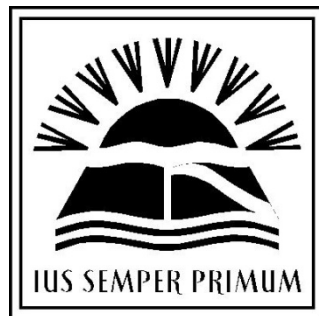


CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

MEMORIA

2010



CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA
MEMORIA
DEL AÑO 2010

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



SANTIAGO DE COMPOSTELA, 2011

OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

1.- Proyectos normativos

1.1.- E gallego en la enseñanza no universitaria

1.2.- La declaración responsable como mecanismo de control *a priori*, a propósito de la prestación de servicios de identificación del ganado bovino, ovino y caprino

2.- Revisión de oficio y litispendencia

3.- Contratos administrativos y concesiones administrativas

3.1.- Caducidad por inactividad de la Administración en los procedimientos de resolución de los contratos administrativos

3.2.- Plazo máximo para dictar resolución en los procedimientos de declaración de caducidad de las concesiones administrativas

4.- Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas

4.1.- La pérdida de oportunidad como concepto indemnizatorio distinto del lucro cesante

4.2.- Dos concretos supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: el *mobbing* y la declaración de ruina de un inmueble

4.3.- El principio de eficacia, coordinación e servicio a los ciudadanos en la tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial

OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

1.- PROYECTOS NORMATIVOS

1.1- El gallego en la enseñanza no universitaria

En el año 2010 el Consejo Consultivo de Galicia dictaminó, al amparo de lo previsto en el artículo 11.1 d) de la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, el “*proyecto de decreto para lo plurilingüismo en la enseñanza no universitaria de Galicia*”, una de cuyas finalidades era, precisamente, reglamentar el uso del gallego en este ámbito.

En el análisis del proyecto, el CCG 183/10 partió al igual que el CCG 366/07 (relativo al “*proyecto de decreto por el que se regula el uso y la promoción del gallego en el sistema educativo*”), del modelo lingüístico que, para el Estado español, diseña el artículo 3 de la Constitución Española (CE), sobre la base de las siguientes notas:

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

2º. Las demás lenguas existentes a nivel territorial distintas del castellano disfrutarán de un estatuto de cooficialidad en su respectivo territorio con la lengua oficial del Estado, aunque en un régimen de asimetría por contraerse su oficialidad exclusivamente a su nivel territorial.

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

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

Sobre esta base, el CCG 183/10 destacó como el modelo constitucional de lengua, así configurado, no está tan sólo recogido en la CE, y esto por cuanto esta también efectúa una remisión o habilitación a los estatutos de autonomía (artículos 3.2 y 147) en lo concerniente a la oficialización de las lenguas territoriales propias de las comunidades autónomas en los términos en ellos definidos. Los Estatutos de Autonomía, en desarrollo de este cometido, asumen también una función materialmente constitucional, complementaria e integradora, que implica el ejercicio de una competencia propia, la opción por la oficialización de la lengua propia, sin perjuicio de su subordinación jerárquica a la CE.

Por estas razones, y como ya se había señalado en el CCG 366/07, al Estatuto de Autonomía se le reserva y asigna una muy importante función constitucional de definición del alcance de la oficialidad de la propia lengua, que

no puede ser realizada ni desarrollada -aislada o desconectadamente- directamente por las leyes autonómicas que puedan ser dictadas en materia lingüística, y mucho menos por vía reglamentaria, pues los criterios esenciales de ordenación de la materia sobre la lengua han de tratarse en el Estatuto, como se desprende de su configuración de norma institucional básica y del tenor del artículo 5 del Estatuto de Autonomía de Galicia (en adelante, EAG), siendo así que las disposiciones de normalización no pueden ser aprobadas de manera desconectada del Estatuto.

De esta manera, partiendo de que la declaración de la oficialidad tiene que tener por finalidad principal no sólo la proclamación de la existencia de una lengua territorial propia, sino también la de promover y posibilitar el ejercicio de los derechos lingüísticos, es preciso distinguir entre el aspecto positivo, o de derecho, y el aspecto negativo, o de deber, en cuanto al conocimiento y uso de las lenguas propias.

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

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

En este sentido, el derecho al uso de la lengua propia es un derecho de libertad esgrimible frente a los poderes públicos e incluso también frente a

ciertos particulares que realicen, por delegación o concesión, una actividad pública; derecho que no se puede esgrimir, por el contrario, en las relaciones entre particulares.

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

Y es que, como ya se había advertido en el CCG 366/07, el marco constitucional surgido en 1978, al mismo tiempo que aceptó el plurilingüismo, hizo prevalecer la premisa de que el derecho al uso de la propia lengua es un derecho individual que se ejercerá siempre sobre la base de la elección subjetiva de cada ciudadano, de suerte que ninguna de las lenguas cooficiales será objetivamente prevalente, por cuanto formalmente lo será la que subjetivamente resulte de la elección y libre decisión de cada usuario. Esta es la concepción que late en la redacción del artículo 3º de la CE de 1978 e incluso en el artículo 5º del EAG de 1981, que oficializan los idiomas gallego y castellano en Galicia, aunque, destacadamente, el precepto estatutario comienza por proclamar que *“la lengua propia de Galicia es el gallego”*.

En todo caso, argumenta el CCG 183/10, no es suficiente con el reconocimiento y protección formal del derecho al empleo de una lengua oficial por parte de los poderes públicos (oficialidad), sino que es preciso promover la regularización del uso de esa lengua como principal vehículo de comunicación e integración social (normalización) entre sus usuarios, con el fin de hacer realidad la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos constitucionales y legales (artículo 9.2 CE). De este modo, el mayor grado de defensa y protección de las lenguas territoriales gira en torno a dos ejes, la cooficialidad y la normalización social.

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

Con todo, es en el campo de la enseñanza, añade el CCG 183/10, donde la adopción de esas acciones y decisiones de apoyo singularizado cobra singular y genuina relevancia como modo de garantizar los derechos lingüísticos de los ciudadanos de las nuevas generaciones, promoviendo la normalización de la lengua, lo que se traduce en la necesidad de articular una serie de medidas que garanticen y protejan, según su grado de trascendencia, los bienes jurídicos en juego, diseñando un sistema de equilibrios en la búsqueda de la vigencia, con plenas garantías, del bilingüismo habilitado y protegido por la CE.

En esta perspectiva jurídica es donde se sitúa el punto de mira desde la que el Consejo Consultivo examinó las medidas normativas diseñadas en el proyecto de decreto sometido a dictamen, en el marco de la competencia exclusiva reconocida a nuestra Comunidad por el EAG (artículo 27.20) en materia de promoción y enseñanza de la lengua gallega.

Así las cosas, el punto de partida del análisis jurídico que se realiza debe partir de la consideración de que la declaración constitucional y estatutaria de cooficialidad del idioma no implica un deber general y abstracto, incondicional y perfecto del conocimiento del gallego y, menos aún, de su uso. En este sentido, resulta incontestable jurídicamente que ese concreto asunto hubiera sido estudiado con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de normalización lingüística de Galicia 3/1983, de 15 de junio, y decidido por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de junio de 1986, al proceder a anular, por inconstitucional, el inciso “*deber de conocerlo*” (el gallego) por parte de todos los gallegos, recogido en el artículo 1.2 de dicha ley.

Según la doctrina constitucional recogida en aquella sentencia, la oficialidad de una lengua territorial no puede llevar consigo el deber u obligación de conocerla por parte de los ciudadanos, debiendo de este modo mantenerse en todo caso separados el deber de conocer una lengua de las consecuencias que se derivan de su oficialidad. Pero esta regla general tiene importantes matizaciones en el campo de la enseñanza, traducidas en la imposición y reconocimiento del deber y derechos singulares a los partícipes del proceso educativo, pues la CE no impone el conocimiento de las lenguas cooficiales, pero tampoco prohíbe su exigencia en supuestos concretos.

