

CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA

MEMORIA

2007



CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA

MEMORIA DO ANO 2007

que o Consello Consultivo de Galicia en Pleno eleva ao Consello da Xunta de Galicia, en cumprimento do disposto no artigo 14 da Lei 9/1995, do 10 de novembro.



SANTIAGO DE COMPOSTELA, 2008

ÍNDICE

	Páxinas
I- INTRODUCCIÓN	5
II- ACTIVIDADE CONSULTIVA DO CONSELLO DURANTE O ANO 2007	
1.- Datos estatísticos relativos aos ditames emitidos	8
1.1.- Materias	8
1.2.- Procedencia	9
1.3.- Conclusión ou sentido final dos ditames	12
1.4.- Comunicación das resolucións	13
1.5.- Fórmula de incorporación dos ditames	13
1.6.- Consultas formuladas polo trámite de urxencia	14
1.7.- Ditames aprazados	14
2.- Sesións realizadas no ano 2007	14
3.- Modificación da Lei 9/1995, do 10 de novembro, do Consello Consultivo de Galicia	15
4.- Actividade non consultiva	17
4.1.- Publicación dos ditames	17
4.2.- Xornadas “ <i>Os consellos consultivos e o novo marco estatutario</i> ”.	18
4.3.- Outros actos institucionais	22
4.4.- Memoria anual de actividades	23
III- ONCE ANOS DE FUNCIÓN CONSULTIVA EN GALICIA (1996-2007)	

1.- Datos estadísticos relativos aos expedientes ditaminados durante o período 1996 - 2007	25
1.1.- Convenios e acordos de cooperación con outras comunidades autónomas	26
1.2.- Disposicións de carácter xeral. Regulamentos executivos	27
1.3.- Recursos de revisión	28
1.4.- Revisións de oficio	29
1.5.- Contratación administrativa	30
1.6.- Concesións administrativas	31
1.7.- Alteración de termos municipais	32
1.8.- Consultas facultativas	33
1.9.- Responsabilidade patrimonial das administracións públicas	34
1.10.- Comparativa por Administracións	39

IV.- OBSERVACIÓNS E SUXESTIÓNS

1.- Proxectos normativos	46
1.1.- <u>Pluralidade de ámbitos materiais e de administracións concernidos pola norma regulamentaria. En particular, a preservación das competencias dos entes locais</u>	46
1.2.- <u>A normalización do uso do galego no ensino</u>	51
1.3.- <u>Principios informadores da lexislación en materia de produción de enerxía eléctrica en réxime especial. A liberdade de empresa e a planificación enerxética</u>	58
1.4.- <u>A intervención administrativa en materia de xogos de azar</u>	61
1.5.- <u>Aspectos relativos ao procedemento e á técnica normativa</u>	64

2.- Actos e procedemento administrativo	78
2.1.- <u>Responsabilidade patrimonial das Administracións públicas</u>	78
2.1.1.- <i>A teoría do dano desproporcionado e a regra “res ipsa loquitur”</i>	78
2.1.2.- <i>Probas diagnósticas realizadas por servizo externalizado. Responsabilidade da Administración sanitaria</i>	79
2.1.3.- <i>Danos causados nunha instalación carente de licenza e pendente de legalizar</i>	81
2.1.4.- <i>Accidentes causados pola presenza de manchas de gasóleo na calzada</i>	83
2.1.5.- <i>As cargas xerais derivadas da execución de obras públicas e o seu corolario do deber xurídico de soportar o dano</i>	85
2.2.- <u>Revisión de oficio dos actos administrativos</u>	86
2.2.1.- <i>As facultades revisoras da Administración en relación co control da legalidade dos acordos dunha fundación</i>	86
2.2.2.- <i>Revisión de oficio dunha convocatoria de oposición libre que establece como esixencia a dunha experiencia profesional previa</i>	89
2.3.- <u>Contratación administrativa</u>	91
2.3.1.- <i>O cumprimento dos prazos, total e parcial, de execución dos contratos</i>	91
2.4.- <u>Aspectos formais relativos aos expedientes examinados</u>	93

- I -

INTRODUCCIÓN

A presente memoria, correspondente ao ano 2007, foi aprobada polo Pleno do Consello Consultivo de Galicia en sesión do vinte e tres de xuño de dous mil oito para a súa elevación ao Consello da Xunta de Galicia.

Conforme prevé o artigo 11 do Decreto 282/2003, do 22 de maio, recolle, en esencia, a actividade desenvolvida polo Consello Consultivo no ano 2007, no que se cumpren once anos dende a súa creación, comprendendo tamén, por tal razón, un resume deste período. Así mesmo recolle as observacións e suxestións que se estima oportuno realizar en relación cos actos e procedemento administrativos obxecto habitual de ditame.

- II -

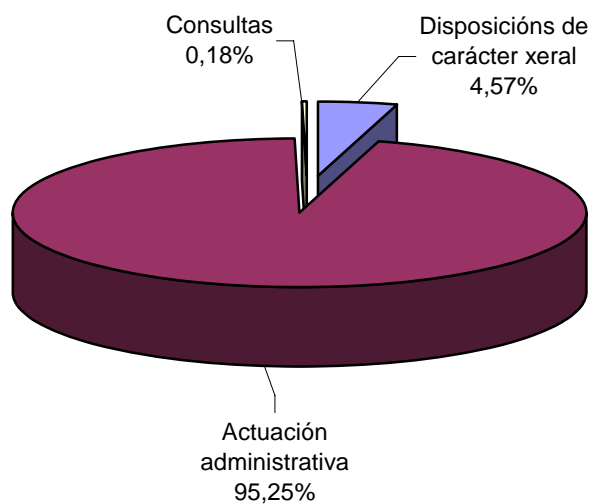
**ACTIVIDADE CONSULTIVA DO CONSELLO DURANTE O
ANO 2007**

1.- DATOS ESTADÍSTICOS RELATIVOS AOS DITAMES EMITIDOS

Durante o período xaneiro - decembro de 2007, solicitouse o parecer deste órgano en relación con 1137 expedientes, correspondendo 1135 a ditames preceptivos e 2 a consultas, co detalle que segue:

1.1- Materias

Disposicións de carácter xeral	52
Actuación administrativa	1083
Consultas sobre actuación administrativa ou disposicións xerais	2



1.2.- Procedencia

- Administración Autónoma

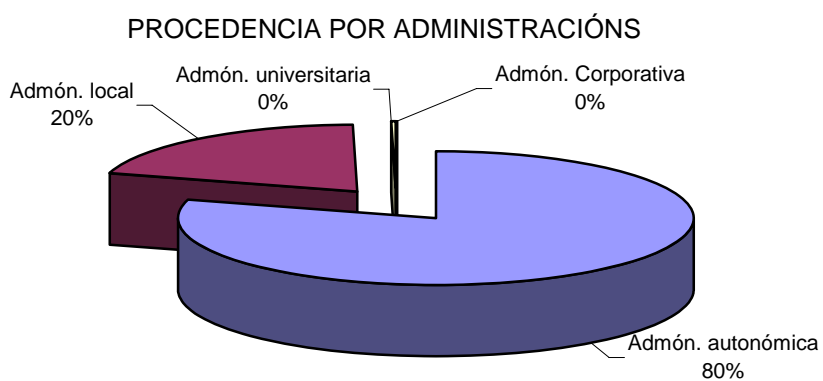
Vicepresidencia da Igualdade e do Benestar	11
Consellería da Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza	18
Consellería de Economía e Facenda	2
Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes	243
Consellería de Educación e Ordenación Universitaria	25
Consellería de Innovación e Industria	3
Consellería do Medio Rural	69
Consellería de Cultura e Deporte	3
Consellería de Sanidade	139
Consellería de Medio Ambiente e Desenvolvemento Sostible	363
Consellería de Pesca e Asuntos Marítimos	9
Consellería de Traballo	5
Consellería de Vivenda e Solo	12

- Total Administración Autónoma

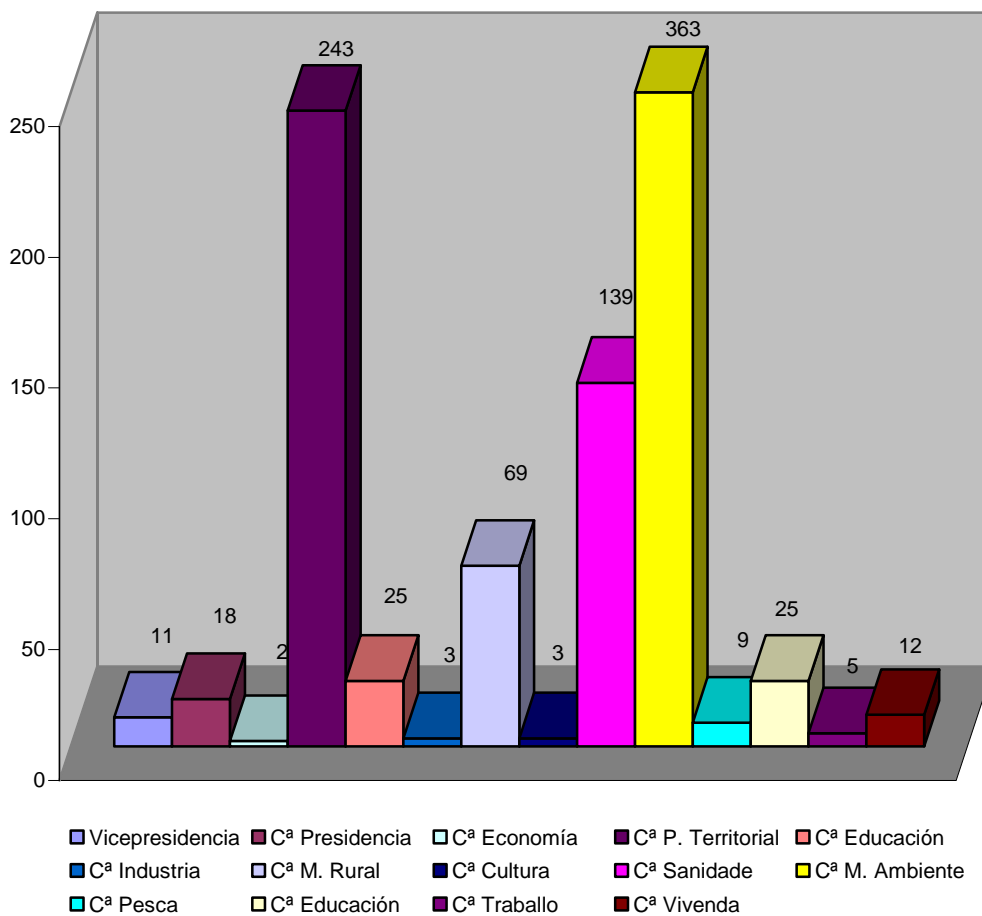
902

TOTAIS

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



PROCEDENCIA POR CONSELLERÍAS

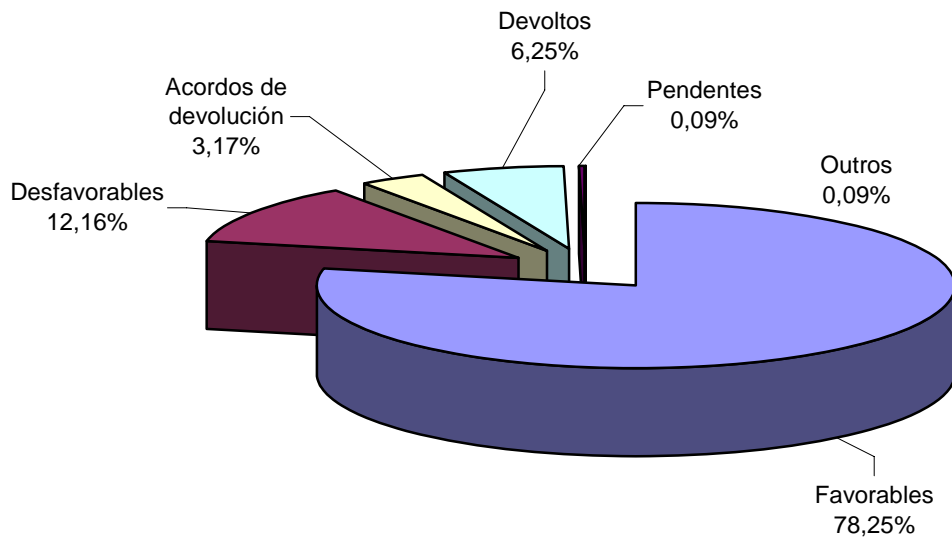


1.3.- Conclusión ou sentido final dos ditames

Favorables	914
Desfavorables	142
Pendientes	6

- Completan o total de expedientes examinados

Acordos de devolución	73
Devoltos	1
Outros	1



1.4.- Comunicación das resolucións

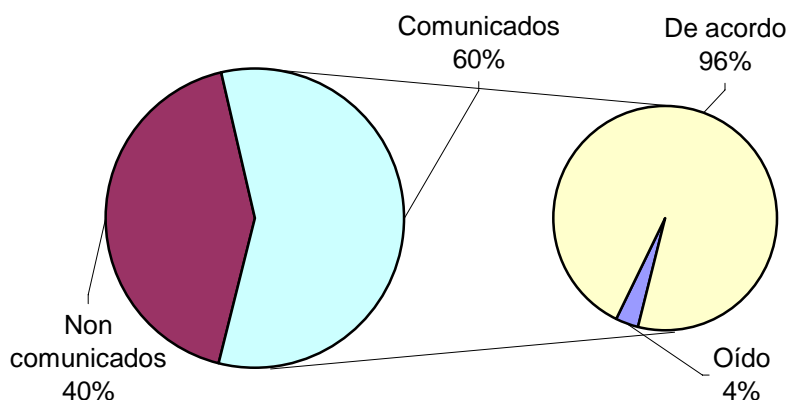
O artigo 60 do Decreto 282/2003, polo que se aproba o regulamento do Consello Consultivo, establece a necesidade de que o órgano ou institución consultante comunique a adopción ou publicación da resolución ou disposición xeral consultada. O cumprimento da dita prescrición, presenta os seguintes resultados:

NON COMUNICADOS	456
COMUNICADOS	681

1.5.- Fórmula de incorporación dos ditames

Os artigos 3 da lei e 6 do decreto sinalan que as disposicións e resolucións sobre asuntos ditaminados polo Consello Consultivo de Galicia, cando sexa preceptiva a súa intervención nelas, se se tomaren de acordo co seu ditame expresaranse coa fórmula “... de acordo co ditame do Consello Consultivo de Galicia”, e se non se tomaren de acordo co ditame daquel, coa de “oído o Consello Consultivo de Galicia”. O resumo correspondente a este apartado nos expedientes ditaminados foi o seguinte:

- “De acordo”	656
- “Oído”	25



1.6.- Consultas formuladas polo trámite de urxencia

Foron un total de 5 expedientes os que se someteron ao ditame deste Consello Consultivo polo trámite de urxencia, previsto no artigo 52 do Decreto de organización e funcionamento que acurta, cando menos, á metade, o prazo xeral dun mes establecido para a emisión dos ditames, logo da motivación.

Concretamente, 4 dos devanditos expedientes corresponden a proxectos de decretos e 1 a unha reclamación de responsabilidade patrimonial.

1.7.- Ditames aprazados

Dun total de 1137 expedientes ditaminados no ano 2007, 14 deles foron aprazados ao abeiro do artigo 54 do Regulamento de organización e funcionamento (Decreto 282/2003, do 22 de maio), segundo o cal o Consello Consultivo poderá acordar a ampliación dos prazos por un período que non excederá do inicialmente establecido.

Dentro dos 14 ditames aprazados, 5 correspóndense con proxectos de decreto.

2.- SESIÓNS REALIZADAS NO ANO 2007

Sesións do Pleno

Número de sesións: 48

04 xaneiro	12 abril	28 xuño	30 agosto	09 novembro
18 xaneiro	18 abril	05 xullo	13 setembro	19 novembro
22 xaneiro	07 maio	10 xullo	20 setembro	21 novembro
25 xaneiro	10 maio	19 xullo	24 setembro	26 novembro
07 febreiro	28 maio	24 xullo	28 setembro	27 novembro
26 febreiro	12 xuño	30 xullo	02 outubro	30 novembro
06 marzo	18 xuño	08 agosto	11 outubro	05 decembro
19 marzo	19 xuño	14 agosto	17 outubro	28 decembro
22 marzo	21 xuño	17 agosto	24 outubro	
29 marzo	26 xuño	23 agosto	29 outubro	

Sesións da Sección Primeira

Número de sesións: 36

11 xaneiro	29 marzo	07 xuño	26 setembro	05 decembro
18 xaneiro	12 abril	11 xuño	10 outubro	12 decembro
01 febreiro	19 abril	14 xuño	24 outubro	19 decembro
08 febreiro	26 abril	21 xuño	30 outubro	27 decembro
01 marzo	10 maio	26 xuño	09 novembro	
06 marzo	16 maio	03 setembro	16 novembro	
15 marzo	23 maio	13 setembro	21 novembro	
22 marzo	30 maio	20 setembro	30 novembro	

Sesións da Sección Segunda

Número de sesións: 40

11 xaneiro	14 marzo	16 maio	20 setembro	09 novembro
18 axneiro	22 marzo	23 maio	25 setembro	15 novembro
01 febreiro	28 marzo	30 maio	02 outubro	28 novembro
08 febreiro	09 abril	07 xuño	11 outubro	05 decembro
15 febreiro	12 abril	20 xuño	17 outubro	11 decembro
22 febreiro	20 abril	26 xuño	25 outubro	12 decembro
01 marzo	26 abril	03 setembro	30 outubro	19 decembro
06 marzo	10 maio	13 setembro	05 novembro	27 decembro

3.- MODIFICACIÓN DA LEI 9/1995, DO 10 DE NOVEMBRO, DO CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA

Ao longo do exercicio ao que se contrae a Memoria 2007 viu a luz unha nova norma reguladora deste Consello Consultivo, ou mellor dito, unha reforma da devandita lei. A dita modificación levouse a cabo a través da Lei 12/2007, do 27 de xullo (Diario Oficial de Galicia núm. 153, do 8 de agosto de 2007).

A modificación da lei configura unha nova estrutura na composición do Consello Consultivo de Galicia que parte da incorporación dos ex presidentes da Xunta. Así, segundo o artigo 4 da súa Lei constitutiva 9/1995, reformada pola Lei 12/2007, establécense dous tipos de membros do Consello: *“o Consello Consultivo de Galicia está integrado por conselleiras e conselleiros natos e conselleiras e*

conselleiros electivos”. Así mesmo, establécese que son conselleiras e conselleiros natos as ex presidentas e os ex presidente da Xunta de Galicia e son conselleiras e conselleiros electivos as cinco persoas nomeadas por decreto da presidenta ou presidente da Xunta de Galicia entre xuristas de recoñecido prestixio con máis de dez anos de experiencia profesional efectiva, ou altos cargos e funcionarias e funcionarios das administracións públicas, coa licenciatura en Dereito, con máis de dez anos de experiencia.

Establece tamén este antedito artigo da lei a duración do mandato dos conselleiros, xa sexan natos ou electivos. Os primeiros exercerán o seu mandato por un período de seis anos, se tiveron a condición de presidenta ou presidente da Xunta durante catro ou menos anos, ou por un período de doce anos, se tiveron a condición de presidenta ou presidente da Xunta durante máis de catro anos. As conselleiras e conselleiros electivos exercerán o seu mandado por un período de seis anos, renovable unha soa vez.

Outro dos cambios introducidos pola lei é o modo de elección de presidente do Consello Consultivo, o cal será escollido, segundo os reformados artigos 5.1 e 10, por e entre os conselleiras e conselleiros electivos en votación secreta e por maioría absoluta. No caso de que esta non se obtivese, as conselleiras e conselleiros electivos procederán a unha segunda votación; nesta segunda votación será escollido quen obteña maior número de votos.

Refórmase, ademais, o sistema de adopción de acordos. Así, segundo o artigo 17.4 da lei, os membros natos do Consello Consultivo de Galicia actuarán con voz pero sen voto, non computándose, en consecuencia a súa asistencia para os efectos do *quórum* de constitución e adopción de acordos. Non obstante o anterior, actuarán con voz e voto na emisión de ditames facultativos ou na daqueles en que sexan solicitadas do órgano consultivo valoracións de oportunidade ou conveniencia, computándose nestes casos a súa asistencia para os efectos de *quórum* de constitución e adopción de acordos.

4.- ACTIVIDADE NON CONSULTIVA

4.1.- Publicación dos ditames.

Como vén sendo costume todos os anos, neste realizouse tamén unha nova edición dos ditames emitidos ao longo de 2007, que se distribuíu de forma gratuíta entre entidades públicas e privadas do máis variado ámbito de actuación.

A edición dos ditames elaborados polo Consello Consultivo é un instrumento que permite dar a coñecer o seu labor. Na publicación, que corresponde aos ditames emitidos durante o ano 2007 mantense o mesmo esquema que na de anos precedentes, contendo: un índice xeral de ditames, un índice segundo o órgano solicitante e un índice analítico.

Os ditames conteñen un resumo dos antecedentes, un extracto da doutrina e as consideracións formuladas. Como xa ocorrera noutras edicións, e debido ao gran volume de ditames emitidos, a publicación recolle soamente unha selección dos ditames máis destacados.

A publicación foi distribuída do modo seguinte:

- Administración autonómica:
 - Consellerías: secretarías xerais, asesorías xurídicas, servizos técnicos xurídicos, delegacións provinciais.
 - Entes e organismos públicos galegos.
- Universidades.
- Administración local: municipios, deputacións provinciais, Federación Galega de Municipios e Provincias.
- Parlamento de Galicia.
- Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.
- Valedor do Pobo.
- Consello de Contas.
- Consello da Cultura Galega.
- Decanos dos Colexios de Avogados, Notarios, Procuradores, Rexistradores da Propiedade, Consello Galego da Avogacía, Asociación Galega de Avogados, Academia Galega de Xurisprudencia e Lexislación.
- Colexios de Graduados Sociais.
- Xefaturas Provinciais de Tráfico.
- Bibliotecas do Congreso e do Senado.
- Facultades de dereito das universidades españolas.
- Consello de Estado e Consellos Consultivos das outras comunidades autónomas.

4.2.- Xornadas “Os consellos consultivos e o novo marco estatutario”.

O Consello Consultivo de Galicia organizou unhas xornadas de estudo co título: “*Os consellos consultivos e o novo marco estatutario*”, que tiveron lugar na illa da Toxa (Pontevedra), os días 30, 31 de maio e 1 de xuño, e ás que asistiron representantes do Consello de Estado e dos consellos consultivos de Cataluña,

Canarias, Andalucía, Baleares, Comunidade Valenciana, Aragón, Castela-A Mancha, Castela-León, A Rioxa e Asturias.

Estaba previsto que as Xornadas fosen inauguradas pola presidenta do Tribunal Constitucional, dona María Emilia Casas Baamonde, quen finalmente escusou a súa asistencia por enfermidade. No seu nome, o Presidente do Consello Consultivo leu unhas palabras de benvida a todos os congresistas. Nelas manifestaba que *“os Consellos Consultivos xeneralizáronse no noso panorama autonómico desde a STC 204/1992, con algúns Consellos que cumpriron un cuarto de século (Canarias ou Cataluña)”*. Continuou salientando que *“trátase de órganos que teñen un papel relevante na realización e garantía efectivas do Estado de Dereito... A súa misión fundamental consiste, como é ben sabido, en pronunciarse sobre as propostas de resolución que, presentadas polos Gobernos autonómicos ou as Corporacións Locais, configura unha actuación de control ‘ex ante’. Especificamente corresponde aos Consellos Consultivos un labor fiscalizadora dos Gobernos e das Administracións autonómicas coa súa actuación xurídica”*. Finalmente salientou que *“hoxe pódese afirmar que os Consellos Consultivos das comunidades autónomas complementan o labor doutros órganos estatais e especialmente do Consello de Estado”*.

