

# CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA

MEMORIA

2008



# **CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA**

## **MEMORIA DO ANO 2008**

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, 2009**

# ÍNDICE

	Páxinas
<b>I- INTRODUCCIÓN</b>	7
<b>II- O CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA</b>	8
<b>1.- Composición a 31 de decembro de 2008</b>	9
1.1.- Nomeamento e toma de posesión dos novos Conseleiros electivos e da Presidenta do Consello Consultivo de Galicia	10
1.2.- Incorporación de Conseleiros Natos	14
<b>2.- Normativa reguladora</b>	14
2.1.- Modificación da Lei 9/1995, do 10 de novembro, do Consello Consultivo de Galicia	15
<b>3.- Medios</b>	16
3.1.- Persoal	16
3.2.- Orzamentos 2008	17
<b>III- ACTIVIDADE CONSULTIVA</b>	18
<b>1.- Datos estatísticos relativos aos ditames emitidos</b>	19
1.1.- Materias	19
1.2.- Procedencia	20
1.3.- Conclusión ou sentido final dos ditames	23
1.4.- Comunicación das resolucións	24
1.5.- Fórmula de incorporación dos ditames	24
1.6.- Consultas formuladas polo trámite de urxencia	25

1.7.- Ditames aprazados	25
1.8.- Relación de ditames (anexo, páxina 108)	25
<b>2.- Sesións realizadas no ano 2008</b>	25
<b>IV- ACTIVIDADE NON CONSULTIVA</b>	27
1.- Publicación dos ditames	28
2.- Páxina web	29
3.- Xornadas e Seminarios	29
4.- Actos e actividades institucionais	30
5.- <i>Practicum</i> da Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela	31
6.- Memoria anual de actividades	31
	33
<b>V- DOCE ANOS DE FUNCIÓN CONSULTIVA (1996-2008)</b>	
<b>1.- Datos estatísticos relativos aos expedientes ditaminados durante o período 1996 - 2008</b>	34
1.1.- Convenios e acordos de cooperación con outras comunidades autónomas	35
1.2.- Disposicións de carácter xeral. Regulamentos executivos	36
1.3.- Recursos de revisión	37
1.4.- Revisións de oficio	38
1.5.- Contratación administrativa	39
1.6.- Concesións administrativas	40
1.7.- Alteración de termos municipais	41
1.8.- Consultas facultativas	42
1.9.- Responsabilidade patrimonial das administracións públicas	43

1.10.- Comparativa por Administracións	48
<b>VI.- OBSERVACIÓNS E SUXESTIÓNS</b>	54
<b>1.- Os novos criterios en relación cos acordos de cooperación con outras comunidades autónomas</b>	55
<b>2.- Proxectos normativos</b>	58
2.1.- <u>A tipoloxía de entes públicos e a súa problemática na lexislación autonómica</u>	58
2.2.- <u>Sobre as potestades regulamentarias dos conselleiros, a propósito da regulación sobre mediación de seguros e reaseguros privados</u>	60
2.3.- <u>A normativa sobre subvencións públicas como paradigma da consolidación dun réxime xurídico diferenciado, antes atomizado</u>	63
2.4.- <u>Competencia do Consello Consultivo de Galicia para a emisión do ditame nos supostos de desenvolvemento autonómico de normas básicas estatais</u>	66
2.5.- <u>O procedemento de elaboración das disposicións de carácter xeral</u>	68
2.5.1.- <i>Unha actuación que precisa dunha sensible mellora. A necesidade dun novo marco normativo</i>	68
2.5.2.- <i>Algunhas das deficiencias procedimentais detectadas</i>	70
2.6.- <u>Aspectos relativos a cuestións de técnica normativa</u>	77
<b>3. Actos e procedemento administrativo</b>	82
3.1.- <u>Responsabilidade patrimonial das Administracións Públicas</u>	82
3.1.1 <i>A perda de oportunidade con ocasión da asistencia sanitaria</i>	82

<i>3.1.2.- As facultades de inspección e a responsabilidade patrimonial. En particular, a adopción de medidas cautelares</i>	84
<i>3.1.3.- O prazo para reclamar nas reclamacións de responsabilidade patrimonial sanitaria: en especial, a eficacia interruptiva das accións penais.</i>	90
<i>3.1.4.- Reclamación por danos futuros</i>	92
<i>3.1.5.- Danos "con ocasión do servizo" e danos "a consecuencia directa do servizo público": distinción</i>	94
<b>3.2.- <u>Revisión de oficio de actos administrativos</u></b>	97
<i>3.2.1.- Os efectos das sentenzas do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas no dereito interno. A revisión de oficio que trae como causa unha sentenza anulatoria do Tribunal</i>	97
<b>3.3.- <u>Contratación administrativa</u></b>	101
<i>3.3.1.-Nacemento das obrigas derivadas de contrato. Consecuencias da falta de formalización</i>	101
<i>3.3.2.- A expresión da causa de resolución contractual. O interese público como causa de resolución</i>	103
<b>3.4.- <u>Aspectos formais relativos aos expedientes analizados</u></b>	105
<b>ANEXO</b>	108

**- I -**

## **INTRODUCCIÓN**

A presente memoria, correspondente ao ano 2008, foi aprobada polo Pleno do Consello Consultivo de Galicia en sesión do dez de xuño de dous mil nove 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 2008, no que se cumpren doce 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 procedementos administrativos obxecto habitual de ditame.

**- II -**

**O CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA**

## **1.- Composición a 31 de decembro de 2008**

### **- PLENO**

Presidenta:

Dona M<sup>a</sup> Teresa Conde-Pumpido Tourón<sup>1</sup>

Conselleiros electivos:

Don José Gonzalo de la Huerga Fidalgo<sup>2</sup>

Don José Luís Costa Pillado<sup>3</sup>

Don Francisco Javier D'Amorín Viéitez<sup>4</sup>

Don Carlos Martínez-Buján Pérez<sup>5</sup>

Conselleiros natos:

Don Gerardo Fernández Albor

Don Fernando González Laxe<sup>6</sup>

Secretario Xeral:

Don Juan José Gallego Fouz<sup>7</sup>

### **- SECCIÓNS**

#### **Sección Primeira**

Presidenta:

Dona M<sup>a</sup> Teresa Conde-Pumpido Tourón

Conselleiros:

Don Carlos Martínez-Buján Pérez

Don Gonzalo de la Huerga Fidalgo

Don José Luís Costa Pillado

Secretario:

Don Pablo López Paz

---

<sup>1</sup> Nomeada por Decreto 46/2008, do 14 de marzo (DOG núm. 54, do 17 de marzo)

<sup>2</sup> Nomeado por Decreto 31/2008, do 21 de febreiro (DOG núm. 44, do 3 de marzo)

<sup>3</sup> Nomeado por Decreto 32/2008, do 21 de febreiro (DOG núm. 44, do 3 de marzo)

<sup>4</sup> Nomeado por Decreto 33/2008, do 21 de febreiro (DOG núm. 44, do 3 de marzo)

<sup>5</sup> Nomeado por Decreto 34/2008, do 21 de febreiro (DOG núm. 44, do 3 de marzo)

<sup>6</sup> Incorporado o 1 de agosto de 2008 (DOG núm. 202, do 17 de outubro)

<sup>7</sup> Nomeado por Resolución do 10 de abril de 2008 (DOG núm. 77, do 22 de abril)

## **Sección Segunda**

Presidente:

Don Javier D' Amorín Viéitez.

Conselleiros:

Don Carlos Martínez-Buján Pérez.

Don Gonzalo de la Huerga Fidalgo.

Don José Luis Costa Pillado.

Secretaria:

Dona Ana López Guizán.

### **1.1.- Nomeamento e toma de posesión dos novos Conselleiros electivos, da Presidenta do Consello Consultivo de Galicia e do Secretario Xeral.**

Os conselleiros electivos son nomeados por un período de seis anos, segundo o teor do artigo 4.5 da nosa lei de creación, Lei 9/1995, de 10 de novembro. Ademais o dito artigo estipula que serán renovados nos seus mandatos unha soa vez.

Segundo establece o artigo 27.1 do Regulamento do Consello, Decreto 282/2003, de 22 de maio, o Presidente informará ao Consello e comunicarlle ao Presidente da Xunta de Galicia a inminencia dos cesamentos que deben de producirse por cumprimento de mandato, que neste caso correspondían a don Antonio Carro Fernández-Valmayor, don José Antonio García Caridad, don Pablo Moure Mariño, don Javier D'Amorín Viéitez e don Carlos Martínez-Buján Pérez. Os devanditos cesamentos foron publicados polos decretos: 25/2008, 26/2008, 27/2008, 28/2008 e 29/2008, do 21 de febreiro, do Presidente da Xunta de Galicia (DOG. núm. 44 do 3 de marzo)

Así mesmo, o artigo 4.3, da lei do Consello establece que os conselleiros electivos serán nomeados por: “... *decreto da presidenta ou presidente da Xunta de Galicia, oído o Consello da Xunta...*”. O dito nomeamento levouse a cabo mediante os decretos: 30/2008, 31/2008, 32/2008, 33/2008 e 34/2008, do Presidente da Xunta do 21 de febreiro. (DOG. núm. 44 do 3 de marzo)

O día 11 de marzo de 2008, en acto solemne celebrado no Pazo de Raxoi, sede da presidencia da Xunta de Galicia, e diante do seu Presidente, don Emilio

Pérez Touriño, xuraron os seus cargos como conselleiros electivos do Consello Consultivo de Galicia: dona M<sup>a</sup> Teresa Conde-Pumpido Tourón, don José Gonzalo de la Huerga Fidalgo, don José Luís Costa Pillado, don Francisco Javier D'Amorín Viéitez e don Carlos Martínez-Buján Pérez. O acto comezou cunhas palabras do Presidente saínte, don José Antonio Garcia Caridad, ao que lle seguiu a toma de xuramento ou promesa dos novos conselleiros. Para finalizar tomou a palabra o novo membro do Consello Consultivo, don Javier D'Amorín Viéitez, en representación dos conselleiros entrantes. O evento rematou coas verbas do Presidente da Xunta, don Emilio Pérez Touriño.

Finalmente, e mediante Decreto 46/2008, do 14 de marzo, foi nomeada Presidenta do Consello Consultivo de Galicia, dona M<sup>a</sup> Teresa Conde-Pumpido Tourón, a cal xurou o seu cargo o día 31 de marzo de 2008 no Pazo de Amarante, sede do Consello Consultivo de Galicia, coa presenza do Presidente da Xunta de Galicia, don Emilio Pérez Touriño.

No devandito acto, a xa Presidenta do Consello Consultivo de Galicia pronunciou o seguinte discurso:

*EXCMO. SR. PRESIDENTE DA XUNTA DE GALICIA  
EXCMOS. SEÑORES CONSELLEIROS,  
EXCMO, SR. PRESIDENTE DO CES E DO CGRL,  
SRS. LETRADOS, AMIGAS E AMIGOS*

*Gústame ser breve nas miñas intervencións e deséxoo moito máis nesta primeira como presidenta do Consello Consultivo de Galicia; pero tamén, lonxe dos rituais, quero mostrar toda a emoción que sinto nestes momentos.*

*Dar as grazas sempre é un pracer; neste caso dobre, pola sorpresa que me supuxo o meu nomeamento como conselleira, xenerosidade que teño que agradecer ao Sr. Presidente que me designou, co meu compromiso de ofrecerlle sempre o meu consello*

*imparcial, recordando o que dicía Solón: “Non deas aos amigos consellos agradables, senón proveitosos”.*

*Grazas, tamén, aos meus compañeiros conselleiros, todos eles xuristas con méritos salientables dabondo para ocupar a Presidencia deste Consello, e que non obstante confiaron en min. Significa, máis alá dun orgullo persoal, unha especial satisfacción como muller, que ten loitado pola igualdade de xénero, no convencemento de que a democracia, ou ben é paritaria ou non é democracia.*

*Si é certo que existe un xeito de liderado feminino, dialogante e próximo, a miña intención é exercelo así: escoitando para comprender, argumentando para convencer, buscando puntos de encontro; unha presidencia participativa e aberta ás suxestións de todos, porque cada unha das persoas desta institución deben traballar no convencemento de que son parte esencial da súa engrenaxe. Ao mesmo tempo, comprométome a que todas as resolucións que adopte o Consello baixo a miña Presidencia, sexan produto do debate razoado e razoable que merecen.*

*Sempre parece inevitable que nun discurso de toma de posesión se poñan de manifesto certas reivindicacións, ... pero penso que non é o caso. O Consello rematou unha etapa en que se ten consolidado, formando un substancial corpo de doutrina, grazas en boa parte ao gran nivel dos letrados e á súa paixón polo debate profundo, que nestes días xa puiden comprobar. Quere crecer, e iso xa é coñecido; o importante é o que estamos dispostos a facer nós.*

*O noso reto é avanzar na “auctoritas” que lexitima todo órgano consultivo, e convertérmonos nunha peza clave no deseño do noso autogoberno autonómico; nese camiño precisamos unha nova política de comunicación: cara á sociedade galega, para que comprenda e valore a nosa función, cara ás Administracións públicas de Galicia, para que depositen en nós a súa confianza, porque temos un obxectivo común: o servizo público.*

*A nosa misión non é controlar as administracións: no deseño constitucional tal función corresponde ao Poder xudicial. A nosa tarefa é coadxuvar a que todas as Administracións de Galicia cumpran os principios constitucionais de obxectividade, eficacia e legalidade na súa actuación de cotío. Farémolo, espero, non só cos nosos ditames, senón con novas fórmulas de colaboración.*

*Como Habermas, concibo o Dereito como “esfera central da integración social”, que soamente pode chegar á sociedade na complexa linguaxe legal; daquela, a técnica normativa cobra especial importancia, para que a mensaxe sexa correcta, e pode estar seguro o Goberno galego, Sr.Presidente, de que sempre nos guiará o afán de mellorar tal comunicación social e nunca de poñerlle trabas burocráticas.*

*Non podo rematar sen agradecer á miña familia e aos meus amigos-amigas -presentes e ausentes- todo o que me teñen dado: saben que, sen eles, sen o seu alento e apoio nunca tería chegado ata aquí, nin persoal nin profesionalmente.*

*Pero quero ter un recordo especial para os meus pais, que por razóns de saúde non poden estar hoxe connosco: poden estar seguros que seguirei tendo os obxectivos que marcaron a súa educación: a honradez persoal, a honestidade intelectual, o traballo ata o límite das miñas posibilidades como responsabilidade persoal ante a sociedade ... e sempre a afectividade como xeito de relación persoal.*

*Neste compromiso persoal, como na promesa pública que veño de facer, espero, e agradezo xa, a axuda de todos e todas vós: é certo que “os consellos” que ofreceremos son só verbas, pero parafraseando a Valente, hai que pensar que se unha verba non nos fai libres, un conxunto delas poden axudar a cambiar o mundo.*

*Moitas grazas.*

Por outra parte, de conformidade co establecido no artigo 21 da Lei do Consello Consultivo de Galicia e 32 do seu Regulamento, o Pleno do Consello elixiu como Secretario Xeral a don Juan José Gallego Fouz, que xa viña desempeñando o cargo dende o ano 2000, quen foi nomeado como tal por Resolución da Presidencia do Consello de 10 de abril de 2008.

## **1.2.- Incorporación de Conselleiros Natos**

Hai que destacar, tamén neste ano, a incorporación como Conselleiro Nato do ex-presidente da Xunta de Galicia, don Fernando González Laxe, que se produciu en data 1 de agosto de 2008. Recordamos que o ano anterior incorporárase o ex-presidente da Xunta, don Gerardo Fernández Albor.

## **2.- Normativa reguladora**

- Lei 9/1995, do 10 de novembro, do Consello Consultivo de Galicia (DOG núm. 229, do 20.11.1995); modificada pola Lei 12/2007, do 27 de xullo (DOG núm. 153, do 8.8.2007), e pola Lei 16/2008, do 23 de decembro (DOG núm. 253, do 31.12.2008).

- Decreto 282/2003, do 22 de maio, polo que se aproba o Regulamento de organización e funcionamento do Consello Consultivo de Galicia (DOG núm. 120, do 23.6.2003).

- Resolución do 25 de marzo de 2008 pola que se fai público o acordo plenario polo que se establece o número, distribución de asuntos e composición das seccións deste organismo para o ano 2008 (DOG núm. 69, do 10.4.2008).

### **2.1.- Modificación da Lei 9/1995, do 10 de novembro, do Consello Consultivo de Galicia.**

Ao longo do exercicio ao que se contrae a Memoria 2008 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 16/2008, do 23 de decembro (Diario Oficial de Galicia núm. 253, do 31 de decembro).

O artigo 11, j) da Lei 9/1995, do 10 de novembro, do Consello Consultivo de Galicia, relativo a *“consultas e ditames preceptivos”*, establecía que *“O Consello Consultivo de Galicia será consultado preceptivamente nos supostos seguintes: (...) j) Reclamacións que en concepto de indemnización de danos e perdas se formulen contra a Comunidade Autónoma”*.

Como resulta do teor literal do artigo, quere iso dicir que a Administración, antes de resolver sobre o expediente, debía, en todo caso, someter ao Consello Consultivo os asuntos de responsabilidade patrimonial, con independencia da contía indemnizatoria solicitada polos particulares nas súas reclamacións.

O alto número de expedientes dos que o CCG coñece, cunha tendencia crecente ao longo dos anos dende a súa creación, e dos que en boa proporción forman parte as reclamacións de responsabilidade patrimonial, -moitos deles incluso nos que se reclaman contías dinerarias insignificantes- supoñen gran parte da dedicación diaria de conselleiros e letrados.

Tal situación limitaba en boa medida as capacidades do Consello Consultivo de Galicia no tocante ao cumprimento da súa tarefa como *“órgano superior consultivo”* da Comunidade Autónoma, tal e como está configurado na propia lei (artigo 1). E iso sucedía, sendo así que os expedientes de menor contía teñen sido obxecto dunha reiterada doutrina por parte deste e outros órganos consultivos, de tal modo que o órgano da Administración consultante, dispón, na maioría dos casos, de suficientes criterios xurídicos para resolver, sen necesidade de remitir o expediente para ditame ao Consello Consultivo.

Tales circunstancias foron as que xustificaron a necesidade da reforma e así, polo tanto, mediante a Lei 16/2008, do 23 de decembro, reformouse o epígrafe do artigo 11, j), quedando, polo tanto co seguinte teor: “*Reclamacións de responsabilidade patrimonial de contía superior a 1.500 euros*”.

A devandita medida ten sido xa adoptada, por similares motivos aos aquí expostos, pola maioría dos órganos consultivos.

### **3.- Medios**

#### **3.1.- Persoal**

Por Resolución de 11 de decembro de 2008 publicouse o acordo do Consello da Xunta de Galicia de 4 de decembro de 2008, polo que se aprobou a modificación da relación de postos de traballo deste consello.

A dita modificación produciuse considerando, por unha parte, o incremento do volume de traballo e a súa complexidade, e por outra a consolidación do dito órgano. Por iso, estimouse oportuno incrementar o número de efectivos, así como a súa reordenación para adecualo ás necesidades do momento.

De acordo co artigo 21 da Lei de creación o Consello Consultivo de Galicia conta co seu propio corpo de letrados, o resto das prazas de persoal, correspondentes aos servizos de apoio, son cubertas con funcionarios da Comunidade Autónoma.

Durante o 2008 o Consello Consultivo de Galicia contou co seguinte persoal:

#### **Letrados**

Don Juan José Gallego Fouz  
Don Constantino Alvarellos Galve  
Don Pablo José López Paz  
Dona Ana M<sup>a</sup> López Guizán  
Dona M<sup>a</sup> José Quintana Acebo  
Don Manuel Cutrín Domínguez  
Don José Carlos López Corral<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> En adscrición provisional desde o 1 de febreiro de 2008

Persoal de servizos de apoio

*Servizo de Administración e Xestión*

Don Lino Sexto Bermúdez

*Documentación e biblioteca*

Dona María José Fábregas Valcarce

Dona Carmen Mata Cid

*Servizos Administrativos*

Don Manuel Novo López

Dona M<sup>a</sup> Dolores Tarrío Potel

Dona M<sup>a</sup> Dolores Matilde Fernández López

Dona M<sup>a</sup> del Carmen Paz Galván

Dona María Bargados Bargados

Dona Purificación Mauriz Montero

Dona M<sup>a</sup> del Carmen Betanzos Pérez

Don Francisco Javier Santos Pérez

Dona Francisca Iglesias Ferrer

**3.2.- Orzamentos 2008**

Na Lei 16/2007 de 26 de decembro de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2008, o Consello Consultivo de Galicia figura como sección propia dentro dos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma coa seguintes dotacións:

<b>Capítulo I -Persoal:</b>	<b>1.618.189,00€</b>
<b>Capítulo II - Gastos correntes:</b>	<b>416.395,00€</b>
<b>Capítulo VI - Investimentos:</b>	<b>346.520,00€</b>
<b>Totais:</b>	<b>2.381.104,00</b>

**- III -**

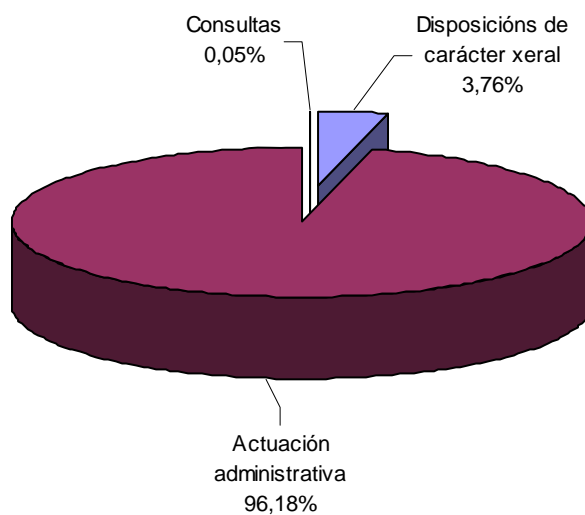
**ACTIVIDADE CONSULTIVA**

## 1.- Datos estadísticos relativos aos ditames emitidos

Durante o período xaneiro - decembro de 2008, solicitouse o parecer deste órgano en relación con 1702 expedientes, correspondendo 1701 a ditames preceptivos e 1 a consultas, co detalle que segue:

### 1.1- Materias

Disposicións de carácter xeral	64
Actuación administrativa	1637
Consultas sobre actuación administrativa ou disposicións xerais	1



## 1.2.- Procedencia

### - Administración Autónoma

Vicepresidencia da Igualdade e do Benestar	11
Consellería da Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza	28
Consellería de Economía e Facenda	6
Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes	296
Consellería de Educación e Ordenación Universitaria	32
Consellería de Innovación e Industria	5
Consellería do Medio Rural	186
Consellería de Cultura e Deporte	3
Consellería de Sanidade	345
Consellería de Medio Ambiente e Desenvolvemento Sostible	497
Consellería de Pesca e Asuntos Marítimos	9
Consellería de Traballo	8
Consellería de Vivenda e Solo	10
Consello Consultivo de Galicia	1