Conviene precisar que, privado por el Tribunal Constitucional de la trascendente previsión del deber de conocimiento de la lengua propia por parte de los gallegos, el texto legal no recibió adaptación posterior alguno a las nuevas sensibilidades sobre los derechos y deberes lingüísticos, adoptadas e incluso impulsadas por el propio Tribunal Constitucional en pronunciamientos posteriores al referenciado.

Esto supone que, a diferencia de lo que ocurre en otras comunidades con lenguas cooficiales, en Galicia las encomiendas legales realizadas al poder ejecutivo hacia el desarrollo de la normalización lingüística adolecen de la falta

de una previsión legal actualizada que profile el deber de conocimiento de la lengua en ámbitos concretos, en la línea del ya expuesto, más allá de la exigencia legal de que la lengua gallega sea materia de estudio obligatorio en todos los niveles educativos no universitarios y la encomienda a las autoridades educativas para la promoción del uso progresivo del gallego en la enseñanza (artículo 13.2) y la garantía de que, al final de los ciclos en los que la enseñanza en gallego es obligatorio, los alumnos conozcan esa lengua, en sus niveles oral y escrito, en igualdad con el castellano (artículo 14.3).

En el estricto campo de la normalización lingüística, y como también ha destacado el CCG 366/07, el plan de normalización de la lengua, aprobado por el Parlamento en septiembre de 2004, juega un papel singular en la instrumentalización y canalización del, hasta entonces, impulso social difuso en la normalización lingüística, pero, en aplicación del sistema de fuentes del derecho, no puede cubrir las carencias legales antes apuntadas, que trascendían, a aspectos concretos del proyecto sometido a dictamen.

Hecha esta advertencia, este alto órgano consultivo ha entendido preciso reconocer un importante papel interpretativo al plan de normalización de la lengua pues, aunque no podía resultar vinculante para el poder ejecutivo, lo cierto es que, en cierta forma, debía ser tenido en cuenta a los efectos de la interpretación del reglamento proyectado ya que este lo mencionaba en su parte expositiva, justo a continuación de la referencia que hacía a la Ley de normalización lingüística de Galicia, Ley 3/1983, de 15 de junio, y a la Carta europea de lenguas regionales y minoritarias de 1992.

- El uso del gallego en la educación infantil.

Realizadas estas consideraciones, el CCG 183/10 acometió el examen de la regulación en el proyecto del uso del gallego en la educación infantil, de acuerdo con la cual en esta etapa el profesorado usaría en el aula la lengua predominante entre el alumnado, aunque debía tener en cuenta la lengua del entorno y procuraría que el alumnado adquiriera, de forma oral y escrita, el conocimiento de la otra lengua oficial de Galicia dentro de los límites de la etapa o ciclo. Asimismo el proyecto prescribía que la lengua predominante del alumnado se determinara de acuerdo con el resultado de una consulta que se efectuaría a cada familia antes del comienzo del curso escolar acerca de la lengua materna de su hijo o hija, aunque obligando a una atención individualizada al alumnado que no tuviera un conocimiento suficiente de la lengua predominante.

El Consejo Consultivo, en el análisis de la legalidad de estas previsiones, partió de los mandatos recogidos en el artículo 13.1 de la Ley de normalización lingüística de acuerdo con los cuales *“1. Los niños tienen derecho a recibir e primer enseñanza en su lengua materna. El gobierno gallego arbitrará las medidas necesarias para hacer efectivo este derecho”, “2. Las autoridades educativas de la Comunidad Autónoma arbitrarán las medidas encaminadas a*

promover el uso progresivo del gallego en la enseñanza”, y “3. Los alumnos no podrán ser separados en centros diferentes por razón de la lengua. También se evitará, a no ser que con carácter excepcional las necesidades pedagógicas así lo aconsejaran, la separación en aulas diferentes”. Estos mandatos debían completarse, a juicio del Consejo, con lo dispuesto en el art. 14.1: “La lengua gallega es materia de estudio obligatorio en todos los niveles educativos no universitarios. Se garantizará el uso efectivo de este derecho en todos los centros públicos y personales”.

Atendiendo a estos parámetros legales, la previsión del proyecto de acuerdo con la cual el profesorado emplearía en el aula la lengua que se determinara de acuerdo con el resultado de una consulta que se había de efectuar a cada familia acerca de la lengua materna de los alumnos, vulneraba, a juicio de este alto órgano consultivo, la configuración del derecho fundamental de educación tal y como se desprende de una interpretación integradora del artículo 10 y de los apartados 2, 3 y 5 del artículo 27 de la CE. De la dicción de estos preceptos constitucionales se deduce que son los poderes públicos los que tienen encomendada la programación general de la enseñanza, en la medida en que ello supone una garantía de que todas las personas, en un plano de igualdad, pueden desarrollar libremente su personalidad.

De este modo, entendió el Consejo que someter la configuración de un derecho fundamental a votación, con renuncia de la función de programación general de la enseñanza que compete a los poderes públicos, infringía dichos preceptos constitucionales. Es cierto que en el apartado 5 del artículo 27 CE se alude a la “*participación efectiva de todos los sectores afectados*”; no obstante, esto no ampararía que dicha función dependiera exclusivamente de la voluntad vinculante de las familias y vulneraría el principio de competencia organizativa en la enseñanza, en cuanto supone una abdicación de dicha competencia a la que alude el citado precepto constitucional, y que, asimismo, se desarrolla en distintos preceptos de la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, según se expone más ampliamente en la consideración quinta del dictamen. Esta interpretación se ve corroborada, a *contrario sensu*, por el hecho de que la CE, en el apartado 3 del citado artículo 27, únicamente reconoce una esfera de elección en el caso de la formación religiosa y moral.

Por otra parte, aquella previsión del proyecto también vulneraría el artículo 13 de la Ley de normalización lingüística de Galicia (y, en el caso del gallego, en concreto, el artículo 8 de la Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias) en el que se establece el derecho del alumnado a recibir la primera enseñanza en su lengua materna.

Este derecho incondicionado del alumno se ve conculcado, entiende el dictamen, si el profesor “usa” únicamente en el aula una lengua diferente a la suya. Es cierto que el proyecto de razón disponía que “*se atenderá de manera individualizada al alumnado que no tenga conocimiento suficiente de la lengua*

predominante” y que el profesorado “*procurará que el alumnado adquiera de forma oral y escrita el conocimiento de la otra lengua oficial de Galicia*” (párrafo 1); pero, tal y como se ha señalado en el CCG 183/10, con estos circunloquios no se respetaba cabalmente el mandato de la Ley de normalización lingüística, dado que no permitían entender que el alumno recibiría “*la primera enseñanza en su lengua materna*”.

Por otra parte, se reconocía en el CCG 183/10, que el derecho que consagra el artículo 13 Ley de normalización lingüística no es absoluto, pues en un sistema de “*conjunción lingüística*” (modelo seguido por dicha ley) la enseñanza es necesariamente bilingüe, característica definidora del modelo, por lo que el alumnado no tiene derecho a que se utilice su lengua materna como lengua única o exclusiva en el aula.

Precisamente por ello, la Administración educativa no debe garantizar el empleo de la lengua mayoritaria por el alumnado sino que todos y cada uno de los niños puedan recibir la primera enseñanza en su lengua materna, sea cual sea esta, siendo así que tal circunstancia no se garantizaba suficientemente en la regulación proyectada. De hecho, la única medida prevista en el texto sometido a dictamen era “*la atención individualizada*”, atención que podía bastar cuando los alumnos que no tuvieran como lengua materna la predominante en el aula fueran una minoría exigua, pero no en aquellos casos, en absoluto extraordinarios en nuestra sociedad, en que la proporción fuera mayor o incluso de hasta el 49%.

