolla. Esto se debe, en buena medida, al hecho de que, en muchas ocasiones, se insertan en el articulado, sin un criterio fácilmente reconocible, fragmentos de la norma estatal, junto con prescripciones reglamentarias de desarrollo, de diferente naturaleza, lo que va en detrimento de la calidad jurídica del documento.

- Es regla de técnica normativa, bien asentada en el uso, la de denominar a los órganos administrativos por referencia a las competencias que les están atribuidas, en lugar de utilizar el nombre que puntualmente corresponda al órgano en el momento de la aprobación de la norma, como ocurre en muchos de los casos detectados.

Tal regla encuentra sentido en la necesidad de salvar la coyunturalidad inherente a toda organización administrativa y, al mismo tiempo, evitar posibles descoordinaciones en la nomenclatura de los distintos órganos administrativos a consecuencia de modificaciones futuras.

- En algún caso, tratándose de una norma que modifica puntualmente otra anterior, se han observado, que el texto alude, en su disposición final a la “entrada en vigor de la modificación del presente decreto”, cuando con más propiedad debería referirse, simplemente, a la “entrada en vigor del presente decreto”, o si se quiere también, a la “entrada en vigor de la modificación operada en virtud del presente decreto”.

- No es infrecuente que algunos de los preceptos del proyecto que se somete a dictamen, carezcan de verdadera naturaleza normativa al no comportar consecuencias de carácter jurídico alguno.

Se encuentra, así, en muchas ocasiones, con preceptos que son en realidad previsiones de carácter, unas veces didáctico, otras admonitivo, otros descriptivo, pero no de neto carácter normativo.

Así ha ocurrido en un concreto proyecto analizado por el CCG que parecía más un manual de procedimientos, un código de actuación o un protocolo, que una norma propiamente dicha que merecería un recubrimiento formal más adecuado al contenido del texto y, en todo caso, diversa a la propia de las normas jurídicas.

- En parecido sentido que la observación anterior, hay que decir que los textos normativos deben huir del empleo de términos posibilistas, -tal y como en algunas ocasiones utilizan- que no establecen con claridad lo que se debe o no se debe hacer, sobre todo cuando se están regulando obligaciones de los ciudadanos. El empleo de estos términos genera inseguridad jurídica y ampara la arbitrariedad en el actuar administrativo.

Tal ha sido la observación que se formuló por el CCG a propósito de un texto que literalmente decía “se podrá exigir la constitución de una fianza”, sin mayores precisiones sobre el modo en que tal facultad iba a ser ejercida.

Es oportuno recordar aquí, en línea con el expresado por el Consejo de Estado (DCE 4490/98) que todas las normas deben tener un componente de solidez y garantía que evite en su transformación en lo que ha llamado “derecho gaseoso, blando o borroso” con contenidos imprecisos o insuficientes, el cual no deja de constituir un elemento de degradación de la norma.

- El título que adopta cualquier norma, debe responder, en buena técnica normativa, a la singularidad del ámbito material que aquella trata de reglamentar.

En definitiva debe ajustarse estrictamente a la finalidad que dice perseguir la norma, sin que necesariamente deba comprender la totalidad de los contenidos que el texto integra, sino sólo los más trascendentes.

Esta observación se justifica en el hecho de que en algunos casos el título y el contenido del precepto están desconjuntados, pues pese al enunciado del título, la previsión fundamental de la norma responde a otros contenidos.

Tal como se ha indicado en otros dictámenes, es preciso falta señalar que la primera vez que se cita una norma jurídica debe recogerse el título completo de dicha disposición, mientras que las menciones ulteriores a la misma norma pueden hacerse sin más, indicando su número y fecha.

- El preámbulo de los proyectos remitidos para dictamen, no siempre responde a la función que tiene asignada, en el sentido que reiteradamente ha afirmado este CCG. Particularmente, en ocasiones, se echa en falta en su texto, un elemental argumentario en relación con los contenidos que conciernen al sentido y finalidad de la implantación de la norma, desde las perspectivas material y jurídica. Se percibe, en cambio, la utilización de una técnica, que supliendo en gran parte a dichos contenidos de reflexión, se limitan a hacer lo que es más bien un índice o sumario del contenido normativo del proyecto, por lo que poco o nada se añade en lo concerniente a una mejor comprensión del texto legal, en el sentido antes apuntado. Se debería corregir por lo tanto dicha tendencia, habitual por cierto, como hemos dicho, en buena parte de la producción reglamentaria.

- La presente observación va referida a las disposiciones derogatorias y finales y su inclusión en el texto de un decreto de artículo único. Dicha observación se realiza en función de la técnica empleada -por otra parte perfectamente habitual y oportuna- pues, como ya hemos dicho, se trata de un decreto de artículo único, destinado exclusivamente a aprobar el reglamento de desarrollo de la correspondiente ley, que se contiene en un anexo al propio decreto.

Al respecto hay que decir que si bien -como resulta obvio- ambos forman un único cuerpo normativo, éste aparece, no obstante, diferenciado en función del contenido que, según corresponde a la técnica normativa más común, es propio de cada uno. Pero, en todo caso, dicho conjunto normativo está presidido, por así decirlo, por el decreto que es el que, propiamente, aporta a aquel, y específicamente al texto reglamentario, el necesario rango y valor en el orden jerárquica.

Pues bien, de esta forma se concluía, en relación al texto sometido a dictamen que, al contrario de lo que sucede con las disposiciones derogatoria y finales, correctamente situadas, en función de la materia que contienen, que específicamente, corresponde regular en el decreto (derogaciones, habilitación

normativa y entrada en vigor), las disposiciones adicionales, por el contrario, en cuanto normas destinadas a complementar específicamente el articulado -en el que propiamente no tienen un encaje adecuado- en este caso, complementan el articulado del texto del reglamento y por tanto deben ir situadas en éste.

3.- Actos y procedimiento administrativo.

3.1.- Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

3.1.1. La pérdida de oportunidad con ocasión de la asistencia sanitaria

La pérdida de oportunidad en el decurso de una asistencia sanitaria, como concepto que, eventualmente, puede determinar la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, viene siendo considerada por el CCG en distintos dictámenes.

Los primeros antecedentes de esta figura los encontramos en la jurisprudencia inglesa y americana, mediado el siglo XX. En España apareció más tarde, casi a finales del siglo, si bien ello no ha impedido que tenga ya un amplio eco tanto en la doctrina como en la jurisprudencia actual.

La pérdida de oportunidad resulta reconocible en aquellos casos en los que no resulta posible probar una relación de causalidad directa entre el acto médico y el daño sufrido por el particular, pero se aprecian datos o elementos conforme a los cuales se estima probable que el resultado dañoso no habría ocurrido, de haberse dado una actuación médica adecuada a las circunstancias del caso.

Dicho de otro modo, un paciente se ve afectado por una pérdida de oportunidad cuando no es sometido al tratamiento óptimo, en el tiempo oportuno, aún cuando resulte que dicho tratamiento no pueda garantizar la posibilidad de recuperación.

En estos supuestos, la doctrina que viene a ser comúnmente admitida, estima, en términos probabilísticos, que el paciente se vió privado de determinadas oportunidades o expectativas, consideradas conforme a criterios técnico-médicos, que, de haberse ofrecido, o bien habrían atenuado el daño, o bien, éste no habría existido.

Se considera así que la pérdida de la oportunidad, en los supuestos en los que se produce, es una situación que genera un deber de indemnización, si bien las consecuencias indemnizatorias son menores que en el supuesto en el que se da una relación causal directa, ya que en la pérdida de oportunidad la Administración responde por el daño probable y no por el daño final o real sufrido por el paciente.

En uno de los casos analizados por el CCG en el año de referencia, en el que se reclamaba por un supuesto daño causado como resultado de la asistencia sanitaria prestada en un centro dependiente del Servicio Gallego de Salud, concretamente al entender el accionante que existió un error de diagnóstico y que no había existido un tratamiento eficaz y correcto; se recordaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y concretamente las sentencias de 4 de junio de 2002 (RJ 692/2002) y 5 de diciembre de 1997 (RJ 177/98), al señalar que: *“Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiese evitado aquél”*; añadiendo el mismo Tribunal que *“no son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos- irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”*.