Durante as xornadas presentáronse diversas relatorios, o primeiro deles baixo o título: *“Os retos da función consultiva”*, que correu a cargo do conselleiro de Estado e catedrático emérito da Universidade da Coruña, don José Luís Meilán Gil. Comezou a súa disertación salientando o papel actual do Consello de Estado: *“É evidente que o monopolio da función consultiva do Consello de Estado, explicable nun Estado centralizado, non ten razón de ser no Estado autonómico... xa o TC falou de ‘órganos equivalentes ao Consello de Estado no que fai á súa organización e competenciais’. O Tribunal Constitucional nas súa sentenza 204/1992, viña a declarar que a función consultiva do Consello de Estado non se reducía ao Goberno da Nación. O seu ámbito de actuación, segundo as súas palabras era moito máis amplo e veuse configurando como órgano consultivo das Administracións Públicas. Dun modo paralelo ao que se di sobre o Consello de Estado recoñécese a competencia dos órganos consultivos creados nas comunidades autónomas, sempre que se cingan á esfera de atribucións e competencias dos respectivos Gobernos e Administracións autonómicas”*.

Continuou sinalando que *“pasados varios lustros de existencia das comunidades autónomas, non parece esaxerado soste que os órganos consultivos autonómicos han de ter relevancia estatutaria... así se fixo nalgún dos Estatutos reformados (Illes Balears) e así figura noutras Comunidades... ser unha institución de autogoberno con relevancia estatutaria leva consigo, dun modo lóxico, unha serie de consecuencias en relación coas competencias que debe desenvolver”*. O profesor Meilán Gil sinalou unhas cantas: *“someter a ditame todos os proxectos de*

lei que se refiran á organización das comunidades autónomas; exercer unha función cuasi arbitral en conflitos non formalizados entre a Administración autonómica e os entes locais en materia obxecto de procedementos bifásicos, como os plans urbanísticos, dunha evidente actualidade; falouse nalgunha ocasión de someter a ditame, polo menos, algunhas ordenanzas municipais, un suposto factible sería o das ordenanzas de carácter sancionador. No ámbito local podería resultar particularmente útil ese labor coa finalidade de definir unhas ordenanzas-tipo que, sen mingua da autonomía local poderían ser adoptadas polos propios entes, contribuíndo á seguridade xurídica e a evitar diferenzas inxustificadas desde a perspectiva do interese xeral e dos dereitos dos cidadáns”.

A seguir, o señor Meilán Gil abordou a posible organización deses futuros consellos consultivos. Así, salientou que: *“dado o posible carácter de institución de relevancia estatutaria, parece razoable que os membros non sexan nomeados exclusivamente polo goberno autonómico. Unha combinación de Parlamento e Goberno, cun tanto por cento maioritario do Parlamento como acontece en varias comunidades autónomas, parece unha solución axeitada. Ten que procurarse que se garanta na organización, a independencia e a obxectividade. A renovación dos conselleiros debería levarse a cabo de modo que non se faga simultaneamente na súa totalidade para facilitar así unha prudente continuidade nas funcións das que son responsables”.*

Finalmente, e como conclusión, manifestou que: *“fai falta, en definitiva, vontade democrática nos titulares do Poder para fortalecer estes órganos consultivos autonómicos, que contan xa cunha moi positiva andadura. Fai falta crer en que non son nin un adorno, nin unha carga económica, nin un aparcamento, nin un botín. Son instrumentos eficaces para a consolidación e o progreso do Estado democrático e autonómico de Dereito”.*

O segundo relatorio das xornadas correspondeu ao catedrático de Dereito Constitucional da Universidade de Santiago de Compostela, don Roberto Blanco Valdés e que versou sobre *“A descentralización da función consultiva do Estado”*. Comezou por realizar unha comparación e paralelismo entre o proceso de descentralización da función consultiva do Estado que foi respondendo ás pautas xerais que marcou historicamente o proceso descentralizador español. En relación con iso -continúa Blanco Valdés- a propia Constitución determinaba que as comunidades autónomas que accedesen á autonomía pola vía privilexiada do 151 terían unha estrutura institucional, que no fundamental, sería unha estrutura similar ás do Estado: un poder lexislativo, un presidente e un Goberno e un tribunal superior de xustiza. Esta estrutura institucional xeneralizouse despois a todas as comunidades autónomas.

Mais,-segue Blanco Valdés- o artigo 107 da Constitución, que se refire ao Consello de Estado, non mencionaba en ningún momento a posibilidade de descentralizar a función consultiva do Estado. Tampouco se menciona nos Estatutos, agás o de Canarias, Estremadura e Cataluña. O cal nos levaría a manifestar unha primeira conclusión que “... *procedeuse a crear órganos que non habían sido previstos nin pola Constitución, nin polos Estatutos de Autonomía*”. Todo o cal nos leva a manifestar razoable -di Blanco Valdés- que todos os Estatutos que se elaboren no futuro deben recoller a existencia de consellos consultivos, de modo que estes consellos estean previstos estatutariamente da mesma maneira que están previstos outros órganos.

Esta carencia de previsión estatutaria e constitucional sálvase -di o profesor Valdés- pola sentenza 204/1992 do Tribunal Constitucional, antes dela só se crearan en España dous consellos consultivos (o canario e o catalán). A partir desta sentenza iranse creando os distintos consellos, así no 1993 o de Baleares e Andalucía; no 1994 o de Valencia; no 1995 o de Galicia, A Rioxa, Castela-A Mancha e Aragón; no 1997 o de Murcia; no 1999 o de Navarra; no 2001 o de Estremadura; no 2002 o de Castela-León e no 2004 o do País Vasco e Asturias.

Abordou a seguir o seu aspecto orgánico, manifestando que: “*o TC cando dita a súa sentenza establece que a descentralización da función consultiva ten que producirse a través de órganos que sexan dalgunha maneira equivalentes ao Consello de Estado (...) o Consello de Estado garante a súa independencia e a súa imparcialidade a través dun sistema de nomeamentos dos seus membros en virtude do cal se determina que hai tres tipos de conselleiros: natos, permanentes e electivos. É difícil que con esa composición o Goberno poida chegar a ter un control estrito sobre o Consello de Estado*”. No caso das comunidades autónomas optouse basicamente por tres modelos: “*un primeiro, que eu creo que habería que superar, consistente en que todos os conselleiros son designados por decreto do Goberno da comunidade autónoma (...) un segundo modelo no que se establece unha designación parlamentaria e gubernamental (...) e un terceiro modelo, no que se combina ese sistema mixto de designación parlamentaria e gubernamental coa introdución de conselleiros natos*”. Considera o profesor Blanco Valdés que o primeiro sistema de designación empurra con claridade en contra da imparcialidade e a independencia do órgano consultivo, así, parece razoable pensar -continúa Blanco Valdés- que á vista da importantísima esfera competencial que os consellos consultivos teñen no ámbito do tráfico xurídico, as reformas de futuro deberían achegar eses consellos consultivos a órganos nos cales a composición garantise -insiste- a imparcialidade, aínda que non hai ningún sistema que poida garantir a imparcialidade ao cen por cen.

Como conclusión final, e a modo de resumo, di: “*o resultado de todo o apuntado é que, cando se inicia esta chamada segunda descentralización, quedaba*

xa pouca marxe para a autonomía sen alterar o noso modelo de organización do poder territorial. O tempo foi un factor moderador dos cambios porque permitiu un correcto encaixe entre as vellas e as novas estruturas constitucionais. O tempo foi un factor fundamental en todo este proceso, como foi o espazo, que xogou tamén como un elemento unificador en contra do que puidese parecer. O espazo, a xeneralización espacial da descentralización foi un elemento de forte cohesión territorial. A simetría foi un elemento de forte cohesión. Foi un elemento de estabilidade”.

A segunda das xornadas dedicouse ao relatorio: “*O papel dos órganos consultivos nas reformas estatutarias*”, cuxa disertación estivo a cargo de don José Antonio Portero Molina, catedrático de Dereito Constitucional da Universidade da Coruña, o cal comezou salientando como a circunstancia máis relevante do proceso xeral de reformas estatutarias, desde un punto de vista xurídico, foi a ausencia dun marco normativo de referencia actualizado ao que axustarse, como consecuencia de non terse levado a cabo previamente a reforma constitucional, que proporcionase o parámetro ao que axeitar despois as reformas estatutarias.

Continuou sinalando que o heteroxéneo panorama que a día de hoxe presenta o desigual estado dos procesos de actualización de todos os EA non sería como é: unha mostra no que conviven CA que aínda non comezaron a debater a necesidade de inicialos, con algunha, como Galicia, na que o desacordo desbaratou a marcha, e con outras que teñen aprobadas as súas novas e acusadamente diferentes normas institucionais básicas. Todo un palco escénico asimétrico -a xuízo do profesor Porteiro Molina- que, por se fora pouco, se atopa á espera de que o Tribunal Constitucional pronuncie unha sentenza fundamental e determinante para o deseño, quen sabe se verdadeiramente definitivo ou definitivo só para os próximos vintecinco anos, do Estado constitucional das Autonomías. Un panorama, -atrévome a apuntar-, que debería obrigar ás forzas políticas a facer un exercicio de responsabilidade no tocante a emprender un proceso de reforma constitucional que precise aqueles extremos hoxe confusamente indeterminados e incertamente abertos do noso modelo territorial.

Para finalizar, o profesor Porteiro Molina deixou claro unha cousa e é que a xurisprudencia do Tribunal Constitucional non pode seguir sendo o dique único que soporte as dinámicas centrifugadoras e cargue coa responsabilidade de ter que definir, de continuo, o modelo de distribución do poder.

As sesións de traballo completáronse o día 1 de xuño coa realización dunha mesa redonda en torno ao tema central da edición: “*o futuro dos consellos consultivos e o novo marco estatutario*”, na que participaron don Tomás Font i Llovet, presidente da Comissió Xurídica Assessora da Generalitat de Catalunya; don Carlos Millán Hernández, presidente do Consello Consultivo de Canarias; don

Vicente Garrido Mayol, presidente do Consell Jurídic Consultiu da Comunitat Valenciana; e dona María José Salgueiro Cortiñas, presidenta do Consello Consultivo de Castela e León. A mesa redonda suscitou o interese de todos os asistentes cun animado coloquio no que participaron representantes de diversos consellos autonómicos.

As Xornadas da Toxa tiveron un amplo seguimento como se puxo de relevo no núm. 7 (páxs. 169-240) da publicación “*Revista Española da Función Consultiva*”, editada polo Consell Juridic Consultiu da Comunitat Valenciana. No mencionada número recóllense as distintas relatorios das devanditas Xornadas.

4.3.- Outros actos institucionais.

Os contactos cos órganos consultivos das diferentes comunidades autónomas e o Consello de Estado para tratar asuntos de común interese á función consultiva teñen sido habitualmente frecuentes.

Así, os membros do Consello Consultivo de Galicia participaron en diversos actos e xornadas técnicas aos que foron invitados por outros órganos consultivos do Estado. Entre eles é necesario destacar a IX Edición das Xornadas da Función Consultiva, que tiveron lugar en Madrid, os días 18, 19 e 20 de outubro de 2007, baixo o lema: “*A función consultiva na España actual*”.

As Xornadas foron inauguradas por S. M. o Rei don Xoan Carlos I, coas intervencións de don Francisco Rubio Llorente, presidente do Consello de Estado e dona Elena Salgado Méndez, ministra de Administracións Públicas.

As sesións de traballo continuaron o día seguinte co relatorio: “*a función consultiva na España actual*”, que correu a cargo de don Rafael Gómez-Ferrer Morant, conselleiro de Estado e letrado, e catedrático de Dereito Administrativo. Ao dito relatorio seguíronlle as intervencións dos membros dos diversos consellos consultivos. Finalizaron nun animado coloquio.

A clausura das sesións de traballo levouna a cabo don Francisco Rubio Llorente, presidente do Consello de Estado. As Xornadas, brillantemente celebradas, tiveron como sede o pazo do Senado.

4.4.- Memoria anual de actividades.

Como todos os anos, editouse a memoria de actividades do Consello correspondente ao ano 2006, despois da súa elevación ao Consello da Xunta de

Galicia, en cumprimento da previsión contida no artigo 14 da Lei 9/1995, do 10 de novembro.

Da devandita edición fíxose unha ampla distribución na Administración autonómica.

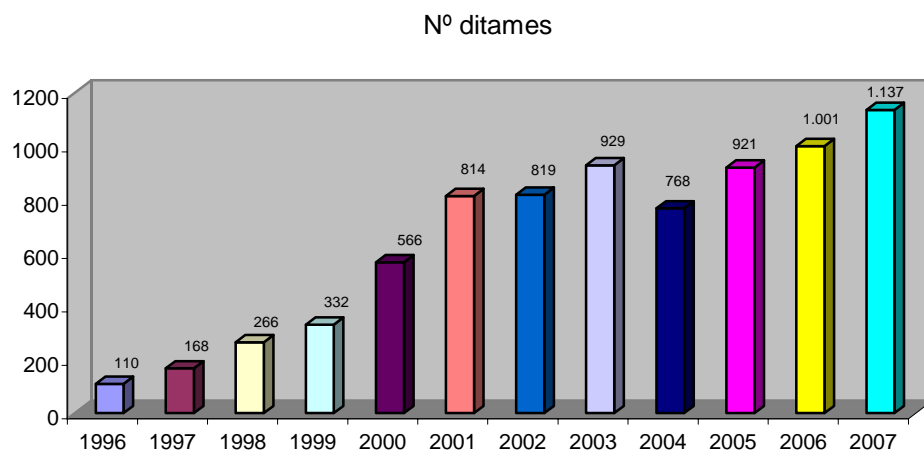
- III -

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

1.- DATOS ESTADÍSTICOS RELATIVOS AOS EXPEDIENTES DITAMINADOS DURANTE O PERÍODO 1996-2007

O número de ditames emitidos, por anos, dende o ano 1996, é o seguinte:

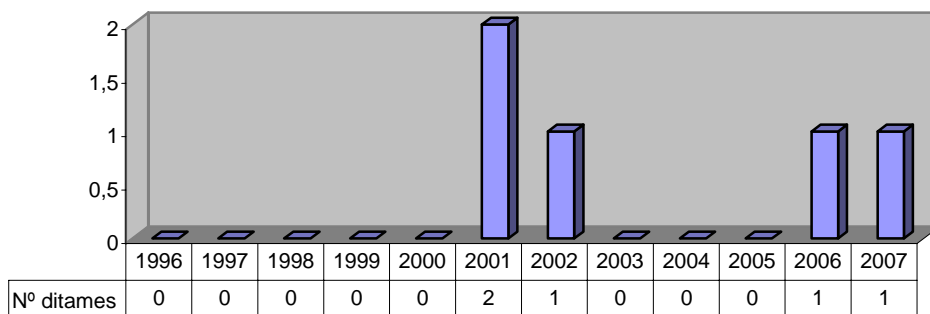
<i>Ano</i>	<i>Núm. ditames</i>
1996	110
1997	168
1998	266
1999	332
2000	566
2001	814
2002	819
2003	929
2004	768
2005	921
2006	1001
2007	1137



1.1.- Convenios e acordos de cooperación con outras comunidades autónomas

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

Convenios e acordos de cooperación CC AA

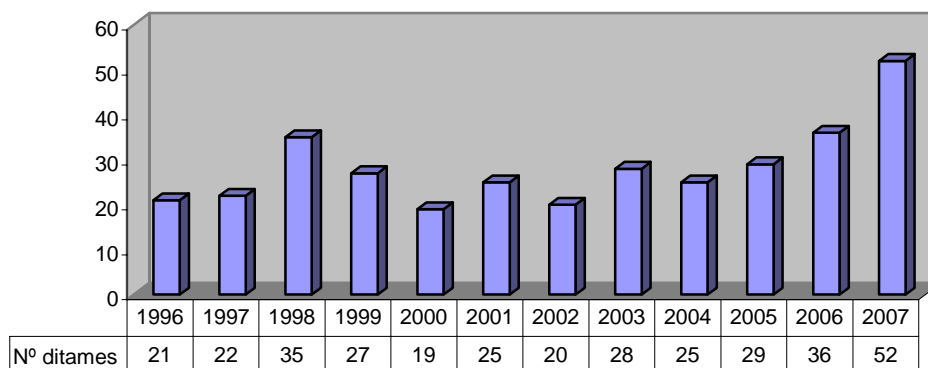


1.2.- Disposicións de carácter xeral. Regulamentos executivos

Os ditames concernintes a este apartado son exclusivamente os relativos aos proxectos de regulamentos ditados en execución da Lei (artigo 11, d) da Lei 9/1995 do Consello Consultivo), pois ata a data, non foron obxecto de consulta ningún dos outros supostos nos que esta resulta preceptiva, é dicir, proxectos de reforma do Estatuto de Autonomía de Galicia e proxectos de lexislación delegada a que se refire o artigo 10.1, a) do dito Estatuto.

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

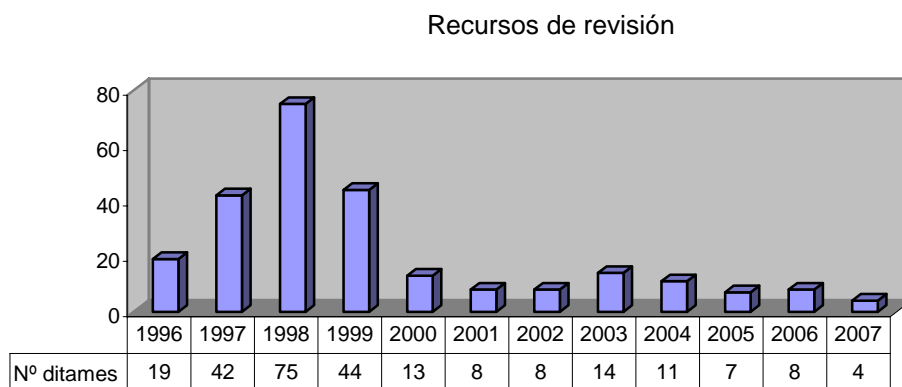
Disposicións de carácter xeral



Respecto destes datos pódese observar que o número dos ditames subiu un punto, da media dos de anos pasados chegando aos 52, sen producirse, respecto do que pode observarse noutras materias obxecto de ditame, significativas diferenzas ao longo do período de referencia.

1.3.- Recursos de revisión

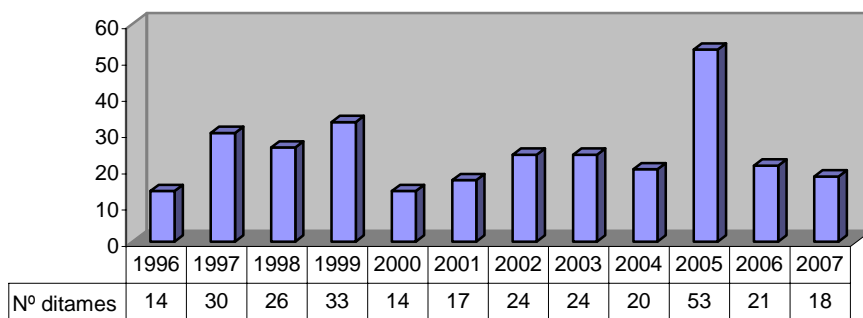
<i>Ano</i>	<i>Núm. Ditames</i>
1996	19
1997	42
1998	75
1999	44
2000	13
2001	8
2002	8
2003	14
2004	11
2005	7
2006	8
2007	4



1.4.- Revisións de oficio

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

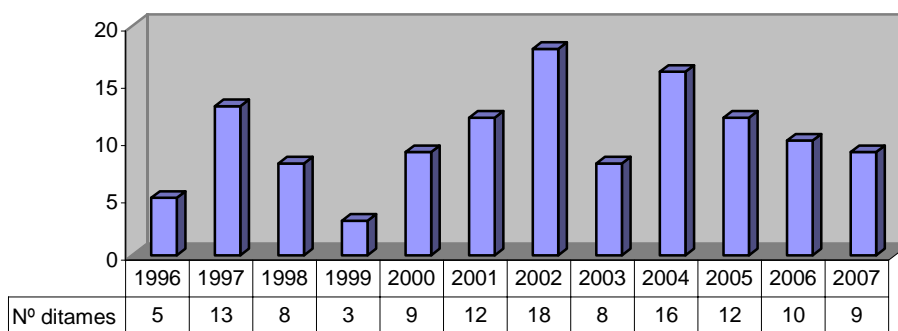
Revisións de oficio



1.5.- Contratación administrativa

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

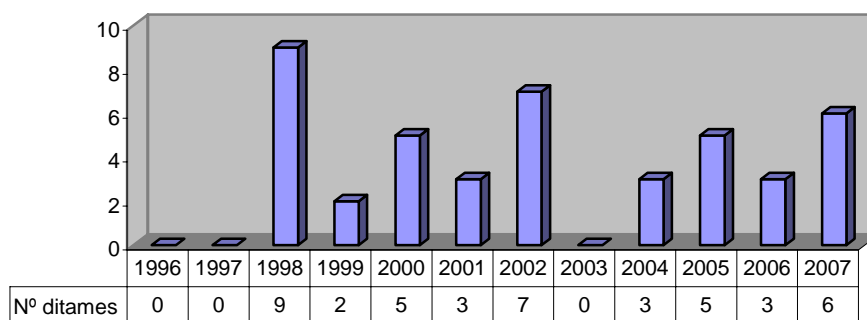
Contratación administrativa



1.6.- Concesións administrativas

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

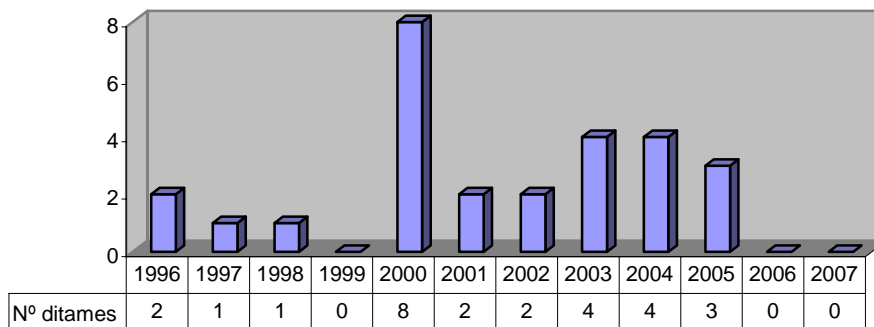
Concesións administrativas



1.7.- Alteración de termos municipais

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

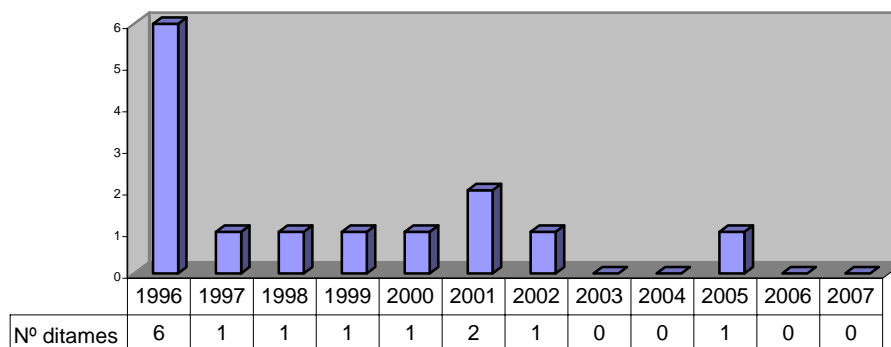
Alteración de termos municipais



1.8.- Consultas facultativas

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

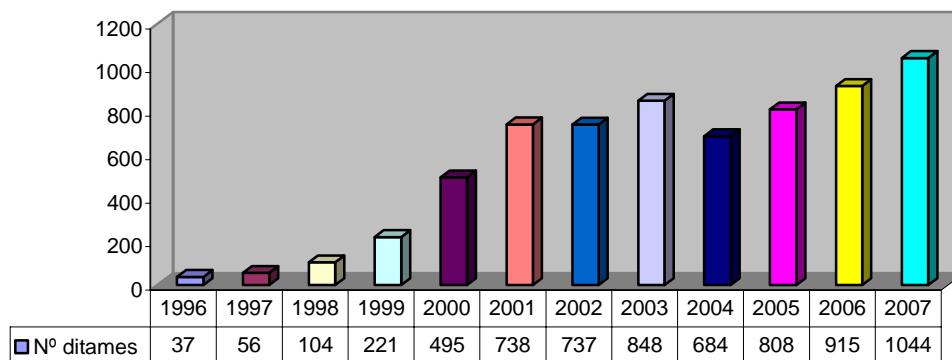
Consultas facultativas



1.9.- Responsabilidade patrimonial das administracións públicas

a. - Totais

Ano	Núm. Ditames
1996	37
1997	56
1998	104
1999	221
2000	495
2001	738
2002	737
2003	848
2004	684
2005	808
2006	915
2007	1044