Ciertamente la dicción literal de la Ley de normalización lingüística de Galicia no deja mucho margen de maniobra en este primer nivel educativo, siendo cierto que la Administración poco puede hacer sino regular el empleo de las lenguas en esta, en el sentido de tender a emplear las dos, indistinta y proporcionalmente a su empleo porcentual, satisfaciendo así el derecho subjetivo de cada uno de los alumnos.

Sin desconocer que en este ciclo educativo la recepción de la enseñanza en la lengua materna se erige en el eje esencial del sistema, técnicamente es difícil dar una definición unívoca de lo que se entiende por lengua materna, concepto que tampoco proporciona la Ley de normalización lingüística. El concepto más aceptado es el que concibe como tal la lengua habitual en el seno de la familia, sea en uno u otro de los idiomas, aunque no se pueden olvidar los datos que suministren documentos oficiales de estudio sociolingüístico que revelen una situación de bilingüismo en determinadas familias, o de monolingüismo, en uno u otro idioma, dentro de un entorno lingüístico dispar o divergente con el habla o idioma familiar o materno, como tampoco se puede olvidar la influencia y convivencia de la lengua materna con la llamada “*lengua ambiental*” o “*lengua del entorno*”, lo que es característico de sociedades bilingües como la gallega. Tales circunstancias, advertía el CCG 183/10, deben servir como presupuesto para la programación lingüística en la enseñanza, programación que, como es sabido, viene atribuida en exclusiva a los poderes públicos y no a las familias, sin

perjuicio de su colaboración en los términos que señala la normativa básica del Estado, normativa que deben respetar los reglamentos que pueda elaborar la comunidad autónoma.

Sobre la interrelación conceptual entre “lengua materna” y “lengua ambiental”, se pronunciaron las dos sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1988 (dos sentencias), y las de 16 de mayo de 1990 y 28 de abril de 2000. La primera de ellas dice expresamente: “la lengua ambiental de relación, forma también parte del derecho a recibir educación y enseñanza en la lengua materna”. Corolario de esta definición o precisión del concepto de lengua materna es que su determinación no puede quedar únicamente vinculada a una consulta a los padres, ya que tal consulta puede poner de manifiesto la lengua predominante en el aula o en el centro, pero no la lengua del entorno, que solamente puede ser contrastada por datos aportados por encuestas sociolingüísticas oficiales, ni, mucho menos, la lengua materna del niño.

De esta forma la única vía que se entendió por el Consejo Consultivo plenamente respetuosa con la legislación en materia de normalización lingüística era la de que fuera en el proyecto lingüístico donde se concretara, mediante todos los datos que el centro puede y debe barajar (datos sociolingüísticos, información facilitada por los padres y datos de la observación directa del profesorado), cuál era la lengua del entorno y cuál la materna predominante, así como los mecanismos específicos o de uso proporcional de cada lengua, partiendo siempre del necesario uso de ambas por parte del profesorado.

Así las cosas, lo que ocurría en el proyecto normativo sometido a dictamen era que un reglamento pretendía desvirtuar un derecho legalmente configurado, limitando un derecho incondicionado reconocido por la ley.

- La consulta a las familias sobre la asignación lingüística de determinadas materias en las etapas de educación primaria y secundaria.

El proyecto reglamentario sometido a dictamen preveía para estas etapas educativas la atribución a las familias de una capacidad decisoria en el campo de la programación, como consecuencia del resultado de una consulta, que se presentaba como vinculante para la Administración educativa, en relación con la “asignación lingüística” de determinadas materias troncales, inicialmente establecida por el propio proyecto. En concreto, se señalaba como aquella asignación sería modificada por la Administración educativa si así lo “determinara” la mitad más una de las familias del alumnado matriculado en las referidas etapas.

Se producía, por lo tanto, un alejamiento de los consejos escolares de los centros educativos de toda competencia o coparticipación en dicho proceso de asignación lingüística de dichas materias troncales, limitándose la competencia

de aquellos consejos a aprobar y evaluar el proyecto lingüístico redactado por una comisión del profesorado del centro.

En cuanto a la participación decisional de las familias, que no se contemplaba en los anteriores decretos reguladores del uso del gallego en la enseñanza, el análisis del otorgamiento, vía reglamento, de esa facultad exigía la búsqueda de los títulos jurídicos habilitantes, debiendo significarse que en aquella se insertaban, tanto el elemento educativo, concretamente en el campo de la programación, como el elemento lingüístico.

El primero de los títulos que consideró el CCG 183/10 fue el de la competencia que ostenta la Comunidad Autónoma de Galicia en materia educativa, y en concreto, en el campo de su programación. Efectivamente, la Comunidad autónoma gallega ostenta competencia plena para la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, en el ámbito de sus competencias, aunque tal competencia debe ser entendida y actuada dentro del denominado bloque de constitucionalidad (artículos 27.5 y 149.1.30 de la CE, artículo 31 del EAG, y artículos concordantes de las Leyes orgánicas 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, y 2/2006, de 3 de mayo, de educación).

Pues bien, la atribución a los poderes públicos, en exclusiva (esto es, con carácter indispensable y no abdicable) de la competencia de la programación educativa resulta de los términos del artículo 27.5 de la CE, cuando establece que *“Los poderes públicos garantizarán el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”*.

De los términos del precepto se deduce que son los poderes públicos los que deben garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la educación, como servicio público que es, mediante la programación general de la enseñanza. Y, justamente porque es responsabilidad de las administraciones educativas la realización de una adecuada programación de la enseñanza, y por constituir dicha tarea una garantía básica del derecho a la educación, es por lo que, a juicio de este alto órgano consultivo, resultaba indispensable, irrenunciable e indelegable tal responsabilidad, en virtud del cual constitucionalmente no era admisible que la programación de la enseñanza quedara, total o parcialmente, a disposición de la voluntad exclusiva de los particulares, en este caso, de las familias, como pretendía el proyecto.

Así lo puso ya de manifiesto el propio Tribunal Constitucional, cuando señaló que *“al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el núm. 5 del mismo precepto”* (STC 86/1985). Del mismo modo, la sentencia 337/1994 precisó como *“en la Sentencia del TC 195/1989, se declaró que ninguno de los múltiples apartados del art. 27 de la Constitución española -ni el primero, al*

reconocer el derecho de todos a la educación, ni el segundo o el séptimo, en los que aparecen claramente mencionados los padres de los alumnos (...)- incluye, como parte del elemento del derecho constitucionalmente garantizado, el derecho de los padres a que sus hijos reciban educación en la lengua de preferencia de sus progenitores en el centro docente público de su elección”.

Incluso se añadía en la referida sentencia que *“El derecho de todos a la educación, no cabe olvidarlo, se ejerce en el marco de un sistema educativo en el que los poderes públicos -esto es, el Estado a través de la legislación básica y las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias en esta materia- determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje, organizando asimismo su desarrollo en los distintos Centros docentes; por lo que la educación constituye, en términos generales, una actividad reglada. De este modo, el derecho a la educación que la Constitución garantiza no conlleva que la actividad prestacional de los poderes públicos en esta materia pueda estar condicionada por la libre opción de los interesados de la lengua docente. Y por ello los poderes públicos -el Estado y la Comunidad Autónoma están facultados para determinar el empleo de las dos lenguas que son cooficiales en una Comunidad Autónoma como lenguas de comunicación en la enseñanza, de conformidad con el reparto competencial en materia de educación”.*

Cierto es que el artículo 27 CE añade que dicha tarea garantista encomendada a los poderes públicos contará con la participación efectiva de todos los sectores afectados, participación que el apartado 7 del precepto extiende a la *“intervención de profesores, padres y, en su caso, alumnos en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos”.* Pero, entendió el CCG 183/10 que tal participación debía ajustarse a la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), que contempla el diseño competencial, orgánico y de contenido de la programación educativa, de acuerdo a un modelo que podemos calificar de programación “en cascada”.