Se entendía, por lo tanto, que para que había sido apreciable la responsabilidad reclamada, era necesario demostrar que la supresión hipotética del factor agente del daño que si imputaba a la Administración evitaría la producción del daño mismo. En definitiva, resultaba preciso justificar que en el caso de que, ya desde el primer momento, si había tenido diagnosticado la verdadera dolencia sufrida por el paciente, sería posible evitar el daño final producido.

En este punto, y dada la actividad probatoria absuelta por el reclamante en el concreto expediente examinado, no era posible considerar tal hipótesis, al no estar justificado en el expediente, que una detección más temprano del cáncer habría evitado el daño del paciente. Por el contrario, de los propios informes de la clínica privada donde había sido posteriormente tratado, se especificaba que el tratamiento no era curativo, sino paliativo, destinado a mejorar la calidad de vida y el tiempo de supervivencia.

Esta circunstancia, sin embargo, a juicio del dictamen, no podía llevar tampoco a descartar el daño antijurídico, por la no aplicación de dicho tratamiento, por cuanto, se consideraba que, analizados desde la perspectiva del principio de beneficio, el aumento de la supervivencia y de la calidad de vida, son bienes jurídicos dignos de protección, y por lo tanto su afectación puede originar un daño técnicamente calificable de antijurídico.

Así las cosas, el CCG concluía que el paciente había perdido la oportunidad de que se le hubiese aplicado un tratamiento paliativo, por cuanto, se razonaba, recordando otros dictámenes anteriores, en la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se parece, en cierto modo, al daño moral que es el concepto indemnizable, resultando, por lo tanto, la concurrencia de responsabilidad patrimonial, por la existencia de un daño antijurídico vinculado con el funcionamiento del servicio sanitario.

Y a la hora de determinar el valor de la indemnización, se partía de consideraciones ya anteriormente referidas, pues, se argumentaba que era necesario hacer una puntual fijación técnico-jurídica de la concreta lesión producida, teniendo en cuenta que éste no se podía centrar -como resulta intrínseco a la pérdida de oportunidad- en el propio daño sufrido (el paciente había fallecido), sino en la imposibilidad de haber recibido un tratamiento paliativo para su fatal enfermedad.

Pues bien, ponderando la lesión efectivamente producida en estos puntuales términos -se decía- hay que tener en cuenta que, en los casos de pérdida de oportunidad, los daños repercuten en la esfera de autodeterminación de los particulares, y tienen por tanto una marcada naturaleza espiritual y no física. Se concluía que, tratándose de un daño moral, habría de tenerse en cuenta la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 25.7.2003), conforme a la cual dicho daño precisa de especiales acreditaciones, ya que carece de módulos o parámetros objetivos y tiene que presumirse como cierto, debiendo valorarse en una cifra razonable al prudente criterio del juzgador, a fin de que su reparación sea integral.

3.1.2. Las facultades de inspección y la responsabilidad patrimonial. En particular, la adopción de medidas cautelares

Con relativa frecuencia se tienen presentado expedientes de responsabilidad patrimonial a consecuencia de actuaciones inspectoras llevadas a cabo por la Administración. Estos casos presentan normalmente variadas y sugerentes cuestiones, entre otras, las relativas a la licitud de la actuación administrativa, a la carga lesiva que no obstante dicha actuación produce en relación con un eventual deber jurídico de soportarla, o, en fin, cuestiones referidas a la adopción de medidas cautelares y a su proporcionalidad.

Son dos, a este respecto, los supuestos concretos que ahora aquí se presentan.

En el primero de ellos se daba como circunstancia determinante que la mercantil que formulaba la reclamación, a consecuencia de dos inspecciones a las que fue sometido un camión de su propiedad, en sendos días consecutivos, se hubiera visto privada de la libre disposición de su mercancía durante el tiempo que duraron dichas inspecciones.

La razón del dictamen era, en este caso, determinar si dicha retención del vehículo era susceptible de ser indemnizada siguiendo los postulados propios de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

Se partía en este sentido de que la actuación de la Administración se producía en prevención de un mal mayor, concretamente, con el objetivo de

preservar las condiciones legales del mercado en el que participaba la propia mercantil afectada. La actuación de la Administración, por tanto, se llevaba a efecto en el ejercicio legítimo de sus tareas de salvaguardia del interés público que como tal le atañen.

A este respecto, se citaba el artículo 91 de la Ley 6/1993, de 11 de mayo, de pesca de Galicia, que habilita al personal del Servicio de Protección de Recursos, debidamente identificado, para protagonizar una serie de actuaciones de inspección, entre las que se recoge la posibilidad de “efectuar la inspección de cualquier vehículo dedicado al transporte de pescado, mariscos u otros productos del mar”. Según el mismo precepto, “a requerimiento del personal autorizado, el vehículo deberá detenerse, en su caso, y permitir la inspección, y si no lo hiciese, el conductor incurrirá en falta muy grave, sancionable según la ley correspondiente”. La ley particulariza, además, que “en el ejercicio de sus funciones tendrá la consideración de agente de la autoridad y podrá solicitar el auxilio necesario de las autoridades de Marina y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado”.

Así pues, las actuaciones inspectoras, suponen la materialización de una potestad típicamente administrativa, encuadrable dentro de la categoría de la actividad de policía de la Administración. Además, cuando ésta es ejercida por órgano competente y siguiendo el procedimiento establecido, debe descartarse, de entrada, una eventual vía de hecho en el actuar administrativo.

Pero siendo así, incluso en estos casos, en los que se parte de una actuación con base legal, cabe preguntarse si el ciudadano tiene que soportar, en todo caso, los daños que una actividad de ese tipo pueda llevar consigo, al no ser predicable de ellos el carácter de daños antijurídicos.

A este respecto, hay que considerar que la administración tiene como objetivo y fundamento de su actuación la satisfacción del interés general, pero la consecución de tal logro puede llevar consigo, en determinadas ocasiones, como la aquí examinada, una potencial carga lesiva en la esfera jurídica de los particulares, cuya condición de indemnizable debe ser valorada con independencia de que el acto originador del daño suponga un funcionamiento normal o anormal del servicio público. Y es que no otra cosa supone el carácter objetivo inherente a la responsabilidad administrativa, que, como es sabido, sólo quiebra en los supuestos de fuerza mayor o en aquellos en que una causa extraña o imputable a un tercero incide en el nexo de causalidad.

Aplicando estas consideraciones generales al caso que era objeto de dictamen, resultaba que con ocasión de la primera inspección se levantaron un acta que dio lugar a la tramitación de un procedimiento en el que la entidad mercantil resultó sancionada al carecer de la preceptiva documentación y etiquetas reglamentarias de la mercancía que portaba, por lo que las incidencias

relativas a la libre disposición de las mercancías -consideraba el dictamen- eran imputables a la esfera de responsabilidad de la propia entidad mercantil.

En lo que se refería a la inspección llevada a cabo al día siguiente, en el acta de inspección se recogía que el camión había sido detenido a las 17:40 horas, finalizando la inspección a las 19:15 horas, tiempo éste que se empleó en el examen del vehículo, que no se estimaba desproporcionado, teniendo en cuenta la importante cantidad de mercancía que aquel transportaba, así como la diversidad de los productos del mar que componían la carga.

Se consideraba así, que al no resultar probado que la Administración hubiera incurrido en demoras o hubiera retenido el vehículo por más tiempo del necesario para la práctica de la inspección de referencia, siendo esta medida, por tanto, proporcionada al interés protegido por la Administración, no podía derivarse responsabilidad alguna a cargo de ésta. Y ello tanto más, si se tenía en cuenta el resultado de la inspección practicada al mismo vehículo en la fecha anterior, circunstancia ésta que añadía al fundamento general de la actuación inspectora referido, el amparo que ofrece la posibilidad de adoptar medidas cautelares para asegurar la eficacia de las resoluciones que hubieran podido adoptarse que establece el artículo 72 de la LRJPAC.