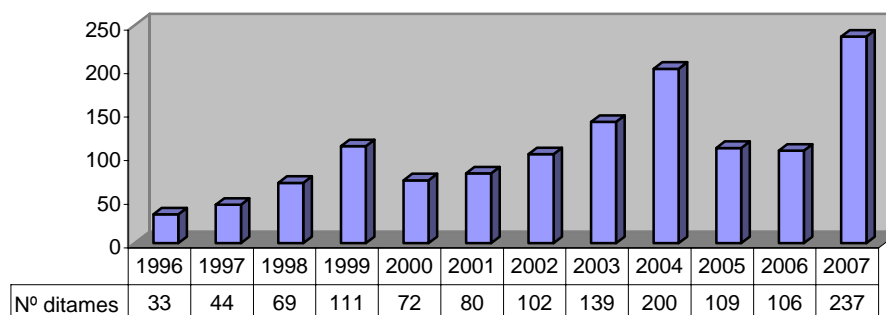


b.- Desagregamento por consellerías (Afecta exclusivamente ás Consellerías de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes, de Pesca e Asuntos Marítimos, de Sanidade e de Medio Ambiente e Desenvolvemento Sostible)

POLÍTICA TERRITORIAL, OBRAS PÚBLICAS E TRANSPORTES

<i>Ano</i>	<i>Núm. Ditames</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

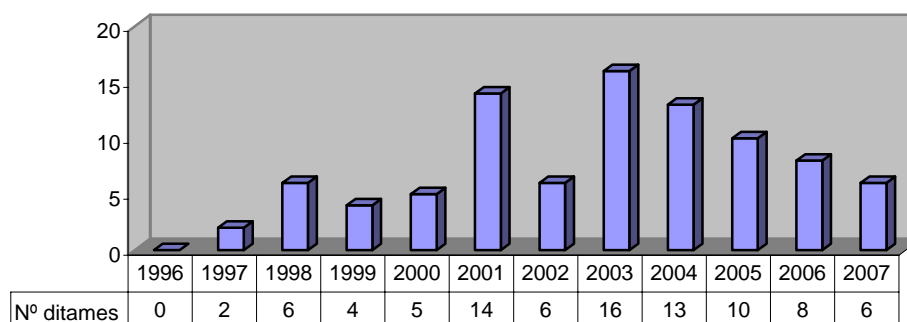
C. de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes



PESCA E ASUNTOS MARÍTIMOS

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

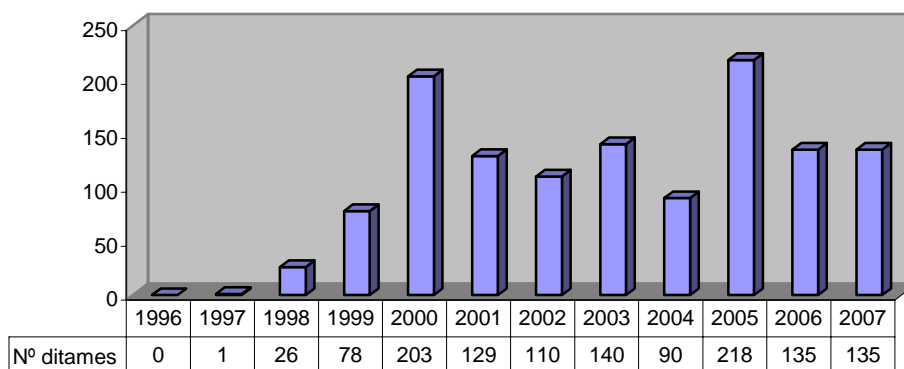
C. Pesca e Asuntos Marítimos



SANIDADE

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

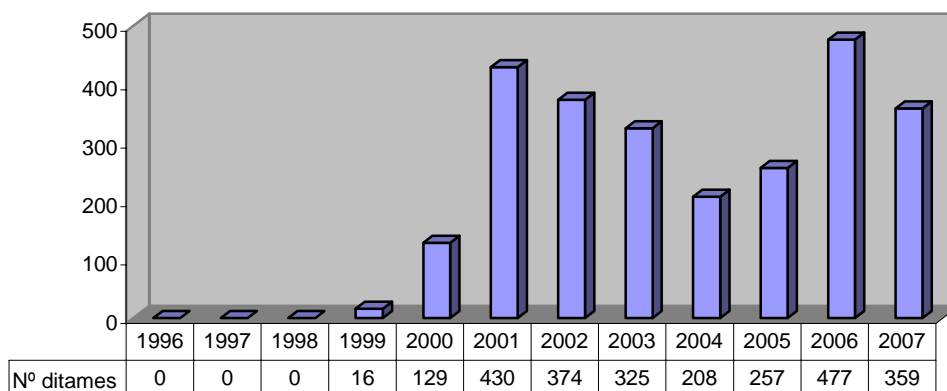
C. Sanidade



MEDIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SOSTIBLE

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

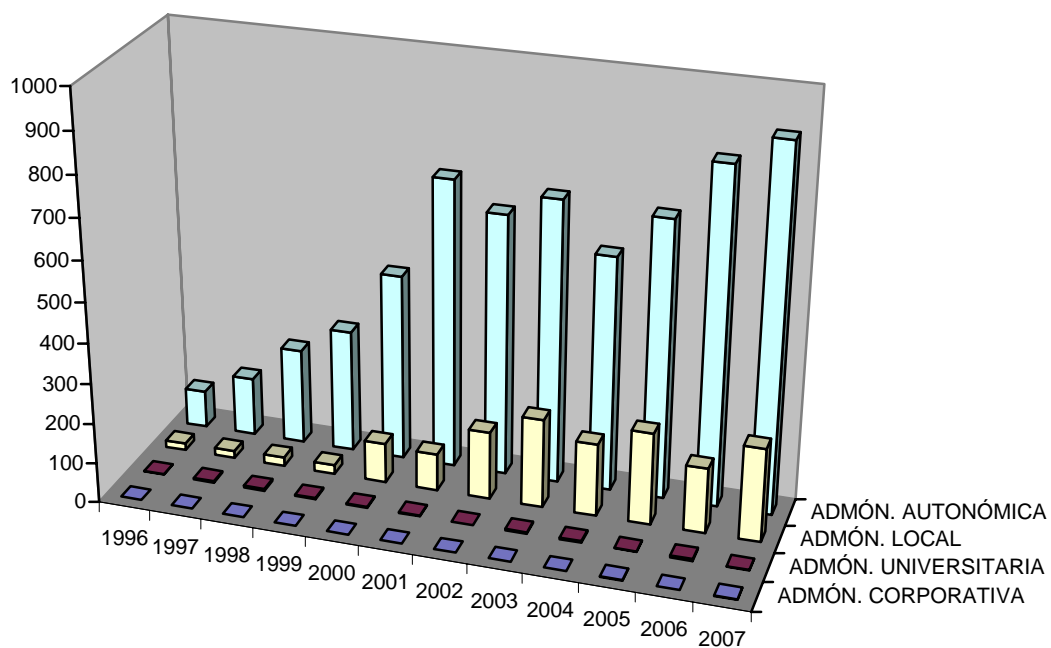
C. de Medio Ambiente e Desenvolvemento Sostible



1.10.- Comparativa por Administraciones

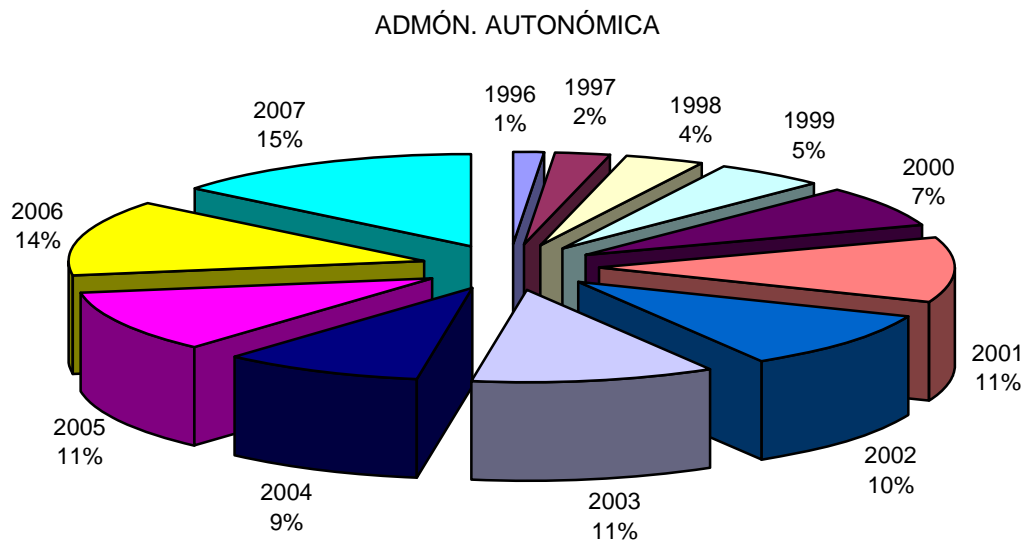
a.- Comparativa global polo núm. de expedientes tramitados

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



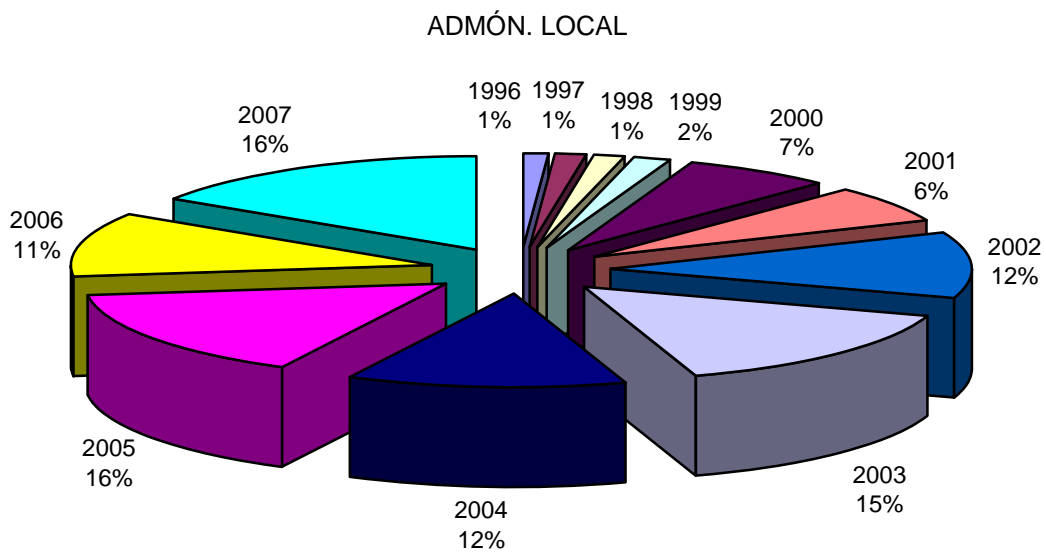
b.- Comparativa núm. expedientes da Administración autonómica

<i>Ano</i>	<i>Núm. Ditames</i>
1996	93
1997	146
1998	239
1999	306
2000	465
2001	719
2002	650
2003	703
2004	583
2005	690
2006	833
2007	902



c.- Comparativa polo núm. de expedientes da Administración local

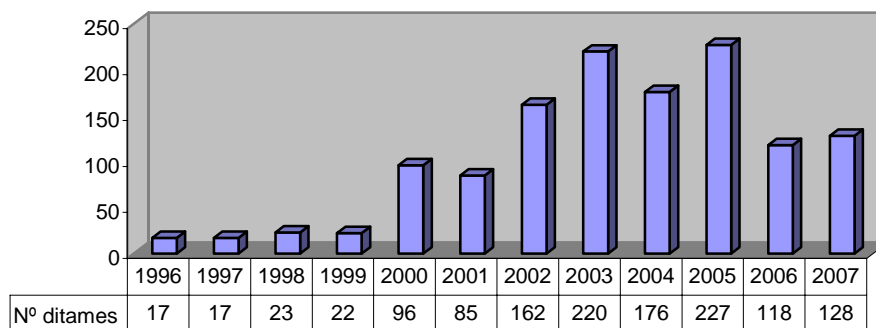
Ano	Núm. Ditames
1996	17
1997	18
1998	22
1999	23
2000	99
2001	93
2002	169
2003	222
2004	181
2005	229
2006	163
2007	233



Os devanditos ditames corresponden ás solicitudes formuladas por 128 concellos, dos 315 existentes no territorio da Comunidade Autónoma, que son os seguintes (inclúense ademais dúas mancomunidades de municipios e un consorcio):

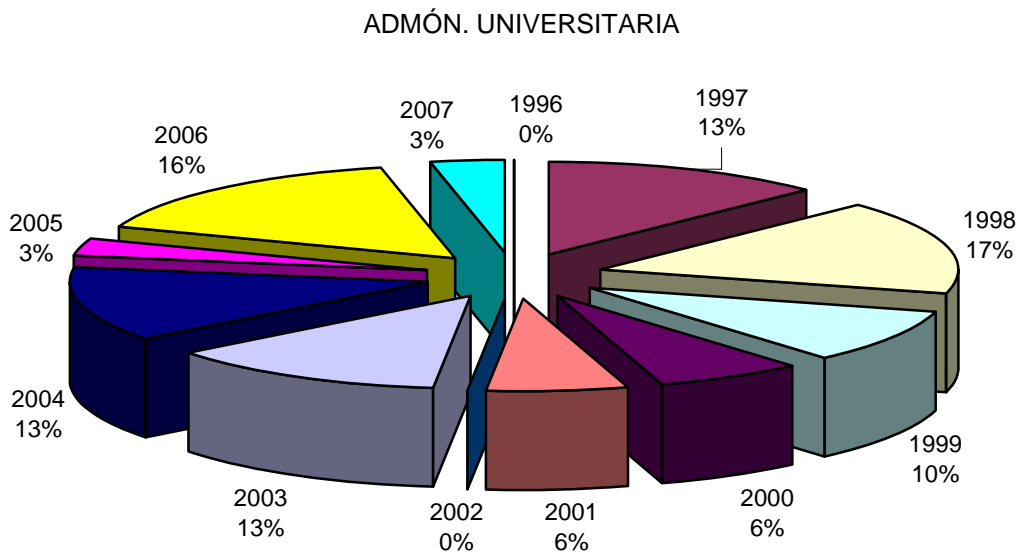
A Baña	Cedeira	Montederramo	Ribeira
A Coruña	Cee	Monterroso	Rois
A Guarda	Cerceda	Moraña	Rubiá
A Rúa	Cervo	Mos	Sada
A Veiga	Cesuras	Mugardos	Salvaterra de Miño
Abegondo	Chantada	Muras	San Amaro
Agolada	Conorcio As Mariñas	Muros	San Cibrao
Ames	Culleredo	Neda	San Cristovo de Cea
Amoeiro	Cuntis	Nigrán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

Expedientes enviados por concellos



d.- Comparativa polo núm. de expedientes da Administración Universitaria

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



- IV -

OBSERVACIÓNS E SUXESTIÓNS

1.- PROXECTOS NORMATIVOS

1.1.- Pluralidade de ámbitos materiais e de administracións concernidos pola norma regulamentaria. En particular, a preservación das competencias dos entes locais.

Abordábanse estas cuestións con ocasión do ditame sobre o proxecto de decreto polo que se aproban os Estatutos da Axencia de Protección da Legalidade Urbanística.

Partindo da constatación da pluralidade de ámbitos sectoriais do ordenamento afectados polo proxecto, consideraba o ditame que este parecía que tendencial, aínda que explicitamente, partía da concepción do ordenamento urbanístico coma un ordenamento predominantemente completo e pechado sobre si mesmo, desvencellado do ámbito propio do réxime local. Considerábase entón que esta perspectiva suscitaba algunhas dificultades de orde legal, atendendo ao carácter transversal da materia de réxime local.

A este respecto, considerábase necesario reparar na circunstancia xa expresada conforme a que, son tres os ámbitos competenciais fundamentalmente imbricados e concernidos pola normativa analizada, a saber: réxime local, urbanismo e ordenación do territorio.

En particular, o texto afectaba puntual e relevantemente á definición do devandito eido do réxime local e, conseguintemente, a un ámbito material de relevancia constitucional cal é a Administración local, un sector dos poderes públicos configurado como un dos piares estruturais do Estado.

Entón sinalábase que non debía esquecerse que as competencias e a estrutura dos entes locais, sen prexuízo da súa afectación pola regulación sectorial, son “*réxime local*” e forman parte deste ámbito constitucional.

E nesa materia tres son os criterios normativos esenciais; en primeiro lugar, a necesidade de preservar a autonomía dos entes locais, como ámbito político propio e diferenciado de decisión, en correspondencia coa consideración dos entes locais como poderes públicos democraticamente elixidos e que ostentan responsabilidade política ante os cidadáns. En segundo lugar, e derivativamente do dito, o mandato constitucional aos lexisladores sectoriais (sexan do Estado ou da Comunidade Autónoma), para garantir nas respectivas regulacións a preservación da esfera competencial recoñecible aos entes locais e tocante aos intereses de tal índole que se vexan involucrados. E finalmente, que a lexislación sectorial delimita pero non atribúe as competencias locais, que proceden recta vía do bloque constitucional, e o

que se traduce no emprego na Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases de réxime local (en adiante LBRL), da locución “*en todo caso exercerán*” á hora de abordar a enunciación das competencias locais.

Este conxunto de criterios normativos non resulta necesariamente incompatible con fórmulas de cooperación interadministrativa e tampouco con ocasionais desprazamentos do exercicio das competencias locais, mais sempre cos equilibrios imprescindibles, necesariamente recollidos nas normas de que se trate, co fin de soslaiar, por principio, a imposible abdicación ou desentendemento dos entes locais respecto de ámbitos competenciais da súa incumbencia, que lle veñen atribuídos recta vía do bloque constitucional, pois noutro caso, por enriba da indispoñibilidade da competencia, principio fundamental do noso dereito público, provocaríase unha distorsión ou dilución na imputación política da responsabilidade, inherente á configuración dos entes locais como corporacións democraticamente representativas.

Por esta razón, o ditame deste Consello Consultivo de Galicia (en adiante CCG) entendía que debían establecerse as necesarias cautelas nunha regulación como a examinada, preservando un residuo substancial de competencia local na ordenación que se deseñe, de xeito que a regulación respecte a declaración que, por vía de principio, realizou o art. 8 da LRXPAC.

Dende outra perspectiva, e voltando novamente aos sectores do ordenamento involucrados no proxecto, resaltábase neste punto a tradicional singularidade da relación competencial entre o urbanismo e a ordenación do territorio, que se traduce na imbricación da distribución de competencias que se dá nestas materias, particularmente entre os entes locais e a Comunidade Autónoma; imbricación reforzada no momento presente polos condicionantes que impoñen as circunstancias económico-sociais actuais, caracterizadas por modos de utilización do territorio que impelen un incremento inxente do consumo do solo no modelo de crecemento urbanístico e o proceso urbanizador.

Isto eleva á condición de ben xurídico a preservar o desenvolvemento sostible urbanístico, e como obxectivo, e á vez instrumento insoslaiable das políticas públicas, a imprescindible cooperación interadministrativa reforzada, modo idóneo para asegurar a coherencia e eficacia das ditas políticas co fin de acadar a eficiente coordinación das diversas competencias sobre o territorio, nunha perspectiva omnicompreensiva dende o nivel da planificación ata o nivel da xestión pública, o que require específicas solucións no tocante ao tratamento das múltiples manifestacións da patoloxía urbanística, evidencias palmarias da creba do imperio da lei, situación impropia e incoherente cun Estado de dereito.

Por outra parte, e xa exclusivamente no ámbito do urbanismo, diferéncianse diversos subespazos que, precisamente para preservar a autonomía local, indican unha particular concorrencia e distribución de competencias entre os entes locais e a Comunidade Autónoma, sendo de observar o predominio das competencias locais na xestión do fenómeno urbano (o que comprende tanto o que se entende por “*facere cidade*” como a corrección das patoloxías manifestadas en condutas desestruturantes idóneas para “*desfacere*”), subespazo este do fenómeno urbano que constitúe manifestación primixenia dos intereses locais (ben que compatible con facultades autonómicas do control de legalidade), sen descoñecer que existen, noutros subespazos do urbanismo, competencias decisorias relevantes residenciais na Administración autonómica (litoral, zonas de protección ambiental reforzada, dotacións, estándares urbanísticos, zona rural, etc.), por entender o lexislador sectorial que en cada un destes subespazos concorren, en diverso grao, manifestacións de evidente compromiso de intereses supralocais.

Consideraba o ditame que esta heteroxeneidade do réxime competencial nos distintos subespazos do urbanismo e a ordenación do territorio, incidía e provocaba a correspondente heteroxeneidade das competencias asumidas pola Axencia de Protección da Legalidade Urbanística, obxecto da regulación do proxecto, o que determinaba unha desigual intensidade do protagonismo ou relevancia de cada un deses títulos segundo o ámbito analizado.

Noutro plano, os condicionamentos que o citado deseño competencial impón aos poderes públicos no seu labor normativo, entendíase que non se salvagardan coa práctica, sequera parcial, do trámite de audiencia das entidades locais –dende o punto de vista procedemental-, nin co carácter voluntario da incorporación dos concellos á Axencia -dende o plano da regulación substantiva- xa que a competencia administrativa é indispoñible e irrenunciábel, segundo declara a Lei de réxime xurídico e de procedemento administrativo común e conforme a un principio básico da nosa ordenación administrativa. En efecto, unha cousa é a modalización conxuntural do exercicio das propias competencias, por déficits de medios ou confluencia-compartición de espazos e outra o desprendemento con vocación definitiva do poder urbanístico.