A estos efectos el dictamen traía a colación que el instrumento que actúa y concreta la programación educativa es el “currículo”, definido en el artículo 6 de la citada Ley orgánica 2/2006 como *“el conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas reguladas en la presente ley”.*

Su propio artículo 6.2 le encomienda al Gobierno, *“con el fin de asegurar una formación común y garantizar la validez de los títulos correspondientes”*, que fije los aspectos básicos del currículo que constituyen las enseñanzas mínimas a las que se refiere la disposición adicional primera, apartado 2, letra c) de la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, precisando su nº 3 que los contenidos básicos de las referidas enseñanzas mínimas *“requerirán el 55 por 100 de los horarios escolares para las*

Comunidades Autónomas que tengan lengua cooficial y el 65 por 100 para aquellas que no la tengan”, añadiendo el apartado 4 como “Las Administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, del que formarán parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores. Los centros docentes desarrollarán y completarán, en su caso, el currículo de las diferentes etapas y ciclos en uso de su autonomía y tal como se recoge en el capítulo II del título V de la presente Ley”.

Pues bien, como advirtió el CCG 183/10, esta última competencia se ejerce a través de los órganos de gobierno de los centros: consejos escolares y claustro de profesores (art. 119 LOE).

Cierra ese modelo de programación educativa, el denominado “proyecto educativo”, que de acuerdo con el art.121 LOE “incorporará la concreción de los currículos establecidos por la Administración educativa que corresponde fijar y aprobar al Claustro, así como el tratamiento transversal en las áreas, materias o módulos de la educación en valores y otras enseñanzas”, tomando como criterios “las características del entorno social y cultural del centro”, sin olvidar la participación que el profesorado tiene en ese ámbito a través del claustro de profesores y la ejecución de la programación y enseñanza en las áreas, materias y módulos que tengan encomendados.

Se sitúa así al centro educativo, a través del consejo escolar del centro, en la base de esa estructura en la que se inserta la programación educativa, afirmación que deriva del artículo 125 de la citada ley cuando dispone cómo “Los centros educativos elaborarán al principio de cada curso una programación general anual que recoja todos los aspectos relativos a la organización y funcionamiento del centro, incluidos los proyectos, el currículo, las normas, y todos los planes de actuación acordados y aprobados”.

La propia LOE (artículo 118) sitúa la sede de la participación y corresponsabilidad de las familias en la educación de sus hijos en los centros educativos, garantizando y estableciendo, mediante el mecanismo de la *representación*, su participación en los órganos de gobierno de estos, haciendo así realidad el derecho que proclama el artículo 4 de la Ley orgánica 8/1985, reguladora del derecho a la educación, “a participar en el proceso de enseñanza y aprendizaje de sus hijos”.

Por otra parte, añadía el Consejo en su dictamen, son muchas los pasajes donde la referida ley orgánica llama al ejercicio del derecho de participación de los padres o familias en aspectos que tienen que ver con la educación de sus hijos, pero siempre, como no podía ser de otro modo, dentro de los cauces orgánico-participativos previstos en ella.

De hecho, el propio proyecto de decreto reconoce ese protagonismo en la materia planificadora a los centros educativos, sin participación alguna codecisiva de las familias, en el caso del bachillerato. Así, el artículo 8 dispone: *“Cada centro educativo, según lo establecido en el reglamento de centros, establecerá una oferta equilibrada en la mismo porcentaje de materias comunes, de modalidad y optativas para impartir en gallego y en castellano. Este proceso se realizará cada cuatro cursos escolares”*.

Pues bien, a la vista de todo lo expuesto el Consejo Consultivo de Galicia ha entendido que, siendo cierto que la participación de las familias era fundamental, y su colaboración imprescindible para alcanzar los objetivos de una formación integral de los hijos, esa forma de elección que pretendía configurar el proyecto de decreto, además de no encontrar sustento en nuestra Carta Magna, de acuerdo a la ya citada doctrina del Tribunal Constitucional, y dado que tampoco ha sido objeto de reconocimiento por disposición legal, en el marco de la Ley orgánica de educación, no podía ser establecida, *ex novo*, por una norma reglamentaria como la que se dictaminaba, al carecer del rango preciso para abordar tan trascendente aspecto.

En definitiva, concluía el CCG 183/10 que en nuestro ordenamiento no tenía cabida un modelo como el propuesto, en el que la responsabilidad de la elección del idioma en la enseñanza, o la distribución de las materias troncales entre los dos idiomas, gallego y castellano, había recaído, siquiera en parte, en las familias, con abdicación de la responsabilidad educativa que el artículo 27 de la CE atribuye a los poderes públicos, de manera que la proyectada regulación se situaba, en este concreto aspecto, fuera del edificio organizativo que para la programación educativa diseña la referida LOE.

Tal asignación curricular-idiomática se haría, por otra parte, sin otro criterio que la voluntad mayoritaria expresada por las familias, al margen, por lo tanto, de otros criterios o estándares tales como el entorno socio-lingüístico o las razones pedagógicas, entre otras, a cuya consideración también obligarían tanto la normativa básica del Estado ya citada, como la propia Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística,

Finalmente, el dictamen del Consejo Consultivo ha entendido preciso hacer referencia al cúmulo de dificultades de índole estrictamente jurídica que, al margen de los problemas de oportunidad ya puestos de manifiesto de manera abrumadora en los trámites de audiencia e información pública (conflictos indeseables en los centros educativos y de división en la comunidad escolar al trasladar tal decisión al conjunto de las familias), presenta esta pretendida configuración de la participación familiar como criterio exclusivo y vinculante para la Administración educativa, canalizada a través del sistema de votación cada cuatro años.

En primer lugar, la previsión de ese plazo de cuatro años parecía arbitrario en la medida en la que suponía el desconocimiento y vulneración de los derechos (derecho a la educación y derecho a un trato no discriminatorio, fundamentalmente) de aquellos padres cuyos hijos se incorporaran al sistema con posterioridad al momento en el cual por mayoría se hubiera acordado la distribución de los dos idiomas, generando una situación que, sin haber participado en el proceso, se verían obligados a soportar durante el largo período de cuatro años.

En segundo lugar, destacaba el CCG 183/10, era preciso relacionar la consulta vinculante en tela de juicio con lo dispuesto en el artículo 78.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC) cuando afirma que *“Los resultados de los sondeos y encuestas de opinión que se incorporen a la instrucción de un procedimiento deberán reunir las garantías legalmente establecidas para estas técnicas de información así como la identificación técnica del procedimiento seguido para la obtención de estos resultados”*. A juicio del dictamen, la consulta a las familias previstas en el proyecto de decreto, podía ser considerada como una suerte de encuesta o sondeo, cuando no como un verdadero referéndum vinculante, lo que ya derivaría indudablemente a la legislación en la materia. Sin embargo, en ningún momento la regulación proyectada hace referencia a los requisitos, procedimientos o formas en que estas consultas se llevarán a cabo, ni las garantías de aquellos, o forma de publicación de los resultados. Y tampoco se precisa, siendo un aspecto esencial, la forma en que tales resultados se incorporarán al procedimiento, como motivación de determinadas elecciones lingüísticas.

Incluso cabe preguntarse si, desde este punto de vista, es posible por vía de reglamento establecer *ex novo*, esto es, sin norma de rango legal que le otorgue cobertura, una regulación como la proyectada. La respuesta, a juicio del Consejo Consultivo, debía ser necesariamente negativa, pues la dicción literal del precepto es clara cuando remite a las *“garantías legalmente establecidas”*.