El segundo supuesto al que aludíamos, examinado en el año de referencia por el CCG, era también relativo a las facultades de inspección, con unos perfiles, sin embargo, algo diferentes al anterior. En este caso el reclamante alegaba que inspectores de la Administración se habían presentado en el almacén de la entidad que representa con el fin de inspeccionar unas cajas de merluza que habían sido objeto de subasta en la lonja media hora antes. Añadía que, tras una labor de inspección sin garantías, los agentes acordaron el decomiso de 93 cajas de pescado.

Denunciaba además el reclamante que, posteriormente, la entidad, no había tenido conocimiento del posible expediente sancionador ni de ninguna actuación de la consejería. En concreto, apuntaba, que el acta de decomiso y las muestras del pescado no se habían presentado ante la Consejería de Pesca, y que la adopción de la medida cautelar de decomiso no se vio acompañada del inicio de un procedimiento sancionador en el plazo de cinco días como exige el artículo 28 de la Ley 8/2004, de 30 de julio, de protección, control, infracciones y sanciones en materia marítimo-pesquera de Galicia.

Atendiendo a lo que considera un irregular actuar administrativo, el reclamante, solicitaba una indemnización por cuantía equivalente al valor del pescado.

El dictamen a este respecto, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la STS de 20 de diciembre de 1996), consideraba que la adopción de toda medida cautelar exigía la concurrencia de dos presupuestos: el llamado

fumus boni iuri, y el *periculum in mora*, requisitos a los que habría que añadir la necesaria proporcionalidad entre la finalidad que la medida persiga y aquella.

Pues bien, la concurrencia del primer presupuesto *-fumus boni iuri-*, que alude a la verosimilitud o apariencia clara de lo ajustado a derecho del actuar de la Administración, resultaba nítido en el supuesto de referencia, teniendo en cuenta, por un lado, que según el acta de inspección y sus anexos, un 40% del pescado tenía un tamaño no reglamentario, y, por otra, que al amparo del artículo 11, f. 15) de la Ley 8/2004, de protección, control, infracciones y sanciones en materia marítimo-pesquera de Galicia, constituye una infracción grave “La tenencia, la consigna, el transporte, el tránsito, el almacenamiento, la transformación, la exposición y la venta, en cualquiera de las formas previstas legalmente, de productos pesqueros prohibidos o de talla o peso inferior al reglamentario”.

Se señalaba en este punto como, de conformidad con el artículo 27.1 de la Ley 8/2004, de 30 de julio, las actas de inspección redactadas por el personal funcionario del Servicio de Guardacostas de Galicia disfrutaban de eficacia probatoria respecto de los hechos en ellas denunciados, sin perjuicio, eso sí, de las pruebas que puedan aportar en su defensa los interesados. En este sentido, en el caso objeto del dictamen, la reclamante discutía la adopción de la medida cautelar de incautación del pescado, alegando irregularidades formales como la constancia de ciertos datos en anexos posteriores al acta de inspección o el empleo de instrumentos no reglamentarios para la medición del pescado.

Aunque fácilmente se vislumbraba que la entidad reclamante no había discutido la realidad de la existencia del pescado de tamaño antirreglamentario, circunstancia ésta que motivó la adopción de la medida cautelar, lo cierto era que los reproches de la parte merecieron una cumplida respuesta en el informe aclaratorio del acta de inspección de fecha 5.10.2007.

En efecto, en dicha acta, se procedió a realizar unas series de mediciones, elegidas a suerte, de entre 1.320 kg de pescado. Estas mediciones, tal y como apunta el informe aclaratorio, se reflejaron en el anexo complementario al acta de inspección, “con el fin de poner en limpio las mediciones que se hacen *in situ* en un papel que normalmente aparece mojado y manchado. Estas mediciones se hicieron ante el encargado del almacén en el que se encontraban las cajas de pescado a las que se hacen referencia en el acta del asunto y con los testigos que figuran en la misma. Para el pesaje, se utilizó una báscula digital que estaba en el propio almacén, con permiso del encargado, y las mediciones con un flexómetro calibrado de la propia Consejería de Pesca. El encargado del almacén dijo que lo había comprado en la lonja, sí no da la talla hay que hablar con el administrador para que lo subaste de nuevo, una vez escogido”.

Y verificado el presupuesto del *fumus bonu iuri*, consideraba el dictamen que tampoco parecía presentar dudas la concurrencia de *periculum in mora*,

auténtico cimiento de la medida cautelar, ya que con ésta se trata de evitar los daños marginales derivados de la lentitud del procedimiento administrativo sancionador. El fin de asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer no es el único fin que puede justificar la adopción de medidas provisionales, tal y como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo (entre otras la STS de 26 de mayo de 1986), y recoge la legislación vigente.

Se traía, por lo tanto, a colación, al tratarse de una medida cautelar adoptada en un procedimiento sancionador, lo dispuesto en el artículo 15.1 del Real decreto 1898/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora: *“De conformidad con lo previsto en los artículos 72 y 136 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, el órgano competente para resolver podrá adoptar, en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales”*, señalando el apartado 2 como las medidas provisionales pueden consistir en la *“suspensión temporal de actividades y la prestación de fianzas, así como en la retirada de productos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, y en las demás previstas en las correspondientes normas específicas”*. Es el caso del artículo 28 de la Ley 8/2004, de 30 de julio, que recoge *“...a fin de evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y garantizar la protección de los recursos marítimo-pesqueros y los demás intereses generales”*, la posibilidad de adoptar la medida cautelar de *“a) Incautación de los productos de la pesca, marisqueo o acuicultura*

Al amparo de este artículo 28, que en su apartado 4º habilita al personal funcionario del Servicio de Guardacostas para adoptar verbalmente, entre otras, esta medida cautelar, se acordó, en el caso que nos ocupa, la incautación de las cajas de merluza adquiridas por el reclamante.

Y, así las cosas, constando acreditada la concurrencia de los presupuestos que exigen la adopción de toda medida cautelar, queda, finalmente, analizar si la medida acordada había respetado o no el principio de proporcionalidad exigido en el artículo 15.3 del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, conforme al cual *“las medidas provisionales deberán (...) ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenda garantizar en cada supuesto concreto”*. En este mismo sentido el artículo 28.2 de la Ley 8/2004, de 30 de julio, de protección, control, infracciones y sanciones en materia marítimo-pesquera de Galicia, al señalar que *“la adopción de estas medidas se realizará motivadamente y en base a un juicio de razonabilidad, eligiendo aquella que menos dañe a la situación jurídica del administrado. En*

todo caso, se respetará el principio de proporcionalidad de la medida a adoptar con los objetivos que se pretenda garantizar en cada caso concreto”.

Razonaba el dictamen que sobre este obligado respeto al principio de proporcionalidad en la adopción de las medidas cautelares ya se había pronunciado una temprana jurisprudencia constitucional entendiendo que “la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que si adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando en el eres reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso” (STC 108/1984, de 26 de noviembre, FJ 2.b).

Pues bien, en este punto se estimaba que el obligado respeto al principio de proporcionalidad había quebrado en el supuesto examinado.

En efecto, tal y como denunciaba el reclamante y constaba en la documentación obrante en el expediente, los agentes de inspección pesquera procedieron a incautar la totalidad del pescado, si bien en las series de medición que, a suertes, realizaron, se constató que tan sólo un 40% de la mercancía tenía un tamaño antirreglamentario.

En este sentido se entendía que, aunque una medición de todo el pescado (1.320 kg de merluza) habría requerido, lógicamente, un mayor tiempo y trabajo, lo cierto es que la exigencia legal de respeto a aquel principio de proporcionalidad obligaba, inequívocamente, a llevar a cabo la medición, y ello a fin de evitar la incautación de las piezas de merluza que tenían un tamaño reglamentario.

Así las cosas, a juicio del CCG había quebrado el principio de proporcionalidad en la adopción de la medida cautelar, lo que provocó a la parte la pérdida de aquel porcentaje de pescado que, aun cumpliendo la normativa vigente, fue también objeto de incautación.