A este respecto, e en relación co exercicio e a titularidade das competencias afectadas pola regulación proxectada, o ditame reparaba en que a Axencia é, organizatoriamente, un ente alleo á Administración local, e como certeiraamente sinalaba a Asesoría Xurídica Xeral da Xunta no informe sobre o proxecto, que obraba no expediente, non estamos diante dun consorcio local, senón ante un ente asociativo e institucional, alleo á esfera local, e incardinado na autonómica, por máis que o art. 226.1 da Lei 9/2002, prevexa que a Axencia é un ente de natureza consorcial con plena autonomía para o desenvolvemento en común pola Administración autonómica e os municipios que voluntariamente se integren

naquela, das funcións de inspección, restauración da legalidade e sanción en materia de urbanismo e o desempeño de cantas outras competencias lle asignen os seus estatutos.

O novo ente institucional, nesa liña argumental, aparecía adscrito organicamente a un departamento da Administración autonómica, encargada de aprobar os seus estatutos, sendo ademais membro nato da Axencia, mentres que os municipios, tal e como aparecía configurado no proxecto, necesitaban un acto expreso de incorporación voluntaria a través do correspondente convenio de adhesión, que debía ser aprobado polo Consello da Xunta de Galicia. O art. 4 dos estatutos, refería expresamente o réxime xurídico da Axencia ás normas aplicables ás entidades de dereito público vinculadas ou dependentes da Administración autonómica.

É por isto que, malia a plena autonomía no cumprimento das súas funcións a Lei 9/2002 o recoñece, e que necesariamente atinxe ao ámbito funcional ou operativo, estruturalmente, e na marxe da configuración actual dos entes locais na lexislación local de Galicia, non variada, a configuración da Axencia é a propia dun ente instrumental da Administración territorial autonómica, polo que aquela autonomía de funcionamento (mais alá da simple declaración legal e abstracta), non pode sobrepoñerse á natureza propia dos entes institucionais, caracterizada polo sometemento á potestade de dirección da Administración territorial na que se integran e da que son instrumento.

Por iso, e para outro caso, sinalábase, que se se pretende, como parece que procede e o limitado compromiso e afectación da autonomía local require, resulta preciso modalizar a configuración da Axencia, dentro do marco da Lei 9/2002, e tocante á asunción do exercicio das competencias locais, procedendo a introducción no proxecto de regulacións concretas e específicas que garantan a preservación daquela autonomía.

Particularmente, referíase o ditame a que potestade de dirección do novo ente, segundo a natureza propia do suxeito institucional, non corresponde propiamente aos seus órganos de goberno, nos que participan os entes locais que subscriban o convenio, senón que está atribuída á Administración territorial de adscrición á Xunta de Galicia, a través da Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes, como titular e responsable última do interese cuxa xestión se encomenda ao ente institucional, o cal transcende, a un dos ámbitos máis sensiblemente afectados polo proxecto analizado, o do exercicio das competencias propias polas entidades locais.

Contrariamente, apuntábase a que o proxecto regulamentario requiriría, por razóns de legalidade, verse completado con preceptos que modalizaran a xenérica

configuración da Axencia como ente institucional da Comunidade Autónoma, de xeito que funcionalmente se garanta a súa autonomía e capacidade de decisión propia, como manifestación declarada dun estatuto xurídico peculiar que vén esixido pola imprescindible preservación da autonomía local.

No ámbito das relacións interadministrativas, incluídas as que protagonizan as entidades locais, existen, certamente, unha serie de técnicas de coordinación e cooperación, de maior ou menor intensidade, pero de aplicación conxuntural e, en todo caso, de natureza “*contida ou refreada*”, co fin de compaxinar a eficiencia e deber de coordinación coa indispoñibilidade de competencias, ao que se engade a necesaria compatibilización daquelas técnicas coa preservación da autonomía local.

A transcendencia do sistema relacional, entendido este en sentido amplo, apréciase no texto da Lei de administración local de Galicia, que dedica o seu título IV á transferencia e delegación de competencias da Comunidade Autónoma nas entidades locais e á encomenda de xestión, regulando no título V, as relacións interadministrativas.

Así, a transferencia e a delegación de competencias supoñen unha alteración singular do sistema de distribución de competencias e son, pois, excepcións puntuais xustificadas por esa “*singularidade*” e sempre necesitadas de xustificación explícita en cada caso.

Por outra parte, a cooperación, colaboración e coordinación son fórmulas relacionais interadministrativas que flexibilizan o rigor do sistema de distribución competencial, pero que se aplican contidamente e con equilibrio, preservando sempre técnicas de corrección (a primeira das cales é a fácil saída do convenio que as materializa por parte do ente que desexe restablecer o pleno e exclusivo control das súas indispoñibles competencias, aspecto este que certamente, aparece adecuadamente abordado e resolto no art. 12 do proxecto).

Porque en todo caso, o límite material intanxible, dada a constitucional preservación da autonomía local e a índole prevalentemente local dunha parte da materia é describable negativamente: non pode chegar a producir a total substitución do ente titular da competencia pola acción dos entes colaboradores/coordinadores ou as personificacións asociativo-institucionais.

Indispoñibilidade que rexe incluso ante voluntarios desprendementos de ámbitos competenciais completos, xa que as atribucións dun órgano territorial, e máxime tratándose da garantía constitucional da autonomía local, non son poderes públicos voluntarios e en propio interese, senón potestades de necesario exercicio e cuxa titularidade e responsabilidade debe ostentarse indeclinablemente.

Non é necesario poñer de relevo que a materia da xestión urbanística, sen descoñecer que involucra outras esferas da actividade administrativa, e que conflúe con competencias ocasionais máis intensas de atribución autonómica en certas submaterias (espazo rural, zona litoral, espazo de protección ambiental, dotacións, etc.), é unha materia asignada á xestión municipal na lexislación local. Así, no art. 25.2 da LBRL, prevese que o municipio, “*en todo caso, exercerá*” competencias, nos termos da lexislación do Estado e das Comunidades Autónomas, en materias de ordenación, xestión, execución e disciplina urbanística. Nos mesmos termos se manifesta o art. 80 da LALGA..

A disciplina urbanística é, nunha parte substancial deste ámbito, materia propia do urbanismo, como competencia primixenia e xenuína dos municipios, e sen descoñecer a súa imbricación con outros eidos alleos ao ámbito local, a intensidade e extensión do exercicio desa competencia polos concellos deriva dun designio compartido polo lexislador estatal e o autonómico, como xa vai dito, de modo que toda alteración do esquema organizativo do exercicio da dita competencia, afecta de modo necesario e decisivo ao núcleo esencial do réxime local.

Nesta liña de argumentación lembrábase que o Tribunal Constitucional ten dito que o eido das competencias non é alleo ao “*réxime local*”. Así, na sentenza do 19 de decembro de 1989 arguméntase que “*El ‘régimen local’, que es, por tanto, el ‘régimen jurídico de las Administraciones Locales’, resulta de este modo no una materia evanescente, disgregada en una pluralidad de asuntos sometidos a un régimen competencial diversificado tal como afirma la Generalidad de Cataluña, sino una materia con perfiles propios que, por imperativo de la garantía institucional de la autonomía local, contempla también -y no excluye- lo relativo a las competencias de los Entes locales*”. Todo iso sen prexuízo de que, como se pode ler na propia sentenza, “*delimitada así la existencia de orden competencial vinculada a la garantía constitucional de la autonomía de las Entidades locales, la concreción última de las competencias locales queda remitida -y no podía ser de otra manera- a la correspondiente legislación sectorial, ya sea estatal o autonómica, según el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*”.

1.2.- A normalización do uso do galego no ensino.

O CCG xa tivera cuestión de pronunciarse, dende unha perspectiva máis xeral, sobre a cuestión da lingua e a súa promoción, concretamente, con ocasión do ditame solicitado polo señor presidente da Xunta de Galicia o pasado ano 2006, en torno á reforma do Estatuto de Autonomía (en adiante EAG) e do que xa se fixo eco a memoria correspondente ao dito ano.

A norma examinada neste caso, o proxecto de decreto para a promoción do galego no ensino, no marco da Lei orgánica 2/2006, do 3 de maio, de educación, tiña como obxectivo o de promover o galego como lingua viva, promocionando a súa competencia lingüística e a convivencia idónea co castelán. Tales obxectivos complétanse con modalizacións a nivel de centros co fin de captar as heteroxeneidades territoriais no grao de uso idiomático, de tal maneira que sexan os devanditos centros, dentro lóxicamente de certos límites, os que aseguren a maior e máis idónea adaptabilidade no emprego do bilingüismo integrador, adaptándoo ás preferencias sociais do contorno, sen abdicar dos criterios xerais.

Así recordábase que a lingua é, como concepto, unha das primeiras manifestacións da identidade singular e característica dunha sociedade estruturada como pobo ou nación, e representa, á súa vez, o principal sinal identificador da súa cultura, costumes e tradicións, ou o que é o mesmo, da súa personalidade colectiva.

É por iso que todas as comunidades humanas ou sociedades asentadas nun territorio -calquera que sexa a súa conceptualización xurídico-política como pobo, nación, nacionalidade ou comunidade nacional- se ven comprometidas a protexer as súas linguas propias como forma de expresión xenuína da súa identidade colectiva, ao tempo que a protexer aos seus usuarios, sexa propiciando o seu coñecemento e máxima xeneralización de uso, sexa proscribindo calquera discriminación polo seu emprego tanto individual coma colectivo.

Neste senso, recordábase que as constitucións nacionais adoitan conter determinacións sobre as linguas nacionais e a súa oficialización, recolléndoas non só como instrumento de comunicación persoal, senón tamén como factor de integración social e signo de identidade de suxeitos e grupos que as usan, chegando a configurarlas como patrimonio cultural dunha nación ou comunidade cidadá e, en canto tal, como un ben xurídico, tanto desde o punto de vista persoal coma colectivo, que merece a protección permanente por todos os poderes públicos.

Deste xeito, a consagración do galego como lingua propia e cooficial de Galicia levada a efecto polo EAG, abriu paso a un proceso dinámico, de potenciación e normalización do seu uso, que, no marco das estipulacións constitucionais e estatutarias sobre a materia, se encauza, de xeito fundamental, a través das previsións contidas na Lei 3/1983, do 15 de xuño, de normalización lingüística.

A exposición de motivos da referida Lei, fai asentamento na cita expresa do art. 3 da Constitución Española e 5 do EAG, se ben o centro de gravidade da atribución competencial sitúase, en realidade, no disposto no art. 27.20 deste último texto, que reconece á nosa Comunidade Autónoma competencia exclusiva en materia de promoción e ensino da lingua galega.

No eido do ensino este título competencial conflúe coa atribución particular de competencia plena á Comunidade Autónoma galega para a regulación e administración do ensino en toda a súa extensión, niveis e graos, modalidades e especialidades, no ámbito das súas competencias, sen prexuízo do disposto no art. 27 da Constitución e nas leis orgánicas que, conforme o apartado primeiro do art. 81 daquela, o desenvolvan, das facultades que atribúe ao Estado o número 30 do apartado 1 do art. 149 da Constitución, e da alta inspección necesaria para o seu cumprimento e garantía (art. 31 EAG).

Por outra parte, a Lei 7/2007, do 12 de abril, do estatuto básico do empregado público, contén un mandato expreso dirixido, entre outras, á Administración pública da nosa Comunidade Autónoma, ao dispoñer no seu art. 56.2, que as Administracións públicas, no ámbito das súas competencias, deberán prever a selección de empregados públicos debidamente capacitados para cubrir os postos de traballo nas Comunidades Autónomas que gocen de dúas linguas oficiais.

O proxecto neste caso examinado polo CCG, considerando as ensinanzas recollidas na Lei orgánica 2/2006, do 3 de maio, de educación, e co impulso do plan xeral de normalización da lingua galega aprobado por unanimidade no Parlamento de Galicia no ano 2004, desenvolve aquelas previsións legais autonómicas, materializando o mandato contido no art. 12.2 da citada lei, que encomenda a Xunta de Galicia a regulamentación da normalización do uso das linguas oficiais no ensino, aínda que desbordando -en algúns puntos que son obxecto de singular observación polo ditame- a cobertura legal citada.

Como xa lembrara o CCG no seu ditame CCG 782/05, a Constitución de 1978 configurou, principalmente no seu art. 3º, un modelo lingüístico para o Estado español, baseado nas seguintes características:

1º. A lingua oficial de todo o Estado, e por conseguinte de todos os poderes públicos, centrais, autonómicos e locais, é o castelán.

2º. As demais linguas existentes a nivel territorial distintas do castelán gozarán dun estatuto de cooficialidade no seu respectivo territorio coa lingua oficial do Estado, se ben nun réxime de asimetría por contraerse a súa oficialidade exclusivamente ao seu nivel territorial.

3º. Recoñécese o dereito público do uso do castelán e ao mesmo tempo o deber do seu coñecemento.

4º. Formúlase un mandato a todos os poderes públicos orientado á protección do pluralismo lingüístico, o que representa a obriga de adopción polos poderes públicos territoriais de medidas de protección e promoción das linguas cooficiais.

O modelo constitucional de lingua, así configurado, non está tan só recollido na CE, por canto esta tamén efectúa unha remisión ou habilitación aos Estatutos de autonomía (arts. 3.2 e 147) no tocante á oficialización das linguas territoriais propias das Comunidades Autónomas nos termos neles definidos, e en desenvolvemento deste cometido asumen tamén unha función materialmente constitucional, complementaria e integrativa, que implica o exercicio dunha competencia propia, a opción pola oficialización da lingua propia, sen prexuízo da súa subordinación xerárquica á CE.

Por estas razóns considerábase no ditame citado que ao EAG se lle reserva e asigna unha moi importante función constitucional de definición do alcance da oficialidade da propia lingua, que non pode ser realizada nin desenvolta -illada ou desconectadamente- directamente polas leis autonómicas que poidan ser ditadas en materia lingüística, e moito menos -no que ao proxecto ditaminado respectaba- por vía regulamentaria, pois os criterios esenciais de ordenación da materia sobre a lingua han de tratarse no Estatuto, como se desprende da súa configuración de norma institucional básica e do teor do art. 5 do EAG, polo que as disposicións de normalización non poden ser aprobadas de xeito desconectado do Estatuto.

Partindo, de que a declaración da oficialidade ten que ter por finalidade principal non só a proclamación da existencia dunha lingua territorial propia, senón tamén a de promover e posibilitar o exercicio dos dereitos lingüísticos, distínguase no ditame de constante cita, o aspecto positivo, ou de dereito, e o aspecto negativo, ou de deber, en canto ao coñecemento e uso das linguas propias, realizándose unha serie de consideracións xerais que son de plena aplicación no ámbito agora analizado, sen prexuízo da existencia de importantes matizacións e modulacións que, incidindo sobre os criterios xerais, e con orixe e fundamentación moi diversa, conflúen no eido do ensino.

Así, polo que se refire ao aspecto positivo, ou de dereito, en concreto á oficialidade da lingua, cando se fala do estatus dunha lingua como “*oficial*” nas sociedades multilingües, estase necesariamente a identificar esa lingua que é recoñecida como nacional polos poderes públicos no seu nivel territorial de recoñecemento, e, en canto tal, ostenta a virtude e a funcionalidade de constituír o principal instrumento de relación e medio normal de comunicación entre os anteditos poderes políticos dese territorio e os cidadáns. Oficialízase a lingua, por conseguinte, principalmente para os efectos de que sexa esta empregada maioritariamente en todos os eidos públicos, gubernamentais e administrativos, de

xeito que o seu uso maioritario polos poderes e autoridades públicas sirva como motor impulsor da necesaria normalización lingüística nese territorio.

Neste contexto, a oficialización posibilita, ademais, como corolario, a afirmación do dereito de elección e uso da propia lingua, operando como efecto primario o recoñecemento por parte de todos os poderes públicos dun dereito público subxectivo á súa utilización por todos os cidadáns que libremente opten polo seu emprego nas súas relacións privadas e públicas, con plenos efectos xurídicos en todo caso. Por esta razón, calquera intervención dos poderes públicos, incluso por vía normativa, na lingua, require unha fundamentación xurídica, en consideración a que esta constitúe unha proxección da propia personalidade e afecta, por ende, ao círculo vital dos cidadáns, acadando nun Estado de dereito plena xustificación e erixíndose en garantía de liberdade. Xa que logo, como consecuencia natural e inherente do dereito ao uso da lingua oficial propia do territorio, imponse a proscripción de toda discriminación negativa ou diferenza de trato cos usuarios desa lingua por razón do seu emprego.

Neste senso, o dereito ao uso da lingua propia é un dereito de liberdade esgrimible fronte aos poderes públicos e incluso tamén fronte a certos particulares que realicen, por delegación ou concesión, unha actividade pública; dereito que, obviamente, non se pode esgrimir polo contrario nas relacións entre particulares.

Diríase, por conseguinte, que na dimensión persoal e en canto que dereito de liberdade, o dereito á lingua é, fundamentalmente, un dereito de opción, a modo de estatus negativo ou reactivo, por canto o cidadán pode elixir liberrimamente o código lingüístico e a modalidade de lingua mesma que quere empregar nas súas relacións cos poderes públicos; se ben debe aceptar como límite a dimensión colectiva do réxime xurídico da lingua.

Como se razoaba no ditame de constante referencia, o novo marco constitucional xurdido en 1978, ao mesmo tempo que aceptou o plurilingüismo, fixo prevalecer a premisa de que o dereito ao uso e emprego da propia lingua é un dereito individual que se exercerá sempre sobre a base da elección subxectiva de cada cidadán, de xeito que ningunha das linguas cooficiais será obxectivamente prevalente, por canto formalmente o será a que subxectivamente resulte da elección e libre decisión de cada usuario. Esta é a concepción que latexa na redacción do art. 3º da CE de 1978 e mesmo no art. 5º do EAG de 1981, que oficializan os idiomas galego e castelán en Galicia, se ben, destacadamente, o precepto estatutario comeza por proclamar que “*a lingua propia de Galicia é o galego*”.

En todo caso, como igualmente se argumentaba no ditame CCG 782/05, non é dabondo co recoñecemento e protección formal do dereito ao emprego dunha lingua oficial por parte dos poderes públicos (oficialidade), senón que é preciso

promover a regularización de uso desa lingua como principal vehículo de comunicación e integración social (normalización) entre os seus usuarios, co fin de facer realidade a liberdade e a igualdade de todos os cidadáns no exercicio dos seus dereitos constitucionais e legais (art. 9.2 CE). Deste xeito, o maior grao de defensa e protección das linguas territoriais xira en torno a dous eixos, a cooficialidade e a normalización social.

Por iso, considerábase un aspecto cualitativamente relevante, o da protección e tutela como lingua propia do galego, por canto, de acordo coa interpretación recollida na STC 337/1994, do 23 de decembro, con esa declaración queda avalado un trato desigual, aínda que non discriminatorio, para as dúas linguas oficiais no territorio autonómico, por canto a acción normalizadora da lingua propia ten que implicar, necesariamente, a adopción de accións e medidas de apoio singularizado ou reforzado para garantir a subsistencia e desenvolvemento desa lingua. Esta sentenza, en efecto, supuxo un reforzamento nas teses da doutrina constitucional sobre o carácter vehicular das linguas cooficiais, como o patentiza a súa comparación coa STC 137/1986.

É no eido do ensino onde a adopción desas accións e decisións de apoio singularizado cobra singular e xenuína relevancia como modo de garantir os dereitos lingüísticos dos cidadáns nas novas xeracións, promovendo a normalización da lingua, o que se traduce na necesidade de artellar unha serie de medidas que garantan e protexan, segundo o seu grao de transcendencia, os bens xurídicos en xogo, deseñando un sistema de equilibrios na procura da vixencia, con plenas garantías, do bilingüismo habilitado e protexido pola Constitución Española.

Nesta perspectiva xurídica, é onde o ditame consideraba que debía situarse o punto de mira dende para examinar as medidas normativas deseñadas no proxecto de decreto que se examinaba, no marco da competencia exclusiva recoñecida á Comunidade Autónoma de Galicia polo EAG (art. 27.20) en materia de promoción e ensino da lingua galega.

Neste sentido, constituía punto de partida para a análise xurídica a realizar a consideración –xa realizada no ditame CCG 782/05– de que a declaración constitucional e estatutaria de cooficialidade do idioma non implica un deber xeral e abstracto, incondicional, coercible e perfecto do coñecemento do galego e, menos aínda, do seu uso. Neste senso, resulta incontestable xuridicamente que ese concreto asunto foi estudado co gallo do recurso de inconstitucionalidade interposto contra a Lei de normalización lingüística de Galicia 3/1983, do 15 de xuño, e decidido polo Tribunal Constitucional na súa sentenza do 26 de xuño de 1986, ao proceder a anular, por inconstitucional, o inciso “*deber de coñecelo*” (o galego) por parte de todos os galegos, recollido no art. 1.2 da devandita lei.

Así, tal e como se consideraba no dito ditame, segundo a doutrina xurisprudencial, a oficialidade dunha lingua territorial non pode levar consigo ínsito o deber ou obriga de coñecela por parte dos cidadáns, debendo deste xeito manterse en todo caso separados o deber de coñecer unha lingua das consecuencias que se derivan da súa oficialidade. Mais esta regra xeral ten importantes matizacións no eido do ensino, traducidas na imposición e recoñecemento de deberes e dereitos singulares aos partícipes do proceso educativo, pois a Constitución non impón o coñecemento das linguas cooficiais, pero tampouco prohibe a súa esixencia en supostos concretos, de acordo coa doutrina do Tribunal Constitucional, sendo por iso precisa a realización dunha serie de consideracións concretas sobre os principais aspectos normativos do proxecto con transcendencia no eido dos dereitos e deberes lingüísticos, que se consignan nos apartados posteriores deste ditame.

Con todo, privado polo Tribunal Constitucional da trascendente previsión do deber de coñecemento da lingua propia por parte dos galegos, o texto legal non recibiu adaptación posterior ningunha ás novas sensibilidades sobre os dereitos e deberes lingüísticos, adoptadas e mesmo impulsadas polo propio Tribunal Constitucional en pronunciamentos posteriores ao referenciado. Isto supón que, a diferenza do que ocorre noutras comunidades con linguas cooficiais, en Galicia, as encomendas legais realizadas ao poder executivo de cara ao desenvolvemento da normalización lingüística, adoecen da falta dunha previsión legal actualizada que profile o deber de coñecemento da lingua en ámbitos concretos, na liña do xa exposto, máis alá da esixencia legal de que a lingua galega sexa materia de estudo obrigatorio en todos os niveis educativos non universitarios e a encomenda ás autoridades educativas para a promoción do uso progresivo do galego no ensino (art. 13.2) e a garantía de que, ao final dos ciclos nos que o ensino en galego é obrigatorio, os alumnos coñezan esa lingua, nos seus niveis oral e escrito, en igualdade co castelán (art. 14.3).