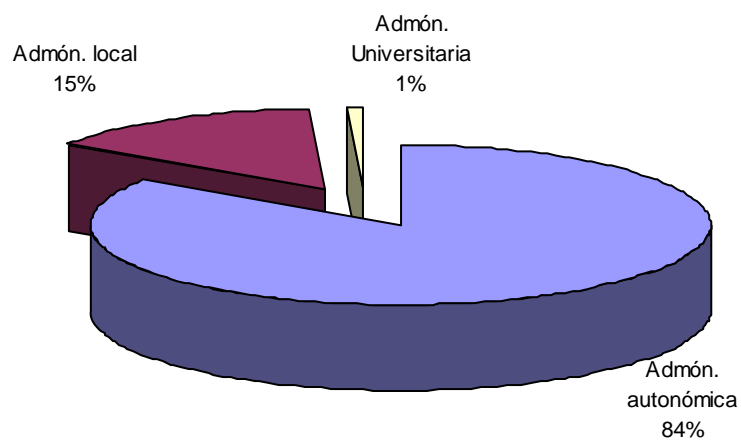
**- Total Administración Autónoma**

**1.437**

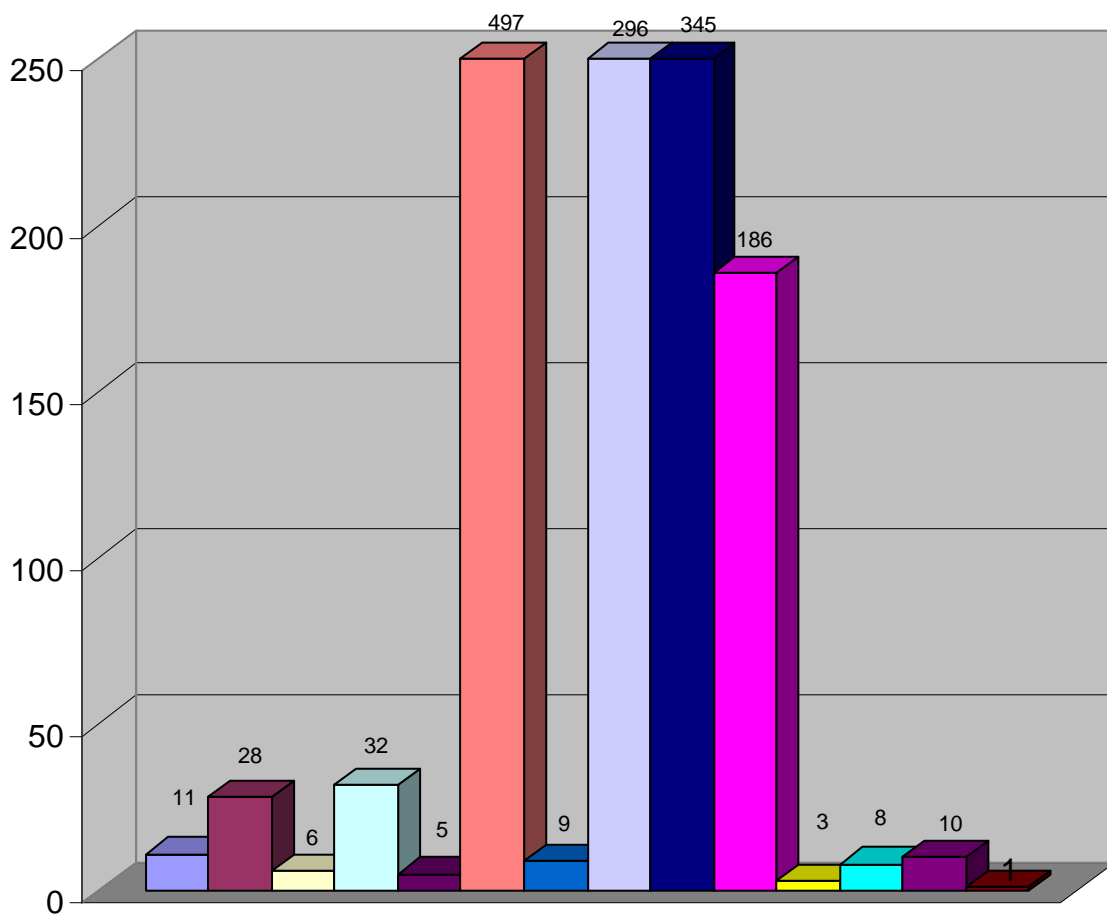
## TOTAIS

- Administración Autónomaica	1.437
- Administración Local	252
- Administración Universitaria	13
<b>TOTAL</b>	<b>1.702</b>

Procedencia por Administraci3ns



Procedencia por Consellerías



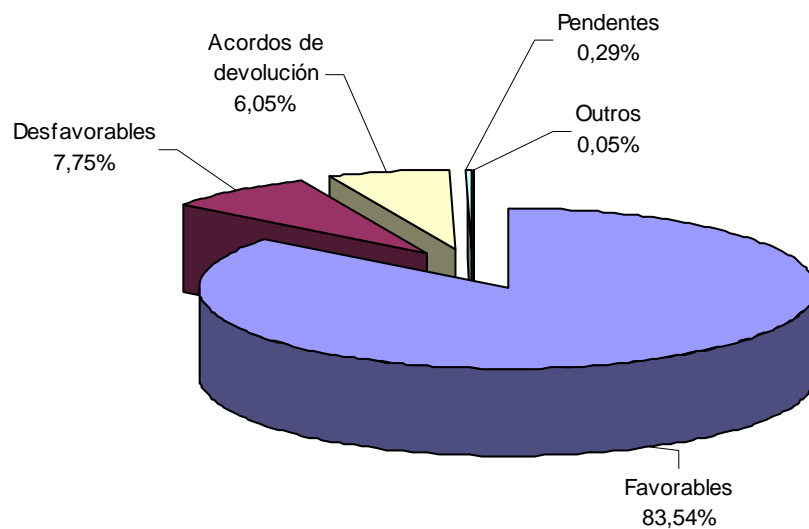
- Vicep. Igualdade
- Cª Presidencia
- Cª Economía
- Cª Educación
- Cª Innovac. e Indust.
- Cª M. Ambiente
- Cª Pesca
- Cª P. Territorial
- Cª Sanidade
- Cª Medio Rural
- Cª Cultura
- Cª Trabajo
- Cª Vivenda e Solo
- Consello Consultivo

### 1.3.- Conclusión ou sentido final dos ditames

Favorables	1.422
Desfavorables	172
Pendientes	5

- Completan o total de expedientes examinados

Acordos de devolución	103
Outros	1



#### 1.4.- Comunicación das resolucións

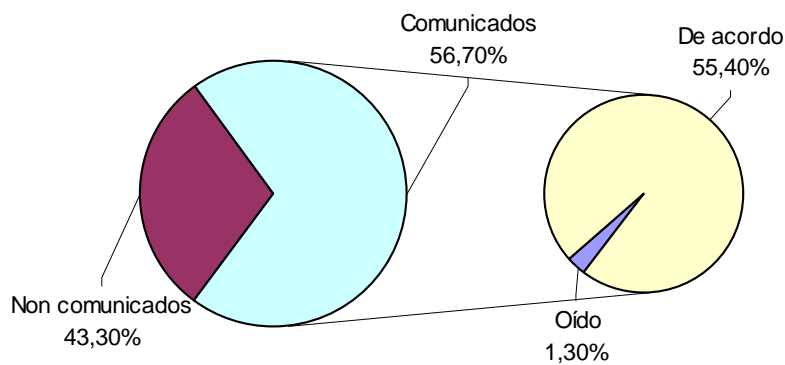
O artigo 60 do Decreto 282/2003, polo que se aproba o regulamento do Consello Consultivo, establece a necesidade de que o órgano ou institución consultante comunique a adopción ou publicación da resolución ou disposición xeral consultada. O cumprimento da dita prescrición, presenta os seguintes resultados:

NON COMUNICADOS	737
COMUNICADOS	965

#### 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”	943
- “Oído”	22



### **1.6.- Consultas formuladas polo trámite de urxencia**

Foron un total de 2 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, alomenos, á metade, o prazo xeral dun mes establecido para a emisión dos ditames, logo da motivación.

Concretamente, 1 dos devanditos expedientes corresponden a un proxecto de decreto e o outro a un convenio ou acordo de cooperación con outras comunidades autónomas.

### **1.7.- Ditames aprazados**

Dun total de 1702 expedientes ditaminados no ano 2008, 91 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 da metade do inicialmente establecido.

Dentro dos 91 ditames aprazados, 15 correspóndense con proxectos de decreto.

### **1.8.- Relación de ditames (anexo, páxina 108)**

## **2.- Sesións realizadas no ano 2008**

### **Sesións do Pleno**

Número de sesións: 47

9 de xaneiro	25 de marzo	3 de xuño	13 de agosto	12 de novembro
17 de xaneiro	31 de marzo	11 de xuño	20 de agosto	17 de novembro
31 de xaneiro	2 de abril	16 de xuño	25 de agosto	25 de novembro
7 de febreiro	9 de abril	23 de xuño	4 de setembro	3 de decembro
18 de febreiro	23 de abril	3 de xullo	11 de setembro	9 de decembro
25 de febreiro	28 de abril	10 de xullo	17 de setembro	17 de decembro
4 de marzo	7 de maio	16 de xullo	25 de setembro	29 de decembro
11 de marzo	19 de maio	23 de xullo	8 de outubro	
11 de marzo	21 de maio	30 de xullo	22 de outubro	
12 de marzo	28 de maio	6 de agosto	3 de novembro	

### **Sesións da Sección Primeira**

Número de sesións: 37

10 de xaneiro	27 de marzo	21 de maio	17 de setembro	17 de novembro
17 de xaneiro	2 de abril	28 de maio	24 de setembro	26 de novembro
31 de xaneiro	9 de abril	3 de xuño	1 de outubro	3 de decembro
13 de febreiro	11 de abril	11 de xuño	8 de outubro	9 de decembro
18 de febreiro	23 de abril	18 de xuño	13 de outubro	17 de decembro
25 de febreiro	30 de abril	23 de xuño	22 de outubro	
4 de marzo	7 de maio	4 de setembro	3 de novembro	
11 de marzo	14 de maio	11 de setembro	12 de novembro	

### **Sesións da Sección Segunda**

Número de sesións: 38

10 de xaneiro	4 de marzo	14 de maio	11 de setembro	12 de novembro
17 de xaneiro	11 de marzo	21 de maio	17 de setembro	17 de novembro
22 de xaneiro	27 de marzo	28 de maio	24 de setembro	23 de novembro
25 de xaneiro	2 de abril	3 de xuño	1 de outubro	3 de decembro
31 de xaneiro	9 de abril	11 de xuño	8 de outubro	9 de decembro
13 de febreiro	16 de abril	18 de xuño	16 de outubro	17 de decembro
18 de febreiro	30 de abril	23 de xuño	22 de outubro	
25 de febreiro	7 de maio	4 de setembro	3 de novembro	

**- IV -**

**ACTIVIDADE NON CONSULTIVA**

## **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.
- Consejo de Estado e Consellos Consultivos das outras comunidades autónomas.

## **2.- Páxina web.**

O Consello Consultivo creou, consciente da importancia das novos tecnoloxías da información e da comunicación, a súa páxina Web propia e específica. No ano 2008 as páxinas do sitio Web: [www.ccg Galicia.es](http://www.ccg Galicia.es) foron deseñadas e revisadas novamente, adecuándose ao establecido na Lei 34/2002, do 11 de xullo, de servizos da sociedade de información e de comercio electrónico.

O deseño Web permite que todas aquelas persoas que normalmente están excluídas da Rede debido as súas minusvalías físicas, sensoriais ou cognitivas, o que ten limitacións relacionadas co seu entorno de traballo e con barreiras tecnolóxicas, poden acceder aos contidos e servizos dun sitio Web.

A Web ademais de información xeral referidas á entidade: organización, sede, servizos e enderezos de interese, presenta a posibilidade de consultar a texto completo os ditames elaborados desde 1996.

## **3.- Xornadas e Seminarios.**

Dentro do plan de actividades da Escola Galega de Administración Pública para o ano 2008 convocouse, en colaboración coa Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia e co Consello Consultivo de Galicia, un taller práctico sobre “*Procedemento de elaboración de disposicións de carácter xeral e técnica normativa*”, que tivo lugar en Santiago de Compostela, na sede da Escola Galega de Administración Pública, os días 20 a 30 de outubro, e 3 e 4 de novembro de 2008.

O fin último destas xornadas ou, mellor dito, taller práctico foi dotar os asistentes dun conxunto de capacidades e habilidades en materia de técnica normativa que poidan aplicar no desenvolvemento da súa actividade diaria á hora de elaborar disposicións de carácter xeral.

O taller desenvolveuse en varios módulos:

Módulo I. A lei. O procedemento lexislativo.

Módulo II. Relacións entre a lei e o regulamento. Titularidade da potestade regulamentaria. O principio de reserva de lei.

Módulo III. O regulamento. Concepto, natureza e clases.

Módulo IV. Procedemento de elaboración de disposicións de carácter xeral. Normativa reguladora.

Para rematar o módulo anterior contouse coa presenza do catedrático de Dereito Constitucional da Universidade de Santiago de Compostela e actual Ministro de Xustiza, don Francisco Caamaño Domínguez, o cal impartiu unha conferencia que foi seguida co máximo interese polos participantes.

Módulos V, VI e VII. Regras de técnica normativa. Redacción e estruturación das normas. Parte expositiva. Parte dispositiva. Parte final. Normas de modificación.

Módulo VIII. Elaboración e resolución dun caso práctico.

Módulo IX. A impugnación xurisdiccional das disposicións de carácter xeral.

As Xornadas tiveron un amplo seguimento tanto desde o Consello Consultivo de Galicia como da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia, así como outros participantes interesados nos temas tratados.

#### **4.- Actos e actividades institucionais.**

Os contactos cos órganos consultivos das diferentes comunidades autónomas e co Consejo de Estado para tratar asuntos de común interese á función consultiva foron, como tódolos anos, habituais.

Os conselleiros e letrados 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 X Edición das Xornadas da Función Consultiva, que tiveron lugar en Zaragoza, os días 26, 27 e 28 de xuño de 2008.

As Xornadas foron inauguradas polo presidente do Goberno de Aragón, don Marcelino Iglesias Ricou, e polo alcalde do Concello de Zaragoza, don Juan Alberto Belloch Julbe. As Xornadas principiaron co relatorio: “*Función consultiva y responsabilidad de las Administraciones públicas en la Ley del suelo*”, exposto polo profesor don Luciano Parejo Alfonso; continuaron co de “*Aspectos del régimen de la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, relacionadas con las funciones propias de los órganos consultivos*” exposta polo profesor don Juan Francisco Mestre Delgado; e finalmente a terceira ponencia correu a cargo do profesor don Juan Alfonso Santamaria Pastor, que versou sobre: “*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos contemplado por el art. 62.1, f) de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*”.

As Xornadas foron rematadas cunha presentación de comunicacións feitas polos diversos consellos consultivos das distintas comunidades autónomas. O intercambio de experiencias terán a súa continuación no ano 2009, na cidade de Murcia, coa celebración da XI edición.

O 13 de maio de 2008, tivo lugar no Palau da Generalitat o acto conmemorativo do 75 aniversario da creación y 30 do restablecemento da Comissió Jurídica Assessora de Cataluña, á que asistiu a Presidenta do Consello Consultivo de Galicia.

Así mesmo, a Presidenta do Consello Consultivo de Galicia, asistiu ao encontro de Presidentes de Consellos Consultivos que se celebrou os días 29 e 30 de maio na cidade de Granada, así como a que se celebrou en Barcelona o día 4 de decembro, reunións estas nas que se trataron aspectos de interese común a todos os Consellos e entre os que destaca, por ser o máis avanzado, o da creación dunha páxina web común.

#### **5.- *Practicum* da Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela.**

Como todos os anos, como resultado do convenio asinado coa Universidade de Santiago, distintos alumnos da Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela elixiron realizar o practicum correspondente aos estudos de Dereito, no Consello Consultivo de Galicia.

Durante o mes no que cada un dos alumnos estivo traballando neste órgano, instruíuselles sobre o seu funcionamento e sobre a doutrina e o modo de elaboración dos ditames, aos que tiveron directamente acceso, tratando de primar así o carácter eminentemente práctico da estadía. Ao rematar o período os alumnos realizaron un exercicio práctico, que xunto ao aproveitamento acadado durante dito período, conformou a calificación final, en todos os casos satisfactoria.

Todos eles estiveron tutelados polas letradas do Consello, M<sup>a</sup> José Quintana Acebo y Ana M<sup>a</sup> López Guizán

#### **6.- Memoria anual de actividades.**

Como todos os anos, editouse a memoria de actividades do Consello correspondente ao ano 2007, 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.

Así mesmo, a Memoria foi presentada ao Presidente da Xunta de Galicia para a súa posterior toma en consideración por parte do Consello da Xunta.

Da devandita edición fíxose unha ampla distribución na Administración autonómica.

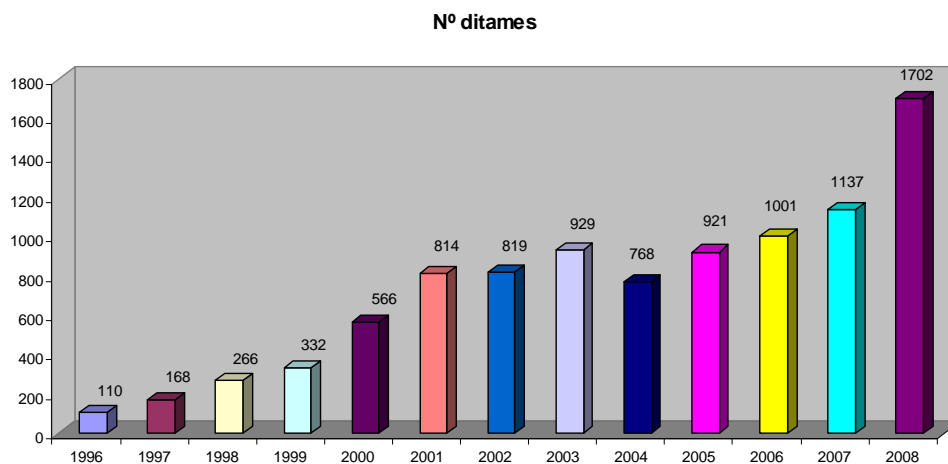
**- V -**

**DOCE ANOS DE FUNCIÓN CONSULTIVA (1996-2008)**

**1.- Datos estadísticos relativos aos expedientes ditaminados durante o período 1996 - 2008**

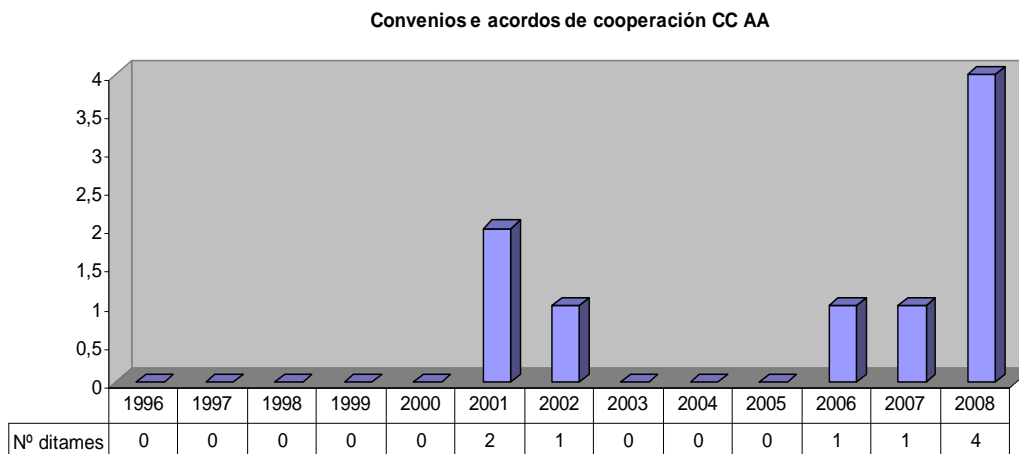
O número de asuntos conocidos, por anos, dende o ano 1996, é o seguinte:

<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
2008	1702



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

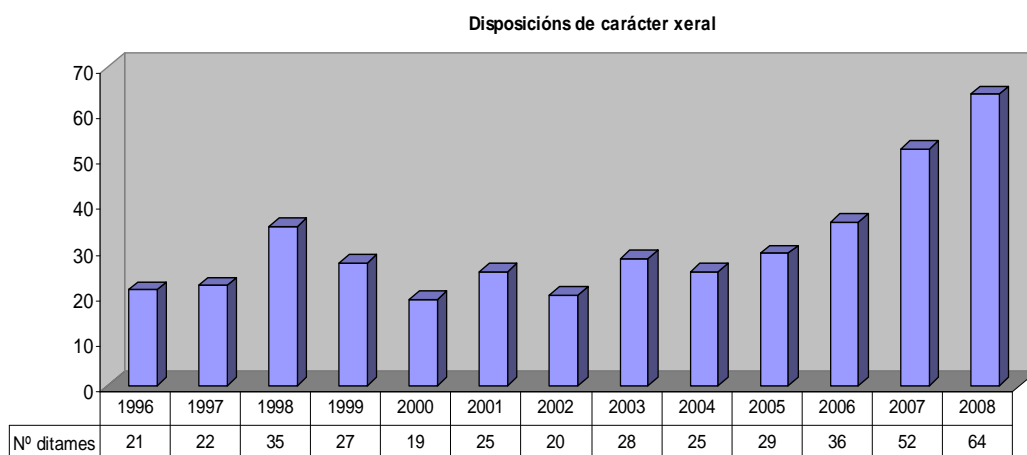
<i>Ano</i>	<i>Núm. Ditames</i>
1996	0
1997	0
1998	0
1999	0
2000	0
2001	2
2002	1
2003	0
2004	0
2005	0
2006	1
2007	1
2008	4



## 1.2.- Disposicións de carácter xeral. Regulamentos executivos

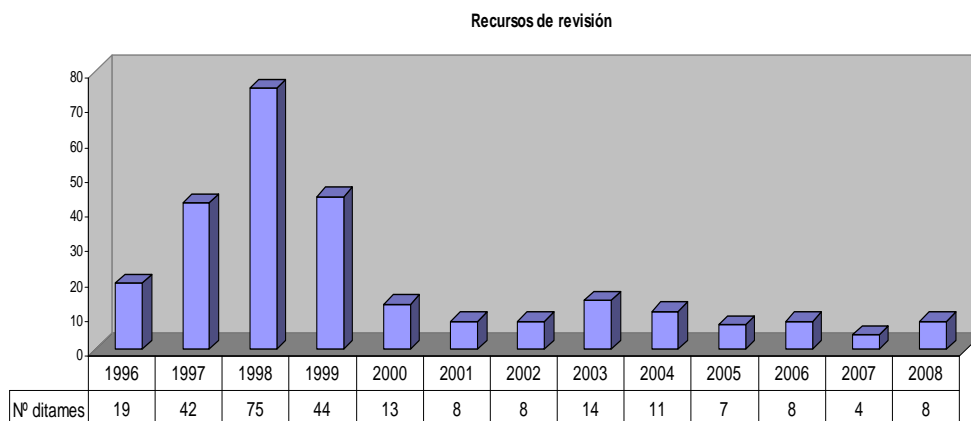
Os ditames concernintes a este apartado son exclusivamente os relativos aos proxectos de regulamentos ditados en execución da Lei (artigo 11, d) da Lei 9/1995 do Consello Consultivo).