Finalmente, esta pérdida, imputable, en los términos expuestos, a un deficiente funcionamiento del servicio público, se entendía que era merecedora de una cumplida indemnización a cargo de la Administración actuante.

3.1.3.- El plazo para reclamar en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial sanitaria: en especial, la eficacia interruptiva de las acciones penales

Como es sabido y conforme al artículo 142.5 de la LRJPAC, “en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”.

El citado precepto ha dado lugar a una prolija jurisprudencia que, de modo reiterado y consolidado, sigue un criterio razonablemente flexible en la apreciación del cómputo del plazo de ejercicio de la acción de exigencia de responsabilidad frente a las administraciones públicas, huyendo de aplicaciones contra *cives* o contrarias al criterio *pro actione*.

En relación con el *dies a quo* para el cómputo del plazo, el Tribunal Supremo ha establecido (sentencia de 5.11.1997, entre otras), que aquel comienza desde que se establezca los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, que es cuando hay conocimiento suficiente para evaluar su extensión y alcance.

Ahora bien, sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, hay que tener en cuenta que como reiteradamente ha manifestado el propio Tribunal Supremo y también este CCG en anteriores dictámenes (por todos el 746/02 o más recientemente el CCG 147/06), el aludido plazo es de prescripción y no de caducidad, por lo que es susceptible de interrupción por el ejercicio de acciones por parte de la víctima del daño encaminadas a la búsqueda de su resarcimiento. Puede citarse así, la consolidada doctrina jurisprudencial, recogida entre otras en la sentencia de 2.10.2001, según la cual el referido plazo no debe ser computado necesariamente desde la fecha en la que se produjo el evento dañoso, dado que la existencia de otras actuaciones encaminadas a restablecer la situación alterada por tal evento interrumpe el plazo, que habrá de iniciarse cuando la finalización de las mismas permita ejercitar el derecho con pleno conocimiento de los elementos que lo definan y que en su concurrencia resulte exigible para su eficacia.

Interesa así ahora, a la vista de tal doctrina, concretar la eficacia interruptiva que tiene la acción penal. Y a estos efectos, en el caso analizado por el CCG, que ha motivado el presente comentario, con anterioridad a la interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se han seguido actuaciones en la vía penal, que si bien fueron archivadas posteriormente, pero parecía que la acción seguía viva en tanto en cuanto el auto de archivo había sido recurrido en reposición y subsidiariamente en apelación.

Pues bien, en relación con la eficacia interruptiva de las acciones en la vía penal se recordaba la doctrina del Tribunal Supremo, recogida, entre otras, en su sentencia del 7.12.2005, según la cual “*el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos -que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre 1989 (RJ 1989, 6418), 4 julio 1990 (RJ 1990, 7937) y 21 enero 1991 (RJ 1991, 4065) del principio de ‘actio nata’ (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos*

elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad-, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 de la Ley de procedimiento administrativo común (RCL 1992, 2512, 775 y RCL 1993, 246)”.

Interpretando la redacción inicial del artículo 146.2 de la LRJPAC - modificada después por la Ley 4/1999- en la sentencia se establecía que “*cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendencia del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal*». En la misma resolución judicial se acababa razonando que “*la Ley 4/1999 (RCL 1999, 114, 329) ha venido a modificar el citado precepto de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), suprimiendo el expresado inciso relativo a la prescripción, de tal suerte que en la actualidad no ofrece duda alguna la eficacia interruptiva del proceso penal*”.

En relación con el caso examinado, siguiendo dicha doctrina, el dictamen observaba que en el expediente se había puesto de manifiesto la constante voluntad por parte de los reclamantes de obtener la indemnización ahora solicitada en vía administrativa, voluntad que, aunque hubiera podido entenderse que fue ejercitada por vías inidóneas en nada entorpecían la interrupción del cómputo del plazo. La razón en la que se sustentaba tal afirmación es que, si el objeto de la pretensión que motiva la puesta en marcha de la acción considerada impropia, es coincidente con el objeto de la posterior reclamación de responsabilidad patrimonial, el ejercicio de las distintas y sucesivas acciones debe interrumpir el plazo prescriptorio, ya que en todo caso la actividad procedimental o procesal llevada a cabo por los reclamantes en estos casos, constituye manifestación de una inequívoca conducta tendente a mantener viva su pretensión frente a la Administración, actitud que no se compadece con la de aquietamiento e inactividad que se considera base fundamental para admitir la existencia de prescripción.

Así es el criterio que por otra parte viene manifestando tanto el Tribunal Supremo como el Consejo de Estado, cuando en aplicación del principio *pro actione* determinan la necesidad de que el plazo del año se verifique desde el *dies a quo* en el que las actuaciones judiciales queden definitivamente concluidas.

3.1.4.- Reclamación por daños futuros.

Como es bien sabido, uno de los requisitos necesarios para que la responsabilidad patrimonial prospere es que el daño por el que se reclama sea

actual, es decir, que se haya producido en el momento de dirigir la reclamación contra la administración. Exponemos aquí un caso en el que, contrariamente a tal presupuesto, el daño estaba aún por producirse. Se trataba, en definitiva de un daño, susceptible de ser indemnizado, pero un daño no materializado, ya que la actuación administrativa originadora de aquel, no se había realizado.

En el escrito de reclamación el interesado señalaba que el daño se había generado a causa del otorgamiento por acuerdo de la Comisión de Gobierno de determinado ayuntamiento de la licencia municipal de legalización de una vivienda unifamiliar, licencia que posteriormente fue anulada por sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que ordenaba también la demolición de la construcción. Contra el Auto de la referida Sala, que desestimaba el incidente en el que se interesaba que la demolición se limitase a la parte del edificio situado dentro de la franja de 25 metros adyacentes a la carretera, se había formulado recurso de queja ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, pese al cual, el referido ayuntamiento conminara reiteradamente al reclamante para que presentase proyecto para la demolición de la casa.

Añade el reclamante que *“salvo que el Ayuntamiento acceda a posponer la demolición hasta que se apruebe el planeamiento urbanístico en tramitación y éste, como es previsible, clasifique como suelo de núcleo rural la casa del exponente, lo que significaría su automática legalización, los requerimientos municipales imponen al exponente contemplar la posibilidad de verse obligado al derribo del edificio que constituye su domicilio ...”*.

Finaliza el reclamante exponiendo que *“en el momento actual el edificio en su día legalizado por el Ayuntamiento, está sujeto a la decisión de demolición de esa Administración, que ignora el exponente cuando la llevará a cabo, (...), por lo que cabe considerar, desde la perspectiva del exponente, que el daño consistente en la pérdida del edificio se pueda consumir en cualquier momento”, por lo que, “en tal tesitura el exponente se ve en la necesidad de reiterar la solicitud de que se instruye expediente de responsabilidad patrimonial de esa Administración, para resarcirle de los daños y perjuicios que le irrogaría la demolición ...”*.

Pues bien, con independencia de que el caso en esta ocasión dictaminado presente cuestiones tan controvertidas y no siempre fáciles de dilucidar, como el de la imposibilidad legal de ejecución de una sentencia anulatoria de una licencia urbanística por disconformidad con el planeamiento, cuando se opone a la legalización al amparo que la nueva ordenación urbanística otorga a lo construido, como también el aspecto indirecto que formula el caso, como lo es, la posibilidad de ejecutar una sentencia en el estado de pendencia de un recurso de queja, el dictamen consideraba que el reclamante estaba formulando una pretensión indemnizatoria fundamentada en el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por daños y perjuicios futuros e

hipotéticos, en cuanto que la causa u origen del daño se imputaba a una acción de demolición de aquella construcción, que aún no se había producido en el momento de formular la reclamación, aunque hubiera podido estar en trance o preliminares de serlo.