Neste sentido, o Plan de normalización da lingua, aprobado polo Parlamento en setembro de 2004, xoga un papel senlleiro na instrumentalización e canalización do, ata entón, impulso social difuso na normalización lingüística, pero, en aplicación do sistema de fontes do dereito, non pode cubrir as carencias legais apuntadas, que trascenden, así, a aspectos concretos do proxecto analizado, como máis adiante se precisará. A vixencia do principio de legalidade impón tal conclusión, por encima da existencia de sensibilidades sociais que non se poden impoñer a aquel, nin vinculan no exame de legalidade que realiza este CCG, que controla a adecuación dos proxectos de decreto que se diten en execución das leis atendendo á legalidade vixente e ás normas xurídicas efectivamente adoptadas e incorporadas ao ordenamento, segundo se deriva do disposto nos arts. 2.1 e 11 da Lei reguladora deste CCG.

Concluíase no ditame que agora comentamos que, así as cousas, a inexistencia dunha cobertura legal total, completa e pormenorizada na Lei de normalización lingüística -que non apurou en toda a súa extensión a definición de ámbitos, suxeitos e obrigas de contido mínimo do ámbito que agora regulado no proxecto examinado- non permitía, na súa totalidade, a materialización dos desenvolvementos pretendidos polo proxecto de decreto sometido a ditame, ao que, polo tanto, pormenorizadamente, se lle facían determinadas observacións de legalidade.

1.3.- Principios informadores da lexislación en materia de produción de enerxía eléctrica en réxime especial. A liberdade de empresa e a planificación enerxética.

Tratábase neste caso dun proxecto de decreto que desenvolvía a normativa estatal básica en materia de autorización de produción de enerxía eléctrica, sobre a base da competencia da Comunidade Autónoma na materia, correspondéndolle, a normativa de desenvolvemento lexislativo e xestión executiva., nos termos previstos no art. 3.3 da Lei estatal 54/1997, do 27 de novembro, do sector eléctrico (LSE).

A devandita competencia fora transferida á comunidade autónoma por Reais decretos 1634/1980, do 31 de xaneiro e 2563/1982, do 24 de xullo, sendo asumidas pola Xunta de Galicia e asignadas á entón denominada Consellería de Industria, Enerxía e Comercio polo Decreto 132/1982, do 4 do novembro.

Particularmente, o proxecto examinado facía uso da competencia exclusiva da Comunidade Autónoma de Galicia, conforme ao art. 27.13 do EAG, en materia de instalacións de produción, distribución e transporte de enerxía eléctrica, cando este transporte non saía do propio territorio e o seu aproveitamento non afecte a outra provincia ou comunidade autónoma. Iso sen prexuízo da competencia estatal que vén recollida no art. 149.1.22 e 25 da Constitución, preceptos estes que habilitan ao Goberno galego para ditar a normativa oportuna en desenvolvemento da propia competencia, con respecto da lexislación básica estatal.

Precisábase que a competencia autonómica consignada no art. 3.3, a) da LSE, antes citado, habilita á comunidade autónoma non só para o desenvolvemento lexislativo e regulamentario da lexislación básica, senón tamén, e isto é relevante, para a xestión administrativa dos servizos correspondentes, co que a competencia autonómica abrangue a potestade regulamentaria e a función executiva ou de xestión administrativa en senso amplo.

A normativa estatal, ditada en exercicio da competencia exclusiva que o art. 149.1.22 e 25 da Constitución outorga ao Estado para regular as bases do réxime enerxético, está recollida na vixente Lei 54/1997, do 27 de novembro, do sector

eléctrico, modificada pola Lei 17/2007, do 4 de xullo, que transpón a Directiva 2003/54/CE, do 26.6.2003, e no Real decreto 661/2007, do 25 de maio, polo que se regula a actividade de produción de enerxía eléctrica en réxime especial, á que se refire o art. 27.1, b) da Lei 54/1997, tamén materia básica, que a clasifica e encadra no grupo b.2, comprensivo de dous subgrupos, nos que se inclúen as instalacións eólicas situadas en terra (b.2.1) e no mar territorial (b.2.2).

Vén concernido tamén neste caso o Real decreto 1955/2000, do 1 de decembro, polo que se regulan as actividades de transporte, distribución, comercialización, subministración e procedementos de autorizacións de enerxía eléctrica, que recolle disposicións singulares para as instalacións de produción enerxética en réxime especial, cuxas normas son tamén parcialmente básicas, como se advirte na súa disposición derradeira primeira verbo do seu título VII, regulador dos procedementos de autorización das instalacións de produción, transporte e distribución.

Pois ben, sobre a antedita base competencial, o ditame abordaba a determinación dos principios informadores da lexislación en materia de produción de enerxía eléctrica en réxime especial.

A este respecto, a produción de enerxía eólica está sometida opcionalmente a un réxime regulador especial e singular respecto do réxime xeral de produción de enerxía eléctrica. Pódese dicir a este respecto que as enerxías renovables son obxecto dunha singular promoción polo lexislador estatal, que lles ofrece os beneficios propios dunha actividade de fomento, baixo técnicas de promoción, como modalidade de produción enerxética singularmente incentivada e primada nos seus prezos de colocación no mercado, permitindo así un particular réxime de explotación económica aos titulares das correspondentes instalacións de aerogeneradores verbo das fontes de enerxía convencionais (hidráulica, nuclear, gasista, carbonífera ou de hidrocarburos), como así se suxire e propugna nos acordos de Kyoto sobre redución da contaminación e na normativa da Unión Europea en materia medio ambiental.

Sobre a base destes presupostos xenéricos inspiradores, o ditame analizaba as singularidades do réxime regulador da produción de enerxía eléctrica a través de dous cuestionamentos principais.

a) Por un lado, a cuestión da interacción que é dado a observar entre o principio de liberdade de empresa e as necesarias limitacións impostas pola planificación enerxética.

A este respecto, en primeiro lugar, o principio de liberdade de empresa, consagrado no art. 38 da CE, podería facer entender, a primeira vista, que son alleas

a ela calquera intervención administrativa, en razón a que o lexislador estatal as coida como actividades liberalizadas, criterio, non obstante, vencellado necesariamente ao postulado complementario de que estamos ante procedementos regrados os conducentes ao outorgamento das correspondentes autorizacións administrativas de instalacións eléctricas.

Así se manifesta a xurisprudencia constitucional sobre o principio de liberdade de empresa no marco da economía de mercado, de exercicio en todo caso acorde coas esixencias da economía xeral e, de ser o caso, da planificación, para o cal o antedito art. 38 CE non reconece o dereito a acometer calquera empresa de xeito totalmente libre e autónomo, senón tan só o de iniciar e soste en liberdade a actividade empresarial (STC 83/1984), o cal significa a aceptación da introdución en norma xurídica de rango axeitado de modulacións ou modalizacións ao indicado principio, por razóns de interese xeral que a Administración identifica e interpreta, sen afectar para iso á esencia da devandita liberdade, o desenvolvemento dela polo empresario promotor sen trabas nin atrancos que impidan ou dificulten o exercicio da antedita actividade en liberdade.

Mais este principio de liberdade empresarial non pode entenderse formulado como un valor absoluto e intanxible, debendo admitirse, cando menos, a súa submisión aos superiores principios da planificación económica e, en particular, da planificación enerxética, que poden impoñer delimitacións importantes a esa libre iniciativa empresarial, extensibles en particular tamén ás enerxías renovables.

En definitiva, obtense de todo o dito a principal conclusión de que a libre iniciativa empresarial pode quedar delimitada naturalmente polas orientacións e esixencias xerais da planificación económica e específicas da planificación enerxética, que poden impoñer orientacións socializadoras (responsabilidade social corporativa, á que logo se fará referencia) a unha actividade en principio legalmente liberalizada, particularmente tendo presente a natureza indicativa da planificación enerxética.

E aínda máis, a configuración da planificación enerxética, no que se refire ao sistema enerxético nacional, atópase restrinxida ao Estado, mais iso non exclúe a posibilidade dunha planificación secundaria enerxética en sede autonómica, na medida en que as Comunidades Autónomas poden adoptar os seus propios plans enerxéticos, en particular, os plans de enerxía de fontes renovables, observándose neste senso que case todas as Comunidades Autónomas teñen adoptadas medidas planificadoras e interventoras en materia de enerxías renovables, ao abeiro das súas competencias estatutarias en materia de fomento e planificación da actividade económica no seu propio territorio: así ocorreu, na Comunidade Autónoma galega, sobre a base das previsións recollidas no art. 30.I.1 EAG, coa adopción do Plan Sectorial Eólico de Galicia por Acordo do Consello da Xunta de Galicia do 1 de

outubro de 1997, modificado por outro Acordo do Consello da Xunta de Galicia do 5 de decembro de 2002, que fixo actualización dos contidos do Plan e das áreas en explotación.

b) Un segundo aspecto abordado nas consideracións xerais do ditame é o referido ao rango normativo do que deben vir revestidas as previsións planificadoras en materia enerxética.

E así se ben recorda a existencia da formulación constitucional que establece reserva de lei formal para a planificación económica xeral (art. 131 CE), sinala, especificamente, que non ocorre o mesmo cos marcos ordenadores e reguladores da planificación en eidos singulares, para os cales as comunidades autónomas non están vinculados a ese mesmo principio de reserva legal. De feito pode incluso apreciarse que na práctica nin sequera se formula normalmente a esixencia de revestimento formal como regulamento (decreto), sendo frecuente a aprobación directa de plans económicos sectoriais directamente por acordo do Consello de Goberno, dos que unicamente se rende conta no Parlamento autonómico respectivo.

Por conseguinte, haberá que admitir que as orientacións, directrices e principios recollidos en plans sectoriais non contan, nun principio, coa súa necesaria formulación en norma con rango de lei ou de regulamento, podendo ser aprobadas polos Consellos de Goberno con liberdade total e sen suxeición a rangos normativos concretos.

Outra cousa distinta e na que o ditame fai remarcado énfase, é que se teña que preconizar o respecto ao principio de xerarquía normativa verbo daquelas determinacións derivadas directamente da planificación que poidan incidir na esfera xurídica dos particulares (persoas físicas ou xurídicas), en canto suxeitos actores, protagonistas nos procesos de produción de enerxía eléctrica, da que deriva, por exemplo, no ámbito das autorizacións administrativas de instalacións eléctricas, a esixencia legal do seu carácter regrado.

E así, neste particular ámbito, é onde o ditame formula distintas consideracións de legalidade respecto a determinados artigos do proxecto, por canto vulneran o devandito principio. Limitados como estamos pola extensión do presente documento, non podemos entrar a considerar as anteditas observacións, se ben para coñecelas pódese acudir directamente ao ditame de referencia CCG 727/07.

1.4.- A intervención administrativa en materia de xogos de azar.

Presenta en boa medida o proxecto de decreto neste caso examinado, parte da problemática que vén de ser examinada respecto do proxecto de enerxía eólica, fundamentalmente no que se refire ao réxime de intervención administrativa no

xogo e as súas colisións co principio de liberdade de empresa. Tratábase neste caso do proxecto de decreto polo que se aproba o Regulamento de máquinas recreativas e de azar da Comunidade Autónoma de Galicia.

O proxecto analizado pretende, como vai dito, a modificación e unificación da diversa normativa regulamentaria ata entón vixente en relación coas máquinas recreativas e de azar. Como xustificación das novidades introducidas no texto, o informe da secretaría xeral da Consellería, numera a necesidade de modernización e actualización normativa do sector das máquinas recreativas e de azar, incorporando as novidades tecnolóxicas, así como a súa *“adaptación aos novos requirimentos do sector e da sociedade das normas anteriores”*.

Como é sabido, a actividade do xogo é un dos ámbitos onde se produce unha máis intensa intervención administrativa, a través de moi variadas técnicas de incidencia do poder público sobre a situación xurídica dos axentes ou actores principais do sector referido. Dende que o Real decreto lei 16/1977, do 25 de febreiro, de regulación de aspectos penais, administrativos e fiscais do xogo, introducira un transcendental cambio na cualificación xurídica da actividade do xogo, que pasa de estar afectada por unha prohibición xeral, a unha situación de permisibilidade, é unha constante a adopción de medidas de control por parte dos poderes públicos, en prol da salvagarda e protección de moi variados bens xurídicos, moitos deles residenciais en ámbitos sensibles merecedores dunha particular tutela, tales como son os menores ou a familia.

Unha das máis evidentes e salientables consecuencias dese réxime intervencionista é a vixencia e imposición de importantes condicionamentos no exercicio de actividades industriais, comerciais, en definitiva empresariais, no sector do xogo, o que obriga a traer a colación, como cuestionamento esencial dos límites da capacidade normativa do poder executivo, a vixencia do principio de liberdade de empresa recoñecido na Constitución.

En tal sentido, este CCG xa ten considerado, como antes tamén vimos, que o art. 38 da Constitución recoñece a liberdade de empresa, dentro dun marco, o da economía de mercado, que introduce unha serie de modulacións a aquela, igualmente restrinxida polos principios de produtividade e planificación -de ser o caso-, se ben todas estas previsións inciden no aspecto económico da aludida liberdade.

O sometemento do xogo a un réxime de intervención, con todo, non obedece tanto a eses criterios económicos, como ás finalidades proteccionistas ás que se fixo referencia, e a súa normación, como limitación que supón ao exercicio dunha liberdade -a de empresa- recollida no capítulo II do título I da Constitución española,

está suxeita ás garantías recollidas no art. 53.1 do propio texto constitucional. Daquela, o exercicio da aludida liberdade, só se poderá regular por lei, debendo respectar esta, en todo caso, o seu contido esencial. A existencia dunha reserva de lei na materia implica que o establecemento de límites no exercicio da liberdade, cando realmente se produza, requirirá unha previa habilitación legal que así o estableza, tanto máis se temos en conta que a incidencia da intervención administrativa na esfera dos particulares se produce pola vía do que a doutrina científica chama “*autorizacións de funcionamento*”, relativa a actividades chamadas a prolongarse indefinidamente no tempo (art. 7.3 da Lei 14/1985), que fan xurdir unha relación permanente entre a Administración e o suxeito autorizado, pola -á súa vez- permanente custodia que a Administración debe asumir verbo do interese público en xogo, que non pode ser abandonado logo da autorización inicial. Daquela, este tipo de autorizacións naturalízanse como actos-condición, nos que o administrado se coloca nunha situación impersoal e obxectiva, definida polas normas que lle sexan de aplicación. Dado o ámbito da liberdade que modaliza o acto de autorización, a liberdade de empresa, tales normas requirirán, cando incidan directamente nesa liberdade, un precepto legal que as habilite, ponderando, en todo caso, as limitacións inherentes ao propio deseño da liberdade de empresa consagrado na doutrina do Tribunal Constitucional, que define tal liberdade a través do seu axuste ás condicións do mercado no que esta se desenvolve.

Así, na súa sentenza 112/2006, do 6 de abril, o Tribunal Constitucional lembra a súa propia doutrina anterior, segundo a cal, no art. 38 “*no se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden*”. Como se argumenta igualmente na mesma sentenza “*En el fondo, como nos ha recordado la STC 109/2003, de 5 de junio (RTC 2003, 109), F. 15, de lo que se trata con estas resoluciones es de llevar al campo de la libertad de empresa el principio, reconocido siempre en nuestra doctrina, de que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor*”.

Tamén o Tribunal Supremo se pronunciou en idénticos termos, e así, entre outras, na súa sentenza do 30.1.07, establécese que o exercicio da liberdade de empresa “*está disciplinado por normas de muy distinto orden, entre ellas las licencias y autorizaciones administrativas, que constituyen una intervención pública en el ejercicio del derecho de los ciudadanos a desarrollar sus actividades empresariales, tolerable siempre que no haga impracticable ese derecho o lo despojen de su contenido esencial*”.

É neste sentido no que debe ser interpretada a referida liberdade, e dentro desas “*normas de muy distinto orden*”, onde teñen cabida boa parte dos preceptos recollidos no proxecto que se analiza.

Ademais, tratándose o proxecto en análise, dunha modificación dun réxime de intervención administrativa actualmente en vigor, os suxeitos por el afectados, na medida da súa vinculación coa Administración a través dun acto-condición, nos termos xa apuntados, están sometidos aos cambios normativos que experimente o réxime xurídico delimitador do estatus xurídico no que están integrados, sen prexuízo da operatividade do principio de confianza lexítima consagrado no art. 3 da LRXPAC.

1.5.- Aspectos relativos ao procedemento e á técnica normativa.

Por parte deste CCG tense insistido, con reiteración, na necesidade de que os proxectos de disposicións que se elaboren por parte da Comunidade Autónoma, se acomoden estritamente ao procedemento de elaboración das disposicións xerais. Concretamente, entre outras normas, faise referencia aos arts. 4, 34.5, 37 e 39 da Lei reguladora da Xunta e o seu presidente, 1/1983, do 22 de febreiro, e os arts. 4, 5.1 e 22 do Regulamento de réxime interior da Xunta, Decreto 111/1984, do 25 de marzo, e a súa modificación polo Decreto 57/1994, do 25 de marzo así como ao disposto no art. 24, da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, que fixa o procedemento de elaboración normativa. Todas estas normas, debidamente sistematizadas e interpretadas deron pé ao “*Acordo interpretativo sobre os trámites formais a seguir nos procedementos de elaboración de disposicións xerais*”, adoptado polo CCG en reunión de do 27 de decembro de 2001, que pretendía, cun carácter eminentemente práctico, ser un instrumento guía e de orientación para Administración, no procedemento de elaboración dos regulamentos.

E o certo é que, a día de hoxe, con independencia de que tal documento puidera estar necesitado da oportuna actualización, pode dicirse, sen medo a caer na esaxeración, que os obxectivos trazados con ocasión da elaboración do devandito documento, se teñen visto en boa medida fracasados, pois, en xeral, con honrosas excepcións, segue a ser moi deficiente o modo no que os proxectos de regulamentos ven ordinariamente a luz.

Da antedita afirmación dá proba o elevado número de expedientes que se devolven con base no previsto nos arts. 48 ou 50 do Regulamento de organización e funcionamento do CCG, ben sexa por una defectuosa tramitación, a maior parte, ou ben, no menor número de supostos, por resultar incompleta a documentación remitida xunto co proxecto..

Así no ano 2007, dos 52 proxectos de decreto que examinou este Consello, 16 foron obxecto de devolución polas anteditas causas.

Coa modesta intención de que se poida iniciar un camiño de emenda, neste apartado da memoria propoñémonos facer un resume dalgunhas das deficiencias detectadas durante o ano de 2007, sendo de significar que moitas delas xa foran observadas con motivo da elaboración da memoria correspondente ao ano de 2006, o que por outra parte pon de relevo un feito pouco alentador, xa que a situación lonxe de mellorar, co paso do tempo, vaise facendo crónica.

- Observouse en polo menos dous proxectos de decretos examinados, que contendo **normas afectantes ás competencias de varios departamentos**, non obstante carecen, tal e como se require, dunha tramitación conxunta.

Nun dos casos, que trataba dun proxecto de decreto que modificaba un anterior, dábase a circunstancia de que o seu preámbulo finalizaba co seguinte parágrafo: *“En consecuencia, a iniciativa do Conselleiro de..., e da Conselleira de ... , e a proposta do Conselleiro de Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública, previo informe favorable (...) dispoño (...)”*.

Porén, contrariamente ao manifestado polo texto de maneira explícita, o proxecto xurdía, de acordo co tramitado, a exclusiva iniciativa dunha consellería, por moción dun dos seus órganos directivos.

En efecto, da documentación remitida, non constaba ningunha actuación dunha das consellerías afectadas e nin tan sequera obraban unidas manifestacións documentadas que explicitaran a asunción da tramitación e a iniciativa conxunta, por parte dos titulares das anteditas consellerías. Igualmente, non existía constancia de intervención ningunha da Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, á que legalmente se lle reserva o papel de ser a propoñente final do proxecto de norma diante do Consello da Xunta.

O outro suposto, trataba tamén dunha regulación que comprendía diversos ámbitos competenciais nos que estaban implicadas dúas consellerías, e no entanto o proxecto xurdía, tamén como no anterior caso, a exclusiva iniciativa dunha das devanditas consellerías, sendo así que incluso, na fase de consulta interna correspondente ao procedemento de elaboración da norma, o outro departamento aludía explicitamente á invasión por parte do proxecto de competencias que lle eran propias.

O CCG entendeu neste caso que a toma en consideración de tal obxección requiriría para emendala, unha acción conxunta, *ab initio*, dos dous departamentos da Xunta, que en todo caso suporía a posta en común de iniciativas e accións de

impulso, ata chegar a un texto normativo común, incluso coa posibilidade de creación de órganos de actuación conxuntos e con refrendo da Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza nos termos previstos no art. 5 do Decreto 111/84, do Regulamento de réxime interior da Xunta.

En efecto, a dita norma prevé no seu apartado 1 que *“Corresponden aos conselleiros as atribucións contempladas no art. 34 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro e, en consecuencia, é da súa competencia elevar ao Consello da Xunta os proxectos de decretos, decretos lexislativos e anteproxectos de lei relativos a cuestións atribuídas ao seu departamento”*. Non obstante, o apartado 2 particulariza as esixencias concretas ás que nos referimos anteriormente, prevendo que *“En caso de competencias coincidentes, a proposta corresponderá aos conselleiros interesados, pero o refrendo da disposición será do conselleiro da Presidencia, ao que corresponde tamén designar as Consellerías que deben participar na elaboración do respectivo proxecto ou, de ser o caso, propoñer ao Consello a constitución dunha Comisión interdepartamental para tales efectos”*.

Da lectura destes preceptos colíxese que a devandita intervención da Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza non está constringida á participación formularia no procedemento normativo nun trámite ulterior, con carácter previo á aprobación do texto normativo por parte do Consello da Xunta, senón que, por razóns de eficacia administrativa, o devandito departamento administrativo debe ter coñecemento do proxecto –que, en definitiva, vai propoñer e, conseguintemente, asumir– nun momento procedemental anterior, no que sexa posible o exercicio efectivo das atribucións que naquel precepto lle son encomendadas, e en todo caso, a toma de razón da iniciativa regulamentaria allea.

Nesta liña de argumentación, non se pode perder de vista tamén que, conforme o Decreto 37/2007, do 15 de marzo, que establece a estrutura orgánica da Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, corresponde a este departamento autonómico o apoio e a asistencia á Presidencia da Xunta de Galicia, e que, de conformidade co art. 5 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, reguladora da Xunta e da súa Presidencia, a Xunta reúnese en Consello que someterá o seu funcionamento, entre outros, ao principio de coordinación, dispoñendo o art. 10 do mesmo texto legal que sexa o presidente da Xunta quen dirixe e coordina a acción da Xunta ou Goberno.

Pois ben, retomando o suposto neste caso examinado, o ditame do CCG resaltaba que o reparo formulado polo departamento auditado en fase de elaboración, viña a supor un conflito larvado, non formalizado, de competencias entre as dúas consellerías, ou, cando menos, a manifestación dunha controversia competencial que debiera ser dilucidada ao longo do expediente, antes de chegar ao trámite de ditame no que o proxecto se atopaba.

Por tanto, concluíase que no sinalado estado de cousas, e en definitiva, presentándose tan aberta diverxencia entre dous departamentos da Xunta, en razón das súas respectivas competencias, o proxecto non estaba en condicións de someterse á aprobación do Consello da Xunta, en trámite que habería de seguir ao do ditame solicitado.

- Este CCG xa ten advertido en reiteradas ocasións –tanto a través dos seus ditames como das súas memorias- sobre a **necesidade de realizar no expediente unha identificación clara do texto do proxecto definitivo sometido ao coñecemento deste organismo**, que evite calquera dúbida sobre a declaración de proposta normativa emitida formulada pola Administración competente e permita a fácil localización do proxecto en cuestión.