Se debe subrayar que en el proyecto reglamentario no se hacía referencia a legislación alguna donde se regularan tales requisitos, garantías y procedimiento, y tampoco parecía que le pudiera ser de aplicación lo dispuesto en la Ley de estadística de Galicia, Ley 9/1988, de 19 de julio, o en otra norma legal que hubiera podido ser identificable a partir del texto analizado, por lo que la figura de esta *“consulta”* difícilmente podría tener encaje en el marco del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, y para el supuesto, ya apuntado, de que esta *“consulta”* fuera considerada como una especie de referéndum, vinculante para la Administración educativa según se desprende de la pretendida regulación, de nuevo nos encontraríamos ante una figura proscrita, o cuando menos de utilización imposible por la comunidad autónoma, ya que su regulación propia,

artículo 92 CE y Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, por la que se regula el referéndum, establece que este es únicamente de competencia estatal (artículo 2).

Otro orden de problemas a los que el texto no daba respuesta, como recogió el CCG 183/10, era la terminología empleada en la redacción del texto proyectado que obligaba a la modificación de la asignación lingüística cuando así lo determinara la mitad más uno de las “familias del alumnado”.

El concepto “familia” era un concepto jurídico altamente indeterminado en el proyecto -no con carácter general en el ámbito educativo, donde es empleado por la LOE- ya que no se podía saber qué se entendía por familia a los efectos de esta “consulta”. Así, podría referirse a una unidad de voto en el caso de familias conformadas por parejas ligadas con vínculo matrimonial, o las familias monoparentales, pero la indefinición del texto impedía por completo concretar tan fundamentales extremos abocando a una plena inseguridad jurídica. En definitiva, y dado que se estaba a referir a la determinación subjetiva, al censo, de esa encuesta o sondeo, era patente que jurídicamente quedaban totalmente indeterminados los sujetos con pleno derecho a emitir tales votos.

Ítem más, a pesar de que se pretendiera derivar la decisión sobre tales aspectos a los padres, finalmente, lo cierto es que, vinculadamente o no, era, en definitiva, un acto administrativo lo que debía dar forma a tal decisión. Un acto en cuya génesis participarían diferentes interesados para los que, en la regulación del texto sometido a dictamen, no se preveía vías de recurso frente al acto finalizador, e, incluso, contra los resultados de tales consultas.

Finalmente, se debe advertir que la única previsión que recogía el proyecto de decreto para tan relevante cuestión era la remisión, recogida en una disposición adicional, a una posterior orden del consejero correspondiente por razón de la materia a fin de que efectuara una completa concreción de aspectos tan relevantes como los ya citados, lo que se traducía en una plena desregularización de esta materia.

A juicio del CCG 183/10, e independientemente de la existencia de la reserva legal expresa del artículo 78.2 LRJPAC antes señalada, una norma con rango de decreto (menos aún una orden del consejero), no era la vía idónea y precisa para establecer la regulación de un procedimiento de tal calado y que afectaba de tal forma a los derechos y libertades de la ciudadanía. Por lo tanto, la regulación proyectada adolecía también en este punto de una importante carencia de rango normativo.

El dictamen de razón fue aprobado por mayoría de los miembros del Consejo Consultivo, formulándose a aquel dos votos particulares: uno de ellos sostiene, la mayoría, la ilegalidad de los artículos 4.1 y 2 y 12.3 del proyecto; otro defiende la legalidad del texto sometido a dictamen.

1.2- La declaración responsable como mecanismo de control *a priori*, a propósito de la prestación de servicios de identificación del ganado bovino, ovino y caprino.

A lo largo del año 2010 el Consejo Consultivo de Galicia tuvo ocasión de dictaminar diversos proyectos reglamentarios que recogían la figura de la “declaración responsable”, introducida en nuestro derecho (artículo 71 bis de la LRJPAC) mediante la Ley estatal 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Uno de estos proyectos reglamentarios fue el “*proyecto de decreto por lo que se regulan las entidades identificadoras reconocidas para la prestación de los servicios de identificación del ganado bovino, ovino y caprino y su registro oficial*”, proyecto de decreto que establece un nuevo sistema organizativo de la identificación del ganado, basado en la libre prestación de este servicio por entidades privadas a los ganaderos, responsables de la identificación de los animales.

El dictamen de razón (CCG 454/10) partía para el estudio del proyecto de la Directiva 2006/1231 CE del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios del mercado interior, cuyo objetivo es la liberalización del mercado de servicios, suprimiendo, minimizando o racionalizando los requisitos exigidos para la realización de estas actividades. La transposición de esta directiva al ordenamiento jurídico español se realizó en primer lugar por la ya citada Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades y servicios y su ejercicio que tiene carácter de normativa básica.

El artículo 3 de esta ley define “servicio” como cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado de la Comunidad Europea; “prestador” como cualquier persona física con nacionalidad de cualquiera Estado miembro, o residente legal en España, o cualquier persona jurídica o entidad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro cuya sede social o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea y ofrezca o preste un servicio; “autorización” como cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio; “requisito” como cualquier obligación, prohibición, condición o límite al acceso al ejercicio de una actividad de servicios previstos en el ordenamiento jurídico o derivados de la jurisprudencia o de las prácticas administrativas o establecidas en las normas de los colegios profesionales; y, finalmente, “declaración responsable” como el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad.

Pues bien, toda vez que para el ejercicio de la actividad de identificación era preciso el cumplimiento de determinados requisitos, el proyecto de decreto remitido al Consejo Consultivo de Galicia sometía el ejercicio de esta actividad a la presentación por los prestadores del servicio de una declaración responsable ante la autoridad competente de la Administración autonómica. Por lo tanto se trataba, no de un procedimiento de autorización, en el que existiría un acto previo de la autoridad competente para el acceso a la actividad, sino de una declaración responsable del cumplimiento de los requisitos exigidos, efectuada por el propio prestador del servicio y que no implica un acto de la autoridad competente sobre este cumplimiento.

Efectivamente, tanto la Directiva como la Ley 17/2009 establecen como norma general que las actividades de prestación de servicios se sometan a un control “a posteriori”, reservando el control “a priori”, mediante el sistema de autorización, solo para aquellos casos en que resulte justificada por una razón imperiosa de interés general.

Obviamente, argumenta el dictamen, este sistema puede implicar riesgos para los derechos de los usuarios de los servicios, que pueden verse afectados por una disminución de la calidad de los servicios al utilizarse una técnica de control menos exigente; por ello el Consejo de Estado en su dictamen sobre el proyecto de ley de transposición de la Directiva ha señalado la necesidad de que esta supresión de controles vaya acompañada del correspondiente aumento de los mecanismos de control “a posteriori” de la actividad y de un esfuerzo en la protección de los derechos de los usuarios y de fomento de la calidad del servicio.

Sobre esta base se indicaba en el proyecto que *“la presentación de la declaración responsable supone la habilitación para ejercer la actividad desde el día de su presentación”*; sin embargo el texto sometido a dictamen parecía mezclar elementos propios del sistema de declaración responsable con otros propios del sistema de autorización.

Así, la confusión comenzaba con la propia denominación del proyecto, que hacía referencia a “entidades reconocidas” (expresión que también se empleaba en el articulado). Pues bien, esta expresión podía implicar la idea de que la Administración hacía una actuación de verificación de las condiciones de la entidad, cuestión que no se ajustaba al sistema de declaración responsable, y que, ciertamente, podía inducir a error a los usuarios del servicio sobre la condición de las empresas que lo prestaran, entendiendo que se trataba de empresas reconocidas por la Administración autonómica y, por lo tanto, con las garantías de calidad que parecían derivarse de este reconocimiento.

La confusión entre el sistema de autorización y el de declaración responsable resultaba también evidente al regular la revocación del derecho al ejercicio de la actividad.