<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
2008	64



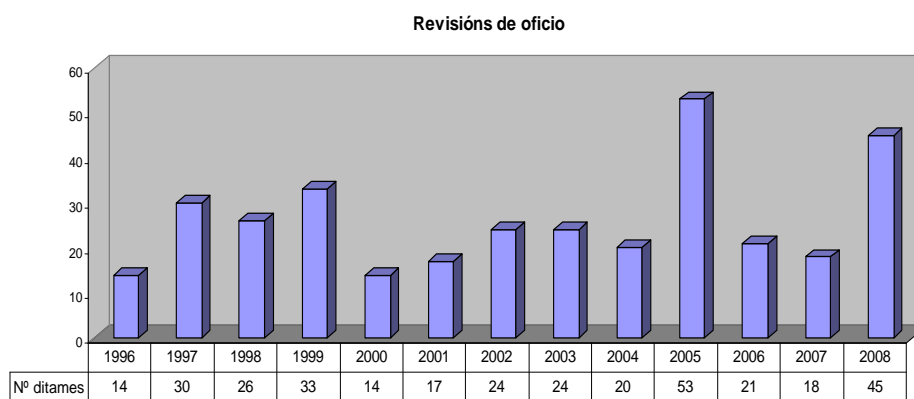
### 1.3.- Recursos de revisión

<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
2008	8



## 1.4.- Revisión 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
2008	45



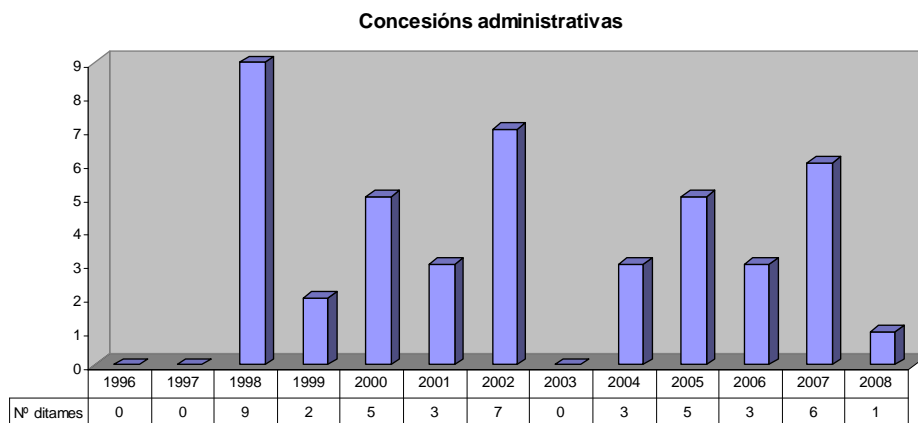
## 1.5.- Contratación administrativa

<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
2008	12



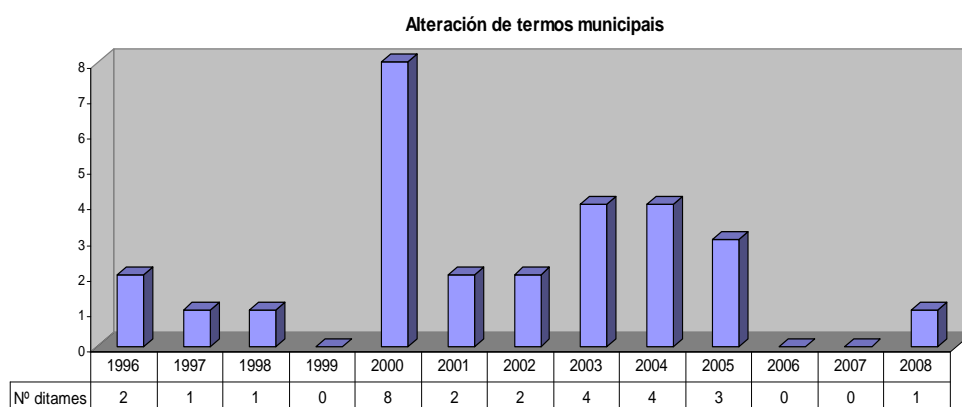
## 1.6.- Concesións administrativas

<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
2008	1



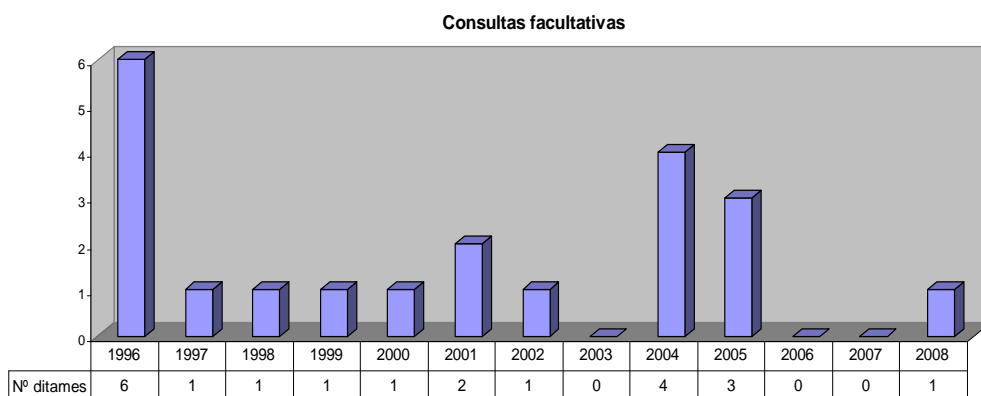
## 1.7.- Alteración de termos municipais

<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
2008	1



## 1.8.- Consultas facultativas

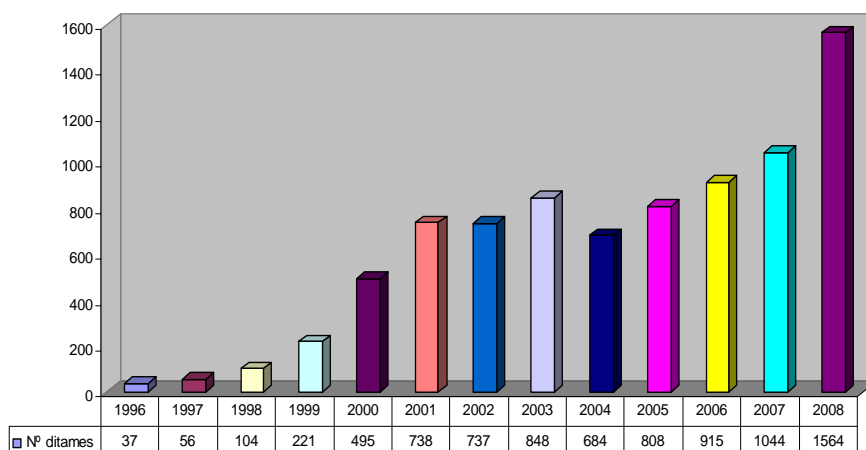
<i>Ano</i>	<i>Núm. Ditames</i>
1996	6
1997	1
1998	1
1999	1
2000	1
2001	2
2002	1
2003	0
2004	0
2005	1
2006	0
2007	0
2008	1



## 1.9.- Responsabilidade patrimonial das administracións públicas

*a.- Totais*

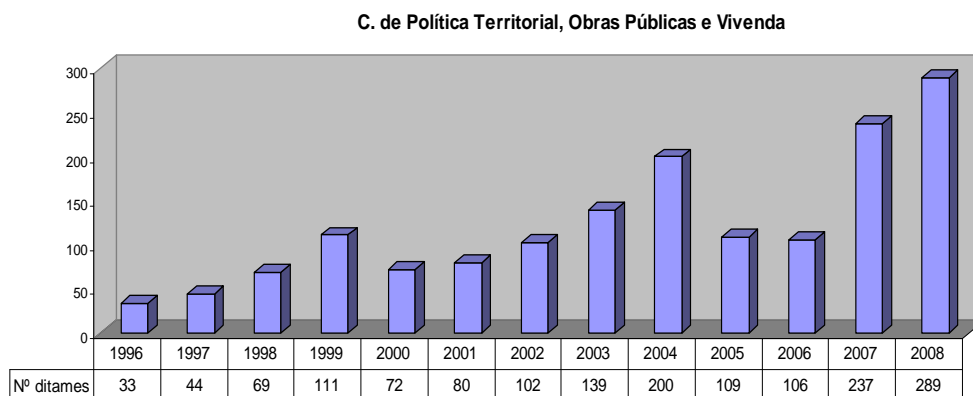
<i>Ano</i>	<i>Núm. Ditames</i>
1996	37
1997	56
1998	104
1999	221
2000	495
2001	738
2002	737
2003	848
2004	684
2005	808
2006	915
2007	1.044
2008	1.564



*b.- 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)*

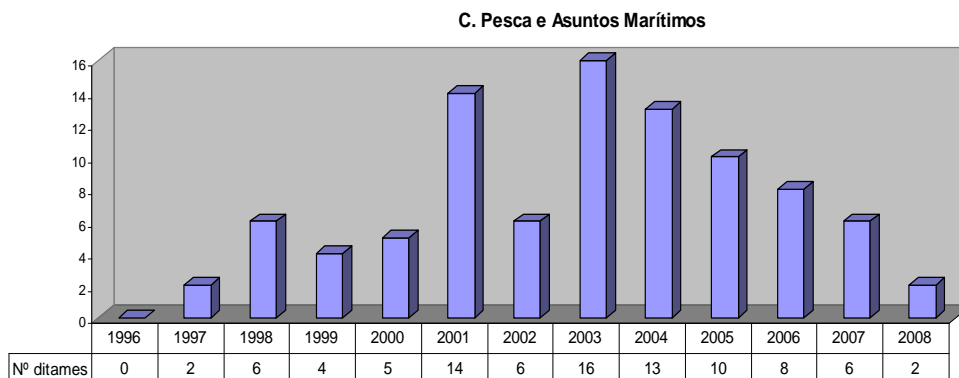
## **POLÍTICA TERRITORIAL, OBRAS PÚBLICAS E TRANSPORTES**

<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
2008	289



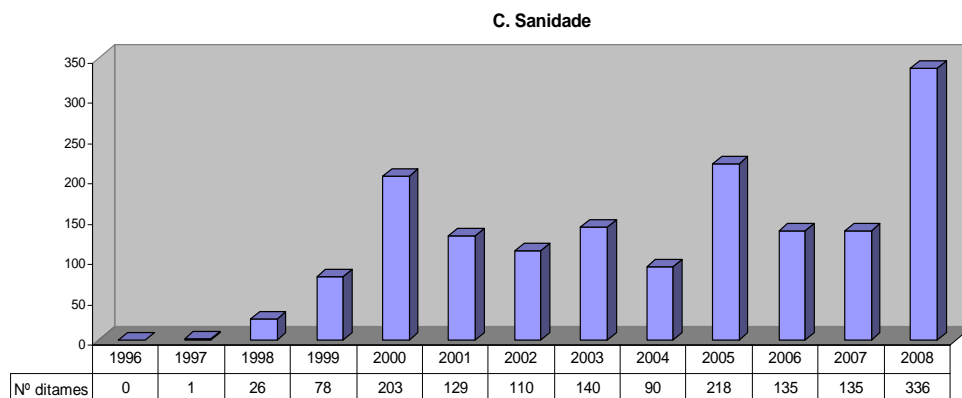
## PESCA E ASUNTOS MARÍTIMOS

<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
2008	2



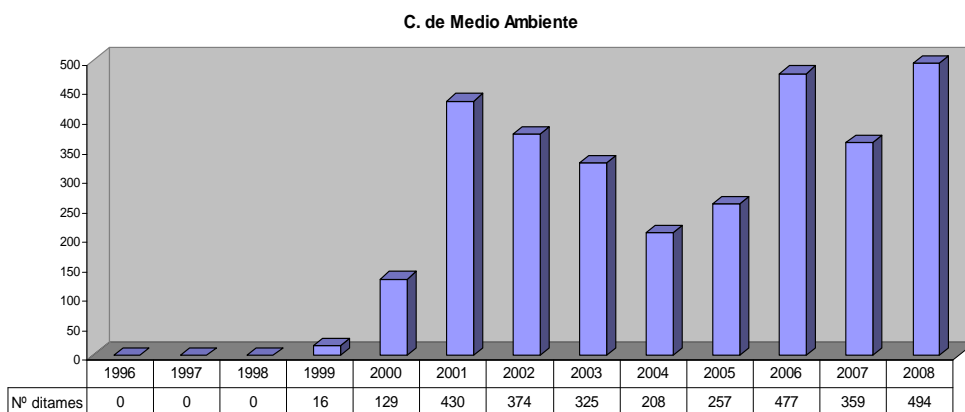
## SANIDADE

<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
2008	336



## MEDIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SOSTIBLE

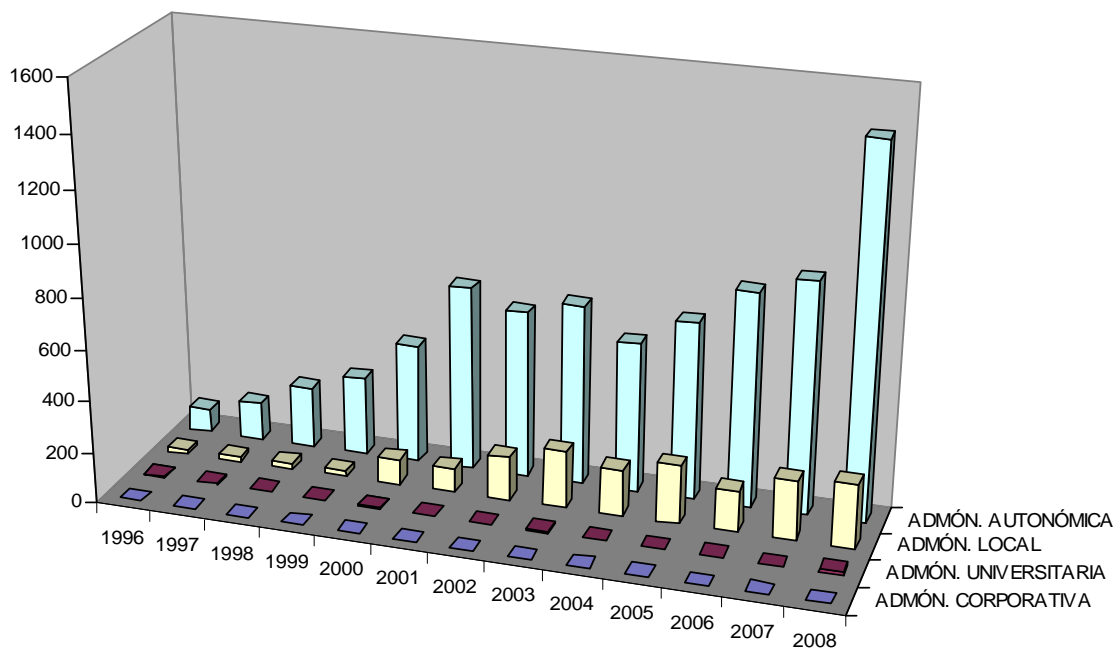
<i>Ano</i>	<i>Núm. Ditames</i>
1996	0
1997	0
1998	0
1999	16
2000	129
2001	430
2002	364
2003	325
2004	208
2005	257
2006	477
2007	359
2008	494



## 1.10.- Comparativa por Administraciones

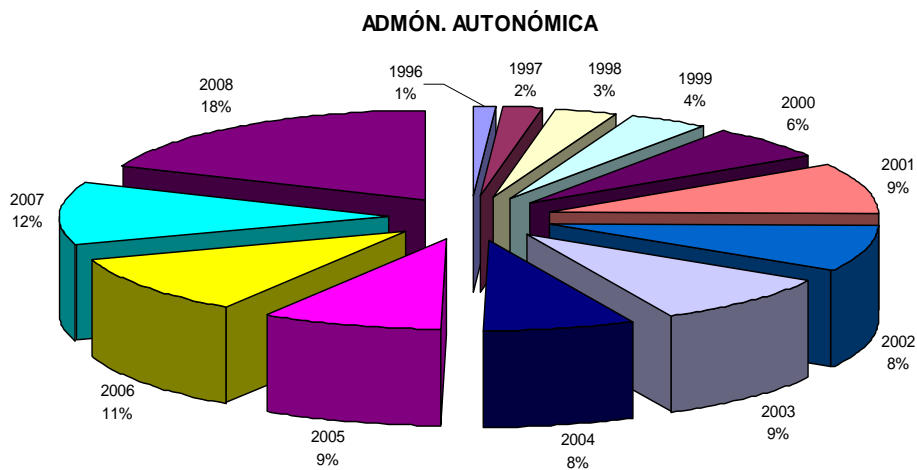
a.- Comparativa global polo núm. de expedientes tramitados

	Admón. Autónoma	Admón. Local	Admón. Universitaria	Admón. Corporativa
1996	93	17	1	0
1997	146	18	4	0
1998	239	22	5	0
1999	306	23	3	0
2000	465	99	2	0
2001	719	93	2	0
2002	650	169	0	0
2003	703	222	4	0
2004	583	181	4	0
2005	690	229	1	1
2006	833	163	5	0
2007	902	233	1	1
2008	1.437	252	13	0



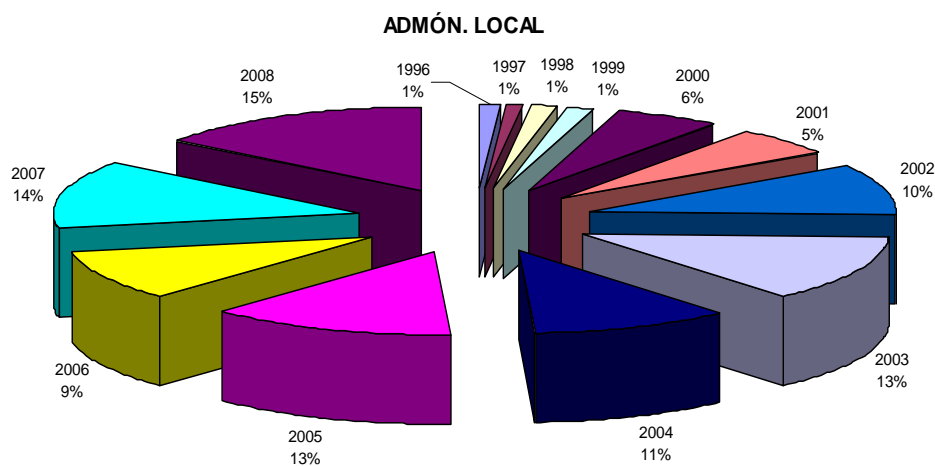
*b.- Comparativa núm. expedientes da Administración autonómica*

<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
2008	1.437



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

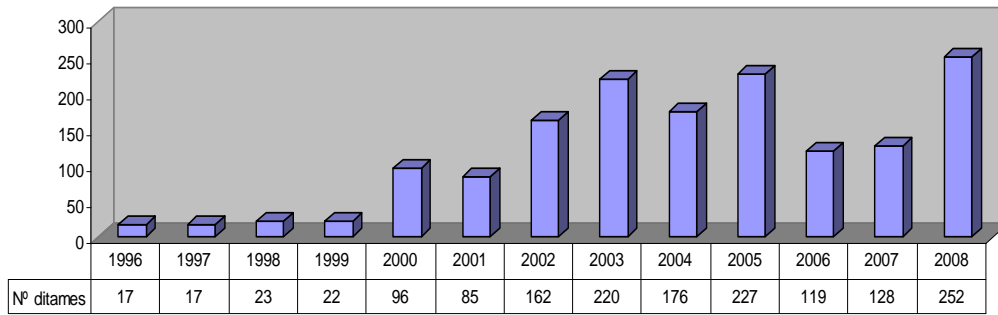
Ano	Núm. Ditames
1996	17
1997	18
1998	22
1999	23
2000	99
2001	93
2002	169
2003	222
2004	181
2005	229
2006	163
2007	233
2008	252



Os devanditos ditames corresponden ás solicitudes formuladas por 140 concellos, dos 315 existentes no territorio da Comunidade Autónoma, que son os seguintes (inclúense ademais tres mancomunidades de municipios e un consorcio):

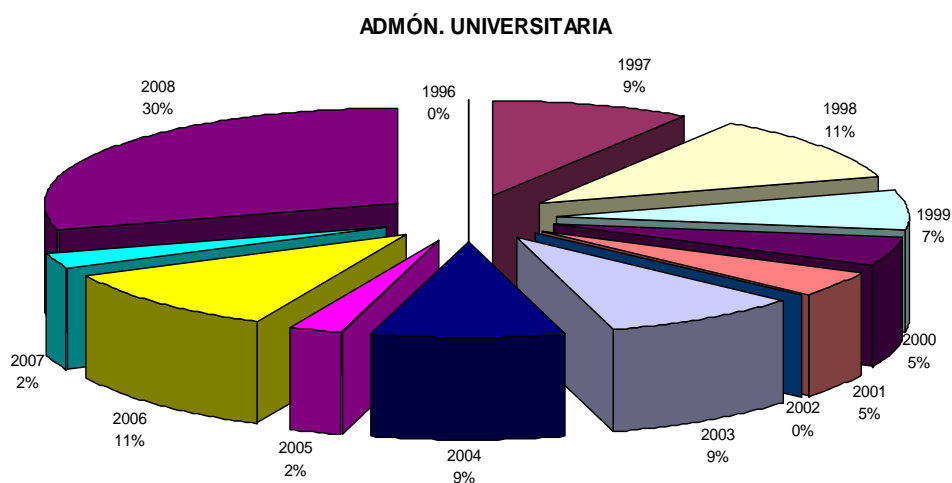
A Baña	Cee	Monforte	Rois
A Bola	Cerceda	Montederramo	Rubiá
A Coruña	Cervo	Monterroso	Sada
A Estrada	Cesuras	Moraña	Salvaterra de Miño
A Guarda	Chantada	Mos	Samos
A Rúa	Conorcio As Mariñas	Mugardos	San Amaro
A Veiga	Corcubión	Muras	San Cibrao
Abegondo	Culleredo	Muros	San Cristovo de Cea
Agolada	Cuntis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

### 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
2008	13



**- VI -**

**OBSERVACIÓNS E SUXESTIÓNS**

## **1- Os novos criterios en relación cos acordos de cooperación con outras comunidades autónomas.**

Produciuse no ano 2008 unha modulación na doutrina deste Órgano no tocante á análise dos artigos 145.2 CE e 35 EAG de cara a adaptar esta á realidade no dereito comparado autonómico, así como á escasa, pero constante xurisprudencia e actuacións das Cortes Xerais do Estado á hora de cualificar este tipo de acordos entre comunidades autónomas como “acordos” ou “convenios” de cooperación, *ítem plus*, e sobre todo, á necesidade de obter a autorización previa das Cortes ou simplemente a súa obriga de comunicar a estas a súa realización.