En ocasións o expediente remitido para ditame carece dun índice numerado de documentos -incumprindo a esixencia do art. 48.1 do Regulamento do CCG, aprobado por Decreto 282/2003, do 22 de maio- o que dificulta sensiblemente a identificación do texto definitivo do proxecto de decreto ao obrar no expediente dúas versións da norma, que, sen sinatura nin documento principal que as identifique como anexos, permita determinar se algún deles é o texto definitivo. A única mención aparente para distinguir un e outro texto é, en moitos casos, a da data destes indicada nas marxes dos documentos, referencia esta que, senón é errónea, permite apreciar, como así resulta tamén do contraste do seu contido, cuál é o texto posterior, pero non así en cambio, se este é o definitivo.

Ás razóns máis obvias da esixencia dunha inequívoca identificación do proxecto (o texto sometido a ditame debe ser o último por recoller o proxecto normativo definitivo), únese á fatal transcendencia que algún erro ou omisión pode levar aparelhada respecto da validez do texto normativo no seu día aprobado.

Convén recordar que a este respecto, o Tribunal Supremo estableceu unha reiterada doutrina en relación coa variación dos textos normativos aprobados respecto dos seus proxectos anteriormente enviados ao Consejo de Estado ou órganos consultivos equivalentes das Comunidades Autónomas, da que se fai aplicación na súa recente sentenza do 28.3.2007. Na citada resolución pode lerse que *“en esta Sala en reiteradísimas ocasións, se ha pronunciado en relación con dictamen del Consejo de Estado como trámite de procedimiento de elaboración de normas, según lo establecido en los arts. 24.2 de la Ley del Gobierno 50/97 y 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (por todas sentencias de 31 de Enero de 2.001 (Rec.507/98) señalando que, cuando se regulan materias a las que en absoluto se refiere el proyecto de reglamento sometido a informe del Consejo de Estado, concurre, respecto a la regulación que de aquella se haga, motivo de*

nulidad, que no concurriría si la redacción definitiva difiere de la contenida en el Proyecto remitido para informe a los organismos consultados en cuestiones que no impliquen innovaciones sustanciales ajenas a los términos de las respectivas consultas”.

- Na marxe do suposto no que o **trámite de consulta na elaboración de disposicións de carácter xeral** se soslaia en toda a súa amplitude –deficiencia esta que xa fora observada en numerosos ditames e en anteriores memorias de actividade- hai que dicir que, moitas veces esta fase se presenta materializada a través dun trámite exclusivamente governamentalizado, é dicir, que se esgota na consulta do proxecto realizada a órganos da propia Administración, sen dar por tanto audiencia a entidades ou asociacións representativas de intereses afectados, externas a esta, o que, evidentemente, non cobre as mínimas necesidades da publicación e orixina, dado o carácter esencialísimo deste trámite, a devolución do expediente por parte deste órgano consultivo, para que o antedito trámite sexa practicado na debida forma.

Convén sinalar sobre o particular, que a viabilidade ou factibilidade das normas, o seu impacto no campo social ao que son destinadas, a súa execución en definitiva, dependen en gran medida da información, participación e aceptación dos destinatarios que poden presentar eventuais reaccións de rexeitamento que deberan terse detectado de antemán nesta fase do procedemento para evitar, no posible, doses ou déficit de cumprimento das normas no futuro, e conseguir unha execución real e efectiva.

Dende o punto de vista da transparencia, a fase de audiencia na elaboración de disposicións de carácter xeral, xoga a modo de criterio de calidade e excelencia do obrar dos poderes públicos e instrumento para que os cidadáns e a sociedade civil poidan facer efectivo o seu dereito a “*coñecer a actividade da Administración*” favorecendo “*o control da legalidade e oportunidade das decisións administrativas*” e facilitando que “*a sociedade asuma un papel activo na vida administrativa*”, tal e como reza a exposición de motivos da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e boas prácticas na Administración pública galega.

En efecto, o texto legal citado considera que unha opinión pública informada contribúe a definir e realizar accións públicas respectuosas co interese xeral (exposición de motivos) e por iso, no seu art. 2, se establecen unha serie de principios xerais de actuación do poder público autonómico, encamiñados a potenciar aquel designio.

En determinados casos a consulta a órganos colexiados representativos de intereses dos particulares, atendendo á composición e representatividade do órgano,

ou á propia natureza da norma proxectada (regulamento puramente organizativo) pode salvar formalmente a exteriorización do proxecto, mais en moitos outros casos é preciso apurar ata as últimas garantías e no seu máis alto grao de eficiencia, as esixencias da transparencia na xestión pública, e os referidos principios recollidos no art. 2 da Lei 4/2006, antes referida, á hora de proporcionar e difundir información constante, veraz, obxectiva e clara sobre a actuación do sector público autonómico; potenciar a súa accesibilidade e receptividade co obxecto de facilitar o coñecemento por parte da cidadanía das informacións e xestións que resulten do seu interese; fomentar e favorecer a participación da cidadanía nos asuntos públicos e no deseño e mellora dos servizos públicos; e manter un diálogo aberto, transparente e regular coas asociacións representativas e coa sociedade civil.

Unha cousa é que a sociedade civil, a través das súas manifestacións organizadas, forme criterio autonomamente e alegue no proceso de elaboración da norma, e outra é a expresión, relevantemente máis limitada, da súa opinión en órganos administrativos nos que se integran algúns dos seus membros ou representantes. Entre ambas situacións non cabe afirmar identidade, xa que falla a “*autonomía decisional*” inherente ao recoñecemento, polo ordenamento, da prístina capacidade naquelas organizacións sociais de formar, no seo interno, a opinión social acerca de cuestións que lles concernen e sobre as que decide unha institución vicaria cal é a administración. O carácter vicarial ou servicial desta, respecto da sociedade, e a autonomía decisional,

Nin que dicir ten que, na marxe dos principios que derivan da Lei de transparencia a propia lexislación xeral sobre procedemento e a xurisprudencia do Tribunal Supremo avala la rigorosidade na esixencia do devandito trámite. De entre esta última e entre outras moitas, pódese citar a sentenza do 12 de febreiro de 2002 que analiza a correcta interpretación deste artigo cando di que: “*Es incuestionable la obligación legal de oír en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales y una vez elaborado el texto de la disposición, es decir, el proyecto de norma reglamentaria, a los ciudadanos cuyos derechos e intereses legítimos resulten afectados por la norma de que se trate*”.

- Relacionado coa problemática que se vén de describir, e aludindo tamén, por tanto, á fase de publicación -no sentido máis amplo- dos proxectos regulamentarios, convén facer unha precisión en torno a utilización da **páxina web** da respectiva consellería, como medio de facer efectiva aquela, pois téñennse presentado distintos expedientes nos que se sucita tal cuestión.

En tal sentido hai que dicir que a obrigatoriedade de publicación dos proxectos na páxina web vén determinada pola prescición contida no art. 9 da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e boas prácticas, xa citada, mais ao respecto debe advertirse expresamente que a publicación na páxina web non substitúe neste

caso ao trámite de audiencia pública pois é preceptivo de acordo co previsto na Lei do Goberno e na Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común. Así o establece a propia Lei de transparencia e boas prácticas na administración pública galega no seu art. 9.3.: "*O previsto neste artigo non substitúe o trámite de audiencia pública, nos supostos en que sexa preceptivo de acordo coa normativa de aplicación*".

- Así mesmo en relación coa participación cidadán no proceso de elaboración das normas regulamentarias, hai que traer aquí a colación, por ser este un aspecto tratado cando menos en dous dos ditames emitidos no ano 2007, a normativa contemplada na Lei estatal art. 18 da Lei 27/2006, do 18 de xullo, pola que se regulan os dereitos de acceso á información, de **participación pública** e de acceso á xustiza **en materia de medio ambiente**, ditada para transpoñer a Directiva comunitaria 2003/4/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 28 de xaneiro do 2003, que dispón que "*Las Administraciones Públicas asegurarán que se observen las garantías en materia de participación establecidas en el artículo 16 de esta ley en relación con la elaboración, modificación y revisión de las disposiciones de carácter general que versen sobre las materias siguientes: (...) f) Conservación de la naturaleza, diversidad biológica (...)*". O citado art. 16 propugna unha participación real e efectiva do público na elaboración, modificación e revisión, entre outros, das disposicións de carácter xeral relacionadas co medio ambiente, mediante avisos públicos ou outros medios adecuados, como os electrónicos, tendo logo o público dereito a expresar as súas observacións e opinións antes de que as autoridades adopten unha decisión ao respecto.

Nos dous proxectos concernidos pola antedita normativa, a participación cidadán non foi tomada en conta ao longo do procedemento de elaboración da norma analizada. A este respecto, razoábase por este órgano, que, aínda no hipotético caso de que a materia regulada puidera estimarse excluída do ámbito da disposición citada, o feito merecería, cando menos, dunha mínima xustificación ao respecto, en forma de análise xurídica que, non obstante, non se realizara nos expedientes de referencia.

Partindo de que o procedemento de creación de normas se concibe como un iter reflexivo, que, de acordo coas súas sucesivas fases temporais, debe incorporar todos os elementos que inciden na materia obxecto da norma proxectada, o ditame estimaba, por tanto, que o procedemento non estaba completo, e nese sentido procedía a devolución do expediente, para que fose considerada e valorada convenientemente a posibilidade de incorporar ao contido do proxecto, entre outros aspectos dos que carecía, a participación pública baixo os condicionamentos que determina a norma de referencia.

- Consecuencia normalmente do trámite de consulta, ao que vimos de referirnos, resultan ao longo da tramitación **observacións** ao teor do borrador do proxecto **que**, posteriormente e no propio expediente, **non son adecuadamente analizadas dende un punto de vista crítico**, sendo así que deberan merecer a oportuna consideración e análise polo centro directivo promotor da disposición en trámite e, en última instancia, no informe da Secretaría Xeral da consellería correspondente.

- As veces, os expedientes remitidos carecen dunha **motivación da urxencia** coa que se solicita a emisión do ditame deste organismo, requisito este da motivación que esixe o art. 18.2 da Lei 9/1995, do 10 de novembro do CCG, ao sinalar como *“Cando na orde de remisión do expediente se fixera constar motivadamente a urxencia do ditame, o prazo será de quince días, agás que o presidente da Xunta, atendendo á materia e urxencia do asunto, fixase outro menor, que nunca será inferior a dez días”*.

O dito aspecto xa fora tratado con maior amplitude na memoria correspondente ao ano 2006, páxinas 68 e 69, á que nos remitimos.

- Falta do **informe da Asesoría Xurídica Xeral**, tal e como esixe o art. 8 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia, aprobado polo Decreto 111/1984, carencia que vén matizadamente caracterizada polo feito de que en lugar da Asesoría Xurídica Xeral o órgano informante é a Asesoría Xurídica da consellería promotora do proxecto.

Mais, sen dúbida, o defecto máis relevante que se ten observado, aínda cumpríndose o requirimento legal, é que logo do informe da Asesoría Xurídica Xeral, se produzan diferentes modificacións ao proxecto, nalgúns casos relevantes, que, por tanto, non chegan a ser coñecidas polo dito órgano, o que, en definitiva equivale a que non se poida afirmar con propiedade que o proxecto fose informado conforme establece a normativa de referencia.

Resulta por iso esencial, que os proxectos regulamentarios sexan informados pola Asesoría Xeral da Xunta de Galicia como trámite inmediatamente previo ao informe da Secretaría Xeral da Consellería promotora, informe este que, como se sabe, culmina o proceso técnico de elaboración da norma.

- Nalgún dos expedientes examinados afectantes á materia organizativa observouse a falta do **informe da Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza**, tal como se esixe no art. 7 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia, Decreto 111/1984, do 25 de maio-, para as normas que regulan un *“procedemento administrativo ou burocrático”*. O devandito informe debe ser

emitido pola Inspección Xeral de Servizos, conforme co establecido no art. 8.2 do regulamento citado; referencia esta que debe entenderse efectuada á Dirección Xeral de Calidade e Avaliación de Políticas Públicas na actual estrutura da Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, aprobada por Decreto 37/2007, do 15 de marzo.

Nun dos casos examinados, concretamente, o proxecto de decreto que regula a segunda opinión médica no sistema sanitario público galego, este non se limitaba a recoller un procedemento sanitario circunscrito ao ámbito da propia prestación sanitaria, é dicir, o protocolo e condicións cos que se elabora o informe facultativo que recolle a segunda opinión médica, senón que, ademais, regulaba un auténtico procedemento administrativo vinculado a aquela prestación, recollendo a regulación, porén de xeito asistemático, das distintas fases do procedemento, solicitude, tramitación e resolución engadindo como anexo o correspondente modelo de solicitude. Así as cousas, o informe da Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza tiña concretamente neste caso un indubidable valor, ao achegar o criterio dun órgano especializado que garante a adaptación deste procedemento a unha actuación administrativa eficaz.

- Como é sabido, o art. 7 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia (Decreto 111/1984, do 25 de maio) esixe na elaboración das disposicións de carácter xeral, a elaboración dun **informe por parte da Secretaría Xeral do departamento correspondente**. Pois ben, véñse observando, en non poucos dos casos examinados, que o antedito informe se limita por todo contido a describir o marco normativo no que se integra o proxecto regulamentario, así como os pasos seguidos na súa tramitación.

Neste sentido, e considerando a doutrina contida na sentenza do Tribunal Superior de Xustiza do 15 de marzo de 2001, conforme coa cal o importante neste tipo de informes é o que "*nel se razoe, explique, xustifique ou motive*", é estritamente necesario que o devandito informe realice unha análise crítica e razoada das distintas observacións e suxestións formuladas nos informes recabados no procedemento de elaboración da norma, ou, en outros casos, das alegacións presentadas polos directamente afectados pola norma.

O informe indicado, como dicimos, é preceptivo nos proxectos de disposicións de carácter xeral, sexa cal sexa o seu rango normativo, e ten carácter esencial, determinando a súa ausencia a nulidade do regulamento segundo reiterada xurisprudencia, así, sentenzas do Tribunal Supremo do 8 de abril de 1999 e 10 de abril de 2000, de aí a necesidade estrita de cumprimentar o dito trámite na forma descrita.

- Falta de constancia nos expedientes **do informe sobre o impacto por razón de xénero** esixido pola normativa vixente. Así, o art. 24 da Lei 50/1997, que regula o procedemento para a elaboración dos regulamentos, dispón no seu art. 1, b) “*En todo caso, los reglamentos, deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo*”. No mesmo sentido, o art. 8 da Lei 7/2004, do 16 de xullo, para a igualdade de mulleres e homes, establece que os regulamentos con repercusión en cuestións de xénero elaborados pola Xunta de Galicia, tamén esixirán, antes da súa aprobación, a emisión dun informe sobre o seu impacto de xénero elaborado polo Servizo Galego de Promoción da Igualdade do Home e da Muller. Por último a recente Lei 2/2007, do 28 de marzo, sobre traballo en igualdade das mulleres de Galicia, vén reforzar así mesmo a preceptividade do devandito informe e particularmente atribúe á unidade administrativa de igualdade do departamento da administración autonómica.

- **Informe de función pública tratándose de regulamentos referidos á materia de persoal.** O parágrafo terceiro do art. 8.2 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia, segundo a redacción dada a este polo Decreto 57/1994, do 25 de marzo, esixe a emisión de informe pola Dirección Xeral da Función Pública no curso da elaboración de proxectos de disposicións de carácter xeral, cando estes afecten a “*materia de réxime de persoal*”.

Os amplos termos nos que se recolle a intervención da Dirección Xeral da Función Pública no citado artigo, conduce á conclusión de que a intervención do citado centro directivo é preceptiva na tramitación de disposicións xerais que afecten a materia de réxime de persoal, tamén no caso do persoal ao servizo da Administración sanitaria -pois tal era o sector de actividade administrativa ao que ía refería a observación realizada no seu día polo ditame do CCG- por máis que esa intervención, se é o caso, se poida limitar á declaración de que, por tratarse de materias que regulen cuestións alleas ao ámbito competencial da “*función pública*”, entendida esta en sentido estrito e non amplo, non sexa procedente realizar un informe sobre as cuestións de fondo suscitadas pola disposición xeral en cuestión.

Nestes casos, este órgano consultivo entende que é necesario retrotraer as actuacións para o traslado destas á Dirección Xeral da Función Pública, co fin de que por este centro directivo se poida realizar un pronunciamento nos termos expostos.

- Véñse detectando, na maioría dos proxectos ditaminados e por tanto con excesiva frecuencia, que a tramitacións destes non se ultimou coa preceptiva **aprobación do proxecto realizada polo/a titular da consellería** actuante, a modo de trámite que remate a canle formal previa á remisión do texto para a aprobación polo Consello da Xunta. acto que, como se vén reiterando, máis alá dun formalismo enervante e inxustificable, adquire precisa relevancia xurídica dende o instante no

que constitúe a manifestación formalizada da expresa asunción da responsabilidade da autoría da proposta polo titular do órgano administrativo e político promotor desta e impulsor da súa tramitación, sen prexuízo de que tal acto tamén expresa a culminación dun procedemento administrativo diferenciado e específico, o de elaboración de disposicións regulamentarias.

O devandito requisito é necesario por ser estes os órganos que -de conformidade co disposto nos arts. 34.5 da Lei da Xunta e do seu presidente, e 5.1 do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia- ostentan e deben exercer a competencia para a formulación da proposta do proxecto de decreto, ante o órgano competente para a súa aprobación.

- A parte introductoria ou **preámbulo das normas** ten obxectivos e funcións múltiples, e debe orientarse, en contraposición coa súa parte dispositiva, a manifestar o contido das súas disposicións, axudando aos seus destinatarios no coñecemento destas, os elementos que motivan o seu nacemento, os fundamentos xurídicos en qué se fundamentan e os obxectivos ou finalidades normativas que tratan de cumprir, baseándose nuns feitos ou situacións concretas que esixen unha resposta por parte dos operadores xurídicos.

En definitiva, os preámbulos teñen unha moi importante función que cumprir no tocante á motivación e explicación do contido da norma.

E a antedita consideración obedece a que se observa que en moitas ocasións os preámbulos non resultan suficientemente expresivos no que respecta ao fundamento e habilitación xurídicas das que se serve a norma proxectada para introducirse no ordenamento xurídico da Comunidade Autónoma, o que requiriría un relato pormenorizado das bases legais nas que se apioa a iniciativa. Outras veces tamén, a duras penas cumpre a súa función no que respecta á xustificación xeral que motiva a aparición da norma.

Requiriríase, polo tanto, nestes casos, que o preámbulo acadase unha maior grado de complitude, ao resultar esencial para comprender a irrupción da norma no ordenamento xurídico.

- Tamén, no preámbulo dalgúns proxectos, concretamente no seu último parágrafo, bótase en falta a exacta **fórmula legal de incorporación do parecer deste CCG** por canto, como sinala a lei reguladora no seu art. 3.3 da Lei 9/1995, do 10 de novembro, *“as disposicións e resolucións sobre asuntos ditaminados polo Consello Consultivo de Galicia cando sexa preceptiva a súa intervención nelas, se se tomaren de acordo co seu ditame, expresaranse coa fórmula ‘... de acordo co ditame do Consello Consultivo de Galicia’, e se non se tomaren de acordo co ditame daquel, coa de ‘... oído o Consello Consultivo de Galicia’”*.

- Os **títulos dos proxectos regulamentarios**, deben ser o suficientemente expresivos sobre o contido da norma aos que van referidos, de modo que os seus destinatarios poidan, coa a súa simple lectura, informarse de maneira elemental do ámbito ao que se refire a regulación concernida. Non sempre se cumpre esta regra, polo que nestes casos o CCG apunta a comenencia de axustar o enunciado á realidade obxecto de regulación.

- Advírtense así mesmo supostos nos que o proxecto non se limitaba a regular materias comprendidas dentro da habilitación contida na lei obxecto de desenvolvemento. En definitiva tratábase de **regulamentos que excedían na súa regulación a habilitación conferida pola lei**. Incluso se daba o caso de que a habilitación legal que o propio proxecto predicaba, como sustento da regulación proxectada, non era de por si suficiente para abordar a regulación dalgúns aspectos observados, pois a determinación destes correspondía a un ámbito e título competencial diferentes.

- Manifestouse por este CCG que o decreto, en cumprimento estrito do mandato da lei que desenvolve, está chamado a abordar, nos seus aspectos esenciais e na súa práctica totalidade os contidos da lei. Neste sentido pode dicirse tamén que o **papel primordial que o regulamento ten asignado é o de "*continuar con propio contenido el designio ordenador de la lei*"** (STS 3.2.92), ou, dito noutros termos, igualmente expresivos do mesmo concepto, servir de "*complemento indispensable*" á lei que desenvolve, criterio técnico que opera a modo de control de legalidade. Da norma de desenvolvemento cabe esperar, pois, que leve a cabo o antedito complemento (precisión ou desenvolvemento que perfile razoablemente a lei que desenvolve, en palabras da STC 61/93, citada), sen que caiba por tanto a remisión a posteriores normas regulamentarias.

Tendo en conta pois a fase de complitude normativa no que o regulamento se move, no afectante á materia de que se trate, iso determina que no seu texto deban integrarse aqueles elementos e partes esenciais para a súa aplicabilidade e eficacia inmediata, eficacia que non pode quedar supeditada, por falta dun desenvolvemento suficiente, a unha norma regulamentaria posterior.

Como xa indicara este CCG en distintos ditames (CCG 182/98 ou CCG 508/05, entre outros), este criterio, do complemento indispensable, dende o lado negativo, determina que ao regulamento lle está vedado contravir ou restrinxir os criterios legalmente normados, ou desbordar os propios límites da potestade regulamentaria, en canto ás materias que son obxecto de reserva de lei, ou xa normadas por esta.

O propio principio, dende o lado positivo, esixe ao regulamento executivo incluír normas de organización e procedemento, respectando o contido normativo substancial da lei que desenvolve, precisar os preceptos desta no que teñan certa vaguidade, e explicitar as regras enunciadas na lei só a nivel de principios.

Seguen non obstante a observarse múltiples carencias neste aspecto nos proxectos examinados, pois en ocasións, estes non esgotan toda a regulación posible en determinada materia, por canto a maioría das veces remiten a unha norma de carácter subordinado ao propio regulamento, incumprindo así o designio expreso da lei que desenvolven.

- É frecuente observar cómo, recolléndose nos proxectos **diferentes materias** dentro do mesmo texto, a regulación destas non garda a debida separación e sistemática, mesturándose, sen criterio ordenador aparente, preceptos referentes as distintas materias reguladas. A devandita situación provoca evidentes problemas de comprensión da norma, que, sen chegar a constituír vicio de legalidade, teñen no entanto unha negativa repercusión na súa aplicación.

Por esa razón, nestes casos este CCG insistiu na necesidade de abordar un novo deseño da estrutura da norma, de modo que esta fixera máis comprensible para os seus destinatarios, e para a propia Administración que debía aplicala.

- Relacionado co tema abordado nun anterior apartado, apreciouse que por algúns proxectos regulamentarios se atribúen determinados **cometidos aos concellos sen que conste que estes foran consultados ao longo do proceso de elaboración**, sobre o contido e viabilidade de tales cometidos, a través dos seus órganos de representación habituais.