La revocación en derecho administrativo supone dejar sin efecto un acto administrativo anterior mediante otro de sentido contrario. Sin embargo, en el caso de la declaración responsable, no existe este acto administrativo previo, que sí existiría en un sistema de autorización, supuesto en el que tendría sentido hablar de revocación de la autorización. En el sistema de declaración responsable, por el contrario, se parte de la existencia del derecho del interesado a prestar el servicio, y el ejercicio de este derecho podrá ser limitado pero en ningún caso revocado.

De este modo, como se ha señalado en el CCG 454/10, en el sistema de declaración responsable lo que procede es actuar de la manera prevista en el art. 71 bis de la LRJPAC, que permite a la Administración declarar la imposibilidad de que la persona prestadora continúe con el ejercicio de la actividad, incluso estableciendo un período de tiempo antes de que pueda reiniciarla, con base en el incumplimiento de los requisitos establecidos.

En otro orden de cosas, el proyecto sometido a dictamen establecía que, para iniciar la actividad de identificación de animales, la entidad había de presentar la declaración responsable ante la dirección general competente en materia de ganadería, siendo así que, según el artículo 71 bis de la LRJPAC, la declaración, en todo caso, podrá presentarse a distancia por vía electrónica.

Advertía además el CCG 454/10 que esta opción de presentación de la declaración responsable por vía electrónica o telemática había de regularse expresamente ya que el artículo 5 del Decreto 164/2005, de 16 de junio, que regula las oficinas de registros y el registro telemático de la Xunta de Galicia, establece que para la utilización del registro telemático es necesario que esta posibilidad esté previamente prevista en la normativa aplicable a los procedimientos administrativos objeto de la tramitación electrónica en la Xunta de Galicia. En consecuencia, la falta de referencia en el proyecto a esta posibilidad impediría esta presentación por vía electrónica exigida, en todo caso, por la ley.

2.- REVISIÓN DE OFICIO Y LITISPENDENCIA

Se ha producido en el año 2010 un cambio en la doctrina de este Consejo Consultivo en lo concerniente a la posibilidad de revisar de oficio un acto administrativo cuando se encontrara pendiente de resolución un proceso ante los tribunales de justicia, con identidad de sujetos, objeto y causa.

Hasta ahora el Consejo Consultivo (vid. el CCG 647/06 o 1104/07) entendía que, dándose aquella triple identidad, la excepción de la litispendencia podía ser alegada, constituyendo óbice para la revisión de oficio que se pretendía.

El CCG 79/10, relativo a la “*revisión de oficio de las bases generales de los procesos de selección de personal laboral fijo del Consorcio, correspondientes a la oferta complementaria de empleo público de esta entidad para el año 2008*”, modificó aquella doctrina, admitiendo la posibilidad de revisar de oficio un acto administrativo sobre el que se hubiera interpuesto un recurso contencioso.

Pues bien, en el análisis del asunto sometido a dictamen, se partía de la configuración del procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos como una facultad de revisión de situaciones ya establecidas, facultad de una potencialidad tal que la LRJPAC somete su eventual ejercicio a garantías reforzadas.

Se debe destacar que en la revisión de oficio confluyen valores contrapuestos provenientes, por una parte, del principio de seguridad jurídica y, por otra parte, del principio de legalidad, pues la revisión de oficio no es sino una actividad de parte, en la que la propia Administración expulsa del mundo del derecho, por unilateral pronunciamiento, alguna de sus decisiones anteriores, decisiones que, en cuanto que actos administrativos y por expresa previsión legal, disfrutaban del refuerzo de la presunción de ajuste a la legalidad.

Además, advierte el CCG 79/10, en el régimen común y básico establecido por la Ley sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), el procedimiento de la revisión de oficio tiene un marcado carácter excepcional, con lo cual no se quiere significar, desde luego, que la Administración pueda acudir a ese procedimiento en supuestos de excepción discrecionalmente apreciados por ella, sino que esa vía queda circunscrita únicamente a los casos en los que concurre alguno de los motivos de nulidad de pleno derecho, que son los establecidos, al margen del previsto en la legislación sectorial, en el artículo 62.1 LRJPAC. Así pues, sólo cuando concurren supuestos de hecho concretos, equivalentes a las causas de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 LRJPAC, la Administración puede expulsar de la vida jurídica los actos afectados por esa clase de invalidez a través de su revisión de oficio. Y puede hacerlo en virtud del privilegio de autotutela decisoria que el ordenamiento jurídico le reconoce, y en el que la doctrina pone el fundamento del poder de revisión de oficio, un poder entendido como la posibilidad que tiene la Administración de realizar su propia tutela jurídica sin auxilio de los tribunales, eliminando, en interés del propio ordenamiento jurídico, sus propios actos viciados de nulidad de pleno derecho, para lo cual no precisa de justificación en tanto en cuanto, en el ámbito de los actos nulos de pleno derecho, la causa de nulidad implica por sí misma el especial interés del ordenamiento

jurídico en su retirada, un interés público que no puede ser discutido porque el único que puede definirlo y lo define es el propio legislador.

Incluso, refiere el CCG 79/10 cómo la Administración no tiene una mera facultad de eliminar de oficio los actos afectados de nulidad radical, sino que debe hacerlo, pues así lo impone categóricamente el artículo 102.1 LRJPAC al disponer que “Las administraciones públicas ... declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos... en los supuestos previstos en el artículo 62.1”, lo que se contrapone al “podrán declarar” del artículo 102.2 LRJPAC, relativo a las disposiciones generales.

En este sentido, citaba el dictamen la sentencia del Tribunal Supremo del 27 de enero del 2010 que señala como *“es evidente que cuando el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece la posibilidad de proceder a la revisión en cualquier momento de los actos nulos de pleno derecho, no sólo establece una potestad, sino también un mandato, pues así se desprende del sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico que se establece en nuestra Constitución en los artículos 9.1 y 103.1. En otras palabras, si la Administración puede declarar la nulidad de un acto por ser nulo de pleno derecho, ha de hacerlo, pues la Administración no es libre de ejercitar esa potestad o no, y la prueba de ello, es que la falta de declaración de dicha nulidad puede ser recurrida ante los Tribunales, y estos pueden controlar la legalidad de esta actuación u omisión”*.

Partiendo, por lo tanto, de la existencia de un deber tal para la Administración, el CCG 79/10 sostiene la posibilidad de revisar de oficio un acto administrativo, aun cuando exista un proceso contencioso-administrativo en el que se esté a dilucidar la legalidad del acto por idénticos motivos que los esgrimidos en el procedimiento revisorio. Tal posibilidad se basa en las siguientes consideraciones:

a) La litispendencia es una institución procesal propia de los procesos judiciales construida sobre la base de la existencia de dos o más litigios pendientes sobre lo mismo, y su apreciación requiere de la concurrencia, en los diversos procesos instados frente a un mismo acto, de los elementos propios de la cosa juzgada: sujetos, *causa petendi* y *petitum*. Se trata, en consecuencia, de una institución extraña al procedimiento administrativo, de forma que aplicarla en este ámbito supondría situarse básicamente fuera de la institución de la litispendencia, que, como se ha dicho, responde a la existencia de diversos procesos judiciales, no de un proceso judicial y un procedimiento administrativo, no existiendo norma legal que establezca semejante relación de litispendencia entre la Administración y la jurisdicción.

Por otra parte, no es la Administración sino la jurisdicción a la que compete en exclusiva, en el ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 117.3 CE, pronunciarse acerca de la efectiva concurrencia de todas y cada una de

las identidades requeridas por la legalidad procesal para apreciar la existencia de litispendencia, algo que en el proceso contencioso-administrativo sólo procede declarar, en cualquier caso, en segundos o posteriores procesos y en la propia sentencia, sin anticipar ese pronunciamiento al trámite de admisión previa del recurso.

b) De la misma forma que solo por motivos excepcionales legalmente determinados puede la Administración utilizar la vía de la revisión de oficio para dejar sin efecto sus propios actos, igualmente solo por motivos excepcionales y previstos legalmente puede verse privada la Administración de aquella potestad que la LRJPAC le concede y cuyo ejercicio le impone.