Esta nova xeira plasmouse, concretamente, en dous ditames, o CCG 347/2008 e CCG 348/2008, ditames ambos que versaban sobre senllos convenios de colaboración entre a Comunidade Autónoma de Galicia e de Castela e León, en materia de coordinación sanitaria, sendo un o marco xeral e outro un específico sobre atención primaria, especializada e asistencia de urxencias en zonas limítrofes de ambas comunidades.

Co gallo destes convenios afirmábase, no senso antes exposto, que sobre a base dos referidos preceptos (artigo 145.2 CE e 35 EAG) o Consello Consultivo tíñase manifestado en anteriores ditames (así, CCG 466/2002, CCG 542/2006, entre outros) que cando o Estatuto alude aos termos “*convenios*” ou ao de “*acordos de cooperación*”, estase a referir a dúas categorías semántica e xuridicamente encadrables dentro do mesmo ámbito, e que a distinción que parece establecerse entre ambas figuras viría marcada pola existencia ou non de competencias exclusivas en relación coa materia de que se trate, de xeito que, só de concorrer estas, sería viable a subscrición dun convenio. En definitiva, e consonte a tal interpretación, o único elemento relevante, viría constituído pola condición de exclusiva ou non da correspondente competencia autonómica.

Esta era, polo demais a cuestión esencial nos proxectos de convenios remitidos pois os textos, como as súas denominacións indican, pretenden ser tramitados como convenios de colaboración, sendo así que o seu obxecto afecta a unha materia, a sanidade, respecto da que as comunidades autónomas que concorren á súa subscrición non ostentan competencias exclusivas. Así resulta dos artigos 149.1.16<sup>a</sup> e 148.1.21<sup>a</sup> da Constitución, o primeiro dos cales atribúe ao Estado a competencia exclusiva en materia de bases e coordinación xeral da sanidade, en tanto que o segundo permite ás comunidades autónomas asumir competencias en materia de sanidade e hixiene. Por outra banda, e consonte ás respectivas previsións estatutarias, corresponde ás comunidades autónomas o desenvolvemento legislativo e a execución da lexislación básica do Estado na

referida materia (artigos 33.1 do Estatuto de Autonomía para Galicia e 34.1. 1ª do Estatuto de Autonomía de Castela e León).

Con base no dito esta opción de tramitar o acordo coma un “convenio” non tería acollida na doutrina precedente deste Órgano, mais, habida conta do debate doutrinal existente en torno a esta clasificación cómpre facer un replantexamento da cuestión.

Certamente, é preciso partir da evidencia de que o tema da cooperación horizontal entre comunidades autónomas é unha materia cuxa regulación no texto constitucional carece da desexable claridade, particularmente no que se refire á diferenciación entre os convenios para a xestión e prestación de servizos propios e os demais convenios denominados acordos de cooperación. A importancia desta distinción radica no diferente réxime de control por parte do Estado en cada caso, pois mentres os convenios tan só deben ser obxecto de comunicación ás Cortes Xerais, os acordos de cooperación precisan da previa autorización destas para a súa subscrición.

A Constitución leva a cabo esa diferenciación mediante un criterio material. Así, serán convenios dos da primeira clase os que teñan por obxecto a xestión e prestación dos servizos propios das comunidades autónomas, en tanto que os da segunda, denominados acordos de cooperación, serán todos os que teñan un contido distinto ao sinalado. Esta imprecisa diferenciación traslada, non obstante, o problema, a determinar que se debe entender por “*xestión e prestación de servizos propios*”. Un problema que se acentúa por dous motivos fundamentais: en primeiro lugar pola remisión que o artigo 145.2 CE efectúa aos respectivos estatutos de autonomía para a concreción dos supostos, requisitos e termos en que as respectivas comunidades autónomas poderán celebrar convenios entre si con tal finalidade; e, en segundo termo, polo feito de que, como ten sinalado a doutrina, a redacción dos estatutos nesta materia viuse mediatizada pola preocupación de asumir o maior número de competencias exclusivas posibles, en detrimento da cuestión verdadeiramente importante para os efectos do precepto comentado, e que non foi debidamente percibida no seu momento: a da cooperación horizontal.

A peculiaridade do mecanismo de remisión constitucional, unida á insatisfactoria redacción dos estatutos neste punto, leva a posicións doutrinais que, partindo do criterio de carácter material contido no artigo 145.2 CE, entenden que a expresión “*xestión e prestación de servizos*” equivale a “*función*” ou “*actividade*” administrativa, comprensiva de calquera actuación que poida levarse a cabo no exercicio das competencias executivas das comunidades autónomas.

Por outra banda, faise notar que unha lectura do artigo 145.2 CE acorde coa xénese parlamentaria do referido precepto non autoriza a identificar o cualificativo de “*propias*” co de “*exclusivas*” utilizado pola meirande parte dos estatutos, en detrimento das posibilidades de actuación cooperativa das comunidades autónomas; un espazo que, por outra banda, como hoxe claramente se percibe, lonxe de alentar tendencias disgregadoras, está chamado a cumprir un importante papel integrador.

Resultaría así plenamente acorde co texto constitucional entender por competencias “*propias*”, tanto as exclusivas como as compartidas ou concorrentes, pois o relevante é que as comunidades autónomas interesadas na subscrición do convenio teñan a capacidade necesaria para obrigarse nos termos deste, con independencia de que a competencia exercida pertenza a unha ou outra categoría.

Esta é, por outra banda, a liña interpretativa que se está a abrir paso na práctica, ata o punto de que a categoría, residual, dos acordos de cooperación é considerada por algún autor como unha última cautela introducida polo constituínte fronte a un eventual pacto de federación entre comunidades autónomas, expresamente prohibido polo apartado 1 do mesmo artigo 145 CE.

En calquera caso, admitindo as dificultades de interpretación que suscitan os preceptos constitucional e estatutario, e en ausencia dun pronunciamento acabado do Tribunal Constitucional sobre esta importante cuestión, debe repararse finalmente en que, por virtude do mecanismo regulado no artigo 35.1 do Estatuto de Autonomía, o efectivo control do texto polas Cortes Xerais, que confire a estas unha auténtica capacidade de decisión sobre a natureza do acto, sempre quedaría garantido. Como sinala a STC 44/1986 (FX 4º) “*resulta indiferente a efectos de la impugnación que lo omitido sea la comunicación a las Cortes Generales o la previa aprobación por éstas, porque lo que falta como requisito esencial y previo es su sometimiento al control de las mismas a efectos de los requisitos que se deban cumplir*”.

Como conclusión, polo tanto, dadas as finalidades dos convenios, así como o feito da plena asunción das competencias, cabe cualificar como correcta a opción pola fórmula convencional seguida.

## **2.- Proxectos normativos**

### 2.1.- A tipoloxía de entes públicos e a súa problemática na lexislación autonómica

Con ocasión do exame do proxecto de decreto polo que se aproba o regulamento da Lei 9/2007, do 13 de xuño, de subvencións de Galicia, o CCG abordou, coas limitacións que impuña o propio contido do ditame, unha problemática que se vén arrastrando dende fai moito tempo na lexislación autonómica, tanto xeral como sectorial, que non é outra que a concreción da tipoloxía de entes públicos ou se se quere, do sector público galego.

Este é un asunto certamente complexo, que require polo tanto dun moi minucioso estudo xurídico, cuxa abordaxe resulta urxente, polas múltiples disfuncións que a falta dun tratamento uniforme produce sobre os máis variados ámbitos da lexislación estatal e autonómica e, polo que ao ditame interesaba, sobre a propia materia de subvencións, examinada.

En efecto, pode observarse que tanto no ámbito estatal como no autonómico –mais se cabe neste último- a categorización das figuras xurídicas existentes no sector público non é uniforme. Así vemos cómo o tratamento que a este respecto realiza a Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público, é diferente ao que utiliza a Lei 6/97, de 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración Xeral do Estado.

No ámbito autonómico, concretamente en Galicia, esa disparidade apréciase tamén na comparación entre a regulación contida na Lei de patrimonio da Xunta e a da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia.

Pois ben, a Lei de subvencións de Galicia tampouco resultaba allea a esa problemática xeral, e así nela tense reflectido en boa medida o confucionismo lexislativo existente, circunstancia esta que, por outra parte e polo que á materia abordada no ditame interesaba, condiciona agora, limitándoo, ó propio desenvolvemento regulamentario da lei.

Neste sentido o proxecto de regulamento que o Consello examinaba, cunha marcada dose de voluntarismo, non exento da lóxica que impón o panorama actual do sector público galego, contemplaba dentro do que pode considerarse o seu ámbito subxectivo de aplicación, determinadas categorías xurídicas que propiamente non encaixaban nos estreitos límites clasificatorios que a este respecto establece a lei de subvencións no seu artigo 3, apartados 1 e 2.

Advertíase así no ditame, que a dita posición, con ser realista e, nesa medida, positiva, podería, sen embargo, presentar problemas de interpretación na aplicación, no seu conxunto, da normativa de subvencións.

Considerábase que en todo a dita problemática debía ser exposta, sequera sucintamente, para a súa posible toma en consideración por parte do departamento autor do proxecto en orde á definición do texto final.

En referencia a termos concretos do texto regulamentario, observábase que a lei de subvencións de Galicia, no seu artigo 1, dispuña que é de aplicación, ás subvencións establecidas ou xestionadas, entre outros, polas entidades de dereito público do artigo 12.1. b) do Decreto lexislativo 1/1999, de 7 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia.

Concretamente este último artigo contempla ás entidades de dereito público como aquelas con personalidade xurídica propia que por lei teñan que adecuar a súa actividade ao ordenamento xurídico privado.

Pois ben, ditas entidades, sen embargo –razoábase- estaban excluídas do ámbito de aplicación do artigo 1.2 do proxecto de regulamento que se analizaba, pois este, despois de considerar distintas formas de personificación, ás que resulta de aplicación o réxime de subvención, en “plenitude”, tan só contemplaba ás entidades, vinculadas ou dependentes da Xunta de Galicia e que deban exercer as súas actividades con suxeición ás normas de dereito público.

Sen embargo, o regulamento parecía aludir a estas, como destinatarias dun réxime “atenuado” (aplicación, unicamente, dos principios de xestión e información) no seu apartado 3.

Por outra parte a Lei de subvencións, ademais, establece, de maneira taxativa, os entes aos que lles é de aplicación “plena” o réxime que regula: a Administración Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, os organismos autónomos e entidades de dereito público do artigo 12.1.b) do D.L. 1/1999, de 7 de outubro, xa referidas, e as entidades locais de Galicia.

O regulamento incluía sen embargo, dentro deste réxime aos consorcios, que en razón das características que lles son propias, teñen, cando menos, un difícil encaixe, dentro das categorías ás que se aplica a lei en condicións plenas, en toda a súa extensión.

Parecida problemática ocorría no caso das universidades galegas, que pola súa singularidade, dentro da tipoloxía xeral de entidades públicas (“establecementos públicos”), non encaixan propiamente dentro das categorías ás

que a lei se aplica en plenitude, aínda que si, en cambio, poderían telo no réxime “atenuado” (demais entes vinculados ou dependentes da Xunta de Galicia).

Concluía o CCG en torno a esta cuestión e polo que á materia subvencional atanguía, que se daba unha certa disfunción entre a regulación legal e a proxectada, disfunción esta que, sen renunciar ás doses de realismo que resultarían necesarias, debería ser corrixida, para non contravir abertamente o texto legal.

Por outro lado, sinalábase como excesiva e polo tanto impropia, a pretensión do regulamento, ao definir as sociedades mercantís públicas da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia e as Fundacións do sector público autonómico, por canto, entendíase que a encomenda de definir que deba entenderse por tales conceptos, é unha tarefa que lle incumbe á lei e tan só á lei, e que, neste caso, asumiu a Lei de réxime financeiro e presupostario de Galicia, nos seus artigos 11, 12, disposicións adicionais primeira, cuarta e quinta.

En definitiva tales observacións puñan o acento non só xa nas disfuncións existentes entre o propio proxecto de regulamento examinado e a lei que lle servía de referencia, no concernente á tipoloxía das entidades públicas, senón, nunha problemática de maior calado, como é a disparidade de criterio existente na lexislación da comunidade autónoma á hora de abordar a dita regulación e que ao comezo referíamos.

Neste sentido parece necesario, dende este órgano consultivo chamar a atención dos responsables públicos que teñen iniciativa lexislativa, sobre a necesidade de abordar unha regulación na que, de modo inequívoco e con carácter xeral, sexa cal sexa o sector de actividade concernido, se definan as distintas categorías de entes públicos, para acabar así co confucionismo existente nesta materia, que introduce na nosa lexislación unha gran dose de inseguridade xurídica.

## 2.2.- Sobre as potestades regulamentarias dos conselleiros, a propósito da regulación sobre mediación de seguros e reaseguros privados

Con ocasión do exame do proxecto de decreto polo que se regulan as competencias da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de mediación de seguros e reaseguros privados, o CCG abordou a cuestión relativa ás potestades regulamentarias dos Conselleiros.

Dado o ámbito material regulado polo proxecto, o título que inicialmente delimita o ámbito competencial é o previsto no artigo 149.1 11 da Constitución española, segundo o cal, o Estado ten competencia exclusiva en materia de bases da ordenación do crédito, banca e seguros.

En desenvolvemento dese título competencial, as Cortes aprobaron inicialmente a Lei 9/1992, do 30 de abril, posteriormente derogada pola Lei 26/2006, do 17 de xullo, de mediación de seguros e reaseguros privados, actualmente vixente. A través desta lei, de carácter básico, incorporáronse ao noso ordenamento as previsións da Directiva 2002/92, do Parlamento Europeo e o Consello, de 9 de decembro do 2002, sobre a mediación de seguros, na que se establecían as directrices para a harmonización da actividade de mediación de seguros na Unión Europea.

No antedito texto legal, artigo 47, disciplínase o exercicio de competencias por parte das comunidades autónomas, de xeito relevantemente transcendente.

Polo que toca ao ámbito autonómico, destacábase que a Lei orgánica 6/1999, de transferencia de competencias de desenvolvemento lexislativo e execución en materia de ordenación do crédito, banca e seguros, completou o marco competencial na nosa autonomía coa asunción das atribucións referidas.

Precisamente, no exercicio das citadas competencias, tramitábase entón o proxecto, que desenvolvía a lei estatal, derogando o texto regulamentario ata entón vixente (Decreto 118/2001, do 10 de maio, polo que se regulan as competencias da comunidade autónoma en materia de mediación de seguros privados).

Nese marco legal e competencial o proxecto abordaba o tema das potestades regulamentarias do conselleiro de Economía e Facenda.

Na análise do particular, recordábase que o CCG xa tiña considerado – ditame CCG 911.07- entre outros, que o sistema de fontes deseñado no noso ordenamento xurídico reserva para o Consello da Xunta o exercicio da potestade xenuinamente regulamentaria, restando ás persoas titulares das consellerías a competencia para aprobar normas sobre aspectos domésticos do seu departamento

Neste sentido, o apartado 6º do artigo 34 da Lei da Xunta e do seu presidente, outorga aos conselleiros, como xefes das súas consellerías, a

atribución de “*exercer a potestade regulamentaria nas materias da súa consellería*”, se ben tal atribución, lonxe de supoñer un omnímoto recoñecemento da potestade regulamentaria, está constringida aos específicos límites que, como efecto parello da limitación de fins que corresponden aos departamentos administrativos, acantonan aquela declaración legal.

Así, en principio, o ámbito material en que a potestade regulamentaria do conselleiro actúa é o da organización interna dos servizos da súa consellería -os aspectos “*domésticos*”-, sen que a súa competencia normativa sexa intercambiable coa que corresponde ao Consello da Xunta como superior órgano político da comunidade autónoma, que é o auténtico depositario da xenuína potestade regulamentaria.

Esta consideración cobra especial relevancia no caso dos decretos que se ditan en execución das leis, e que deben ser, polo tanto, o complemento indispensable para asegurar a correcta aplicación e a plena efectividade da dita lei. En definitiva, como sinala a STS do 3 de febreiro de 1992, “*el reglamento debe continuar con propio contenido el designio ordenador de la ley*”.

O dito principio, dende o lado positivo, esixe ao regulamento executivo precisar os preceptos da lei no que teñan certa vaguidade, e explicitar as regras enunciadas na lei só a nivel de principios, o que pode dificultar, en certos casos, a demora da normación a unha posterior orde dun conselleiro.

Nesta liña de argumentación invocábase no ditame o considerado no pronunciamento do Tribunal Supremo, do 13.7.2007, no que o órgano xurisdiccional anulou dúas ordes da Consellería de Educación e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia por entender que a materia regulada excedía do ámbito propio do rango normativo empregado, pois resultaba precisa a súa regulación a través de decreto.

En todo caso, precisábase agora, que a potestade normativa dos conselleiros non se ve cercenada automaticamente polo feito de que unha determinada norma produza efectos máis alá do funcionamento dos propios servizos da consellería. Se tal fose a vontade do lexislador autonómico, existían, dende logo, formulacións legais mais restritivas que a finalmente empregada, “*materias da súa consellería*”, que non se reduce, dende logo, aos aspectos estritamente organizativos ou de servizos, parámetros estes que o precepto legal non emprega, polo que non poden ser utilizados como límites infranqueables da potestade normativa dos conselleiros sen forzar a interpretación do precepto legal.

Certamente, as posicións da doutrina científica sobre o ámbito da potestade regulamentaria dos membros do executivo, ofrecen un amplo espectro de solucións de moi variado signo e extensión no recoñecemento daquela potestade, e, tamén é certo, a doutrina do Tribunal Supremo decántase, non sen modulacións, por unha interpretación restritiva daquela potestade (da que a sentenza citada do 13.7.2007 é un exemplo).

En calquera caso, dado o teor da disposición legal que realiza a atribución de potestade regulamentaria aos conselleiros, unha interpretación non forzada do precepto conduce a, no ámbito daquel, non so aos regulamentos de organización dos servizos internos –xenuína competencia regulamentaria dos conselleiros– senón tamén, como mínimo, a aqueles outros que, aínda tendo unha certa transcendencia *ad extra*, teñen por obxecto a regulación dos instrumentos de integración dos interesados nunha determinada organización administrativa. Tal é o caso do suposto do proxecto examinado, no que as habilitacións normativas se refiren á regulación do rexistro de mediadores de seguros, así como ás relacións dos destinatarios da norma coa Administración competente.

Por conseguinte -resaltaba finalmente o ditame- a referencia ás “materias da súa consellería”, non debe interpretarse, cun sentido estritamente doméstico, senón que pode abarcar tamén, de modo, eso si, limitado, outras materias como as referidas.

### 2.3.- A normativa sobre subvencións públicas como paradigma da consolidación dun réxime xurídico diferenciado, antes atomizado.

Cun sentido moi diferente ao que, noutro apartado desta memoria reclamábase no suposto da lexislación das entidades públicas, o CCG, con ocasión do exame do proxecto de regulamento da Lei 9/2007, do 13 de xuño, de subvencións de Galicia, puña de relevo o alto grado da consolidación dun réxime autónomo e diferenciado no que á materia de subvencións concirne.

En efecto, recordábase a propósito desta cuestión que a actividade de fomento e dentro desta a relativa ás subvencións, hai anos que deixou de constituír o paradigma da actuación administrativa puramente discrecional, e que non coñecía, practicamente, outras delimitacións normativas que as inherentes á técnica orzamentaria.

O reforzamento da técnica normativa neste sector, vén nunha certa medida determinado polos requirimentos inherentes á pertenza de España á Unión Europea, xa que a competencia da Unión para instaurar o mercado único facúltaa para fiscalizar as actuacións dos estados membros que poidan obstar ou

comprometer a competitividade mediante a aplicación desviada de técnicas discriminatorias, distorsionantes da competencia.

Neste sentido, e no desingnio de procurar a implantación dos principios de legalidade e interdicción da arbitrariedade nesta *sedes materiae*, nacen, máis recentemente, diferentes técnicas xurídicas de control desta actividade de fomento que abarcan tanto a posibilidade de fiscalización das normas que institúen as diferentes modalidades de axudas e que apuntan fundamentalmente á verificación do cumprimento de principios xa consagrados nesta materia, como son os de publicidade, concorrencia e obxectividade, como a dos actos particulares de concesión, técnicas de control neste caso dirixidas a restablecer determinadas situacións xurídicas individuais que se consideran violadas pola decisión do xestor.

Mais estas técnicas, non resultarían suficientes, de non verse precedidas dun presuposto imprescindible: a implantación da técnica normativa na materia, mediante unha regulación marco que confira sistemática e reforzamento aos criterios xurídicos esenciais, mediante o sometemento, tanto da creación ou establecemento das subvencións como da súa concesión concreta e individualizada, a un marco xurídico xeral. Deste modo instrúntase o referente xurídico previo que haberá de facilitar a fiscalización posterior das axudas.

É así como, no que concretamente concernía ás normas que servían de referencia ao proxecto que o CCG analizaba, xorde, como norma cabeceira, a Lei 38/2003, de 17 de novembro, xeral de subvencións, norma estatal, ditada, segundo propia expresión, en base á necesidade, unanimemente constatada por diversos sectores, da elaboración dunha lei xeral de subvencións que resolvera definitivamente a situación de inseguridade xurídica e as lagoas ata entón subsistentes en aspectos moi relevantes que tradicionalmente tiñan caracterizado a lexislación española sobre subvencións.

Con anterioridade á aparición da lei, a materia estaba esencialmente contida nos artigos 81 e 82 do texto refundido da Lei xeral presupostaria, aprobada polo Real decreto lexislativo 1091/1998, de 23 de setembro.

En relación con este, a lei sinalaba a clara conciencia existente da necesidade de dotar a ese importante ámbito da actuación administrativa, dun réxime xurídico propio e diferenciado que permitira superar as insuficiencias do que viña a substituír, regulando instrumentos e procedementos aseguradores dunha adecuada xestión e un eficaz control das subvencións

Quizais por tal motivo e en orde a asegurar certa homoxeneización nos aspectos reguladores básicos, boa parte das normas contidas na lei establecíanse como normas básicas, co carácter polo tanto que vén determinado polo artigo 149.1.13ª, 14 e 18 da Constitución, concretamente, a definición do ámbito de aplicación, as disposicións comúns definidoras dos elementos subxectivos e obxectivos da relación subvencional, o réxime de coordinación de actuacións entre as distintas Administracións Públicas, determinadas normas de xestión e xustificación de subvencións, invalidez da resolución de concesión, causas e obrigados ao reintegro das subvencións, réxime material de infraccións e regras básicas reguladoras das sancións administrativas na orde subvencional

Tempo despois, por Real decreto 887/2006, do 21 de xullo ditouse o Regulamento en desenvolvemento da lei xeral, respondendo, cun plano de concreción maior -como en todo caso cabería esperar- aos mesmos designios da lei que desenvolve.