Pois ben o CCG estableceu nestes casos que a antedita fase de consulta resulta imprescindible no tocante a garantir a autonomía local, con ocasión da tramitación de disposicións por parte da Comunidade Autónoma, que doutra forma quedaría cuestionada coa encomenda que o proxecto realiza aos concellos, dado que a realiza sen os consultar previamente.

O art. 8 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de administración local de Galicia, establece que as competencias das entidades locais son propias ou atribuídas por delegación, logo da aceptación da entidade correspondente, establecendo a continuación que as propias só poderán ser atribuídas por lei e se exercerán en réxime de autonomía.

Fóra das competencias propias, calquera fórmula de realización de servizos propios da Comunidade Autónoma, por parte das corporacións locais -como son os supostos aos que nos referimos- require a aceptación previa por parte destas. A

citada lei, concibe, en xeral, calquera fórmula de colaboración entre as entidades locais galegas e a Xunta de Galicia, fóra das que veñen establecidas previamente polas leis, baixo o presuposto da voluntariedade (art. 194).

En definitiva, a consulta aos órganos representativos das corporacións locais faise imprescindible nestes casos, para que estas teñan a oportunidade de expor o seu parecer sobre as disposicións do proxecto das que son destinatarias directas, na medida na que lles imponen determinadas actuacións en relación cos procedementos regulados no proxecto.

- Detéctase nalgúns proxectos regulamentarios **que existen artigos que carecen de contido normativo propio**. Así con frecuencia atopámonos con previsións, supostamente normativas e que no obstante son puramente declamatorias e carentes de significado xurídico positivo como tales mandatos normativos. Nestes casos obsérvase por este órgano a necesidade de evitar tales redaccións, articulando alternativamente un texto acomodado ao que corresponde cun contido de carácter propiamente preceptivo.

- Nas normas de carácter organizatorio non resulta infrecuente a previsión de **creación de órganos administrativos, sen que, paralelamente, conste determinación ningunha en canto á súa adscripción ou dependencia doutro órgano de carácter xerarquicamente superior**.

A falta de concreción do criterio, orgánico ou funcional, de adscripción, dota de incerteza ás referidas previsións regulamentarias, ao non existir unha regra definida que permita determinar cal é o departamento ou consellería competente en cada caso.

Consecuencia inmediata de tal incorrecta forma de proceder é que a seguridade xurídica, esixible a toda disposición normativa, resíntese sensiblemente. Iso impón a necesidade de regular, en todo caso, a adscripción dos órganos que se creen e a fixación do criterio a seguir para tal efecto, xa se empregue o subxectivo ou orgánico, ou o obxectivo ou funcional.

- Respecto das disposicións que prevén a entrada en vigor do decreto de que se trate, ao día seguinte ao da súa publicación no Diario Oficial de Galicia, resulta conveniente lembrar a recomendación realizada por este CCG en distintos ditames, entre outros o CCG 109/99, conforme coa cal a supresión do período de **vacatio legis** previsto no art. 2.1 do Código Civil -que, como se sabe, constitúe un mecanismo que asegura o coñecemento, e por tanto a observancia da norma, así como o nacemento da canle coactiva por parte da Administración- esixe razóns

xustificadas de perentoriedade, sen que en moitas ocasións se cheguen a manifestar estas nos textos.

2.- ACTOS E PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO

2.1.- Responsabilidade patrimonial das administracións públicas.

2.1.1.- A teoría do dano desproporcionado e a regra “res ipsa loquitur”.

Este concepto foi obxecto de tratamento en varios expedientes de responsabilidade patrimonial da Administración sanitaria analizados polo CCG. Tal concepto predícase respecto dos supostos nos que o resultado provocado pola práctica asistencial é danoso e á vez incompatible ou non razoablemente compatible coas consecuencias dunha terapéutica normal.

En definitiva, o rasgo máis salientable do dano desproporcionado é a súa clara desviación dos parámetros de normalidade. Non se trata, pois, dunha simple presunción, senón dunha técnica de razoamento xurídico, segundo a que a experiencia común, á vista das circunstancias concretas do caso, revela que no curso ordinario das cousas, certos “*accidentes*” non poden ocorrer senón por unha creba da *lex artis*.

Como xa sinalou este órgano consultivo (entre outros, o CCG 809/03), este tipo de resultados, de carácter desproporcionado atendendo á situación clínica previa, só se producen como consecuencia dunha conduta pouco dilixente ou contraria á praxe médica, polo que aínda que neste caso non existise unha proba directa dun mal funcionamento dos servizos sanitarios si que sería posible deducir este aplicando a regra “*res ipsa loquitur*” , (a cousa fala por si mesma) e a regra da aparencia de proba, utilizadas polo Tribunal Supremo en diversas ocasión, así STS do 9 de decembro de 1998 e do 29 de xuño de 1999. Sinala así esta última sentenza que “*el daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor corresponde a la regla “res ipsa loquitur” que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, tratada profusamente por la doctrina angloamericana, a la regla del “anscheinsbeweis” (apariencia de prueba) y, asimismo, a la doctrina francesa de la “faute virtuelle”; lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o acción que corresponda a la esfera propia de la víctima*”.

Outra sentenza do TS do 6 de decembro de 1996 apunta a “*una presunción desfavorable que puede generar un mal resultado cuando éste por su desproporción*”

con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del sentido común, revele indicativamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”.

Pola súa parte a sentenza da Sala Primeira do Tribunal Supremo do 30 de xaneiro de 2003 aplica esta doutrina cando fala de que *“el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla res ipsa loquitur (...) que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que prueba cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”.*

En suma, nos supostos de dano desproporcionado, a Administración estaría obrigada, por aplicación da doutrina da distribución dinámica da proba (actual art. 217 da Lei de axuízamento civil) a acreditar cumpridamente as circunstancias finais que xeran o dano a partir dunha situación médica relativamente sinxela. Tal dano desproporcionado resultaría excluído, de acordo coa doutrina xurisprudencial concorrente, no caso de presenza dun risco típico, mais, aínda en presenza deste sería preciso acreditar o cumprimento da lex artis correcta.

Polo demais, a técnica do dano desproporcionado ou culpa virtual, e do principio *res ipsa loquitur* vén recoñecida en reiteradas sentenzas do Tribunal Supremo, entre outras as do 2.02.93, 2.12.96, 18.02.97, 19.02.98, 9.06.98, 8.09.98, e finalmente 12.12.98.

2.1.2.- Probas diagnósticas realizadas por servizo externalizado. Responsabilidade da Administración sanitaria.

O epígrafe de referencia refírese a un expediente de responsabilidade patrimonial da Administración sanitaria presentado no que se produce un erro de diagnóstico ao que se chega con base en probas levadas a cabo a través dun servizo externalizado, concretamente, nun laboratorio privado.

Refería, a este respecto, a reclamante no seu escrito que, determinado día, nunha consulta dun complexo hospitalario público comunicáronlle que segundo o informe recibido o día anterior dun laboratorio privado, o fillo que esperaba padecía unha grave doenza, concretamente, un síndrome de Edwards. A interesada di que na propia consulta do hospital lle aconsellaron a interrupción do embarazo sen esperar á confirmación das análises.

Días despois de abortar, no propio hospital público, comunicáronlle que se recibira un novo informe do laboratorio que analizou a mostra, que determinaba que

o feto non era un neno afectado polo síndrome de Edwards, senón unha nena perfectamente sa.

A reclamante responsabiliza da perda da súa filla e da situación depresiva que padece á sanidade pública e esta, recoñecendo o dano producido á interesada, desestima non obstante a reclamación ao considerar que o dano soamente se pode atribuír ao erro cometido no laboratorio privado e non ao Sergas, que actuou en función dos resultados proporcionados por un laboratorio debidamente autorizado e acreditado segundo a norma UNE EN-ISO9001:2000. Considera finalmente a proposta que non se pode establecer una relación de causalidade única, directa e inequívoca entre a actuación do servizo público e o dano efectivamente producido, senón que o prexuízo debe ser atribuído, en exclusiva, ao laboratorio quen, a raíz de este lamentable feito, incluso modificara o seu sistema de traballo.

O CCG, no seu ditame, non compartía, no entanto, nin o razoamento nin o sentido final da proposta, ao sinalar que era certo que o erro fora debido á actuación do laboratorio que realizou a análise e non a un servizo ou centro do Servizo Galego de Saúde; mais considerábase que este dato non podía exonerar de responsabilidade ao Sergas, pois outra conclusión subvertiría o réxime propio da responsabilidade administrativa e as bases esenciais do servizo público nacional de saúde, tal e como se atopa configurado pola Lei xeral de sanidade 14/1986, do 25 de abril, a Lei 16/2003, do 22 de maio, de cohesión e calidade do sistema nacional de saúde e a Lei de Galicia 7/2003, do 9 de decembro, sobre ordenación sanitaria de Galicia.

En efecto, dicíase, que fose cal fose a natureza da relación xurídica que mediara entre o Servizo Galego de Saúde e o laboratorio privado -xa que non constaban datos ao respecto no expediente- o certo era que a análise se fixo para e por conta do Sergas, como parte do proceso asistencial ao que tiña dereito a paciente, e, ademais, no marco dunha actividade prestacional inequívoca e exclusivamente pública, asumida en forma indeclinable pola Administración sanitaria.

Por outra parte, razoábase, que ao Sergas lle compete, e asumíuno efectivamente neste caso, a dirección e xestión do proceso asistencial da paciente, función que efectivamente exerceu e que non podía verse interrompida pola circunstancial externalización da realización de concretas técnicas médicas en centros especializados alleos á organización pública.

En efecto, á paciente, en consecuencia, resultáballe indiferente a relación xurídica que mediaba entre o Sergas e a entidade privada; polo tanto, e dado que era ao servizo público de saúde ao que lle correspondía a realización da análise é tamén a este ao que lle correspondía, en última instancia, a responsabilidade das eventuais

consecuencias daqueles actos médicos, fosen prestados por persoal do sistema público de saúde ou por terceiros pola conta daquel.

Neste punto, e partindo do dereito dos pacientes a unha asistencia sanitaria de calidade nos termos recollidos na Lei 16/2003, do 28 de maio, de cohesión e calidade do sistema nacional de saúde, e na Lei 7/2003, do 9 de decembro, de ordenación sanitaria de Galicia, salientábanse as previsións recollidas nesta última norma verbo da compra de servizos sanitarios ao dispor o art. 39.5 que “*a compra de servizos se desenvolverá baixo o principio de equidade e asegurará que os cidadáns reciban unha atención sanitaria continuada, eficiente, segura, cun nivel óptimo de calidade...*”, significando o seguinte art. 40.3 que o Sergas “*garante a calidade dos servizos prestados...*” en réxime de externalización, garantía que non pode significar senón a indeclinable asunción de responsabilidade polas actuacións que se practiquen, conforme o réxime da responsabilidade patrimonial das Administracións públicas

Desta forma concluíase que a asistencia prestada non se axustara aos estándares de calidade ao producirse un lamentable erro co diagnóstico ao feto dunha doenza que non padecía, diagnóstico este que, cando menos, influíu na decisión da nai de someterse a unha intervención de interrupción voluntaria do seu embarazo.

Así as cousas, e sen prexuízo da apuntada posibilidade de que o Sergas repercutira, cun fin de resarcimento, contra o centro que realizara a análise, o xuízo do CCG era favorable á estimación da reclamación presentada e conseguinte declaración do deber indemnizatorio da Administración autonómica.

2.1.3.- Danos causados nunha instalación carente de licenza e pendente de legalizar.

O caso analizado polo CCG refírese a un suposto no que, un muro pertencente a unha pista de titularidade municipal se desplomou causando danos na granxa agrícola propiedade da reclamante. Esta fai responsable á Administración local da orixe e consecuencias do dano, por non cumprir coas súas obrigas de conservación e mantemento da vía.

Pola súa parte a Administración recoñece a existencia dun nexo causal con apoio no informe da Policía Local que compareceu no lugar dos feitos. Agora ben, admitindo esta relación de causalidade, a Administración local imputa non obstante á actuación da reclamante colaborar na produción do dano na medida en que se trataba dunha construción ilegal que non contaba con licenza municipal de construción. Efectivamente, así constaba no expediente remitido que no momento de ocorrer o accidente, a reclamante tiña en tramitación un procedemento para a

legalización desta explotación agropecuaria de acordo co establecido na Circular 1/2003, do 31 de xullo, sobre explotacións agrícolas e gandeiras existentes antes da entrada en vigor da Lei 9/2002, do 30 de decembro de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia.

Neste sentido, a proposta de resolución entende que a legalización da construción non se produce de forma automática por efecto da disposición transitoria da lei citada, senón que é necesaria a obtención dun título administrativo de recoñecemento desta situación. Doutra banda, indica que aínda que se producise tal efecto, este recoñecemento se circunscribiría exclusivamente aos efectos urbanísticos e non prexulgaría nin condicionaría as potestades que noutra orde poidan ter atribuídas outros órganos administrativos, é dicir, do deber de obter as licenzas e autorizacións esixibles.

Pois ben, admitido que se ben a explotación agropecuaria da reclamante non tiña no momento de producirse o dano licenza urbanística nin de apertura, e que nese momento se estaba a tramitar a correspondente licenza, o CCG consideraba que de tales circunstancias, non podía, no entanto, deducirse a existencia de culpa da prexudicada que motivara a moderación da indemnización a satisfacer a cargo da Administración, na medida na que, esta circunstancia non fora a que favorecera a produción do dano, nin afectara ás súas proporcións, pois era evidente que estas instalacións serían aproveitadas pola reclamante unha vez obtida a súa legalización, cando rematara o procedemento iniciado para este fin.

É dicir, o CCG sinalaba que os razoamentos do Concello só poderían ser tidos en consideración na medida en que se acreditase que as instalacións non se axustaban á legalidade urbanística e, en consecuencia, aquelas en ningún caso puideran ser legalizadas, circunstancia que si tería relevancia á hora de avaliar o dano producido. Por certo que esta eventualidade debería constar con anterioridade á produción dos feitos, dado que a construción se erixiu á vista, ciencia e paciencia do concello, con notoria anterioridade ao derrubamento da pista propiedade deste, e sen que conste incoación de expediente de reposición da legalidade urbanística.

Por outra parte, a proposta de resolución non acreditaba incumprimento material da normativa, limitándose a aspectos formais e á non finalización do procedemento de legalización, todo o que –segundo o ditame– non podía considerarse suficiente para establecer unha minoración da indemnización neste concepto no tocante á obra civil.

Cuestión distinta era non obstante a relativa á morte dos animais que se atopaban na instalación no momento do accidente, e polos que tamén se reclamaba, pois certamente neste caso, a falta de licenza que amparase a actividade, si que debía considerarse unha circunstancia relevante, na medida en que o dano se producira con

ocasión da realización dunha actividade clandestina, o que determinou a produción do dano no tocante á morte dos animais.

2.1.4.- Accidentes causados pola presenza de manchas de gasóleo na calzada.

Son moitos xa os expedientes de responsabilidade patrimonial examinados por este CCG nos que o dano reclamado se producira por accidentes de circulación causados pola presenza de substancias esvaradías na calzada. Iso permite na actualidade dispor dun consolidado corpo de doutrina que nos propoñemos resumir de seguido.

En efecto, nestes caso o resultado lesivo *per se* non implica necesariamente a declaración de responsabilidade patrimonial da Administración. A este respecto o Tribunal Supremo elaborou unha doutrina que acepta a culpa de terceiros e exonerando de responsabilidade á Administración cando a formación do obstáculo é imprevisible e non se pode acreditar a orixe da mancha de aceite e nin sequera o momento temporal en que se formou, xa que, de poderse constatar que a mancha se formara con anticipación de días, ou logo dun importante número de horas, abondas para detectar e despezar a vía dese elemento estraño, podería xurdir unha eventual responsabilidade administrativa.

Sobre esta doutrina abunda o criterio sentado polas sentenzas do 24.12.2003 e 9.11.2005, do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, Sección 2ª, que, con cita das sentenzas do Tribunal Supremo do 7.10.1997 e 3.12.2002, residencia a relación causal no estándar de rendibilidade ofrecido polo servizo público para evitar situacións de risco de lesión patrimonial aos usuarios das vías públicas.

Para os efectos de apreciar a concorrencia dos precedentes presupostos nos diferentes casos analizados por este CCG, interesa transcribir a doutrina recollida na sentenza do Tribunal de Xustiza do País Basco, do 21.9.2001, que o Tribunal Supremo valorou como “*correcta*” na citada sentenza do 3.12.2002, ditada en unificación da doutrina, doutrina esta acollida por este CCG en anteriores ditames, citándose por todos o CCG 401/06.

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

Na propia sentenza na que esta doutrina é aceptada como correcta, valórase a carga probatoria derivada do art. 1214 do Código civil (actualmente derogado e substituído polo art. 217 da LEC), entendendo o Tribunal Supremo que *“es claro que corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, y salvo en el supuesto de hecho notorio le corresponde también a la Administración acreditar aquellas circunstancias de hecho que definen el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos producidos por los mismos”*. Partindo da aplicación do principio de *“facilidade probatoria”*, consagrado agora no art. 217.5 da Lei de axuízamento civil, o tribunal sentenciador conclúe que á Administración lle corresponde acreditar que *“con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el producido y, en definitiva, proceder a la limpieza de la vía pública o a la colocación de señales que indicarán la peligrosidad del pavimento”*.

Facendo mención ao razoamento do Tribunal Supremo contido no fundamento xurídico terceiro da sentenza do 3.12.2002, o coñecemento sobre as circunstancias organizativas e de funcionamento do servizo de vixilancia e de mantemento e unha vez constatado que este percorre a estrada con habitualidade, determina que a apreciación de responsabilidade polo simple feito da existencia da vertedura na estrada *“excede de lo razonablemente exigible, atendidas las particulares circunstancias del caso”*, polo que, baixo os presupostos descritos non se pode concluír que este acontecera como consecuencia do funcionamento do servizo público autonómico.

En efecto, procedendo a vertedura dun feito de terceiro, a única implicación eventual do servizo público naquela continxencia pasaría, necesariamente, por unha hipotética desatención das obrigas que á Administración impón a necesaria protección do principio de confianza que ampara aos usuarios das vías públicas, e que neste caso se traduciría, esencialmente, na detección e posterior limpeza da substancia esvaradía que produciu o risco para a seguridade da circulación, non sendo apreciable tal desatención nos supostos nos que se xustifica a existencia de inspeccións periódicas do estado da vía, e non se evidenciou circunstancia ningunha da que se puidera colixir que a vertedura se produciu cunha antelación tal respecto do momento no que se materializou o accidente, que fora razoable esixir a Administración a súa previa detección.

Así pois, considerando que, como o propio Tribunal Supremo nos lembra, *“la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños directamente imputables a conductas o hechos ajenos a su propia organización o actividad administrativa”* (STS do

21.1.2003), é procedente a desestimación da reclamación tal e como se propugna na proposta de resolución remitida co expediente.

2.1.5.- As cargas xerais derivadas da execución de obras públicas e o seu corolario do deber xurídico de soportar o dano.

Baixo certos presupostos, para declarar o dereito do interesado a ser indemnizado pola Administración non basta coa proba do dano e a súa acreditada conexión co funcionamento do servizo público implicado. Requírese nestes casos verificar se, pese a existir esta conexión causal, o dano resulta ou non indemnizable, atendendo á existencia ou non dun deber xurídico de soportalo dano por parte do suxeito.

Hai que recordar para estes efectos que o art. 141.1 da LRXPAC sinala que *“sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar”*. Esta categoría, angular dentro do instituto de responsabilidade patrimonial, vén así excluír de indemnización aqueles danos que se conformen como xuridicamente inescusables, ben por ser impostos pola norma, por un contrato, por ser eventualmente aceptadas pola vítima ou, incluso, por constituír unha carga xeral da vida colectiva.

O Consejo de Estado mantivo que a privación dun acceso necesario, a consecuencia da execución dunha obra pública, pode producir una situación que, lexítima dentro do marco da actividade da Administración Pública para mellorar as infraestruturas públicas, resulte lesiva, directa e inmediatamente, para o particular que sofre efectivos e avaliábles prexuízos. Para estes efectos, circunscribe a consideración de lesión xurídica indemnizable, á privación total o dificultade extrema de acceso ás propiedades ou actividades mercantís ou industriais lindantes (ditames núms. 685/93, do 8 de xullo de 1993, 1.248/94, do 21 de xullo de 1994, 549/96, do 16 de maio de 1996, e 5.616/97, do 11 de decembro de 1997). Por tanto, considera que cando a lícita actividade administrativa produciu como resultado unha maior complexidade, que non imposibilidade, no acceso, non se xera necesariamente a responsabilidade administrativa, pois como xa puxera de manifesto en distintos ditames, entre outros, o núm. 52.061, do 13 de outubro de 1988, no constitúe lesión indemnizable *“la mayor distancia a una carretera o la menor comodidad de un acceso”*.

Así mesmo, a doutrina do Consejo de Estado reiterou tamén que a Administración pode variar, cando así o esixa o interese xeral, as características dunha obra pública. A situación de contigüidade dun inmovible cunha estrada non constitúe un dereito, senón un simple interese sen contido patrimonial e que deriva da relación xeral de uso público das vías. En consecuencia, estima o Consejo de Estado que calquera alteración das condicións de acceso a un inmovible como

consecuencia da execución dunha obra pública, en tanto no signifique a total privación de acceso, constitúe unha carga xeral que os administrados teñen o deber xurídico de soportar sen que as súas consecuencias poidan conferir dereito indemnizatorio ningún.

Por esta razón, nestes casos estímase que as eventuais repercusións negativas ou desfavorables que sobre determinadas expectativas poidan derivarse da modificación temporal dos accesos ou unha nova conformación das obras públicas, consistentes en perda de clientela e diversas molestias, non son resarcibles, por canto non se integran baixo o concepto xurídico de lesión indemnizable para os efectos de xerar a responsabilidade patrimonial da Administración.

Estase, en definitiva, diante de supostos ordinarios de execución legal dunha obra pública que pode producir uns determinados efectos negativos aos particulares, que non son indemnizables pois constitúen limitacións xerais da propiedade que aqueles teñen o deber xurídico de soportar, por non implicar unha perda ou privación singular de dereitos ou intereses patrimoniais lexítimos senón, soamente, condicionamentos inherentes á natureza da obra pública executada.

2.2.- Revisión de oficio dos actos administrativos.

2.2.1.- As facultades revisoras da Administración en relación co control da legalidade dos acordos dunha fundación.

O expediente neste caso analizado suscita un suposto de revisión de oficio dun acto administrativo, invocándose, polo tanto, a concorrencia dunha causa de nulidade de pleno dereito. Concretamente, invócanse como causas de nulidade as establecidas nas letras e) e f) da LRXPAC.

Particularmente, a proposta de resolución que neste caso fora sometida a ditame propugnaba a declaración da nulidade de pleno dereito da resolución do protectorado dunha fundación, pola que o titular dunha consellería aprobou a modificación dos estatutos da dita fundación.

Dadas as datas nas que se ditou o referido acto, o ditame adoptaba como parámetro de legalidade a ter en conta, a Lei estatal 50/2002, do 26 de decembro, de fundacións, nos termos establecidos na súa disposición final primeira, así como o disposto na Lei 7/1983, do 22 de xuño, de réxime das fundacións de interese galego, xa entón derogada pola Lei 12/2006, do 1 de decembro, de fundacións de interese galego. Igualmente, entre os ditos parámetros considerábase o disposto no Decreto 248/1992, do 18 de xuño, que aproba o texto do regulamento de organización e funcionamento do protectorado das fundacións de interese galego.