Y bajo tales presupuestos -se recordaba- que entre los requisitos que establece el art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, para admitir la responsabilidad patrimonial, debe concurrir que el daño alegado sea “*efectivo, evaluable económicamente e individualizado*”. En ese sentido, como establece la STS de 11 de noviembre de 1993, para que el daño sea indemnizable tiene que ser real y efectivo, no traducible a meras especulaciones o simples expectativas, incidiendo sobre derechos o intereses legítimos -sentencia 17.12.1981-, evaluable económicamente, cuya concreción cuantitativa o las bases para determinarla pueden materializarse también en ejecución de sentencia -sentencias 13.11.1981 y 14.04.1981- e individualizado en relación con una persona o grupo de personas, daño producido por la actividad de la Administración en una relación de causa efecto, gravando sobre el perjudicado la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos legales para que surja la obligación de indemnizar.

Evidentemente tales condiciones no se daban en la reclamación de referencia, al no resultar indemnizables aquellos daños o perjuicios futuros o presumibles, cuando la causa a la que se imputa su producción futura aún no se hubiera consumado o materializado, pues siendo cierto que en el caso examinado se había iniciado la fase de ejecución de la sentencia que había anulado la licencia y ordenaba la demolición de la construcción, también lo es que la acción de demolición no se había consumado, siendo más que previsible, por los indicios que revelaba el expediente administrativo, que la nueva ordenación produciría un efecto legalizador determinante de la imposibilidad legal de que la demolición hubiera tenido efecto.

Se concluía en el dictamen que aun pudiendo admitir que en determinados supuestos el daño futuro hubiera sido indemnizable, ello sería tan sólo en la medida en que venga asentado y predicado por las notas de certeza y seguridad en el “qué”, aun cuando no lo sea en el “cuándo”, presupuestos que en el caso examinado se estimaba que no se producían.

3.1.5.- Daños “con ocasión del servicio” y daños “a consecuencia directa del servicio público”: distinción.

Abordamos en este caso, a propósito del epígrafe de referencia, un expediente en el que la reclamante solicita la indemnización de los daños padecidos por su hija, como consecuencia de una caída sufrida en un centro escolar dependiente de la administración educativa. Ésta, por su parte, niega la

existencia de un nexo causal entre dichos daños y el funcionamiento del servicio público.

Y el examen del nexo causal imponía en este caso, valorar la actividad probatoria desarrollada durante la tramitación del expediente. Se recordaba a este respecto, como ya se había hecho en otros dictámenes del CCG (por todos ellos el CCG 75/96) que la carga de la prueba de la existencia de un daño evaluable económicamente y singularizado y su conexión causal con el funcionamiento de algún servicio público corresponde ciertamente al reclamante, y la de los hechos impositivos de la pretensión (fuerza mayor, culpa del perjudicado etc.) a la Administración (artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil, artículos 5.3 y 6.1 del RPAPRP).

No obstante, aun bajo la afirmación de que la prueba atañe a quien reclama, se recordaba que la actividad que desarrolla la Administración está presidida por el interés general, objetividad e imparcialidad y, en su consecuencia, está atada e interesada “de oficio” en el esclarecimiento de la verdad material, lo que supone desprenderse de cualquier actitud pasiva que impida el cabal conocimiento de los hechos por los que pueda atender o rechazar, en un acto motivado, las pretensiones de los particulares. Por ello, los actos de instrucción para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos se realizarán de oficio (art. 81 de la LPA y actualmente, art. 78 LRJPAC) y, en nuestro ámbito, el procedimiento se impulsará de oficio en “todos sus trámites” (art. 6.2 RPAPRP). En el mismo sentido se postula la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, con carácter general, acoge el principio de que la carga de la prueba de la existencia de los daños y de la relación de causalidad con el servicio público corresponde a la parte actora (entre otras, sentencias de 4.11.1997 y 30.10.1999).

Pues bien, analizando las actuaciones seguidas en la tramitación del expediente en este caso analizado, se colegía que no resulta probado de un modo suficiente aquel vínculo causal, por cuanto la reclamante atribuía a la Administración la responsabilidad de los hechos al considerar que la caída se produjo por un “resbalón a consecuencia del polvo de la obra”, pero sin apoyar tal afirmación en dato o medio de prueba que hubiera permitido dotar de suficiente verosimilitud la versión de los hechos ofrecida en la reclamación, siendo así que tal circunstancia, además, era negada por la directora del centro en el que ocurrió la caída. En efecto, ésta, en relación con las obras que se estaban realizando en la fecha en la que se produjeron los daños, aclara en su informe que aquellas “consistían en la colocación del aire acondicionado solamente en el espacio del comedor, estando la puerta cerrada en todo momento y quedando las demás dependencias de la Escuela totalmente desprovistas de peligro para la estancia confortable y segura de las niñas que en ese momento se encontraban en el Centro”.

En determinada fecha la interesada presentó escrito ante el departamento responsable del servicio en el que, además de otras cuestiones que suscita, la interesada solicita la indemnización de los daños padecidos por su hija, como consecuencia de una caída sufrida en un centro educativo dependiente de aquel departamento.

A la vista de estas circunstancias, la primera apreciación obtenida era que, por la manera de presentarse el suceso, se estaría ante un accidente común, casual y fortuito, y no imputable al funcionamiento normal o anormal del servicio público, por cuanto la Administración no puede, sin más, responder de todo evento lesivo que pueda ocurrir en un centro educativo.

La responsabilidad administrativa tan sólo surge cuando existe un vínculo causal efectivo con el funcionamiento del servicio público, no bastando a tal efecto con que el daño se produzca o manifieste con ocasión de una actividad administrativa y por coincidencias coyunturales de tiempo o lugar, que en ningún caso dan lugar a la imputabilidad de la Administración.

A la vista de lo que precede, el dictamen señalaba que no se podía concluir sino en la apreciación de que el daño había surgido “con ocasión” temporal y circunstancialmente de una actividad pública, es decir, en un centro público, pero no se demostró la concurrencia de circunstancias objetivas que habrían permitido razonable y justificadamente concluir en que aquel perjuicio fue consecuencia más o menos directa del servicio público, entendido *lato sensu*, como actividad administrativa, siendo así que el propio Consejo Consultivo ya había entendido en anteriores dictámenes (por todos el CCG 568/05), que la mera circunstancia de que un daño se produzca en un espacio o instalación públicos, no es base jurídica suficiente para hacer una imputación de responsabilidad a la Administración, si aquel se produjo, como va dicho, con ocasión del servicio, y no como consecuencia del servicio.

En apoyo de esta tesis, que, reiteramos, distingue los daños que son consecuencia de la actividad administrativa (por acción, omisión o defectuoso funcionamiento), de los daños con un origen distinto, producidos “con ocasión” de una actividad administrativa y en virtud de una simple confluencia locotemporal, se citaba la sentencia del Tribunal Supremo de 05.06.1998 (RJ 5169), según la que *“la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad (...) de manera que, para que exista aquella, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso (...), que en este caso (...) no puede apreciarse (...) por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en sí mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos”*. En semejantes términos, se

invocaba, igualmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 09.12.2004.

Contrariamente a la conclusión final contenida en el anterior dictamen, en otro supuesto de los analizados, se consideraba que los daños tenían su origen directo en el funcionamiento del servicio público.

Se trataba éste de un caso en el que la interesada reclamaba una indemnización basándose en la caída sufrida por su hijo durante la clase de gimnasia en el colegio en el que cursaba estudios, que le produjo la rotura del brazo izquierdo. Dicha clase transcurría bajo la vigilancia de un profesor de dicho centro educativo en la que se le indicó al niño -al parecer de baja estatura- que saltara al potro, elemento gimnástico -a decir de la madre- no recomendado para niños tan pequeños.

A este respecto el dictamen razonaba que la lesión se había producido en las instalaciones de un centro educativo de titularidad autonómica, en el transcurso de la clase de educación física, y como consecuencia de la realización de un ejercicio ordenado por el profesor responsable de la actividad, debiendo tenerse por otra parte en consideración -se decía- que al alumno, por su corta edad -seis años- no le era exigible un mayor grado de diligencia en su actuación, tendente a evitar el daño.