Dito regulamento contén normas declaradas tamén básicas, se ben no caso deste, dito carácter básico vén limitado a aquelas normas que constitúen un complemento necesario daquelas outras que teñen atribuído o dito carácter. Así o dispón a propia Lei xeral de subvencións na súa disposición final segunda.

Chegamos así, cos ditos presupostos legais, á Lei galega 9/2007, de 13 de xuño, a que proclama que a ordenación dun réxime xurídico común para as subvencións, como finalidade que perseguía, como vimos, a lei estatal, ten que conciliarse, dentro do respecto á lexislación básica, co desenvolvemento dun réxime xurídico propio correspondente ao ámbito competencial autonómico. Así a propia lei fíxase como obxecto o establecemento dunha regulación congruente coas peculiaridades da organización da comunidade autónoma e os seus mecanismos de financiamento.

Esta era, precisamente, a norma que habilitaba ao proxecto de regulamento que o CCG examinaba, que centrábase, basicamente, no establecemento dun réxime xurídico para as subvencións públicas, e dentro destas, ás concedidas pola Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, nas súas múltiples personificacións, non contemplando, sen embargo, -de modo, en certa medida, paradoxal pois estíbese ante un “regulamento xeral de aplicación da lei”- a súa aplicación ás administracións locais, en razón, segundo xustificaba a memoria xeral do proxecto, de que esta, no que se refire á súa organización e funcionamento, ten peculiaridades que requiren unha regulación específica, que na propia memoria prevíase abordar nun futuro inmediato en cumprimento do mandato establecido na disposición transitoria primeira da Lei 9/2007, de subvencións de Galicia.

#### 2.4.- Competencia do Consello Consultivo de Galicia para a emisión do ditame nos supostos de desenvolvemento autonómico de normas básicas estatais.

Con relativa frecuencia suscítase a cuestión en torno á natureza de normas regulamentarias autonómicas que desenvolven ou completan a regulación contida en normas básicas estatais, sendo así que, por corresponder a sistemas normativos diversos -o estatal e o autonómico- non existe entre aquelas e estas unha propia relación xerárquica.

Pois ben, como xa argumentara o CCG, entre outros, no ditame CCG 408/2000 -traendo a debate a distinción entre regulamentos executivos e independentes, toda vez que por imperativo legal soamente os primeiros son obxecto de ditame preceptivo do CCG- a determinación previa de tal natureza é de decisiva importancia de cara a afirmar a competencia para a emisión do ditame, tendo en conta que do artigo 2 da Lei 9/1995, do Consello Consultivo de Galicia, non pode extraerse un título competencial habilitante para pronunciarse sobre regulamentos non executivos, pois o dito precepto só articula as facultades deste órgano “*no exercicio das súas funcións*”, o que implica unha previa e cabal inserción da norma a ditaminar nas previsións do artigo 11 da lei.

Como no citado ditame se concluía, deixando a un lado a tese de se é necesario o ditame do Consejo de Estado “*ou do órgano consultivo da comunidade autónoma se o houbera*”, por mor de se en casos coma o analizado se necesita ou non unha *legis interpositio*; a realidade é que a Lei 9/1995 de creación do Consello Consultivo, no seu artigo 11, d), require ditame preceptivo do órgano, para os “*Regulamentos que se dicten en execución das leis, así como as súas modificacións*”, non establecendo diferenciación ningunha en función da procedencia das leis que se desenvolven (e dito queda que as comunidades autónomas poden desenvolver normativa básica estatal por lei ou regulamento), senón en función da súa procedencia: o executivo galego neste caso.

Nesta liña de argumentación hai que ter en conta a interpretación extensiva que o Tribunal Supremo realiza á hora de discernir sobre a necesidade do ditame de referencia. Así, en sentenza do 24 de xullo de 2003 o Tribunal Supremo razoa que “*la jurisprudencia de esta Sala, para perfilar la noción de reglamento ejecutivo, ha utilizado, esencialmente, dos concepciones: una material, comprendiendo en el concepto aquellos Reglamentos que de forma total o parcial «completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan» una o varias leyes, entendidas éstas como normas con rango de ley, lo que presupone la existencia de un mínimo contenido legal regulador de la materia; y otra formal, dando cabida a los reglamentos que ejecutan habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material. Y es que, como pone de relieve*

*la STS de 16 de junio de 1989 (RJ 1992,3750) (Sala Especial del art. 61 LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635]), el artículo 22.3 LOCE (RCL 1980,921) «que no es sino reproducción de otros análogos en las sucesivas regulaciones de la institución, ha originado una construcción jurisprudencial dicotómica, quizás artificiosa, que separa los reglamentos ejecutivos de los independientes», cuando la realidad es que la necesidad del dictamen previo del Consejo de Estado enlaza sobre todo y de modo inmediato con la significación de los principios de constitucionalidad y de legalidad, por los que, según el artículo 2.1 LOCE, debe velar en su función consultiva el Consejo de Estado, y cuyas exigencias se proyectan sobre cualquier clase de reglamento”.*

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

Polo demais, como tamén se consideraba naquel ditame, a intervención do CCG, pódese fundamentar nunha comprensión ampla do teor do artigo 107 CE, aínda que por efecto reflexo, xa que, ao aludir o precepto á intervención dun determinado órgano consultivo -o Consejo de Estado- non soamente provoca a constitucionalización desta singular unidade administrativa, senón, en certo modo, a constitucionalización da función consultiva xenericamente considerada, como garantía de legalidade.

Conclusión esta que se apoia, ademais, na doutrina da sentenza do TC 204/1992, que admitiu a viabilidade alternativa dos consellos consultivos

autonómicos sobre unha base de homologabilidade (que non de imposible identidade) con respecto a aquel supremo órgano consultivo do Goberno do Estado.

O exposto posibilita nestes casos a intervención, vía ditame, do CCG o que, lonxe de traducirse nun lastre ou simple control de legalidade da norma, forma parte do réxime xurídico de garantías dos administrados, nos termos en que se pronunciou ao respecto a STC 204/1994, do 26 de decembro.

A competencia do CCG para a emisión do ditame, nos supostos de referencia, deriva, pois, da previsión contida no artigo 11, d) da Lei 9/1995, do 10 de novembro, e 10 do Decreto 282/2003, polo que se aproba o Regulamento de organización e funcionamento do Consello Consultivo de Galicia, cando establece que este deberá ser consultado preceptivamente nos supostos de regulamentos que se diten en execución de leis, así como as súas modificacións.

## 2.5.- O procedemento de elaboración das disposicións de carácter xeral

### *2.5.1.- Unha actuación que precisa dunha sensible mellora. A necesidade dun novo marco normativo*

Un ano mais, hai que salientar que o procedemento seguido na elaboración das disposicións de carácter xeral, na Administración Autonómica, segue a ter moitas deficiencias, pois foron numerosos os expedientes correspondentes a proxectos de regulamentos remitidos para ditame durante o ano de referencia, aos que se lles observou algunha tacha de orde procedimental por parte do CCG..

E é que a materia, dada a súa transcendencia, debe prestarse moita atención, tendo en todo presente que a elaboración dun proxecto normativo comporta a utilización de toda unha serie de técnicas e fórmulas procedimentais cuxo descoñecemento pode chegar a dificultar a súa execución e posta en práctica.

Dende este CCG tense ás veces a percepción, de que o procedemento de elaboración de normas convértese nunha mera sucesión de trámites inconexos entre si e desligados da súa finalidade última, aparentando ter, como único obxectivo, o de chegar no menor tempo posible á consecución do texto final desexado e a súa plasmación no Diario Oficial.

Realmente resulta difícil dende este órgano, sen coñecer os pormenores da organización que a Administración ten destinada a esta tarefa, aconsellar sobre

cal ten que ser o modo máis adecuado para mellorar esta situación de aparente disfunción .

Non obstante, como modesta achega, considérase que son varios aspectos nos que habería que incidir para evitar incorrer nas deficientes prácticas que na actualidade se observan:

- En primeiro lugar, obsérvase que existe un notable déficit de lexislación autonómica na materia, que sería necesario superar..

En efecto, o procedemento aplicable á elaboración das normas regulamentarias é o previsto no título V da Lei 50/1997, de 27 de novembro, do Goberno, particularmente, nos seus artigos 24 e seguintes, así como, no noso caso, no Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia.

Este procedemento non forma parte do "*procedemento administrativo común*", cuxa regulación, como é sabido, compete en exclusiva ao Estado (art. 149.1.18<sup>a</sup> . C.E.). Así o ten declarado o Tribunal Constitucional, cando sinala que "*el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general es un procedimiento administrativo especial respecto del cual las Comunidades Autónomas gozan de competencias exclusivas cuando se trate del procedimiento para la elaboración de sus propias normas de carácter general*".

Esta argumentación é a que leva a proclamar normalmente a aplicación do artigo 24 da citada Lei estatal como supletorio no ámbito autonómico, só aplicable, polo tanto, en defecto de norma propia.

Sen embargo, a normativa propia neste caso esgótase no Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia, que data do ano 1984, norma hoxe a todas luces insuficiente para cumprir o transcendente papel de norma cabeceira, e, dende logo, insuficiente tamén para impedir, como a maioría das veces sucede, que se teña que acudir, supletoriamente, á lei estatal 50/97, norma esta que se ben ten cuberto razoablemente ben ata o de agora a lagoa apuntada, non é sen embargo de todo adecuada para atender as necesidades propias dunha organización como a da Administración autonómica.

Quérese por de relevo así, que seguimos a carecer dunha lexislación propia que resulta case imprescindible e iso non tanto por un desmedido afán diferenciador, senón, como dicimos, fundamentalmente, pola necesidade de atender as peculiaridades propias da organización á que tal normativa se dirixe.

- En segundo lugar, sen descartar en ningún caso a renovación lexislativa apuntada, sería conveniente abordar, cun carácter eminentemente práctico unha guía sobre procedemento de elaboración de normas –tampouco cabería descartala para os procedementos administrativos en xeral- na que se estableceran os pasos a dar e o modo de levalos a cabo.

Un modesto intento nesa dirección -certamente fracasado á vista dos resultados obtidos- foi o “*Acordo interpretativo sobre os trámites formais a seguir nos procedementos de elaboración de disposicións xerais*”, do 27 de decembro de 2001, elaborado por este CCG, no que se especificaban o contido e alcance dos distintos trámites que conforman este procedemento e resúmese e aclara o sentido de diversos aspectos da doutrina do Consello nesta materia.

- En terceiro lugar, sería moi conveniente, dispor dentro de cada consellería, dun grupo de funcionarios especializados, dotados da conveniente capacidade técnica para recoñecer as claves esenciais que rexen esta materia.

- Finalmente, en cuarto lugar, precisaríase determinar un órgano ao que se lle encomendaran as tarefas de coordinación e supervisión dos distintos procedementos de elaboración das normas. O dito órgano revisaría os expedientes, unicamente nos seus aspectos formais, antes da súa remisión para ditame a este CCG. Desta forma, en boa medida, evitaríanse as devolucións que, con excesiva frecuencia, este órgano se ve obrigado a realizar en aplicación dos artigos 48 ou 50 do Regulamento de réxime interior do Consello Consultivo.

#### *2.5.2.- Algunhas das deficiencias procedimentais detectadas*

- Se ben resulta ser unha deficiencia menor, en todo caso, como se ten dito, a falta de formalización da decisión de asunción do proxecto polo conselleiro promotor da medida proxectada, que se aprecia nun importante número de expedientes, máis aló dun formalismo enervante e inxustificado, 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.

Por outro lado, non se acadan a entender as razóns da omisión deste elemental trámite dada a simplicidade da súa formalización, xa que se esgota no

acto da sinatura do texto e que en ningún penaliza o tempo de tramitación do proxecto.

- En moitas ocasións a documentación remitida non comprende os distintos borradores do proxecto de decreto, froito das diferentes modificacións que se van introducindo no texto, nas distintas fases de tramitación, circunstancia esta que impide valorar en qué medida estas tiveron incidencia no proxecto tramitado.

- Obsérvase en certos casos que o informe da Secretaría Xeral da Consellería promotora do proxecto, tiña un carácter meramente formal. 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*”, bótase en falta en ditos supostos, unha valoración definitiva e global sobre a totalidade do procedemento desenvolvido, ofrecendo cumprida mención da razón de ser do proxecto normativo, da súa utilidade como norma xurídica e do seu alcance no ordenamento xurídico, realizando ao tempo un exame valorativo da integridade do texto, medido en termos de legalidade, acerto, e oportunidade.

Engadidamente, o informe debe incorporar tamén unha valoración sobre as achegas realizadas en fase de audiencia, coa oportuna explicación acerca de por que foron ou non foron estas tidas en conta.

O dito informe, por outro lado, debe ser o último acto a realizar antes da adopción por parte do conselleiro correspondente do proxecto de decreto. E é que nalgún caso dos analizados, con posterioridade a este informe recibíronse alegacións, incorporadas incluso ao texto final do proxecto, por parte da consellería promotora.

- En virtude do disposto no artigo 8.2º do Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia, os proxectos de regulamento executivo ditado en desenvolvemento dunha lei, deben ser informados preceptivamente pola Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia.

Pois ben, a existencia deste requisito, como xa o considerou este CCG no seu ditame CCG 182/1988, non é simplemente formal, pois ten unha razón de ser obxectiva fundamental e esta non poder ser outra que desde a propia categorización das disposicións regulamentarias, estas se sometan a informe do órgano da Administración activa máis cualificado xuridicamente, para procurar a mellor calidade da norma. Tal consideración leva consigo –e este é o aspecto que nos interesa destacar aquí– a necesidade de que as apreciacións xurídicas contidas no pronunciamento da asesoría sexan debidamente consideradas e tras o seu

exame crítico, se incorporen ao decreto as observacións de legalidade formuladas ou se xustifique, sequera sucintamente, por medio do oportuno informe a súa non inclusión noutro caso.

E é que a ausencia de tal valoración crítica empobrece a calidade do debate e a argumentación xurídica na tramitación do texto e dificulta o control de legalidade da norma, que en último termo está suxeita á verificación de legalidade que poidan realizar os tribunais de xustiza (artigo 106 da Constitución Española), convertendo ao trámite nunha xustaposición de actuacións, sen a integración e ensamblaxe crítica que sería propia dun expediente de formulación normativa.

- En referencia tamén ao anterior trámite de informe da Asesoría Xurídica, debe facerse referencia ao momento procedimental no que este debe solicitarse. No suposto concreto ao que vai referido o presente comentario, o citado informe fora solicitado e emitido en relación coa segunda versión ou borrador do texto, logo das modificacións introducidas ao borrador inicial como consecuencia das alegacións efectuadas por diferentes entidades e colectivos. Mais a petición de informe realizárase, con carácter previo á culminación da fase interna de elaboración do proxecto e, máis concretamente, das suxestións procedentes doutras consellerías, que tamén incidiron na redacción da versión final sometida a ditame, e sobre as que o dito órgano asesor non puido pronunciarse.

Resulta por iso esencial –tal e como se recolleu na memoria correspondente ao ano 2007- que os proxectos regulamentarios sexan informados pola Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia como trámite inmediatamente previo ao informe da Secretaría Xeral da Consellería promotora, informe este último que, como se sabe, culmina o proceso técnico de elaboración da norma.

- Debe recordarse tamén que segundo esixe o artigo 8.2 do Regulamento de réxime interno da Xunta de Galicia é necesario o informe da Dirección Xeral de Función Pública, na tramitación daquelas disposicións xerais cando estas afecten á “*materia de réxime de persoal*”. Nun caso concreto examinado, determinados artigos do texto regulamentaban o réxime do persoal de determinado órgano da Administración.

- En reiteradas ocasións fíxose fincapé por parte deste órgano, na imprescindibilidade do trámite de consulta ou de audiencia dos interesados. Non é frecuente xa, que nos proxectos de regulamento tramitados se prescindira, sen máis, do dito trámite, mais si resulta aínda habitual que a audiencia se realice de forma inadecuada ou, incluso, nun incorrecto entendemento do sentido que o dito

trámite debe ter, se solape con outros trámites similares, aínda cunha natureza distinta.

No suposto concreto ao que se refire o presente comentario, a modificación normativa que o proxecto contemplaba non afectaba ao núcleo esencial da regulación en vigor, mais, o Consello, no ditame, alertaba sobre a necesidade de que no expediente se fixeran patentes tales razóns xustificadoras, que, eventualmente, escusaban o trámite de audiencia.

E é que en todo caso hai que dicir que aínda nos limitados supostos nos que se poida prescindir do dito trámite, deben ante todo expresarse motivadamente as razóns que levaron ao departamento promotor a prescindir daquel, concretamente no informe da Secretaría Xeral da Consellería.

Recordábase ao respecto o especial coidado que debe pórse ao abordar a consulta –incluso tamén, como dicimos, cando por razóns xustificadas se prescinde del- pois a esixencia da dita consulta non responde unicamente a un principio garantista, dirixido polo tanto a protexer os dereitos e intereses particulares potencialmente afectados pola disposición de que se trate, senón que, ademais, persegue outros fins, vinculados ao postulado de eficacia e eficiencia propio do Estado, é dicir, coadxuvar no acerto, eficacia e, en definitiva, á calidade das normas, reforzando tamén así a súa lexitimación.

Unha observación de parecido teor facíase en relación co trámite de audiencia das entidades interesadas na elaboración do texto, que, no caso examinado, levouse a efecto sobre unha versión inicial do proxecto, concretamente o primeiro borrador e, polo tanto, sen ter rematado o dito proxecto o seu proceso de elaboración interna. Isto resultaba de especial transcendencia nalgún suposto do proxecto tramitado, como era o dun artigo que contiña mandatos especificamente dirixidos aos concellos, en relación co réxime das licenzas de obras de edificios naqueles casos nos que era esixible un certificado de eficiencia enerxética. O dito precepto sufrira unha modificación substancial, sen que constara no expediente unha expresa motivación, logo do trámite de audiencia á FEGAMP, o que, enténdíase, debería ter determinado a nova práctica do referido trámite.

Fora precisamente a dita entidade a que non foi oída nun procedemento, sendo así que o artigo 9 da Lei de administración local de Galicia –localizado no seu título preliminar– establece que *“sempre que sexa posible, e cando non se opoñan razóns de interese público debidamente consignadas, concederáse ás asociacións de municipios e provincias que ostenten a representación e defensa dos intereses das entidades locais galegas ante os correspondentes poderes*

*públicos a oportunidade de expor o seu parecer sobre as disposicións de carácter xeral e anteproxectos de lei que, en materia de réxime local, elabore a Xunta de Galicia. Farase efectivo mediante un informe razoado nun prazo mínimo de dez días, a contar desde o seguinte á remisión deste para consulta”.*

Como dicíamos, outras veces entendeuse cumprido o trámite de audiencia das organizacións e asociacións representativas, ao terse confundido este con outros trámites de natureza distinta.

Concretamente sucedeu esto co trámite de información pública que, verbo do procedemento de elaboración de disposicións xerais, establece o artigo 9 da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e boas prácticas na administración pública galega, ao sinalar que *“1. Cada consellería da Administración autonómica publicará na súa páxina web a relación circunstanciada e motivada dos procedementos de elaboración de disposicións administrativas de carácter xeral que estean en curso, indicando o seu obxecto e estado de tramitación, así como a posibilidade que teñen as persoas de remitir suxestións e a forma de facelo.*

*En calquera momento anterior ao trámite de audiencia ou, de ser o caso, ao informe final da secretaría xeral, as persoas, individualmente ou por medio de asociacións que as agrupen ou representen, poderán remitir suxestións relativas a aqueles proxectos que as afecten (...)”.*

Así, no caso examinado, a memoria xustificativa do proxecto facía referencia a que un borrador do decreto fora publicado na páxina web da consellería de acordo co establecido no artigo 9 da citada Lei 4/2006, o que deu lugar á presentación de alegacións por diversos colectivos, empresas e institucións, mais para nada se refería ao que propiamente se coñece como trámite de audiencia.

A este respecto, o ditame consideraba 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 artigo 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”.*

Outra versión das deficiencias habidas no trámite de audiencia a constitúe outro suposto analizado polo CCG, onde a ausencia do dito trámite de audiencia xustificábase polo secretario xeral da consellería promotora ao considerar que

*“todos os sectores interesados no presente proxecto, se atopaban representados na Comisión (...), á que se someteu debidamente”.*

A este respecto polo CCG indicábase que, malia a cualificada representatividade do sector que posúe a dita comisión, a súa participación non é completamente equiparable e intercambiable co trámite de audiencia aos interesados, pois a representación institucional que lle corresponde non é automaticamente asimilable aos intereses propios das organizacións igualmente representativas do sector, sendo doutrina reiterada deste CCG a que alerta sobre os perigos da gubernamentalización do trámite de audiencia por máis que neste caso, certamente, os destinatarios inmediatos non teñan, nesta dimensión considerados, a condición de cidadáns en sentido estricto, por estar integrados nunha organización administrativa.

Así, como xa considerou este CCG no seu ditame CCG 366/07, 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 seu interno, a opinión social acerca de cuestións que lles concirnen 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, deben ter un tratamento equilibrado.

Ponderando as distintas circunstancias o CCG concluía, non obstante, no seu ditame, sinalando que, dende o punto de vista da publicación en sentido amplo, entendida esta como a exteriorización do proxecto de decreto, cumprimentábase no expediente a tramitación mínima indispensable como para soslaiar unha manifesta tacha de legalidade, na medida en que o texto foi publicado e na tramitación participou un órgano representativo como era a antedita comisión, por máis que a intervención deste órgano non consistiu propiamente na elaboración dun informe, senón na aprobación do texto a ela sometido, sen incorporar sequera os criterios invocados polos membros da comisión que non votaron a favor do proxecto.

Así a todo, a aceptación de todo o que precede, non equivalía, segundo o CCG á formulación dun xuízo decididamente positivo en torno á cumprimentación da referida audiencia, sendo perfectibles, dende logo, os trámites seguidos para a divulgación do proxecto no sentido do xa argumentado,

fomentando unha máis específica aproximación das organizacións representativas do sector ao texto en tramitación, e procurando, así, unha máis apurada avaliación do que a doutrina denomina o impacto normativo das normas, así como da súa factibilidade.

E que xa nun anterior ditame CCG 366/2007 o CCG xa advertira de 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 deberán terse detectado de antemán nesta fase do procedemento para evitar, no posible, certo déficit de cumprimento das normas no futuro, e conseguir unha execución real e efectiva.

- Segundo propia definición legal ( artigo 1 da Lei constitutiva), o CCG é o “*órgano superior consultivo da Xunta de Galicia*” . Pois ben, esta posición como superior órgano consultivo ten reflexo no propio articulado da lei, cando no seu artigo 2.3, establece que os asuntos ditaminados polo CCG non poderán ser remitidos para ulterior informe a ningún outro órgano ou organismo da comunidade autónoma .