Así, atendida a normativa de aplicación, o acto administrativo de referencia constituía como unha manifestación da intervención administrativa no control da legalidade dos acordos dunha fundación, como forma de personificación xurídico-privada, que, neste caso, se integra, non obstante, no sector público.

O devandito acto, por outra parte, diferenciábase do propio acordo adoptado polo padroado da fundación, como órgano de goberno propio desta persoa xurídica, derivando as diferenza entre ambas manifestacións xurídicas non só da circunstancia de ser actos emanados de fontes distintas -decisión administrativa un e vontade fundacional o outro- senón con manifesta natureza xurídica diverxente, por canto a configuración por lei do poder decisorio das fundacións, tamén as públicas, leva inherente a necesaria concorrencia dun acto externo de control, o da aprobación por parte do protectorado. Este último acto configuraríase así coma un presuposto legal da existencia do acto ou decisión do ente fundacional, asimilable, en certa medida, a outros supostos nos que a Administración exerce o que Tribunal Supremo (Sentenza do 5.12.1992) denomina “*tutela debilitada*”, podendo predicarse desta categoría, como rasgo xeral, a esixencia dunha decisión do poder público con carácter previo á plena eficacia dun acto de autonormación dunha entidade que é allea á propia administración actuante.

Neste sentido, o *Consejo de Estado* -en ditame do 26.4.2001- lembra que, *prima facie*, as fundacións son persoas xurídico-privadas que gozan de autonomía funcional, autonomía que -engadía o ditame- non padece polo feito de que a fundación, como é o caso, pertenza ao sector público.

Con todo, a natureza dos fins perseguidos -de interese xeral, como esixe o art. 1.1 da Lei 7/1983- xustifica o establecemento dun réxime de intervención administrativa, confiado principalmente ao protectorado, e do que é manifestación fundamental a referida “*tutela debilitada*”, na procura da legalidade da constitución e funcionamento dos entes de referencia.

Como concreción da intervención administrativa sinalada, o art. 38 do Decreto 248/1992 esixe para a modificación dos estatutos dunha fundación a “*aprobación do protectorado, que se inscribirá no Rexistro*”.

Desta forma, vista a previsión regulamentaria que determina o ámbito da potestade administrativa actualizada a través da resolución que se pretendía revisar, o ditame abordaba a análise sobre o alcance e significado da competencia asignada ao poder público pola previsión transcrita.

Para tales efectos consideraba preciso partir da delimitación técnica do instrumento de intervención atribuído á Administración, é dicir, a “*autorización*”.

Atendendo ao grao de intensidade e discrecionalidade na actuación do poder público, o citado instrumento localízase na parte inferior da escala de graduación das técnicas de incidencia administrativa na esfera xurídica de terceiros, particularmente polo contraste da técnica analizada co procedemento tipo de actuación da Administración neste eido, a autorización administrativa.

Neste sentido, aínda que algunha doutrina científica considera que as aprobacións teñen carácter autorizador, singularizándose só en atención ao momento en que ten lugar a fiscalización, a maior parte dos autores apuntan a existencia de notables diferencias entre ambas figuras.

Certamente, as autorizacións son técnicas preventivas, nas que o exercicio da competencia administrativa actualízase *a priori* ou con carácter previo á produción do acto a autorizar, sen prexuízo da súa posible proxección no tempo. Por contra, as aprobacións poden tamén outorgarse unha vez que o acto suxeito a aprobación xa se produciu. Mais a diferenza esencial entre ambas técnicas non radica só neste extremo, sendo así que a autorización é un acto de vontade, na medida en que reconece a posibilidade de desenvolver unha determinada actividade, mentres que a aprobación simplemente é un acto de control, polo que se fiscaliza a actuación de suxeitos que teñen, polo xeral, unha previa habilitación para actuar autonomamente. Por iso, a autorización é condición de validez da actuación, determinando a anulabilidade -salvo convalidación- do acto que careza de tal requisito sendo esixible, como así se desprende do art. 67.4 LRXPAC, mentres que a aprobación constitúe unha simple condición de eficacia do acto, tal e como o art. 57.2 da LRXPAC prevé para os actos administrativos, en criterio aplicable, *a fortiori*, aos actos de suxeitos alleos á organización administrativa actuante.

Esa limitación de efectos da técnica da aprobación administrativa acentúase, no caso analizado, se se repara en que, como o Consejo de Estado establece no xa citado ditame do 26.4.2001, salvo nalgúns concretos supostos -sobre todo, nos casos en que se esixe a autorización administrativa- o protectorado de fundacións non pode interferir no funcionamento interno das fundacións, senón que debe limitarse a controlar a súa actividade para, no caso de detectar anomalías no funcionamento, poñelo en coñecemento da xurisdición competente, a través do exercicio das accións correspondentes.

Consecuentemente co argumentado ata o de agora, o ditame concluíu que as facultades revisoras da Administración, en liña co principio de intervención mínima que preside a súa actuación na materia, deben limitarse, en todo caso, ao acto de fiscalización do protectorado, sen estenderse á aprobación da modificación dos estatutos realizada polo padroado, como nalgunha consideración da proposta de resolución estudada semellaba pretendese, sendo así que, ademais, o acto do padroado non é un acto propio da Administración revisora, e outra conclusión

levaría á confusión do acto de aprobación do protectorado cos propios estatutos aprobados.

Con todo -díciase- non é posible afirmar a imposibilidade, en abstracto, de revisar de oficio unha resolución pola que o protectorado aproba a modificación dos estatutos dunha fundación, pois tal conclusión pugnaría coa previsión legal que outorga ás Administracións públicas a potestade de revisar os actos administrativos (art. 102.1 LRXPAC) e carecería de sentido tendo en conta que, segundo o art. 23 da Lei 7/1983, os acordos do protectorado suxeitos a dereito administrativo serán recorribles en vía administrativa e, de ser o caso, ante a xurisdicción contencioso-administrativa. Polo demais, a reacción da Administración contra un acto propio integrante dun complexo procedemental que se considera desconforme co ordenamento, parece un modo de proceder coherente á hora de evitar a incursión nun *contrarius actus* para o caso de que se proceda á impugnación do acordo de modificación dos estatutos adoptado polo padroado.

Consecuentemente, as limitacións da técnica de intervención administrativa analizada xogan, unicamente, no plano da eficacia recoñecible a unha eventual revisión do acto administrativo, que non podería operar nunca a anulación dos estatutos aprobada polo padroado, atendendo ás razóns que van expostas.

2.2.2.- Revisión de oficio dunha convocatoria de oposición libre que establece como esixencia a dunha experiencia profesional previa.

Hai que comezar por sinalar, en relación co asunto ao que vai referido o epígrafe, que as bases da convocatoria dunha oposición non constitúen unha disposición de carácter xeral, por tratarse propiamente de actos administrativos. Así o sinala, entre outras, a sentenza do Tribunal Supremo do 16 de xuño de 1997 (R.X. 1997/5262), e iso con independencia de que vincule á Administración e aos participantes. Consecuencia moi relevante do anterior é que a súa anulación só será posible en vía de revisión polas causas de nulidade de pleno dereito establecidas no art. 62.1 da LRXPAC.

Pois ben, no caso aquí examinado a Administración pretendía a respecto da dita convocatoria, a súa declaración de nulidade radical por concorrencia das circunstancias previstas no art. 62.1, a) da LRXPAC, referido a actos que lesionen os dereitos e liberdades susceptibles de amparo constitucional. A este respecto a proposta de resolución elaborada pola Administración consideraba que a convocatoria vulneraba o disposto no art. 23 da Constitución española ao establecer como sistema de acceso a oposición e, contradicindo tal previsión, esixir, como requisito dos candidatos para participar no proceso selectivo, a posesión de certa experiencia profesional, en concreto, a de ter prestado servizos "*como policía local, como mínimo, durante dous anos coa condición de funcionario de carreira*".

O ditame partía da consideración xeral de que a elección do concreto sistema de selección non depende das facultades organizativas e discrecionais das Administracións públicas no tocante á regulación da súa función pública, pois tal criterio podería resultar contrario ao contido esencial do dereito fundamental consagrado no art. 23 da Constitución Española, levada á súa extrema consecuencia de pechar ou restrinxir o criterio legal do acceso libre sobre o que se monta o sistema legal de selección de persoal das Administracións públicas.

A este respecto, tendo en conta as prazas concernidas pola pretensión revisoria, había que considerar o disposto na Lei 3/1992, do 23 de marzo, de coordinación das policía locais (LCPL), vixente na data da publicación das bases da convocatoria, e actualmente derogada pola Lei 4/2007, do 20 de abril, de coordinación de policía locais. Segundo o art. 21.2 daquel texto legal, as bases da convocatoria axustaranse aos requisitos de ingreso e de acceso, e aos criterios de selección que se fixan na lexislación básica do Estado, na dita lei e na normativa que a desenvolva no marco daquelas.

Pola súa parte, o art. 23 do mesmo texto dispoñía que o ingreso nos corpos de policía local nas súas diferentes escalas e postos farase por oposición libre, reservando o art. 25 un 50% das prazas na oferta de emprego público das distintas categorías de policía local para a promoción interna.

Desenvolvendo as previsións legais, aprobouse o Decreto 204/2000, do 21 de xullo, polo que se refunde a normativa vixente en materia de coordinación de policía locais, que distingue o acceso ás distintas escalas e categorías da policía local, que se efectuará por oposición libre ou por promoción interna, segundo proceda (art. 2.1), e o ingreso nos corpos da policía local, nas súas diferentes escalas e postos, que se fará por oposición libre.

No caso que era sometido a ditame, as bases da convocatoria concretaron, o sistema de oposición libre para a selección dos aspirantes ás prazas de cabo e sarxento, logo do seu exame na Mesa xeral de negociación do concello, a través de diversas sesión que culminaron cun acordo entre as partes, que abarcou, entre outros aspectos, o relativo aos sistemas de selección establecidos nas citadas bases.

Consecuentemente, a esixencia dunha certa experiencia profesional para a participación no proceso selectivo vulneraba os presupostos do sistema de selección determinado, pechando as portas á libre concorrencia daqueles aspirantes que puideran reunir os requisitos esixidos conforme a dereito.

O ditame neste punto sinalaba que a valoración da experiencia, ou mesmo a súa esixencia con carácter *sine qua non*, non se opón á vixencia dos principios

constitucionais de igualdade, mérito e capacidade cando son empregadas dentro dos parámetros de razoabilidade sentados, legal e xurisprudencialmente, para a provisión de prazas por concurso ou concurso-oposición e para a instrumentalización da promoción interna, respectivamente. Mais a conclusión diverxe cando o sistema de selección é o da oposición libre, no que a esixencia de tal experiencia previa, violenta o principio de igualdade do art. 23 CE.

O Tribunal Constitucional sentou, a este respecto, que tal precepto é unha concreción do principio de igualdade e que non se refire unicamente aos cargos públicos representativos. Neste sentido, o precepto vincúlase co disposto no art. 103.3 CE respecto do acceso á función pública de acordo cos principios de mérito e capacidade, por máis que boa parte da xurisprudencia que aborda este precepto se refire a cuestións relacionadas con procesos electorais.

En definitiva, aínda que como o Tribunal Constitucional entendeu na súa sentenza 107/2003, do 2 de xuño *“la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados”*, o establecemento de probas restrinxidas pola vía da esixencia da prestación previa de servizos pugna contra o criterio de igualdade do art. 23 cando o sistema de selección é o de oposición libre, por impedir o acceso ás probas aos aspirantes alleos á organización administrativa na que existen as vacantes a cubrir, sen que exista amparo para esta esixencia por estar prevista a aplicación do sistema de promoción interna.

Concluía así o ditame que, producíndose a contravención do art. 23 CE pola discriminación apuntada, era apreciable a nulidade de pleno dereito das bases da convocatoria que incorreron en tal vulneración.

2.3.- Contratación administrativa.

2.3.1.- O cumprimento dos prazos, total e parcial, de execución dos contratos.

O art. 111, e) en relación co 95 do TRLCAP, establece no seu apartado 3 que cando o contratista, por causas imputables a el, incorrese en demora respecto ao incumprimento do prazo total, a Administración poderá optar indistintamente pola resolución do contrato ou pola imposición das penalidades (...).A mesma facultade contén o apartado 6 do precitado artigo respecto do incumprimento polo contratista dos prazos parciais.

Pola súa parte, o Regulamento, nun texto moi similar ao da LCAP, determina que *“Si el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en*

demora respecto de los plazos parciales de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final, o éste quedara incumplido, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato con pérdida de fianza o por la imposición de las penalidades que se establecen en el artículo siguiente. Esta misma facultad tendrá la Administración respecto de determinados plazos parciales cuando se hubiera previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

Pois ben, das citadas normas interesa agora extraer unha reflexión, e é a de que do contrato de obra pública nace unha relación obrigatoria na que aparece como principal e máis relevante consecución a do remate da obra, que ten que conformarse coas pautas previamente proxectadas para servir ao fin previsto. Pero á parte do sinalado, a antedita relación despreza unha multiplicidade de efectos obrigatorios entre os que reviste unha especial relevancia o tempo investido na realización da obra.

En efecto, a obra pública non só debe de adecuarse nas súas calidades físicas ao previamente concibido mediante o proxecto, senón que o interese público ao que se encontra vinculada, esixe ademais que se execute no prazo convidado en función da súa prevista posta en servizo. Na maioría dos casos, os sinalados son dous elementos indisociables, de maneira que sen o concurso de ambos a obra non respondería ao que dela é requirido.

Así, como se sabe e reflicte a lei, existe un prazo total e uns prazos parciais de realización da obra. O primeiro resulta imprescindible, pois vincúlase á entrada en funcionamento do servizo ao que vai destinada, e os segundos, pola súa parte, serven a unha dobre finalidade: determinar certo ritmo e orde na execución da obra e, ademais, fixar un termo no que poder verificar regularmente o grao de cumprimento do contrato polo contratista.

Existe unha diferenza para a fixación de ambos prazos, pois mentres o prazo total de realización ten que ser determinado indispensablemente no prego de cláusulas administrativas particulares, os parciais poden selo, trala mención do propio prego, no denominado plano ou programa de traballo. Este último, convértese así nun elemento de vital importancia para verificar se o ritmo de execución da obra é o idóneo conforme os prazos marcados. Non esquezamos que un dos deberes do contratista é asegurar, en canto estea na súa man, o normal e regular cumprimento das prestacións ao seu cargo impostas en virtude do contrato, e de parte da Administración o evitar perturbacións que impidan que a prestación obxecto do contrato poida frustrarse, so pena de ter que asumir as consecuencias derivadas dos posibles atrasos na execución.

A necesidade do cumprimento polo contratista de ambos prazos, parcial e total, resulta transcendente en igual medida, pois, como vimos, o quebrantamento de calquera deles pódese erixir en causa determinante da resolución do contrato por parte do órgano contratante.

Por tanto, o incumprimento polo contratista do prazo de realización da obra e, consecuentemente, da finalidade á que se vinculou a contratación, determina, por esixencia do interese público que preside toda contratación administrativa, a extinción daquel. A resolución implica pois a aparición dunha incidencia impeditiva da normal continuación do contrato, ou dito noutros termos, unha forma de terminación anormal deste. E, concorrendo unha causa de resolución por incumprimento dos prazos de realización dos traballos, estase ante un suposto que ten a maior relevancia, pois afecta á esencia mesma do contrato, como corresponde á categoría dos negocios fixos, nos que o prazo reviste unha importancia transcendental.

Interesa salientar, por conseguinte, que, unha vez verificada a demora do contratista no cumprimento do prazo e constatado que esta obedece a unha causa imputable exclusivamente a el, a Administración queda facultada para optar “*indistintamente*” pola resolución do contrato ou pola imposición de penalidades, en función das circunstancias concorrentes na contratación de que se trate e con base na importancia e repercusión negativa do atraso para a administración contratante.

Neste mesmo senso, debe terse en conta tamén que, como declarou o Consejo de Estado (ditame núm. 4533/96, entre outros), o simple vencemento dos prazos sen que os traballos que constitúen a prestación do contratista estean rematados, implica “*ipso iure*” a cualificación de incumprimento contractual, pois o contrato administrativo ten como elemento característico ser un negocio con execución de prestacións a prazo fixo no que o tempo constitúe, en consecuencia, unha condición esencial.

Esta é, en definitiva, a doutrina xeral aplicada por este CCG naqueles supostos, como nalgún dos analizados no ano 2007, nos que se presenta un incumprimento dos prazos a cargo do contratista.

2.4.- Aspectos formais relativos aos expedientes examinados.

O procedemento administrativo é definido como unha canle formal dunha serie de actos en que se concreta a actuación administrativa para a realización dun fin; supón a submisión da actividade administrativa a unha ordenación formal preestablecida e responde a unha dobre finalidade de garantía dos intereses públicos de oportunidade e legalidade dos actos, así como dos dereitos e intereses dos particulares.

Está claro, e é por todos asumida, a necesidade de respectar unha canle formal nos procedementos administrativos, mais, non obstante no procedemento seguido nos expedientes coñecidos por este CCG, seguen a apreciarse algunhas deficiencias que nos propoñemos resumir nas liñas que seguen.

- Sen dúbida, un dos aspectos mais preocupantes entre os detectados nos expedientes examinados durante o ano 2007, e que afecta na maioría dos casos ás reclamacións de responsabilidade patrimonial da Administración sanitaria, é o referido ao suposto no que dende a data da sinatura da proposta de resolución ata a remisión do expediente a este CCG, déixase transcorrer un tempo excesivo ata o punto no que nalgún expediente pasaron máis de 13 meses. Deste xeito, para a simple realización dun trámite de remisión da documentación administrativa contida nun expediente que xa reúne todos os requisitos para ser sometido ao ditame deste organismo, empregouse un lapso de tempo superior en máis do dobre a aquel que o art. 13.3 do Real decreto 499/1993, do 26 de marzo, establece para a tramitación do procedemento na súa totalidade, que comprende un total de seis meses, antes de que a ausencia dunha resolución expresa permita entender que a resolución é contraria á indemnización do particular.

Este censurable proceder na tramitación dos expedientes -denunciado xa por este CCG en numerosos ditames, por todos o CCG 214/05- debe ser rectificado en tramitacións futuras para que a instrución dos expedientes se axuste aos principios esenciais que presiden o seu desenvolvemento, e que transcenden do plano constitucional á normativa contida nas previsións da Lei 30/1992, LRXPAC e no Real decreto 429/1993, do 26 de marzo, polo que se aprobou o Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial.

- Ademais deste concreto suposto, en xeral, segue a observarse unha excesiva tardanza na tramitación dos expedientes, que, como xa manifestáramos en anteriores memorias, nalgúns supostos leva a que cando os devanditos expedientes son remitidos para ditame deste CCG, xa transcorreu o prazo necesario para que o interesado poida entender desestimada a súa reclamación en virtude de silencio administrativo ou incluso, nos casos máis extremos, sucede que está formalizado o correspondente recurso contencioso-administrativo.

- O parágrafo segundo do art. 10.1 do Regulamento dos procedementos das reclamacións de responsabilidade patrimonial das administracións públicas (Real decreto 429/1993, do 26 de marzo) esixe, en todo caso, que se solicite informe ao servizo cuxo funcionamento ocasionase a presunta lesión indemnizable.

Examinado o actuado nalgúns expedientes, moitas veces obsérvase que o antedito trámite non se practica. Así as cousas, dado o carácter preceptivo do informe de referencia, e considerando que o seu contido, polo dito, é determinante para a resolución do procedemento, o art. 83 da LRXPAC esixe que non se prosigan as actuacións e se demande a evacuación do referido informe.

- Semellante crítica á anterior debe facerse respecto daqueles expedientes nos que a proposta de resolución, fronte a informes periciais achegados pola parte xunto co escrito de reclamación, non entran a rebater ou matizar o contido dos informes periciais achegados.

- En moitos supostos, fundamentalmente correspondentes á responsabilidade patrimonial das administracións públicas, a instrución límitase a incorporar ao expediente as actuacións mínimas, obviando a realización de probas que axudarían a esclarecer os feitos sobre os que se debate e dilucidar a existencia ou non de responsabilidade administrativa.

É preciso partir neste punto do disposto polo art. 80.2 LRXPAC (en parecida liña, o art. 9 do Decreto 429/93, do 26 de marzo, RPRP), que consagra o coñecido como principio de oficialidade, cando expresa que *"cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba..."*. Este precepto, se ben non se manifesta de modo explícito en torno ao problema da carga de proba, parece descansar sobre a consideración de que a carga da proba, sequera sexa na súa máis elemental manifestación, corresponde inicialmente ao suxeito interesado, pois sobre el recae o risco de ter que asumir as consecuencias derivadas da ausencia de proba, que indefectiblemente leva consigo a desestimación da pretensión. Certo é que tal principio non descarga á Administración, en virtude do principio de oficialidade da práctica da proba, da obriga de apurar ao máximo os medios probatorios ao seu alcance ata chegar á convicción sobre a veracidade e entidade dos feitos alegados. Por tanto neste punto a Administración debería adoptar unha posición máis activa.

- Déronse casos nos que a persoa ou entidade interesada non comparecera no trámite de audiencia previsto para o momento inmediatamente anterior á elaboración da proposta de resolución, e non obstante, posteriormente, presentou escrito de alegacións ante este CCG, con base no previsto no artigo.

Interesa respecto deste suposto recalcar que, como xa indicara este CCG no acordo da súa Sección Segunda CCG 224/05, este trámite non é un correlato ou unha duplicación da audiencia prevista nos arts. 84 da LRXPAC, e 11 do Real decreto 429/1993, do 26 de marzo, que se practica cando o procedemento está xa instruído e con carácter previo á redacción da proposta de resolución.

Consecuentemente, o obxecto propio da audiencia que aquí se analiza non poderá ir máis aló da realización de observacións sobre a competencia, procedemento, ou outras cuestións formais que suscite a intervención deste CCG no expediente de razón, ou a realización de aclaracións puntuais sobre alegacións xa formuladas con carácter previo á formulación da proposta de resolución por parte do órgano competente, e por tanto, coñecida xa por este no momento da exposición do seu criterio a través do devandito acto, sendo este o alcance que procede dar ao escrito presentado.

- Seguen a observarse non poucos expedientes que son remitidos para ditame deste CCG nada máis iniciados e, polo tanto, en ausencia de todo trámite, o que equivale a dicir en ausencia do procedemento mesmo. Obviamente nestes casos, os ditos expedientes son devoltos para que se complete a instrución e se elabore a correspondente proposta de resolución.

- Oposición ás causas de resolución por parte do contratista. O art. 11, h) da Lei 9/1995, do 10 de novembro, do CCG, establece a competencia deste organismo para a emisión de ditame preceptivo nos casos de “*nulidade, interpretación e resolución dos contratos administrativos na forma establecida na Lei de contratos do Estado e de réxime local*”, precepto este que debe pórse en relación co art. 59.3, a) do texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas que establece o carácter preceptivo do ditame do Consejo de Estado ou órgano consultivo equivalente nos casos nos que se formule oposición por parte do contratista á resolución contractual.

Ao longo de 2007 déronse no entanto casos nos que o contratista, en trámite de audiencia, non formulara oposición e non obstante remitiuse o expediente para ditame. Neste suposto, resolveuse que este organismo carecía de competencia para a emisión do ditame preceptivo que se solicitaba, pois non se daba o suposto legal indicado para a solicitude de ditame.