Atendidas tales circunstancias, y sin que, frente a la versión de los hechos contenida en la reclamación, esto supusiera cuestionar el grado de corrección con que actuó el docente -pues, pese a la presunta negligencia atribuida por la reclamante, no obraba ninguna prueba en el expediente-, se concluía que en el caso en cuestión, los daños sufridos por el alumno guardaban relación causal directa con el servicio público educativo, precisamente al haberse producido la lesión en el transcurso de la clase de educación física, bajo indicaciones directas del profesor, permitiendo así apreciar, a diferencia del anterior caso, la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica por el funcionamiento, normal, de dicho servicio público.

3.2.- Revisión de oficio de actos administrativos

3.2.1.- Los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el derecho interno. La revisión de oficio que trae como causa una sentencia anulatoria del Tribunal.

Especial interés dentro de este apartado reviste el hecho de que la revisión de oficio solicitada trae causa de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, lo que suscita diferentes cuestiones acerca de la interacción Derecho comunitario-Derecho interno.

En el caso del que tratamos, la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda resolvió adjudicar a determinada empresa la concesión del servicio público de transporte marítimo de la ría de Vigo y entre ésta y las islas Cíes. En el contrato formalizado se hace referencia al otorgamiento del derecho a la prestación de transportes.

La concesión citada se basaba directamente en la Ley 4/1999, de 9 de abril, de declaración de servicio público de titularidad del Xunta de Galicia del transporte público de viajeros en la ría de Vigo. Esta titularidad pública abarcaba tanto el servicio regular entre las riberas de la ría como el transporte estacional de carácter turístico con origen o destino en las islas Cíes, desde cualquier punto de la ría de Vigo. La ley preveía igualmente, que la Administración gestionaría indirectamente el servicio público de transporte, adoptando dicha gestión indirecta a la modalidad de concesión administrativa, cuya adjudicación se haría mediante concurso.

Con fecha 9.3.2006, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en un asunto que tenía por objeto un recurso de incumplimiento interpuesto, conforme con el artículo 226 CE, por la Comisión de las Comunidades Europeas, como parte demandante, contra el Reino de España, como parte demandada, dictó sentencia en la cual declara la inaplicabilidad de dicha ley, por entenderla contraria a los artículos 1, 4 y 9 del Reglamento (CEE) 3577/1992 del Consejo, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo).

A raíz de dicha sentencia la Administración autonómica acordó la incoación del procedimiento de revisión de oficio, con objeto de declarar la nulidad del contrato administrativo de gestión del servicio público, con base en lo previsto en el artículo 62.1. a), c) y f) de la LPAC., cuestión ésta, que una vez tramitado el expediente, se sometió al dictamen del CCG.

A este respecto el CCG presentaba dos cuestiones como esenciales en orden a determinar la procedencia de la revisión de oficio propuesta por la Administración.

Por un lado la de cuál es el valor que le es reconocido a una sentencia estimatoria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en un proceso por incumplimiento del derecho comunitario, que declara incompatible con éste una norma de derecho interno de un Estado miembro (en este caso, una ley autonómica).

Por otro lado, el dictamen se interrogaba acerca de los instrumentos que el Derecho interno proporciona al Estado infractor en orden a restablecer la legalidad comunitaria vulnerada, como obligado a ejecutar los términos de la sentencia, y si entre ellos resulta aplicable el mecanismo de la revisión de oficio

previsto en el art. 102 de la Ley 30/1992, para hacer desaparecer del mundo jurídico los actos ejecutados con soporte o amparo en aquella ley declarada incompatible con el Derecho Comunitario, en este caso, un reglamento comunitario.

Por lo que se refería a la primera cuestión, en el dictamen se recordaba que el proceso por incumplimiento se regula en los artículos 226 y siguientes del Tratado CEE, concibiéndose como un proceso tendente a controlar las infracciones que del Derecho Comunitario se produzcan por parte de los Estados miembros, ya sea a través de disposiciones normativas, actuaciones administrativas o judiciales, que entren en colisión o contradicción con el derecho comunitario, convirtiéndose así el Tribunal de Justicia en guardián del cumplimiento del arriba mencionado ordenamiento jurídico.

La sentencia en estos recursos por incumplimiento es meramente declarativa, si bien sobre el Estado miembro infractor pesa el deber de poner fin a tal contravención o incompatibilidad y restablecer el orden jurídico comunitario conculcada, debiendo adoptar las disposiciones necesarias para la ejecución de la sentencia.

De no decirlo en contrario la propia sentencia, sus efectos son retroactivos o *ex tunc*, de manera que tratándose de normas, tal eficacia sería la propia de una sentencia anulatoria de la norma interna, por resultar contraria a la normativa comunitaria, aspecto que tiene mayor relevancia cuando la norma comunitaria contravenida sea un reglamento, debiendo significarse que el propio TJCE viene admitiendo de forma muy restrictiva las posibles excepciones al principio de eficacia *ex tunc* de dichas sentencias, pautando en cada caso las exigencias de interrelación entre el principio de seguridad jurídica y el de efectividad del derecho comunitario.

Si bien es cierto que dicha nulidad no puede ser declarada por el Tribunal de Justicia comunitario, también lo es que, habida cuenta de que los principios de primacía y efecto directo del Derecho europeo, que determinan su prevalencia sobre la norma interna contraventora del mismo, hacen inaplicable de pleno derecho la norma interna infractora, quedando obligado el Estado infractor a suprimir o hacer desaparecer materialmente las consecuencias de la infracción apreciada. Se revela así claramente la función de control "constitucional" o normofiláctica que ostenta el Tribunal de Justicia comunitario

Llegados a este punto el dictamen traía a colación la doctrina sentada por el Consejo de Estado, en su *Informe sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español*, de fecha 14.2.2008, donde para casos similares al actual observa que en nuestro ordenamiento jurídico acaba de producirse una mutación constitucional, de naturaleza jurisprudencial, ya que se le reconoce en sentencias del Tribunal Constitucional, como la STC 28/1991, que la contradicción de la ley interna con el derecho comunitario es "un puro problema de selección de derecho

aplicable al caso concreto”, ajeno a la constitucionalidad de la ley, reconociendo así al juez ordinario poder de inaplicación de la ley interna que entre en contradicción con la norma europea, que en otro caso le estaría vedado ya que “*prima facie* parece incompatible con su sujeción al imperio de la ley que la Constitución proclama en su art. 117.1”.

Así, en virtud de la primacía del derecho comunitario, la eficacia directa de los reglamentos comunitarios, conforme con su carácter de norma cuyo fin esencial es la de concitar la uniformidad entre todos los Estados en su ámbito de aplicación, y salvadas las dudas iniciales, por sentencias y dictámenes como los acabados de mencionar en el apartado anterior, se admite con carácter general que “*los jueces nacionales están obligados a aplicar íntegramente el Derecho Comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin virtualidad cualesquiera disposiciones de las leyes nacionales, eventualmente contrarias, con independencia de que sean anteriores o posteriores a la norma comunitaria*” (STSS de 1.10.2003 y de 7.10.2005).

Lo cierto es que la situación en la que queda una ley declarada contraria al derecho comunitario por una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dista mucho de ser clara, dado que, como vemos, debe ser inaplicada, pero no puede considerarse que hubiera sido, *per se*, ni derogada ni declarada nula, ya que una declaración en tal sentido corresponde, en el primer caso al Parlamento y en el segundo al Tribunal Constitucional.

Sea como fuere lo relevante es que el sistema vigente no establece mecanismo alguno para la eliminación *erga omnes* de la ley contraria, siendo así lo único claro es que tal ley debe ser inaplicada y que el Estado en cuestión debe de adoptar las medidas oportunas para eliminarla del ordenamiento jurídico o adaptar sus preceptos cuestionados a las exigencias de la normativa comunitaria. Por otra parte, el poder ejecutivo correspondiente, deberá abstenerse de adoptar cualquier disposición en aplicación o desarrollo de la norma legal nacional declarada incompatible por el Tribunal con el derecho comunitario (sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Fratelli Costanzo, de 22.06.1989).