O Consello examinou un expediente, no que constaba un informe da Secretaría Xeral da Consellería promotora do proxecto que dicía: "*En virtude do artigo 5.1.1. a) da Lei 6/1995, do 28 de xuño, de creación do Consello Económico e Social de Galicia, unha vez sexa sometido a estudo da Comisión de Secretarios Xerais, será elevado ao dito órgano para a elaboración do correspondente ditame preceptivo*".

Ante tal afirmación o CCG no ditame viuse na obriga de realizar diferentes puntualizacións.

O ditame do Consello Consultivo é, como en numerosas ocasións se puxo de manifesto, o derradeiro informe, o que pecha todo procedemento de elaboración de disposicións xerais administrativas, precisamente esta é unha consecuencia do carácter deste órgano como “*superior órgano consultivo da Xunta de Galicia*” (Artigo 1 da Lei 9/1995, do 10 de novembro). Tal consideración, polo demais, é concretada no artigo 2 da citada Lei de creación do Consello Consultivo de Galicia, cando no seu parágrafo 3 expresa “*Os asuntos ditaminados polo Consello Consultivo de Galicia non lle poderán ser remitidos, para informe ulterior, a ningún outro órgano ou organismo da Comunidade*”.

Así pois non pode existir un informe nin ditame posterior ao do CCG. No caso examinado, o feito de que o secretario xeral fixera esa manifestación podería levar anoadado como consecuencia que o Consello devolvera o asunto sen o preceptivo ditame á espera de que primeiramente se sometera o expediente ao informe do Consello Económico e Social de Galicia, mais o Consello neste caso considerou que non era preciso xa que, lonxe do afirmado polo secretario xeral no seu informe, o ditame do Consello Económico e Social non é preceptivo segundo o artigo 5.1.1, a) da Lei 9/1995, do 28 de xuño, de creación do Consello Económico e Social de Galicia, xa que a literalidade de tal precepto reza “*De acordo coa súa finalidade e natureza, correspóndelle ao consello as seguintes funcións: 1. Emitir ditames de carácter preceptivo ou facultativo. 1.1. Serán ditames de solicitude preceptiva os que versen sobre: a) Anteprojectos de lei e proxectos de decretos lexislativos e plans xerais ou sectoriais que regulen materias socio-económicas directamente vinculadas ao desenvolvemento económico e social de Galicia*”. Era claro pois que o proxecto de decreto examinado non se podía enmarcar en ningún dos supostos de ditames preceptivos do Consello Económico e Social pois no único suposto regulado da citada lei no que atoparía encaixe sería nas consultas facultativas.

Ante a dita situación, o CCG consideraba como máis axeitado que, con posterioridade ao ditame por el emitido non se produza ningún outro. No caso de que, non obstante o expresado neste ditame, se solicitara o ditame facultativo do Consello Económico e Social, se algunha das súas recomendacións fora aceptada, o proxecto de decreto debería de ser, de novo ditaminado polo CCG.

#### 2.6.- Aspectos relativos a cuestións de técnica normativa

- Unha deficiencia xa reiterada e que se ten producido a miúdo no período ao que vai referida a Memoria, é a de que o texto do proxecto, no seu articulado, opte pola fórmula de reproducir mimeticamente no seu texto a normativa estatal de referencia.

Pois ben, é sabido e así xa o recolleu este Consello Consultivo (entre os ditames máis recentes, CCG 1482/08, o inadecuado que baixo certos supostos pode resultar esta práctica, cando se trata de regulamentos autonómicos que reproducen textos de normas que desenvolven, sinalándose nestes casos que a boa práctica normativa pasa por evitar tal mimetismo, salvo nos limitados casos nos que iso resulte absolutamente indispensable para acadar unha comprensión razoable da norma.

Resumidamente, establecíase nestes casos como criterio xeral, que a norma de desenvolvemento pode reproducir o texto da lei ou norma que

desenvolve tan só cando así o aconselle a salvagarda do adecuado sentido do conxunto do texto; agora ben, se reproduce o texto legal, porque se dá a circunstancia sinalada, debe facerse na súa integridade, sen mutilacións nin modificacións.

Sinalábase ademais nestes casos, que, máis aló dunha simple tacha reprochable por invocación de postulados de técnica normativa, estas impropias fórmulas poderían comprometer incluso a legalidade mesma da norma proxectada, ao poñer en cuestión o principio, constitucionalmente consagrado, de seguridade xurídica.

Esta afirmación buscaba entón amparo –e aquí entra o aspecto que agora interesa destacar- na propia xurisprudencia constitucional, entre outras, a sentenza 1981/40 -reiterada na 1982/10- na que, recordando ocasións nas que o Tribunal xa expresara as súas reservas respecto do procedemento consistente en reproducir normas doutras disposicións, di que “...*al utilizarse por órganos legislativos distintos, con ámbitos de competencias distintos, está inevitablemente chamado a engendrar tarde o temprano una innecesaria complicación normativa cuando no confusión e inseguridad*”.

En fin, son moitas as sentenzas, que insisten sobre este particular, incluso nalgúns supostos sinalando consecuencias moito máis graves que a que corresponda á mera tacha de técnica normativa, como as sentenzas 162/1996 ou a 62/91. Esta última, a propósito dunha normativa sobre contratos públicos desenvolta por un goberno autonómico, sinalaba que “ (...) *La determinación del contenido de los contratos corresponde incuestionablemente al Estado y su simple reproducción por la legislación autonómica, además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la Comunidad Autónoma*”.

Noutra orde de consideracións, esta defectuosa técnica de desenvolvemento, ao marxe das consecuencias apuntadas, produce certa perplexidade, por canto dalgunha maneira implica renunciar ás posibilidades dunha normación propia ou cando menos adaptada ás características específicas da Administración galega nesta materia.

E é que unha das características das normas básicas é evitar unha regulación en exceso de detalle para así, precisamente, posibilitar suficiente marxe para a regulación das especificidades propias por parte do lexislador autonómico. Pois ben, a repetición mimética de certas normas básicas que fai o proxecto examinado, pon en certo modo en cuestión, como antes dicíamos, o propio regulamento que se proxecta, no sentido de que non está a cumprir

propriadamente o seu papel complementador da lexislación da que trae causa, desnaturalizando o seu papel e convertendo así a propia regulación, en certa medida, nun esforzo baldío.

Consecuentemente con todo o anteriormente expresado, nestes supostos, o CCG ten aconsellado substituír a reprodución do texto estatal por unha referencia expresa aos correspondentes preceptos de carácter básico. En todo caso, e de optar pola técnica da súa reprodución, cómpre evitar que a mesma se estenda á transcrición daqueles preceptos, ou partes dos mesmos, cuxo contido alude a competencias a exercer no ámbito da Administración estatal, e sobre os que, polo tanto, a comunidade autónoma carece de toda capacidade normativa, como xa se fíxo notar nas precedentes observacións de legalidade.

- Ás veces os preceptos dos textos normativos carecen da necesaria sistemática de maneira tal que iso impide, como sería desexable, un doado manexo conxunto da norma proxectada e daquela á que desenvolve. Isto débese, en boa medida, ao feito de que, en moitas ocasións, se insiren no articulado, sen un criterio facilmente recoñecible, fragmentos da norma estatal, xunto con prescricións regulamentarias de desenvolvemento, de diferente natureza, o que vai en detrimento da calidade xurídica do documento.

- É regra de técnica normativa, ben asentada no uso, a de denominar aos órganos administrativos por referencia ás competencias que lles están atribuídas, en lugar de utilizar o nome que puntualmente corresponda ao órgano no momento da aprobación da norma, como ocorre en moitos dos casos detectados.

Tal regra encontra sentido na necesidade de salvar a coxunturalidade inherente a toda organización administrativa e, ao mesmo tempo, evitar posibles descoordinacións na nomenclatura dos distintos órganos administrativos como consecuencia de modificacións futuras.

- Nalgún caso, tratándose dunha norma que modifica puntualmente outra anterior, tense observado, que o texto alude, na súa disposición final á “*entrada en vigor da modificación do presente decreto*”, cando con máis propiedade debería referirse, simplemente, á “*entrada en vigor do presente decreto*”, ou se se quere tamén, á “*entrada en vigor da modificación operada en virtude do presente decreto*”.

- Non é infrecuente que algúns dos preceptos do proxecto que se somete a ditame, carezan de verdadeira natureza normativa ao non comportar consecuencias de carácter xurídico ningún.

Atópase, así, en moitas ocasións, con preceptos que son en realidade previsións de carácter, unhas veces didáctico, outras admonitivo, outras descriptivo, mais non de neto carácter normativo.

Así ocorreu nun concreto proxecto analizado polo CCG que semellaba máis un manual de procedementos, un código de actuación ou un protocolo, que unha norma propiamente dita que merecería unha cobertura formal máis axeitada ao contido do texto e, en todo caso, diversa á propia das normas xurídicas.

- En parecido sentido que a observación anterior, hai que dicir que os textos normativos deben fuxir do emprego dos termos posibilistas, -tal e como nalgunhas ocasións utilizan- que non establecen con claridade o que se debe ou non se debe facer, sobre todo cando se están regulando obrigas dos cidadáns. O emprego destes termos xera inseguridade xurídica e ampara a arbitrariedade no actuar administrativo.

Tal foi a observación que se formulou polo CCG a propósito dun texto que literalmente dicía “*poderase esixir a constitución dunha fianza*”, sen maiores precisións sobre o xeito en que tal facultade ía ser exercida.

É oportuno recordar aquí, en liña co expresado polo Consejo de Estado (DCE 4490/98) que todas as normas deben ter un compoñente de solidez e garantía que evite na súa transformación no que ten chamado “*derecho gaseoso, blando o borroso*” con contidos imprecisos ou insuficientes, o cal non deixa de constituír un elemento de degradación da norma.

- O título que adopta calquera norma, debe responder, en boa técnica normativa, á singularidade do ámbito material que aquela trata de regulamentar. En definitiva debe axustarse estritamente á finalidade que di perseguir a norma, sen que necesariamente deba comprender a totalidade dos contidos que o texto integra, senón só os máis transcendentales.

Esta observación xustifícase no feito de que nalgúns casos o título e o contido do precepto están desconxugados, pois malia o enunciado do título, a previsión fundamental da norma responde a outros contidos.

Tal como se indicou noutros ditames, cómpre sinalar que a primeira vez que se cita unha norma xurídica debe recollerse o título completo da devandita disposición, mentres que as mencións ulteriores á mesma norma poden facerse sen máis, indicando ou seu número e data.

- O preámbulo dos proxectos remitidos para ditame, non sempre responde á función que ten asignada, no sentido que reiteradamente ten afirmado este CCG. Particularmente, en ocasións, bótase en falta no seu texto, un elemental argumentario en relación cos contidos que concirnen ao sentido e finalidade da implantación da norma, dende as perspectivas material e xurídica. Percíbese en cambio a utilización dunha técnica, que suplindo en gran parte os ditos contidos de reflexión, limítanse a facer o que é máis ben un índice ou sumario do contido normativo do proxecto, polo que pouco ou nada se engade no tocante a unha mellor comprensión do texto legal, no sentido antes apuntado. Deberíase corrixir polo tanto a dita tendencia, habitual por certo, como dicimos, en boa parte da produción regulamentaria.

- A presente observación vai referida ás disposicións derogatorias e finais e a súa inclusión no texto dun decreto de artigo único. A dita observación realízase en función da técnica empregada -por outra parte perfectamente habitual e oportuna- pois, como xa dixemos, trátase dun decreto de artigo único, destinado exclusivamente a aprobar o regulamento de desenvolvemento da correspondente lei, que se contén nun anexo ao propio decreto.

Ao respecto hai que dicir que se ben –como resulta obvio- ambos forman un único corpo normativo, este aparece, non obstante, diferenciado en función do contido que, segundo corresponde á técnica normativa máis común, é propio de cada un. Mais, en todo caso, o dito conxunto normativo está presidido, por así dicilo, polo decreto que é o que, propiamente, aporta a aquel, e especificamente ao texto regulamentario, o necesario rango e valor na orde xerárquica.

Pois ben, desta forma concluíase, en relación ao texto sometido a ditame que, ao contrario do que sucede coas disposicións derogatoria e finais, correctamente situadas, en función da materia que conteñen, que especificamente, corresponde regular no decreto (derrogacións, habilitación normativa e entrada en vigor), as disposicións adicionais, polo contrario, en canto normas destinadas a complementar especificamente o articulado -no que propiamente non teñen un encaixe adecuado- neste caso, complementan o articulado do texto do regulamento e polo tanto deben ir situadas neste.

### **3.- Actos e procedemento administrativo**

#### **3.1.- Responsabilidade patrimonial das Administracións Públicas**

##### *3.1.1. A perda de oportunidade con ocasión da asistencia sanitaria*

A perda de oportunidade no decurso dunha asistencia sanitaria, como concepto que, eventualmente, pode determinar a esixencia de responsabilidade patrimonial da Administración, ven sendo considerada polo CCG en distintos ditames.

Os primeiros antecedentes desta figura atopámoslos na xurisprudencia inglesa e americana, mediado o século XX. En España apareceu máis tarde, case a finais do século, se ben iso non ten impedido que teña xa un amplo eco tanto na doutrina como na xurisprudencia actual.

A perda de oportunidade resulta recoñecible naqueles casos nos que non resulta posible probar unha relación de causalidade directa entre o acto médico e o dano sufrido polo particular, mais aprécianse datos ou elementos conforme aos que se estima probable que o resultado danoso non tería ocorrido, de darse unha actuación médica adecuada ás circunstancias do caso.

Dito doutro modo, un paciente vese afectado por unha perda de oportunidade cando non é sometido ao tratamento óptimo, no tempo oportuno, aínda cando resulte que o dito tratamento non poida garantir a posibilidade de recuperación.

Nestes supostos, a doutrina que vén a ser comunmente admitida, estima, en termos probabilísticos, que o paciente veuse privado de determinadas oportunidades ou expectativas, consideradas conforme a criterios técnico-médicos, que, de térselle ofrecido, ou ben terían atenuado o dano, ou ben, este non tería existido.

Considérase así que a perda da oportunidade, nos supostos nos que se produce, é unha situación que xera un deber de indemnización, se ben as consecuencias indemnizatorias son menores que no suposto no que se dá unha relación causal directa, xa que na perda de oportunidade a Administración responde polo dano probable en non polo dano final ou real sufrido polo paciente.

Nun dos casos analizados polo CCG no ano de referencia, no que se reclamaba por un presunto dano causado como resultado da asistencia sanitaria prestada nun centro dependente do Servizo Galego de Saúde, concretamente por entender o accionante que existiu un erro de diagnóstico e que non existira un tratamento eficaz e correcto; recordábase a xurisprudencia do Tribunal Supremo, e concretamente as sentenzas de 4 de xuño de 2002 (RX 692/2002) e 5 de decembro de 1997 (RX 177/98), ao sinalar que: *“Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores*

*cuya inexistencia, en hipótesis, hubiese evitado aquél”; engadindo o propio Tribunal que “no son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos- irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”.*

Entendíase entón que para que fora apreciable a responsabilidade reclamada, era necesario demostrar que a supresión hipotética do factor axente do dano que se imputaba á Administración evitaría a produción do dano mesmo. En definitiva, resultaba preciso xustificar que no caso de que, xa dende o primeiro momento, se tivera diagnosticado a verdadeira doenza sufrida polo paciente, sería posible evitar o dano final producido.

Neste punto, e dada a actividade probatoria absoluta polo reclamante no concreto expediente examinado, non era posible considerar tal hipótese, ao non estar xustificado no expediente, que unha detección máis temperán do cancro tería evitado o dano do paciente. Pola contra, dos propios informes da clínica privada onde fora posteriormente tratado, especificábase que o tratamento non era curativo, senón paliativo, destinado a mellorar a calidade de vida e o tempo de supervivencia.

Esta circunstancia, sen embargo, a xuízo do ditame, non podía levar tampouco a descartar o dano antixurídico, pola non aplicación do dito tratamento, por canto, se consideraba que, analizados dende a perspectiva do principio de beneficencia, o aumento da supervivencia e da calidade de vida, son bens xurídicos dignos de protección, e polo tanto a súa afectación pode orixinar un dano tecnicamente cualificable de antixurídico.

Así as cousas, o CCG concluía que o paciente perdera a oportunidade de que se lle aplicase un tratamento paliativo, por canto, razoábase, recordando outros ditames anteriores, na perda de oportunidade hai unha certa perda dunha alternativa de tratamento, perda que se asemella, en certo modo, ao dano moral que é o concepto indemnizable, resultando entón a concorrencia de responsabilidade patrimonial, pola existencia dun dano antixurídico vinculado co funcionamento do servizo sanitario.

E á hora de determinar o valor da indemnización, partíase de consideracións xa anteriormente referidas, pois, argumentábase que era necesario facer unha puntual fixación técnico-xurídica da concreta lesión producida, tendo en conta que esta non se podía centrar –como resulta intrínseco á perda de oportunidade- no propio dano sufrido (o paciente falecera ), senón na imposibilidade de ter recibido un tratamento paliativo para a súa fatal doenza.

Pois ben, ponderando a lesión efectivamente producida nestes puntuais termos –dicíase- hai que ter en conta que, nos casos de perda de oportunidade, os danos repercuten na esfera de autodeterminación dos particulares, e teñen polo tanto unha marcada natureza espiritual e non física. Concluíase así que, tratándose dun dano moral, habería de terse en conta a recente xurisprudencia do Tribunal Supremo (STS do 25.7.03), conforme á que dito dano non precisa de especiais acreditacións, xa que carece de módulos ou parámetros obxectivos e ten que presumirse como certo, debendo valorarse nunha cifra razoable ao prudente criterio do xulgador, a fin de que a súa reparación sexa integral.

*3.1.2. As facultades de inspección e a responsabilidade patrimonial. En particular, a adopción de medidas cautelares.-*

Con relativa frecuencia téñense presentado expedientes de responsabilidade patrimonial como consecuencia de actuacións inspectoras levadas a cabo pola Administración. Estes casos presentan normalmente variadas e suxerentes cuestións, entre outras, as relativas á licitude da actuación administrativa, á carga lesiva que non obstante dita actuación produce en relación cun eventual deber xurídico de soportala, ou, en fin, cuestións referidas á adopción de medidas cautelares e a súa proporcionalidade.

Son dous, a este respecto, os supostos concretos que agora aquí se presentan.

No primeiro deles dábase como circunstancia determinante que a mercantil que formulaba a reclamación, como consecuencia de dúas inspeccións ás que foi sometido un camión da súa propiedade, en senllos días consecutivos, vírase privada da libre disposición da súa mercancía durante o tempo que duraron as ditas inspeccións.

A razón do ditame era, neste caso, determinar se a dita retención do vehículo era susceptible de ser indemnizada seguindo os postulados propios da responsabilidade patrimonial das administracións públicas.

Partíase neste sentido de que a actuación da Administración producíase en prevención dun mal maior, concretamente, co obxectivo de preservar as condicións legais do mercado no que participaba a propia mercantil afectada. A actuación da Administración, polo tanto, levábase a efecto no exercicio lexítimo das súas tarefas de salvagarda do interese público que como tal lle incumben.

A este respecto, citábase o artigo 91 da Lei 6/1993, de 11 de maio, de pesca de Galicia, que habilita ao persoal do Servizo de Protección de Recursos, debidamente identificado, para protagonizar unha serie de actuacións de inspección, entre as que se recolle a posibilidade de *“efectuar a inspección de calquera vehículo dedicado ao transporte de peixe, mariscos ou outros produtos do mar”*. Segundo o propio precepto, *“a requirimento do persoal autorizado, o vehículo deberá deterse, no seu caso, e permitir a inspección, e se non o fixese, o condutor incurrirá en falta moi grave, sancionable segundo a lei correspondente”*. A lei particulariza, ademais, que *“no exercicio das súas funcións terá a consideración de axente da autoridade e poderá solicitar o auxilio necesario das autoridades de Mariña e dos corpos e forzas de seguridade do Estado”*.

Así pois, as actuacións inspectoras, supoñen a materialización dunha potestade tipicamente administrativa, enmarcable dentro da categoría da actividade de policía da Administración. Ademais, cando esta é exercida por órgano competente e seguindo o procedemento establecido, debe descartarse, de entrada, unha eventual vía de feito no actuar administrativo.

Mais sendo así, incluso nestes casos, nos que se parte dunha actuación con base legal, cabe preguntarse se o cidadán ten que soportar, en todo caso, os danos que unha actividade dese tipo poida levar consigo, por non ser predicable deles o carácter de danos antixurídicos.

A este respecto, hai que considerar que a administración ten como obxectivo e fundamento da súa actuación a satisfacción do interese xeral, mais a consecución de tal logro pode levar consigo, en determinadas ocasións, como a aquí examinada, unha potencial carga lesiva na esfera xurídica dos particulares, cuxa condición de indemnizable debe ser valorada con independencia de que o acto orixinador do dano supoña un funcionamento normal ou anormal do servizo público. E é que non outra cousa supón o carácter obxectivo inherente á responsabilidade administrativa, que, como é sabido, só creba nos supostos de forza maior ou naqueles en que unha causa estraña ou imputable a terceiro incide no nexos de causalidade.

Aplicando estas consideracións xerais ao caso que era obxecto de ditame, resultaba que con ocasión da primeira inspección levantárase acta que deu lugar á tramitación dun procedemento no que a entidade mercantil resultou sancionada por carecer da preceptiva documentación e etiquetas regulamentarias da mercancía que portaba, polo que as incidencias relativas á libre disposición das mercadorías –consideraba o ditame- eran imputables á esfera de responsabilidade da propia entidade mercantil.

No que se refería á inspección levada a cabo ao día seguinte, na acta de inspección recollíase que o camión fora detido ás 17:40 horas, finalizando a inspección ás 19:15 horas, tempo este que se empregou no exame do vehículo, que non se estimaba desproporcionado, tendo en conta a importante cantidade de mercadoría que aquel transportaba, así como a diversidade dos produtos do mar que compoñían a carga.

Considerábase así, que ao non resultar probado que a Administración incorrera en demoras ou retivera o vehículo por máis tempo do necesario para a práctica da inspección de referencia, sendo esta medida, polo tanto, proporcionada ao interese protexido pola Administración, non podía derivarse responsabilidade ningunha a cargo desta. Iso tanto máis, se se tiña en conta o resultado da inspección practicada ao mesmo vehículo na data anterior, circunstancia esta que engadía ao fundamento xeral da actuación inspectora referido, o amparo que ofrece a posibilidade de adoptar medidas cautelares para asegurar a eficacia das resolucións que puideran adoptarse que establece o artigo 72 da LRXPAC.