Esos motivos excepcionales o límites para la revisión de oficio son los establecidos en el artículo 106 LRJPAC, que, bajo el título de “*Límites de la revisión*”, dispone que “*Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes*”. La expresión “derecho de los particulares” podría cuadrar particularmente con la situación del caso; pero, como sostiene el dictamen, sin duda se está refiriendo al derecho de los terceros, no al de los beneficiados por el acto administrativo en trance de revisión, porque sino el instituto de la revisión perdería toda su virtualidad y razón de existir. Por tanto, para la salvaguarda de los derechos de los beneficiados por el acto administrativo de referencia, basta con que aquellos sean oídos y puedan defenderse en el procedimiento de revisión.

A los límites del artículo 106 debe añadirse, en los supuestos de identidad subjetiva, la cosa juzgada en las sentencias desestimatorias del recurso contencioso-administrativo en relación con las razones y fundamentos considerados a tal fin por el órgano judicial y en las sentencias estimatorias de pretensiones de anulación, lo que se conecta con el deber de cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, de acuerdo con lo establecido por los artículos 118 CE y 103.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, proclamado por el artículo 24.1 CE, en cuanto garantizador de la intangibilidad de lo resuelto por sentencia judicial firme.

Así pues, a juicio del dictamen, la situación normativa es inequívoca y no admite interpretaciones extensivas de ningún tipo cuando de lo que se trata es de hacer valer el carácter de vicios de orden público que tienen las causas de nulidad de pleno derecho en nuestro sistema, que afectan a los mismos presupuestos de la convivencia social.

En este punto, concluye el Consejo Consultivo que la excepción de litispendencia no se encuentra prevista legalmente como uno de los límites materiales al ejercicio de la potestad de revisión de oficio; de ahí que no pueda

aplicarse esa excepción para privar a la Administración de la facultad que la ley le concede de utilizar la vía de la revisión de oficio con la finalidad de dejar sin efecto sus propios actos, ni para excluirla del deber de cumplir el mandato que en forma categórica le impone el artículo 102.1 LRJPAC.

c) El privilegio de autotutela decisoria, que sirve de fundamento al poder de revisión de oficio, define un ámbito necesario de actuación de la Administración que engarza con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103.1 CE, el cual no puede paralizarse por actuaciones judiciales previas y en cuyo desarrollo no puede interferir la jurisdicción, que únicamente está llamada a intervenir cuando esa actuación se haya ya producido y precisamente para verificar si la decisión administrativa se ha ajustado o no a la legalidad. Esa articulación entre autotutela administrativa y jurisdiccional, que se mueven en planos distintos, hace que no puedan compartirse por este Consejo Consultivo criterios como el expuesto en el dictamen del Consejo de Estado de 21 de noviembre de 1989, hoy ciertamente superado por su doctrina posterior, en el que apelando a un argumento *minus ad maius* se mantenía que *“Si los órganos jurisdiccionales que están llamados a decir la última palabra en punto a la legalidad de los actos administrativos (artículo 106 de la Constitución), tienen que sujetarse a esta regla inexorable del “non bis in idem”, no hay ninguna razón para que la Administración, al hacer uso del privilegio que la Ley le otorga de revisar en primera instancia la legalidad de sus propios actos, disponga de mayores facultades que los propios órganos jurisdiccionales que son los que tienen que decidir en última instancia...”*, lo que le permitía concluir que *“En definitiva, debe llegarse a la conclusión de que la excepción de “litispendencia” puede ser alegada y debe prosperar, en los procedimientos de revisión de oficio, siempre que resulte acreditado que, sobre el mismo asunto, esto es, sobre la legalidad del acto cuya revisión se pretende, se halle pendiente la resolución de un proceso ante los Tribunales de Justicia competentes”*.

En efecto, la doctrina del Consejo de Estado sobre el particular ha evolucionado desde una primera fase en la que mantenía sin ambages que en principio no cabía la revisión de oficio si previamente se había iniciado la vía del recurso contencioso-administrativo (de la que es representativo el dictamen antes citado), hasta la fase actual en la que decididamente sostiene, en contemplación a la nueva redacción del artículo 102 LRJPAC, que la existencia de un recurso contencioso-administrativo pendiente no impide a la Administración incoar un procedimiento administrativo de revisión de oficio, sin perjuicio de la existencia de razones de oportunidad en algunos casos que aconsejen no hacerlo (v. gr. dictámenes 1759/2003 o 350/2005).

Debe al respecto advertirse de que es la propia Administración a quien le corresponde valorar la concurrencia de esas razones de oportunidad que pudieran servir de límite a la revisión, propiciando por lo tanto un mantenimiento de la situación jurídica existente, y esto sin perjuicio del eventual control judicial.

d) El Tribunal Supremo, y en relación con actos impugnados en vía contencioso - administrativa, no parece poner más límite a la posibilidad de revisión de oficio que el hecho de que, al accionarse en esa vía judicial frente a actos administrativos iniciales potencialmente incursos en causa de nulidad de pleno derecho, se hubiera dictado en relación a esa impugnación (por razón de nulidad de pleno derecho), decidiéndola, una resolución judicial que había adquirido firmeza (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio del 2003, 17 de diciembre del 2007 y 28 de mayo del 2008); asimismo, y en supuestos de recurso directo (jurisdiccional, obviamente) contra normas reglamentarias, ha declarado el Tribunal Supremo que aquel recurso pierde su sentido cuando, al tiempo de dictarse sentencia, la norma reglamentaria fue ya eliminada, “por cualquier otro medio”, del propio ordenamiento jurídico (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo del 2006), lo que implica admitir que es posible simultanear el recurso contencioso-administrativo con, entre otros, el procedimiento de revisión de oficio.

Pues bien, atendiendo a todas estas razones, el CCG 79/10 concluyó que la pendencia de resolución de un proceso contencioso - administrativo, en el que se impugna el acto cuya revisión de oficio pretende la Administración por estar afectado de un vicio de nulidad de pleno derecho, no es circunstancia que permita aplicar la excepción procesal de litispendencia como límite material que elimine la potestad de revisión de oficio por parte de la Administración que ha dictado el acto.

A este dictamen se formuló un voto particular, que defiende para este tipo de supuestos la absorción plena del conocimiento del asunto por la jurisdicción.

3.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

3.1.- Caducidad por inactividad de la Administración en los procedimientos de resolución de los contratos administrativos

En distintos asuntos sometidos a dictamen del Consejo Consultivo en este año 2010 (entre otros, el CCG 218/10, 327/10, 406/10 o 573/10) se apreció una demora en la tramitación del procedimiento de resolución de los contratos administrativos, demora determinante de su caducidad en aplicación de lo establecido en los artículos 42.2, en relación con el 42.3 a), y 44.2 de la LRJPAC.

En este sentido, y como ha establecido el Tribunal Supremo, son aplicables a la legislación de contratos las prescripciones de la LRJPAC sobre caducidad de los procedimientos en el supuesto de procedimientos de resolución contractual por causa imputable al contratista. En efecto, este tipo de procedimientos se encuadran en la categoría de los llamados procedimientos de “intervención”, siendo susceptible de producir efectos desfavorables al contratista -como prevé el citado artículo 44.2 de la LRJPAC-, pues, de prosperar

la pretensión administrativa, acarreará la pérdida de su fianza, la indemnización de los daños y pérdidas causados a la Administración (artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) y 208.4 de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP), y concurrirá el presupuesto legal para declarar su prohibición de contratar con esta (artículos 20, c) y 21.3 del derogado TRLCAP y 49.2 a) de la LCSP).