En el caso concreto examinado el dictamen recordaba que tal problema venía de ser recientemente solventado ya que el Parlamento de Galicia acababa de aprobar la Ley 2/2008, de 6 de mayo, por la que se desarrolla la libre prestación de servicios de transporte marítimo de personas en aguas interiores de Galicia; ley que deroga expresamente la Ley 4/1999, de 9 de abril, cuestionada por el Tribunal de Justicia.

La segunda de las cuestiones que el dictamen presentaba, como se decía, era la de la propia viabilidad de la revisión de oficio en unas circunstancias como las descritas. Se recordaba a este respecto los dictámenes 1495/2006 y 946/2007, del Consejo de Estado, en los que éste sostenía la irreversibilidad de las actuaciones devenidas en firmes, "aún declarándose con posterioridad la

contradicción con el Derecho comunitario del precepto legal en que se amparaban", apoyándose en los siguientes argumentos:

a) La eficacia general de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en recursos por incumplimiento, a pesar de que la sentencia que declara el incumplimiento de un Estado miembro tiene efectos *ex tunc*, en virtud de los principios de efecto directo y de primacía, el Tribunal de Justicia puntualizó que, ante la inexistencia de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado garantizar la ejecución de la misma, mediante los mecanismos que crean precisos existentes en el propio ordenamiento jurídico interno.

b) Los límites de derecho interno derivados de la seguridad jurídica a la regla general de la eficacia *ex tunc*. El principio de seguridad jurídica encuentra cobertura en un precepto constitucional (artículo 9.3 de la Constitución) "que no tiene sólo como efecto el más obvio de mantener sin modificar situaciones consolidadas (a través de instituciones como la prescripción, la firmeza y otras muchas relacionadas con éstas), sino que -paradójicamente- coopera en la práctica la que el ordenamiento se pueda depurar más fácilmente para el futuro con el fin de acomodarse mejor a las normas legales y constitucionales vigentes, sin obligar a sopesar los efectos retroactivos de una nulidad o de una declaración de inconstitucionalidad en un número de supuestos o casos pretéritos desconocidos y por ende imposibles de evaluar o ponderar".

Así pues, de esta doctrina del Consejo de Estado, se obtenían dos conclusiones, de una parte, que la circunstancia de la declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario no supone *per se* la nulidad de la disposición; de otra, la prevalencia del principio general de irreversibilidad de los actos administrativos firmes.

El Consejo de Estado señalaba que, establecida tal regla general, esto no obstaba para que cuando si habían dado las circunstancias establecidas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, habían podido ser revisados tales actos firmes dictados al amparo de una ley declarada contraria al ordenamiento comunitario, siendo así por tanto, que tal revisión no precisa de la existencia de un canal nueva, a mayores del ya existente.

En definitiva, se sentaba como conclusión, que no se podía predicar la nulidad automática o *per se* del acto administrativo dictado al amparo de una ley que había sido declarada contraria al ordenamiento comunitario, pero no obstante, el acto en concreto podía ser revisado de oficio si se da alguno de los supuestos del artículo 62.1 de la LRJPAC, análisis éste, por tanto, a realizar en un marco jurídico exclusivamente interno, aspecto del que a continuación se ocupaba el dictamen.

3.3.- Contratación administrativa

3.3.1 Nacimiento de las obligaciones derivadas de contrato. Consecuencias de la falta de formalización.

La normativa sobre contratación pública consagra un principio según el cual, una vez adjudicado el contrato, este acto disfruta de una estabilidad impositiva de su eliminación. Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico, la perfección del contrato administrativo tiene lugar en el momento de la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquier que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizadas (artículo 53 TRLCAP). Así pues, su formalización posterior no constituye un presupuesto necesario hacia su perfección, sino un requisito adjetivo añadido a un contrato administrativo ya existente y perfeccionado, que integra en sí mismo el contenido cierto e inalterado del Pliego que ha regido en el concurso, que siempre prevalece, clara y rotundamente, sobre un eventual, en este caso inexistente, documento de formalización.

Conforme a esto, una vez adjudicado el contrato, éste se convierte en *lex inter partes*, principio fundamental de la contratación civil declarado válido para la contratación administrativa por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia 30.05.1989) y por ello no puede ser dejado sin efecto por la voluntad unilateral de una de las partes sino en los supuestos tasados que el ordenamiento recoge. Por ello, como ya ha señalado el Consejo de Estado -en su dictamen 49.764 de 20.11.1986, entre otros- “una vez adjudicado el contrato por la Administración, tal acto goza de una estabilidad que impide su eliminación o sustitución por otro de distinto contenido, salvo en el caso de que la adjudicación se haya hecho *contra legem*, y entonces el procedimiento depurador habrá de ser establecido con carácter general”.

Las anteriores consideraciones surgían a propósito de un expediente examinado por el CCG en el que la contratista había acudido a una contratación, con la intención, por lo tanto de resultar adjudicataria de éste, con base a unas condiciones publicadas y asumidas por la empresa, por el mero hecho de participar en él.

El contratista, en este caso, para justificar la falta de constitución de la garantía definitiva y formalización del contrato en el plazo que se le había señalado y que la Administración consideraba como causa de resolución del contrato, argüía dificultades técnicas derivadas de la naturaleza de la cubierta actual, no expresadas en el anuncio ni en los pliegos, que, según su parecer, imposibilitarían abordar los trabajos en la época del año en que el contrato le había sido adjudicado. La empresa no había solicitado a la Administración contratante, de modo previo a la presentación de su oferta, ninguna documentación complementaria que le permitiese conocer de modo puntual las condiciones de la cubierta cuya sustitución era objeto del contrato; siendo, por lo

demás, evidente, que la empresa era perfectamente conocedora, cuando formalizó su oferta, de la época del año en que los trabajos tenían que llevarse a cabo.

Por lo tanto, y de concurrir circunstancias que, a su juicio, así lo permitiesen, el contratista al que tendría derecho sería a desvincularse del contrato perfeccionado mediante la técnica de su resolución, o incluso atacar su validez si el vínculo contractual hubiera adolecido de un vicio de nulidad, pero no, como así lo hizo, la de desentenderse de las obligaciones inherentes a su condición de adjudicatario, pues había presentado ante la Administración escrito solicitando un aplazamiento por lo que se le consideraba desistido de su oferta.

En este caso pues, la consulta que se formulaba al CCG tenía un alcance muy limitado. Así, según dispone el artículo 41.1 TRLCAP, el adjudicatario deberá acreditar, en el plazo de quince días desde que se le notifique la adjudicación del contrato, la constitución de la garantía definitiva, y, de no cumplirse este requisito por causas imputables al adjudicatario la Administración declarará resuelto el contrato.

Consecuentemente, existiendo un contrato válidamente adjudicado, y no concurriendo ningún impedimento imputable a la Administración (54.3 apartado según del TRLCAP), la entidad mercantil debió de proceder a la formalización del contrato y a la constitución de la garantía definitiva dentro del plazo concedido al efecto, actividades éstas que, sin embargo, no habían sido realizadas por la entidad contratista, que, como ya se ha dicho, con anterioridad a la terminación del plazo para la constitución de la garantía definitiva, había manifestado su voluntad de desistir del contrato que le había sido adjudicado.

Ante tal situación y en aplicación de lo previsto en los artículos 54.3 y 111, d) del TRLCAP, no correspondía otra solución que la resolución del contrato y la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

3.3.2. La expresión de la causa de resolución contractual. El interés público como causa de resolución.

En uno de los expedientes examinados por este CCG durante el año, la propuesta de resolución hacía referencia a motivos de interés público y al desistimiento unilateral de la Administración como causa de resolución, pero estaba basada, sin embargo, entre otras, en la cláusula XIII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, “obligaciones del contratista”, hecho que hace referencia a un posible incumplimiento por parte de éste. El mismo parecía estar detrás de la expresión como “así como en las causas de resolución previstas en el Real decreto legislativo 2/200, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas”. Toda ello conformaba un texto de difícil interpretación.

Pues bien, a propósito de tal deficiente tratamiento de la causa de resolución, en el dictamen se observaba que la propuesta de resolución debía ser clara y contener la causa de resolución contractual en la que se fundamentaba la propuesta. En el caso examinado, sin embargo, la propuesta, lejos de resultar clara, parecía mezclar diferentes causas de resolución, sobre todo teniendo en cuenta que el procedimiento de resolución se había incoado con base en un supuesto incumplimiento del contratista de sus obligaciones.