O segundo suposto ao que aludíamos, examinado no ano de referencia polo CCG, era tamén relativo ás facultades de inspección, cuns perfís, sen embargo, algo diferentes ao anterior. Neste caso o reclamante alegaba que inspectores da Administración se presentaran no almacén da entidade que representa co fin de inspeccionar unhas caixas de pescada que foran obxecto de poxa na lonxa media hora antes. Engadía que, tras unha labor de inspección sen garantías, os axentes acordaron o comiso de 93 caixas de peixe.

Denunciaba ademais o reclamante que, posteriormente, a entidade, non tivera coñecemento do posible expediente sancionador nin de ningunha actuación da consellería. En concreto, apuntaba, que a acta de comiso e as mostras do peixe non se presentaran ante a Consellaría de Pesca, e que a adopción da medida cautelar de comiso non se viu acompañada do inicio dun procedemento sancionador no prazo de cinco días como esixe o artigo 28 da Lei 8/2004, do 30 de xullo, de protección, control, infraccións e sancións en materia marítimo-pesqueira de Galicia.

Atendendo ao que considera un irregular actuar administrativo, o reclamante, solicitaba unha indemnización por contía equivalente ao valor do peixe.

O ditame a este respecto, seguindo a doutrina do Tribunal Supremo (entre outras, a STS do 20 de decembro de 1996), consideraba que a adopción de toda medida cautelar esixía a concorrencia de dous presupostos: o chamado *fumus*

*boni iuri*, e o *periculum in mora*, requisitos aos que habería que engadir a necesaria proporcionalidade entre a finalidade que a medida persiga e aquela.

Pois ben, a concorrencia do primeiro presuposto *-fumus boni iuri-*, que alude á verosimilitude ou aparencia clara do axustado a dereito do actuar da Administración, resultaba nidio no suposto de referencia, tendo en conta, por unha banda, que segundo a acta de inspección e os seus anexos, un 40% do peixe tiña un tamaño non regulamentario, e, por outra, que ao abeiro do artigo 11, f, 15) da Lei 8/2004, de protección, control, infraccións e sancións en materia marítimo-pesqueira de Galicia, constitúe unha infracción grave “*A tenza, a consignación, o transporte, o tránsito, o almacenamento, a transformación, a exposición e a venda, en calquera das formas previstas legalmente, de produtos pesqueiros prohibidos ou de talla ou peso inferior ao regulamentario*”.

Sinalábase neste punto como, de conformidade co artigo 27.1 da Lei 8/2004, do 30 de xullo, as actas de inspección redactadas polo persoal funcionario do Servizo de Gardacostas de Galicia gozan de eficacia probatoria verbo dos feitos nelas denunciados, sen prexuízo, iso si, das probas que poidan achegar na súa defensa os interesados. Neste sentido, no caso obxecto do ditame, a reclamante discutía a adopción da medida cautelar de incautación do peixe, alegando irregularidades formais como a constancia de certos datos en anexos posteriores á acta de inspección ou o emprego de instrumentos non regulamentarios para a medición do peixe.

Aínda que facilmente se albiscaba que a entidade reclamante non tiña discutido a realidade da existencia do peixe de tamaño antirreglamentario, circunstancia esta que motivou a adopción da medida cautelar, o certo era que os reproches da parte mereceron unha cumprida resposta no informe aclaratorio da acta de inspección de data 5.10.2007.

En efecto, na dita acta, procedeuse a realizar varias series de medicións, elixidas ao chou, de entre 1.320 kg de peixe. Estas medicións, tal e como apunta o informe aclaratorio, reflectíronse no anexo complementario á acta de inspección, “*co fin de por a limpo as medicións que se fan ‘in situ’ nun papel que normalmente aparece mollado e manchado. Estas medicións fixéronse diante do encargado do almacén no que se atopaban as caixas de peixe ás que se fan referencia na acta do asunto e coas testemuñas que figuran na mesma. Para a pesaxe, utilizouse unha báscula dixital que estaba no propio almacén, con permiso do encargado, e as medicións cun flexómetro calibrado da propia Consellería de Pesca. O encargado do almacén dixo que o comprara na lonxa, si non da a talla hai que falar co administrador para que o subaste de novo, unha vez escolleito*”.

E verificado o presuposto do *fumus bonu iuri*, consideraba o ditame que tampouco parecía presentar dúbidas a concorrencia de *periculum in mora*, auténtico alicerce da medida cautelar, xa que con esta trátanse de evitar os danos marxinais derivados da lentitude do procedemento administrativo sancionador. O fin de asegurar a eficacia da resolución que poida recaer non é o único fin que pode xustificar a adopción de medidas provisionais, tal e como ten sinalado reiteradamente o Tribunal Supremo (entre outras a STS do 26 de maio de 1986), e recolle a lexislación vixente.

Traíase entón a colación, por tratarse dunha medida cautelar adoptada nun procedemento sancionador, o disposto no artigo 15.1 do Real decreto 1898/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio de potestade sancionadora: “*De conformidad con lo previsto en los artículos 72 y 136 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, el órgano competente para resolver podrá adoptar, en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales*”, sinalando o apartado 2 como as medidas provisionais poden consistir na “*suspensión temporal de actividades y la prestación de fianzas, así como en la retirada de productos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, y en las demás previstas en las correspondientes normas específicas*”. É o caso do artigo 28 da antedita Lei 8/2004, do 30 de xullo, que recolle “*...a fin de evitar o mantemento dos efectos da infracción e garantir a protección dos recursos marítimo-pesqueiros e os demais intereses xerais*”, a posibilidade de adoptar a medida cautelar de “*a) Incautación dos produtos da pesca, marisqueo e acuicultura*”.

Ao abeiro deste artigo 28, que no seu apartado 4º habilita ao persoal funcionario do Servizo de Gardacostas para adoptar verbalmente, entre outras, esta medida cautelar, acordouse, no caso que nos ocupa, a incautación das caixas de pescada adquiridas polo reclamante.

E, así as cousas, constando acreditada a concorrencia dos presupostos que esixe a adopción de toda medida cautelar, restaba, finalmente, analizar se a medida acordada respectara ou non o principio de proporcionalidade esixido no artigo 15.3 do Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, polo que se aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, conforme ao cal “*las medidas provisionales deberán (...) ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenda garantizar en cada supuesto concreto*”. Neste mesmo sentido o artigo 28.2 da Lei 8/2004, de 30 de xullo, de protección, control, infraccións e sancións en

materia marítimo-pesqueira de Galicia, ao sinalar que *“a adopción destas medidas realizarase motivadamente e en base a un xuízo de razoabilidade, elixindo aquela que menos dane á situación xurídica do administrado. En todo caso, se respetará o principio de proporcionalidade da medida a adoptar cos obxectivos que se pretenda garantir en cada caso concreto”*.

Razoaba o ditame que sobre este obrigado respecto ao principio de proporcionalidade na adopción das medidas cautelares xa se pronunciara unha temperá xurisprudencia constitucional entendendo que *“la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”* (STC 108/1984, do 26 de novembro, FX 2.b).

Pois ben, neste punto estimábase que o obrigado respecto ao principio de proporcionalidade tiña quebrado no suposto examinado.

En efecto, tal e como denunciaba o reclamante e constaba na documentación obrante no expediente, os axentes de inspección pesqueira procederon a incautar a totalidade do peixe, se ben nas series de medición que, ao chou, realizaron, constatouse que tan só un 40% da mercancía tiña un tamaño antirreglamentario.

Neste sentido entendíase que, aínda que unha medición de todo o peixe (1.320 kg de pescada) tería requirido, loxicamente, un maior tempo e traballo, o certo é que a esixencia legal de respecto a aquel principio de proporcionalidade obrigaba, inequivocamente, a levar a cabo a medición, e iso a fin de evitar a incautación das pezas de pescada que tiñan un tamaño regulamentario.

Así as cousas, a xuízo do CCG tiña quebrado o principio de proporcionalidade na adopción da medida cautelar, o que provocou á parte a perda daquela porcentaxe de peixe que, aínda cumprindo a normativa vixente, foi tamén obxecto de incautación.

Finalmente, esta perda, imputable, nos termos expostos, a un deficiente funcionamento do servizo público, entendíase que era merecedora dunha cumprida indemnización a cargo da Administración actuante.

*3.1.3.- O prazo para reclamar nas reclamacións de responsabilidade patrimonial sanitaria: en especial, a eficacia interruptiva das accións penais*

Como é sabido e conforme ao artigo 142.5 da LRXPAC, “*en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo*”.

O citado precepto ten dado lugar a unha proliza xurisprudencia que, de xeito reiterado e consolidado, segue un criterio razoablemente flexible na apreciación do cómputo do prazo de exercicio da acción de esixencia de responsabilidade fronte ás administracións públicas, fuxindo de aplicacións contra *cives* ou contrarias ao criterio *pro actione*.

En relación co *dies a quo* para o cómputo do prazo, o Tribunal Supremo ten establecido (sentenza do 5.11.1997, entre outras), que aquel principia dende que se establezan os efectos lesivos no patrimonio do reclamante, que é cando hai coñecemento suficiente para avaliar a súa extensión e alcance.

Agora ben, sen prexuízo do que se vén de sinalar, hai que ter en conta que como reiteradamente ten manifestado o propio Tribunal Supremo e tamén este CCG en anteriores ditames (por todos o 746/02 ou máis recentemente o CCG 147/06), o aludido prazo é de prescrición e non de caducidade, polo que é susceptible de interrupción polo exercicio de accións por parte da vítima do dano encamiñadas á procura do seu resarcimento. Pode citarse así, a consolidada doutrina xurisprudencial, recollida entre outras na sentenza do 2.10.2001, segundo a cal o referido prazo non debe ser computado necesariamente desde a data na que se produciu o evento danoso, dado que a existencia doutras actuacións encamiñadas a restablecer a situación alterada por tal evento interrompe o prazo, que haberá de iniciarse cando a finalización das mesmas permita exercitar o dereito con pleno coñecemento dos elementos que o definan e que na súa concorrencia resulte esixible para a súa eficacia.

Interesa así agora, á vista de tal doutrina, concretar a eficacia interruptiva que ten a acción penal. E a estes efectos, no caso analizado polo CCG, que motiva o presente comentario, con anterioridade á interposición da reclamación de responsabilidade patrimonial, tññanse seguido actuacións na vía penal, que se ben foron arquivadas posteriormente, mais semellaba que a acción seguía viva en tanto en canto o auto de arquivo fora recorrido en reposición e subsidiariamente en apelación.

Pois ben, en relación coa eficacia interruptiva das accións na vía penal lembrábase a doutrina do Tribunal Supremo, recollida, entre outras, na súa sentenza do 7.12.2005, segundo a cal “*el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en*

*que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos -que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre 1989 (RJ 1989, 6418), 4 julio 1990 (RJ 1990, 7937) y 21 enero 1991 (RJ 1991, 4065) del principio de ‘actio nata’ (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad-, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 de la Ley de procedimiento administrativo común (RCL 1992, 2512, 775 y RCL 1993, 246)”.*

Interpretando a redacción inicial do artigo 146.2 da LRXPAC -modificada despois pola Lei 4/1999- na propia sentenza se establecía que “*cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendencia del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal*». Na propia resolución xudicial acábase razoando que “*la Ley 4/99 (RCL 1999, 114, 329) ha venido a modificar el citado precepto de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), suprimiendo el expresado inciso relativo a la prescripción, de tal suerte que en la actualidad no ofrece duda alguna la eficacia interruptiva del proceso penal*”.

En relación co caso examinado, seguindo a dita doutrina, o ditame observaba que no expediente tñíase posto de manifesto a constante vontade por parte dos reclamantes de obter a indemnización agora solicitada en vía administrativa, vontade que, aínda que puidera entenderse que foi exercitada por vías inidóneas en nada empecían a interrupción do cómputo do prazo. A razón na que se sustentaba tal afirmación é que, se o obxecto da pretensión que motiva a posta en marcha da acción considerada impropia, é coincidente co obxecto da posterior reclamación de responsabilidade patrimonial, o exercicio das distintas e sucesivas accións debe interromper o prazo prescricional, xa que en todo caso a actividade procedimental ou procesual levada a cabo polos reclamantes nestes casos, constitúe manifestación dunha inequívoca conduta tendente a manter viva a súa pretensión fronte á Administración, actitude que non se compadece coa de aquietamento e inactividade que se considera base fundamental para admitir a existencia de prescripción.

Así é o criterio que por outra parte veñen manifestando tanto o Tribunal Supremo como o Consejo de Estado, cando en aplicación do principio "pro actione" determinan a necesidade de que o prazo do ano se verifique dende o "*dies a quo*" no que as actuacións xudiciais queden definitivamente concluídas.

#### *3.1.4.- Reclamación por danos futuros.*

Como é ben sabido, un dos requisitos necesarios para que a responsabilidade patrimonial prospere é que o dano polo que se reclama sexa actual, é dicir, que se teña producido no momento de dirixir a reclamación contra a administración. Expoñemos aquí un caso no que, contrariamente a tal presuposto, o dano estaba aínda por producirse. Se trataba, en definitiva dun dano, susceptible de ser indemnizado, mais un dano non materializado, xa que actuación administrativa orixinadora daquel, non se tiña realizado.

No escrito de reclamación o interesado sinalaba que o dano se xerara con motivo do outorgamento por acordo da Comisión de Goberno de determinado Concello da licenza municipal de legalización dunha vivenda unifamiliar, licenza que posteriormente fora anulada por sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que ordenaba tamén a demolición da construción. Contra o Auto da referida Sala, que desestimara o incidente no que se interesara que a demolición se limitase á porción de edificio situado dentro da franxa de 25 metros adxacentes á estrada, se formulara recurso de queixa ante a Sala Terceira do Tribunal Supremo, pese ao cal, o referido Concello cominara reiteradamente ao reclamante para que presentase proxecto para a demolición da casa.

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

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

*patrimonial de esa Administración, para resarcirle de los daños y perjuicios que le irrogaría la demolición (...).*

Pois ben, con independencia de que o caso nesta ocasión ditaminado presente cuestións tan controvertidas e non sempre fáciles de dilucidar, como o da imposibilidade legal de execución dunha sentenza anulatoria dunha licenza urbanística por desconformidade co planeamento, cando se opón á legalización ao amparo que a nova ordenación urbanística outorga ao construído, como tamén o aspecto indirecto que formula o caso, como o é, a posibilidade de executar unha sentenza no estado de pendencia dun recurso de queixa, o ditame consideraba que o reclamante estaba a formular unha pretensión indemnizatoria fundamentada no instituto da responsabilidade patrimonial das Administracións Públicas, por danos e perdas futuros e hipotéticos, en canto que a causa ou orixe do dano imputábase a unha acción de demolición daquela construción, que aínda non se tiña producido no momento de formular a reclamación, aínda que puidera estar en trance ou preliminares de selo.

E baixo tales presupostos –recordábase- que entre os requisitos que establece o art. 139 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, para admitir a responsabilidade patrimonial, debe concorrer que o dano alegado sexa “*efectivo, avaliable economicamente e individualizado*”. Nese sentido, como establece a STS do 11 de novembro de 1993, para que o dano sexa indemnizable ten que ser real e efectivo, non traducible a meras especulacións ou simples expectativas, incidindo sobre dereitos ou intereses lexítimos -Sentenza 17-12-1981-, avaliable economicamente, cuxa concreción cuantitativa ou as bases para determinala poden materializarse tamén en execución de sentenza -Sentenzas 13-11-1981 y 14-4-1981- e individualizado en relación cunha persoa ou grupo de persoas, dano producido pola actividade da Administración en relación de causa a efecto, pesando sobre o prexudicado a carga da proba da concorrencia dos requisitos legais para que xurda a obriga de indemnizar.

Evidentemente tales condicións non se daban na reclamación de referencia, ao non resultar indemnizables aqueles danos ou prexuízos futuros ou presumibles, cando a causa á que se imputa a súa produción futura aínda non se teña consumado ou materializado, pois sendo certo que no caso examinado se iniciara a fase de execución da sentenza que anulara a licenza e ordenaba a demolición da construción, tamén o é que a acción demoledora non se consumara, sendo máis que previsible, polos indicios que revelaba o expediente administrativo, que a nova ordenación produciría un efecto legalizador determinante da imposibilidade legal de que a demolición tivera efecto.

Concluíase no ditame que aínda podendo admitir que en determinados supostos o dano futuro fora indemnizable, iso sería tan só na medida en que veña asentado o predicado polas notas de certeza e seguridade no “*qué*”, aínda cando non o sexa no “*cando*”, presupostos que no caso examinado se estimaba que non se producían.

*3.1.5.- Danos “con ocasión do servizo” e danos “a consecuencia directa do servizo público”: distinción.*

Abordamos neste caso, a propósito do epígrafe de referencia, un expediente no que a reclamante solicita a indemnización dos danos padecidos pola súa filla, como consecuencia dunha caída sufrida nun centro escolar dependente da administración educativa. Esta, pola súa parte, nega a existencia dun nexo causal entre os ditos danos e o funcionamento do servizo público.

E o exame do nexo causal impuña neste caso, valorar a actividade probatoria desenvolta durante a tramitación do expediente. Lembrábase a este respecto, como xa se fixera noutros ditames do CCG (por todos eles o CCG 75/96) que a carga da proba da existencia dun dano avaliabile economicamente e singularizado e a súa conexión causal co funcionamento dalgún servizo público corresponde certamente ao reclamante, e a dos feitos impeditivos da pretensión (forza maior, culpa do prexudicado etc.) á Administración (artigo 217 da Lei de auxizamento civil, artigos 5.3 e 6.1 do RPAPRP).

Non obstante, aínda baixo a afirmación de que a proba incumbe a quen reclama, recordábase que a actividade que desenvolve a Administración está presidida polo interese xeral, obxectividade e imparcialidade e, na súa consecuencia, está atada e interesada “*de oficio*” no esclarecemento da verdade material, o que supón desprenderse de calquera actitude pasiva que impida o cabal coñecemento dos feitos polos que poida atender ou rexeitar, nun acto motivado, as pretensións dos particulares. Por iso, os actos de instrución para a determinación, coñecemento e comprobación dos feitos realizaranse de oficio (art. 81 da LPA e actualmente, art. 78 LRXPAC) e, no noso ámbito, o procedemento se impulsará de oficio en “*todos os seus trámites*” (art. 6.2 RPAPRP). No mesmo sentido postúrase a xurisprudencia do Tribunal Supremo, que, con carácter xeral, acolle o principio de que a carga da proba da existencia dos danos e da relación de causalidade co servizo público corresponde á parte actora (entre outras, sentenzas do 4.11.97 e 30.10.99).

Pois ben, analizando as actuacións seguidas na tramitación do expediente neste caso analizado, colixíase que non resulta probado dun xeito suficiente aquel vínculo causal, por canto a reclamante atribuíu á Administración a

responsabilidade dos feitos por considerar que a caída se produciu por un “*resbalón a consecuencia del polvo de la obra*”, pero sen apoiar tal afirmación en dato ou medio de proba que permitira dotar de suficiente verosimilitude a versión dos feitos ofrecida na reclamación, sendo así que tal circunstancia, ademais, era negada pola directora do centro no que aconteceu a caída. En efecto, esta, en relación coas obras que se estaban a realizar na data na que se produciron os danos, aclara no seu informe que aquelas “*consistían na colocación do aire acondicionado soamente no espacio do comedor, estando a porta pechada en todo momento e quedando as demais dependencias da Escola totalmente desprovistas de perigos para a estancia comfortable e segura das nenas que nese momento se atopaban no Centro*”.

En determinada data a interesada presentara escrito ante o departamento responsable do servizo no que, ademais doutras cuestións que suscita, a interesada solicita a indemnización dos danos padecidos pola súa filla, como consecuencia dunha caída sufrida nun centro educativo dependente daquel departamento.

Á vista destas circunstancias, a primeira apreciación obtida era que, pola maneira de presentarse o suceso, se estaría diante dun accidente común, casual e fortuíto, e non imputable ao funcionamento normal ou anormal do servizo público, por canto a Administración non pode, sen máis, responder de todo evento lesivo que poida acontecer nun centro educativo.

A responsabilidade administrativa tan só xorde cando existe un vínculo causal efectivo co funcionamento do servizo público, non abondando a tal efecto con que o dano se produza ou manifieste con ocasión dunha actividade administrativa e por coincidencias conxunturais de tempo ou lugar, que en ningún caso dan lugar a imputabilidade da Administración.

Á vista do que precede, o ditame sinalaba que non podía concluírse senón na apreciación de que o dano xurdira “*con ocasión*” temporal e circunstancialmente dunha actividade pública, é dicir, nun centro público, mais non se demostrou a concorrencia de circunstancias obxectivas que permitiran razoable e xustificadamente concluír en que aquel prexuízo foi consecuencia máis ou menos directa do servizo público, entendido *lato sensu*, como actividade administrativa, sendo así que o propio Consello Consultivo xa entendera en anteriores ditames (por todos o CCG 568/05), que a mera circunstancia de que un dano se produza nun espazo ou instalación públicos, non é base xurídica de abondo para facer unha imputación de responsabilidade á Administración, se aquel se produciu, como vai dito, con ocasión do servizo, e non como consecuencia do servizo.

En apoio desta tese, que, reiteramos, distingue os danos que son consecuencia da actividade administrativa (por acción, omisión ou defectuoso funcionamento), dos danos cunha orixe distinta, producidos “*con ocasión*” dunha actividade administrativa e a virtude dunha simple confluencia loco-temporal, citábase a sentenza do Tribunal Supremo do 5.6.1998 (RX 5169), segundo a que “*la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad (...) de manera que, para que exista aquella, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso (...), que en este caso (...) no puede apreciarse (...) por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en sí mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos*”. En semellantes termos, invocábase, igualmente, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 9.12.2004.

Contrariamente á conclusión final contida no anterior ditame, noutro suposto dos analizados, considerábase que os danos tiñan a súa orixe directa no funcionamento do servizo público.

Tratábase este dun caso no que a interesada reclamaba unha indemnización con base á caída sufrida polo seu fillo durante a clase de ximnasia no colexio no que cursaba estudos, que lle produciu a rotura do brazo esquerdo. Dita clase transcorría baixo a vixilancia dun profesor do dito centro educativo na que se lle indicou ao neno –ao parecer de baixa estatura- que saltara ao poldro, elemento ximnástico -a dicir da nai- non recomendado con nenos tan pequenos.

A este respecto o ditame razoaba que a lesión tíñase producido nas instalacións dun centro educativo de titularidade autonómica, no transcurso da clase de educación física, e como consecuencia da realización dun exercicio ordenado polo profesor responsable da actividade, debendo terse por outra parte en consideración –dicíase- que ao alumno, pola súa curta idade –seis anos- non lle era esixible un maior grao de dilixencia no seu actuar, tendente a evitar o dano.

Atendidas tales circunstancias, e sen que, fronte á versión dos feitos contida na reclamación, isto supuxera cuestionar o grao de corrección con que actuou o docente –pois, malia a presunta negligencia atribuída pola reclamante, non obraba ningunha proba no expediente-, concluíase que no caso en cuestión, os danos sufridos polo alumno gardaban relación causal directa co servizo público educativo, precisamente por producirse a lesión no transcurso da clase de educación física, baixo indicacións directas do profesor, permitindo así apreciar, a diferenza do anterior caso, a existencia dun título de imputación adecuado e

suficiente para declarar a responsabilidade patrimonial da Administración autonómica polo funcionamento, normal, do dito servizo público.

### 3.2.- Revisión de oficio de actos administrativos

*3.2.1.- Os efectos das sentenzas do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas no dereito interno. A revisión de oficio que trae como causa unha sentenza anulatoria do Tribunal.*

Especial interese dentro deste apartado reviste o feito de que a revisión de oficio solicitada trae causa dunha sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas, o que suscita diferentes cuestións acerca da interacción Dereito comunitario- Dereito interno.

No caso do que tratamos, a Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda resolveu adxudicar a determinada empresa a concesión do servizo público de transporte marítimo da ría de Vigo e entre esta e as Illas Cíes. No contrato formalizado faise referencia ao outorgamento do dereito á prestación de transportes.

A concesión citada baseábase directamente na Lei 4/1999, do 9 de abril, de declaración de servizo público de titularidade da Xunta de Galicia do transporte público de viaxeiros na ría de Vigo. Esta titularidade pública abrangue tanto o servizo regular entre as ribeiras da ría coma o transporte estacional de carácter turístico con orixe ou destino nas Illas Cíes, dende calquera punto da ría de Vigo. A lei prevía igualmente, que a Administración xestionaría indirectamente o servizo público de transporte, adoptando a dita xestión indirecta á modalidade de concesión administrativa, cuxa adxudicación faríase mediante concurso.

Con data 9.3.2006, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, nun asunto que tiña por obxecto un recurso de incumprimento interposto, consonte co artigo 226 CE, pola Comisión das Comunidades Europeas, como parte demandante, contra o Reino de España, como parte demandada, ditou sentenza na cal declara a inaplicabilidade da devandita lei, por entendela contraria aos artigos 1, 4 e 9 do Regulamento (CEE) 3577/1992 do Consello, do 7 de decembro, polo que se aplica o principio de libre prestación de servizos aos transportes marítimos dentro dos Estados membros (cabotaxe marítimo).

A raíz da dita sentenza a Administración autonómica acordou a incoación do procedemento de revisión de oficio, co obxecto de declarar a nulidade do contrato administrativo de xestión do servizo público, con base no previsto no artigo 62.1. a), c) e f) da LPAC., cuestión esta, que unha vez tramitado o expediente, someteuse ao ditame do CCG.

A este respecto o CCG presentaba dúas cuestións como esenciais en orde a determinar a procedencia da revisión de oficio proposta pola Administración.

Por un lado a de cal é o valor que lle sexa recoñecible a unha sentenza estimatoria do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas ditada nun proceso por incumprimento do dereito comunitario, que declara incompatible con este unha norma de dereito interno dun Estado membro (neste caso, unha lei autonómica).

Por outro lado, o ditame interrogábase a cerca dos instrumentos que o Dereito interno proporciona ao Estado infractor en orde a restablecer a legalidade comunitaria vulnerada, como obrigado a executar os termos da sentenza, e se entre eles resulta aplicable o mecanismo da revisión de oficio previsto no art. 102 da Lei 30/1992, para facer desaparecer do mundo xurídico os actos executados con soporte ou amparo naquela lei declarada incompatible co Dereito Comunitario, neste caso, un regulamento comunitario.

Polo que se refería á primeira cuestión, no ditame recordábase que o proceso por incumprimento se regula nos artigos 226 e seguintes do Tratado CEE, concibíndose como un proceso tendente a controlar as infraccións que do Dereito Comunitario se produzan por parte dos Estados membros, xa sexa a través de disposicións normativas, actuacións administrativas ou xudiciais, que entren en colisión ou contradición co dereito comunitario, converténdose así o Tribunal de Xustiza en gardián do cumprimento do devandito ordenamento xurídico.

A sentenza nestes recursos por incumprimento é meramente declarativa, se ben sobre o Estado membro infractor pesa o deber de pór fin a tal contravención ou incompatibilidade e restablecer a orde xurídica comunitaria conculcada, debendo adoptar as disposicións necesarias para a execución da sentenza.

De non dicilo en contrario a propia sentenza, os seus efectos son retroactivos ou *ex tunc*, de sorte que tratándose de normas, tal eficacia sería a propia dunha sentenza anulatoria da norma interna, por resultar contraria á normativa comunitaria, aspecto que ten maior relevancia cando a norma comunitaria contravida sexa un regulamento, debendo significarse que o propio

TXCE vén admitindo de forma moi restritiva as posibles excepcións ao principio de eficacia *ex tunc* das devanditas sentenzas, pautando en cada caso as exixencias de interrelación entre o principio de seguridade xurídica e o de efectividade do dereito comunitario.

Se ben é certo que a devandita nulidade non pode ser declarada polo Tribunal de Xustiza comunitario, tamén o é que, habida conta os principios de primacía e efecto directo do Dereito europeo, que determinan a súa prevalencia sobre a norma interna contraventora do mesmo, fan inaplicable de pleno dereito a norma interna infractora, quedando obrigado o Estado infractor a suprimir ou facer desaparecer materialmente as consecuencias da infracción apreciada. Revélase así claramente a función de control "*constitucional*" ou nomofiláctica que ostenta o Tribunal de Xustiza comunitario

Chegados a este punto o ditame traía a colación a doutrina sentada polo Consejo de Estado, no seu *Informe sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español*, de data 14.2.2008, onde para casos similares ao actual observa que no noso ordenamento xurídico vén de producirse unha *mutación constitucional*, de natureza xurisprudencial, xa que se lle recoñece en sentenzas do Tribunal Constitucional, como a STC 28/1991, que a contradición da lei interna co dereito comunitario é "*un puro problema de selección de derecho aplicable al caso concreto*", alleo a constitucionalidade da lei, recoñecendo así ao xuíz ordinario poderes de inaplicación da lei interna que entre en contradición coa norma europea, que noutro caso lle estaría vedado xa que "*prima facie parece incompatible con su sujeción al imperio de la ley que la Constitución proclama en su art. 117.1*".

Así, en virtude da primacía do dereito comunitario, a eficacia directa dos regulamentos comunitarios, acorde co seu carácter de norma cuxo fin esencial é a de conquistar a uniformidade entre todos os Estados no seu ámbito de aplicación, e salvadas as dúbida iniciais, por sentenzas e ditames como os acabados de mencionar no parágrafo anterior, admítese con carácter xeral que "*los jueces nacionales están obligados a aplicar íntegramente el Derecho Comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin virtualidad cualesquiera disposiciones de las leyes nacionales, eventualmente contrarias, con independencia de que sean anteriores o posteriores a la norma comunitaria*" (STSS do 1.10.2003 e de 7.10.2005).

O certo é que a situación na que queda unha lei declarada contraria ao dereito comunitario por unha sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas, dista moito de ser clara, dado que, como vemos, debe ser inaplicada, mais non pode considerarse que fora, *per se*, nin derogada nin declarada nula,

xa que unha declaración en tal sentido corresponde, no primeiro caso ao Parlamento e no segundo ao Tribunal Constitucional.

Sexa como fora o relevante é que o sistema vixente non establece mecanismo ningún para a eliminación *erga omnes* da lei contraria, sendo así o único claro é que tal lei debe ser inaplicada e que o Estado en cuestión debe de adoptar as medidas oportunas para eliminala do ordenamento xurídico ou adaptar os seus preceptos cuestionados ás esixencias da normativa comunitaria. Por outra parte, o poder executivo correspondente, deberá absterse de adoptar calquera disposición en aplicación ou desenvolvemento da norma legal nacional declarada incompatible polo Tribunal co dereito comunitario (sentenza do Tribunal de Xustiza no asunto *Fratelli Costanzo*, de 22.06.1989).

No caso concreto examinado o ditame recordaba que tal problema viña de ser recentemente solventado xa que o Parlamento de Galicia acababa de aprobar a Lei 2/2008, de 6 de maio, pola que se desenvolve a libre prestación de servizos de transporte marítimo de persoas en augas interiores de Galicia; lei que derroga expresamente a lei 4/1999, de 9 de abril, cuestionada polo Tribunal de Xustiza.

A segunda das cuestións que o ditame presentaba, como se dicía, era a da propia viabilidade da revisión de oficio nunhas circunstancias como as descritas. Recordábase a este respecto os ditames 1495/2006 e 946/2007, do Consejo de Estado, nos que este sostivo a irreversibilidade das actuacións devidas firmes, *"aínda declarándose con posterioridade a contradición co Dereito comunitario do precepto legal en que se amparaban"*, apoiándose nos seguintes argumentos:

a) A eficacia xeral dos pronunciamentos do Tribunal de Xustiza en recursos por incumprimento, a pesar de que a sentenza que declara o incumprimento dun Estado membro ten efectos *ex tunc*, en virtude dos principios de efecto directo e de primacía, o Tribunal de Xustiza puntualizou que, ante a inexistencia dunha normativa comunitaria, corresponde ao ordenamento xurídico interno de cada Estado garantir a execución da mesma, mediante os mecanismos que crean precisos existentes no propio ordenamento xurídico interno.

b) Os límites de dereito interno derivados da seguridade xurídica á regra xeral da eficacia *ex tunc*. O principio de seguridade xurídica acha cobertura nun precepto constitucional (artigo 9.3 da Constitución) *"que non ten só como efecto o máis obvio de manter inmodificadas situacións consolidadas (a través de institucións como a prescrición, a firmeza e outras moitas relacionadas con estas), senón que - paradoxalmente- coopera na práctica a que o ordenamento se poida depurar máis doadamente pro futuro para acomodarse mellor ás normas legais e constitucionais vixentes, sen obrigar a sopesar os efectos*

*retroactivos dunha nulidade ou dunha declaración de inconstitucionalidade nun número de supostos ou casos pretéritos descoñecidos e por ende imposibles de avaliar ou ponderar".*

Así pois, desta doutrina do Consejo de Estado, obtíñanse dúas conclusións, dunha parte, que a circunstancia da declaración de incompatibilidade co Dereito comunitario non supón *per se* a nulidade da disposición; doutra, a prevalencia do principio xeral de irreversibilidade dos actos administrativos firmes.

O Consejo de Estado sinalaba que, establecida tal regra xeral, isto non obstaba para que cando se deran as circunstancias establecidas no artigo 62.1 da Lei 30/1992, puideran ser revisados tales actos firmes ditados ao amparo dunha lei declarada contraria ao ordenamento comunitario, sendo así polo tanto, que tal revisión non precisa da existencia dunha canle nova, a maiores do xa existente.

En definitiva, sentábase como conclusión, que non se podía predicar a nulidade automática ou *per se* do acto administrativo ditado ao amparo dunha lei que fora declarada contraria ao ordenamento comunitario, mais non obstante, o acto en concreto podía ser revisado de oficio se se dá algún dos supostos do artigo 62.1 da LRXPAC, análise este, polo tanto, a realizar nun marco xurídico exclusivamente interno, aspecto do que seguidamente se ocupaba o ditame.

### 3.3 Contratación administrativa

#### *3.3.1 Nacemento das obrigas derivadas de contrato. Consecuencias da falta de formalización.*

A normativa sobre contratación pública consagra un principio segundo o que, unha vez adxudicado o contrato, este acto goza dunha estabilidade impositiva da súa eliminación. Como é sabido, no noso ordenamento xurídico, a perfección do contrato administrativo ten lugar no momento da adxudicación realizada polo órgano de contratación competente, calquera que sexa o procedemento ou a forma de adxudicación utilizadas (artigo 53 TRLCAP). Xa que logo, a súa formalización posterior non constitúe un presuposto necesario cara a súa perfección, senón un requisito adxectivo engadido a un contrato administrativo xa existente e perfeccionado, que integra en si mesmo o contido certo e inalterado do Prego que rexeu no concurso, que sempre prevalece, clara e rotundamente, sobre un eventual, neste caso inexistente, documento de formalización.

Conforme a isto, unha vez adxudicado o contrato, este convértese en *lex inter partes*, principio fundamental da contratación civil declarado válido para a contratación administrativa pola xurisprudencia do Tribunal Supremo (sentenza 30.05.89) e por iso non pode ser deixado sen efecto pola vontade unilateral dunha das partes senón nos supostos taxados que o ordenamento recolle. Por iso, como xa ten sinalado o Consejo de Estado – no seu ditame 49.764 de 20.11.86, entre outros – “*una vez adjudicado el contrato por la Administración, tal acto goza de una estabilidad que impide su eliminación o substitución por otro de distinto contenido, salvo en el caso de que la adjudicación se haya hecho contra legem, y entonces el procedimiento depurador habrá de ser establecido con carácter general*”.

As anteriores consideracións xurdían a propósito dun expediente examinado polo CCG no que a contratista acudira a unha contratación, coa intención, por tanto de resultar adxudicataria deste, con base a unhas condicións publicadas e asumidas pola empresa, polo mero feito de participar nel.

O contratista, neste caso, para xustificar a falta de constitución da garantía definitiva e formalización do contrato no prazo que se lle tiña sinalado e que a Administración consideraba como causa de resolución do contrato, argüía dificultades técnicas derivadas da natureza da cuberta actual, non expresadas no anuncio nin nos pregos, que, segundo o seu parecer, imposibilitarían abordar os traballos na época do ano en que o contrato lle foi adxudicado. A empresa non tiña solicitado á Administración contratante, de xeito previo á presentación da súa oferta, ningunha documentación complementaria que lle permitise coñecer de xeito puntual as condicións da cuberta cuxa substitución era obxecto do contrato; sendo, polo demais, evidente, que a empresa era perfectamente coñecedora, cando formalizou a súa oferta, da época do ano en que os traballos tiñan que levarse a cabo.

Por tanto, e de concorrer circunstancias que, ao seu xuízo, así o permitisen, o contratista ao que tería dereito sería a desvincularse do contrato perfeccionado por medio da técnica da súa resolución, ou mesmo atacar a súa validez se o vínculo contractual adoeceira dun vicio de nulidade, pero non, como así o fixo, a desentenderse das obrigas inherentes á súa condición de adxudicatario, pois presentara ante a Administración escrito solicitando un aprazamento ou que se lle considerase desistido da súa oferta.

Neste caso pois, a consulta que se lle formulaba ao CCG tiña un alcance moi limitado. Así, segundo dispón o artigo 41.1 TRLCAP, o adxudicatario deberá acreditar, no prazo de quince días dende que se lle notifique a adxudicación do contrato, a constitución da garantía definitiva, e, de non

cumprirse este requisito por causas imputables ao adxudicatario a Administración declarará resolto o contrato.

Consecuentemente, existindo un contrato validamente adxudicado, e non concorrendo ningún impedimento imputable á Administración (54.3 parágrafo segundo do TRLCAP), a entidade mercantil debeu de proceder á formalización do contrato e á constitución da garantía definitiva dentro do prazo concedido ao efecto, actividades estas que, sen embargo, non tiñan sido realizadas pola entidade contratista, que, como xa se dixo, con anterioridade ao remate do prazo para a constitución da garantía definitiva, manifestara a súa vontade de desistir do contrato que lle fora adxudicado.

Ante tal situación e en aplicación do previsto nos artigos 54.3 e 111, d) do TRLCAP, non correspondía outra solución que a resolución do contrato mesmo e a incautación da garantía provisional e a indemnización dos danos e perdas ocasionados.

*3.3.2. A expresión da causa de resolución contractual. O interese público como causa de resolución.*

Nun dos expedientes examinados por este CCG durante o ano, a proposta de resolución facía referencia a motivos de interese público e ao desestimento unilateral da Administración como causa de resolución, pero estaba baseada, sen embargo, entre outras, na cláusula XIII do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares, “*obrigas do contratista*”, feito que fai referencia a un posible incumprimento por parte deste. O mesmo semellaba estar detrás da expresión como “*así como nas causas de resolución previstas no Real decreto legislativo 2/200, do 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas*”. Todo iso conformaba un texto de difícil interpretación.

Pois ben, a propósito de tal deficiente tratamento da causa de resolución, no ditame observábase que a proposta de resolución debía ser clara e conter a causa de resolución contractual na que se fundamentaba a proposta. No caso examinado, sen embargo, a proposta, lonxe de resultar clara, semellaba mesturar diferentes causas de resolución, sobre todo tendo en conta que o procedemento de resolución se incoara con base nun suposto incumprimento do contratista das súas obrigas.

Non obstante, considerando o informe-proposta no que se baseaba a propia proposta de resolución, o ditame apreciou que todo semellaba indicar que o concello solicitante do ditame propuña a resolución do contrato de consultoría

e asistencia por desestimiento unilateral da Administración, con base no artigo 214 LCAP.

E tomando esta última como causa, recordábase que a prerrogativa do desestimiento, que se orienta á resolución do contrato con carácter previo á súa finalización, ao existir motivos que fan innecesaria ou inconveniente a súa permanencia, debe estar orientada a salvagardar o interese público, en función das circunstancias sobrevidas ao momento da formalización dos contratos. A resolución do vínculo contractual debe asentarse nunha rigorosa valoración do interese público ou das circunstancias excepcionais que poidan concorrer, máis alá dunha xenérica apelación a tal interese sen maior xustificación.

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

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

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

Neste sentido, afirmábase que a motivación de interese público debe servir de motivación para a resolución do contrato orixinario, con base en feitos concretos e reais.

En definitiva, son dúas as cuestións que interesa destacar aquí. Por un lado, que debe constar perfectamente identificada no expediente a causa de resolución dos contratos, sen que esta, por tanto, poida prestarse a dúbida

ningunha; por outro lado, non se poden admitir aqueles supostos nos que a valoración do interese público afectado non aparece reflectida no expediente, limitándose nestes casos a proposta de resolución a unha simple afirmación xenérica de que este resulta afectado.

### 3.4.- Aspectos formais relativos aos expedientes analizados

- En primeiro lugar, unha vez máis, cómpre censurar a excesiva dilación na tramitación do procedemento, sobre todo tratándose de expedientes de responsabilidade patrimonial sanitaria, xa que resulta excesivo o prazo que transcorre dende a formulación da proposta de resolución, ata a súa remisión para ditame deste organismo. Como exemplo paradigmático do dito, nun dos casos ditaminados tiñan transcorridos máis de dous anos, sen que aparentemente, existan razóns motivadoras de tal paralización.

Tan significativa demora es contraria aos principios de eficacia e celeridade, debe ser decididamente corrixido.

- Reiterando tamén unha observación xa feita en anteriores anos, obsérvanse algúns casos de expedientes remitidos para ditame, cando tan só se ditou o acordo de inicio do expediente e, polo tanto, en ausencia de toda tramitación posterior. Hai que sinalar a este respecto que a intervención deste órgano tan só ten lugar cando se tramitou a totalidade do procedemento, incluída a proposta de resolución, e inmediatamente antes de adoptar a resolución definitiva por parte do órgano competente.

- Debe recordarse, no relativo aos expedientes de contratación nos que se propugna a resolución do contrato, a necesidade de practicar o trámite de audiencia da entidade avalista. Tal trámite de audiencia, previsto no artigo 46 do TRLCAP, responde, como sinala a STS do 6 de febreiro de 1988, a que *“si el avalista responde frente a la Administración del importe señalado como fianza en los mismos términos que hubiese sido constituida por el propio contratista, sin poder tampoco utilizar el beneficio de excusión a que se refiere el artículo 1830 Cc, sus intereses y derechos están afectados de forma directa y de inmediato por el acto de la administración que decreta la incautación de la fianza y, en consecuencia, a de propiciarse en su favor las correspondientes posibilidades defensivas, porque, en otro caso, se produciría la indefensión constitucionalmente interdictada”*.

- As probas practicadas polo instructor do expediente en moitas ocasións resultan insuficientes para acadar unha mínima convicción en torno á realidade

dos feitos en virtude dos que se reclaman, cando non ocorre, como xa se dixo noutras ocasións, que a Administración adopta unha posición simplemente pasiva conformando os feitos que motivan a reclamación con base, unicamente, nas probas presentadas polos interesados.

- Este Consello ten reiterado nas sucesivas memorias de actividades, a necesidade de corrixir unha práctica observada nos expedientes de responsabilidade patrimonial da Administración sanitaria consistente en remitir con ocasión da petición de ditames sobre responsabilidade patrimonial sanitaria e dentro do expediente, a totalidade da historia clínica do paciente ao que se refire a reclamación. Recordábase nesas ocasións que a dita práctica facía máis complexo a labor de preparación e estudo do expediente que ten que levar a cabo este órgano, alongando ademais, innecesariamente, en prexuízo de todos os interesados, o tempo investido nas ditas tarefas, como porque -no que se estimaba máis transcendente- se puña seriamente en cuestión o dereito á intimidade dos pacientes e, polo tanto tamén, o dereito a que se respecte o carácter confidencial dos datos referentes á súa saúde, dereitos estes que -recordábase- están amparados pola Lei 41/2002, do 14 de novembro, reguladora da autonomía do paciente e dos dereitos e obrigas en materia de información e documentación clínica.

Tal inconveniente práctica segue a producirse na actualidade, polo que, de novo, reitérase a necesidade de corrixila.

- Ocorre frecuentemente nos expedientes remitidos por concellos, que estes remiten como proposta de resolución (artigo 48.2 do Regulamento de organización e funcionamento deste Consello) o *informe - proposta* emitido pola Secretaría do concello.

Concretamente, en relación cos expedientes de contratación, o artigo 59.1 do TRLCAP atribúe a prerrogativa de resolver os contratos ao órgano de contratación. Nos mesmos termos se pronuncia o artigo 114 do texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local, aprobado polo Real decreto legislativo 781/1986, do 28 de abril.

Pois ben, a esixencia de que o órgano de contratación sexa partícipe do procedemento de resolución antes de que o expediente se remita ao Consello Consultivo, lonxe de ser un rigorismo formal, é unha esixencia insoslaible derivada da particular natureza propia da proposta de resolución que se remite. En efecto, no ámbito dos procedementos tramitados na súa integridade no seo dunha mesma Administración, o aspecto da competencia para formular a proposta de resolución posterior á instrucción daqueles (artigo 84.1 LRXPAC) pode ser relativizado, porque o decisivo é a adopción do acordo polo órgano

competente, circunstancia que, en último termo, convalidaría o acto anulable que adocera dun vicio de incompetencia non determinante de nulidade, conforme dispón o artigo 67.3 da LXPAC.

Resulta necesario así que, sendo a Alcaldía o órgano de contratación, sexa esta a que formule a proposta de resolución; ou ben se deixe constancia no expediente da toma de razón por aquela do contido do “*informe - proposta*” da Secretaría, aspecto este que non pode entenderse implícito no feito da remisión do expediente polo alcalde para o seu preceptivo ditame deste Consello.

- Tratándose tamén de expedientes de Administración local, en ocasións bótase en falta o preceptivo informe do Interventor da Corporación, informe esixido, xunto co do Secretario, no artigo 321 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, da Administración Local de Galicia.