No obstante, considerando el informe-propuesta en el que se basaba la propia propuesta de resolución, el dictamen apreció que todo parecía indicar que el municipio solicitante del dictamen proponía la resolución del contrato de consultoría y asistencia por desistimiento unilateral de la Administración, con base en el artículo 214 LCAP.

Y tomando esta última como causa, se recordaba que la prerrogativa del desistimiento, que se orienta a la resolución del contrato con carácter previo a su finalización, al existir motivos que hacen innecesaria o inconveniente a su permanencia, debe estar orientada a salvaguardar el interés público, en función de las circunstancias sobrevenidas al momento de la formalización de los contratos. La resolución del vínculo contractual debe asentarse en una rigurosa valoración del interés público o de las circunstancias excepcionales que puedan concurrir, más allá de una genérica apelación a tal interés sin mayor justificación.

En este mismo sentido el Consejo de Estado había afirmado en numerosas ocasiones, por todos el dictamen 3895/1996, que *“resulta necesario examinar si concurren los requisitos que, doctrinal y jurisprudencialmente, viene exigiéndose para que proceda resolver un contrato administrativo por el solo juego de la voluntad de la Administración: por un lado, al acordarse el desistimiento debe salvaguardarse el interés público; por otro lado, también deben quedar a salvo los derechos económicos que en tales casos corresponden al o los contratistas.*

En primer lugar, debe verificarse el requisito de que concurren razones de interés público- u otras circunstancias de carácter excepcional- que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. El Consejo de Estado ha venido elaborando una doctrina en este ámbito – especialmente en el caso de la resolución por mutuo acuerdo-, oponiéndose a la viabilidad de resoluciones en las que exista una justificación objetiva suficiente para proceder a la resolución; así en su Memoria de 1986, recordó que la convicción positiva de la Administración contratante acerca de que el mantenimiento del vínculo contractual resulta innecesario o inconveniente ha de asentarse en una rigurosa valoración del interés público o de las circunstancias excepcionales que puedan concurrir.

También en el caso de resolución por desistimiento unilateral de la Administración debe tenerse en cuenta el fin público al que debe servir toda potestad administrativa...”.

En este sentido, se afirmaba que la motivación de interés público debe servir de motivación para la resolución del contrato originario, en base a hechos concretos y reales.

En definitiva, son dos las cuestiones que interesa destacar aquí. Por un lado, que debe constar perfectamente identificada en el expediente la causa de resolución de los contratos, sin que ésta, por lo tanto, pueda prestarse a duda alguna; por otro lado, no se pueden admitir aquellos supuestos en los que la valoración del interés público afectado no aparece reflejada en el expediente, limitándose en estos casos la propuesta de resolución a una simple afirmación genérica de que este resulta afectado.

3.4.- Aspectos formales relativos a los expedientes analizados

- En primer lugar, una vez más, es necesario censurar la excesiva dilación en la tramitación del procedimiento, sobre todo tratándose de expedientes de responsabilidad patrimonial sanitaria, ya que resulta excesivo el plazo que transcurre desde la formulación de la propuesta de resolución, hasta su remisión para dictamen de este organismo. Como ejemplo paradigmático de lo dicho, en uno de los casos dictaminados habían transcurridos más de dos años, sin que aparentemente, existan razones motivadoras de tal paralización.

Tan significativa demora es contraria a los principios de eficacia y celeridad, debe ser decididamente corregido.

- Reiterando también una observación ya hecha en anteriores años, se observan algunos casos de expedientes remitidos para dictamen, cuando tan sólo se dictó el acuerdo de inicio del expediente y, por tanto, en ausencia de toda tramitación posterior. Hay que señalar a este respecto que la intervención de este órgano tan sólo tiene lugar cuando se tramitó la totalidad del procedimiento, incluida la propuesta de resolución, e inmediatamente antes de adoptar la resolución definitiva por parte del órgano competente.

- Debe recordarse, en lo relativo a los expedientes de contratación en los que se propugna la resolución del contrato, la necesidad de practicar el trámite de audiencia de la entidad avalista. Tal trámite de audiencia, previsto en el artículo 46 del TRLCAP, responde, como señala la STS del 6 de febrero de 1988, a que *“si el avalista responde frente a la Administración del importe señalado como fianza en los mismos términos que hubiese sido constituida por el propio contratista, sin poder tampoco utilizar el beneficio de excusión a que se refiere el artículo 1830 Cc, sus intereses y derechos están afectados de forma directa y de inmediato por el acto de la administración que decreta la incautación de la fianza y, en consecuencia, a de propiciarse en su favor las correspondientes posibilidades defensivas, porque, en otro caso, se produciría la indefensión constitucionalmente interdictada”*.

Las pruebas practicadas por el instructor del expediente en muchas ocasiones resultan insuficientes para alcanzar una mínima convicción en torno a la realidad de los hechos en virtud de los que se reclaman, cuando no ocurre, como ya se ha dicho en otras ocasiones, que la Administración adopta una posición simplemente pasiva conformando los hechos que motivan la reclamación con base, únicamente, en las pruebas presentadas por los interesados.

- Este Consejo ha reiterado en las sucesivas memorias de actividades, la necesidad de corregir una práctica observada en los expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria consistente en remitir con ocasión de la petición de dictámenes sobre responsabilidad patrimonial sanitaria y dentro del expediente, la totalidad de la historia clínica del paciente al que se refiere la reclamación. Se recordaba en esas ocasiones que dicha práctica hacía más compleja la labor de preparación y estudio del expediente que tiene que llevar a cabo este órgano, alargando además, innecesariamente, en perjuicio de todos los interesados, el tiempo invertido en dichas tareas, como porque -en lo que se estimaba más trascendente- se ponía seriamente en cuestión el derecho a la intimidad de los pacientes y, por tanto también, el derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, derechos éstos que -se recordaba- están amparados por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Tal inconveniente práctica sigue a producirse en la actualidad, por lo que, de nuevo, se reitera la necesidad de corregirla.

- Ocurre frecuentemente en los expedientes remitidos por ayuntamientos, que éstos remiten como propuesta de resolución (artículo 48.2 del Reglamento de organización y funcionamiento de este Consejo) el informe-propuesta emitido por la Secretaria del municipio.

Concretamente, en relación con los expedientes de contratación, el artículo 59.1 del TRLCAP atribuye la prerrogativa de resolver los contratos al órgano de contratación. En los mismos términos se pronuncia el artículo 114 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real decreto legislativo 781/1986, de 28 de abril.

Pues bien, la exigencia de que el órgano de contratación sea partícipe del procedimiento de resolución antes de que el expediente se remita al Consejo Consultivo, lejos de ser un rigorismo formal, es una exigencia insoslayable derivada de la particular naturaleza propia de la propuesta de resolución que se remite. En efecto, en el ámbito de los procedimientos tramitados en su integridad en el seno de una misma Administración, el aspecto de la competencia para formular la propuesta de resolución posterior a la instrucción de aquellos (artículo 84.1 LRJPAC) puede ser relativizado, porque lo decisivo es la adopción

del acuerdo por el órgano competente, circunstancia que, en último término, convalidaría el acto anulable que hubiera adolecido de un vicio de incompetencia no determinante de nulidad, conforme dispone el artículo 67.3 de la LRJPAC.

Resulta necesario en cuanto, siendo la Alcaldía el órgano de contratación, sea ésta la que formule la propuesta de resolución; o bien se deje constancia en el expediente de la toma de razón por aquel del contenido del “informe-propuesta” de la Secretaria, aspecto éste que no puede entenderse implícito en el hecho de la remisión del expediente por el alcalde para su preceptivo dictamen de este Consejo.

- Tratándose también de expedientes de Administración local, en ocasiones se echa en falta el preceptivo informe del interventor de la Corporación, informe exigido, junto con el del secretario, en el artículo 321 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de la Administración local de Galicia.