En concreto, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de marzo de 2008, razona que *“Se cumplen con toda evidencia los requisitos que a primera vista, desde la sola literalidad de las normas, son necesarios para poder aplicar con carácter supletorio a los procedimientos de resolución de contratos las de la Ley 30/1992 referidas a la caducidad de los procedimientos. No es sólo que la Disposición adicional séptima de la Ley 13/1995, cuyo epígrafe era el de “Normas de procedimiento”, ordenara que a los “procedimientos en materia de contratación administrativa” se les aplicara supletoriamente esa Ley 30/1992 (aplicación supletoria ordenada luego, reiterada, en la Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; y también en la Disposición final octava, número 1, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Es, además, que la Ley 30/1992 regula los efectos de la inactividad en los procedimientos iniciados de oficio con vocación de generalidad, de aplicación en principio a todos ellos; y que con igual vocación dispone que la consecuencia ligada a esa inactividad en los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables es la de que “se producirá la caducidad”. Y es, en fin, que las normas que la Sala de instancia aplicó, las mismas que se consideran infringidas en el motivo de casación y las otras que en este se citan al transcribir aquellos dictámenes, nada disponían en ningún sentido al regular el procedimiento de resolución de los contratos administrativos sobre los efectos que hubieran de ligarse a la inactividad o falta de resolución expresa y notificación de la misma dentro del plazo máximo para hacerlo; bastando para percibirlo con la sola lectura de los artículos 60 y 113 de la Ley 13/1995, 26 del Real Decreto 390/1996 (...)”*.

En la propia resolución, el tribunal sentenciador continúa argumentando que *“Aquella idea deslizada en el motivo de casación y no desarrollada, referida a una hipotética incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la materia de la contratación administrativa, no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos y menos, aún, en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación al contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad del procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y*

menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución. En la misma línea, tampoco habla a favor de aquella incompatibilidad la norma según la cual "todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente", que recogió el inciso final del último párrafo del artículo 157 del Reglamento de 1975 y luego el artículo 109.2 del Reglamento de 2001. A su vez, la mayor o menor complejidad de un tipo concreto de procedimientos no demanda de suyo la exclusión del instituto de la caducidad, sino la fijación en la norma oportuna (artículo 42.2 de la Ley 30/1992) del plazo máximo, adecuado a aquella complejidad, en que haya de notificarse la resolución expresa que ponga fin a ese tipo de procedimientos".

Atendiendo a esta jurisprudencia, en los procedimientos de resolución de contratos administrativos, la falta de previsión legal específica, debe entenderse de aplicación subsidiaria la previsión del artículo 42.3 de la LRJPAC, que dispone cómo *"cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses"*. Y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.2 de dicho texto legal, la falta de resolución en plazo determinará la caducidad de lo actuado con archivo de las actuaciones.

3.2.- Plazo máximo para dictar resolución en los procedimientos de declaración de caducidad de las concesiones administrativas

El artículo 27 del Estatuto de Autonomía de Galicia atribuye a nuestra comunidad autónoma competencia exclusiva en materia de *"puertos, aeropuertos y helipuertos no calificados de interés general por el Estado, y los puertos de refugio y puertos y aeropuertos deportivos"*.

Con base en este título competencial, prevé el artículo 11.1 f) de la Ley 5/1994, de 29 de noviembre, de creación del ente público Puertos de Galicia, que corresponde a la consejería con competencia en materia de puertos la facultad para otorgar concesiones sobre los puertos competencia de la comunidad autónoma y, consiguientemente, debe entenderse, la competencia para declarar la caducidad de aquellas en los supuestos en los títulos concesionales.

Pues bien, en nuestra comunidad autónoma no existe, más allá de aquella previsión, regulación alguna de las concesiones portuarias, siendo así que la Administración autonómica viene aplicando supletoriamente la normativa que en esta materia contiene la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general.

Respecto de este particular, ha señalado este Consejo Consultivo en el CCG 489/10 que no existía objeción alguna a que el operador jurídico, a falta de

una regulación autonómica propia, aplique el procedimiento que, ajustado a las prescripciones de la LRJPAC, prevé la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, para la declaración de la caducidad de las concesiones otorgadas en los puertos de interés general.

Ahora bien, se señalaba en el citado dictamen, cómo la aplicación supletoria de este procedimiento previsto en la Ley 48/2003, no es admisible en aquellos extremos en los que no existe una normativa autonómica propia, pero sí una regulación estatal de carácter básico y directamente aplicable en caso de ausencia de un desarrollo normativo por la Comunidad Autónoma, en este caso la regulación contenida en el artículo 44.2 en relación con el artículo 42.3, a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

De este modo, aunque el artículo 123.2 de la Ley 48/2003 prevé un plazo de seis meses para dictar resolución en los procedimientos de declaración de la caducidad de las concesiones otorgadas en puertos de interés general, este plazo no resulta aplicable a los procedimientos de esta índole que se inicien en los puertos competencia de nuestra Comunidad Autónoma.

Y esto porque la ausencia de una regulación autonómica propia no habilita para acudir a una norma estatal que carece legalmente de la nota de supletoriedad (vid. sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo), pues ya la ley básica reguladora del procedimiento administrativo común establece un plazo para dictar resolución en estos supuestos: *“2. Él plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.*

3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán: a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación”.

En este punto, aunque refiriéndose a los procedimientos de resolución contractual, señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de marzo de 2008 como *“la Ley 30/1992 regula los efectos de la inactividad en los procedimientos iniciados de oficio con vocación de generalidad, de aplicación en principio a todos ellos; y que con igual vocación dispone que la consecuencia ligada a esa inactividad en los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables es la de que “se producirá la caducidad”.*

Por lo tanto, el plazo máximo para dictar resolución en los procedimientos de caducidad de las concesiones administrativas será de tres meses desde la fecha

del acuerdo de iniciación, produciéndose, en el caso de demora superior a tal plazo, la caducidad del procedimiento con archivo de lo actuado.

4.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

4.1.- La pérdida de oportunidad como concepto indemnizatorio distinto del lucro cesante

Como ya se ha señalado en la Memoria de actividades de este alto órgano consultivo correspondiente al año 2008, la pérdida de oportunidad constituye un concepto indemnizatorio habitualmente empleado por este Consejo en los expedientes de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en el ámbito sanitario. Se señalaba en aquella memoria cómo la pérdida de oportunidad resulta reconocible en aquellos casos en los que no resulta posible probar una relación de causalidad directa entre el acto médico y el daño sufrido por el particular, aunque se aprecian datos o elementos conforme a los cuales se estima probable que el resultado dañoso no habría ocurrido, de haberse dado una actuación médica adecuada a las circunstancias del caso.

En estos supuestos lo que se trata de indemnizar no son las lesiones o secuelas concretas que le quedan al paciente, sino la pérdida de una alternativa en el tratamiento, asimilándose, por lo tanto, la “pérdida de oportunidad” a una suerte de daño moral en cuanto incertidumbre respecto de la evolución de los hechos de haber funcionado correctamente el servicio.

Es necesario ahora subrayar cómo la aplicación de esta teoría de la pérdida de oportunidad no se circunscribe exclusivamente al campo sanitario, y así el Consejo de Estado ha admitido la posible indemnización de la pérdida de oportunidades laborales (dictamen 221/1994, de 28 de abril) o procesales (dictamen 1040/2001, de 31 de mayo), enlazando en este último ámbito con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, la sentencia de 9 de abril de 1984).

En concreto, en el ámbito de la licitación pública, el Consejo Consultivo de Galicia ha admitido en el CCG 570/10 la posible indemnización de aquella pérdida de oportunidades con ocasión de la anulación de la adjudicación provisional de unas emisoras de radiodifusión sonora.

En el expediente de razón se suscitaba, entre otros aspectos, la solicitud de una indemnización por lucro cesante y por la pérdida de oportunidad derivada de la anulación judicial de la adjudicación provisional referida, licitación a la que había concurrido la entidad ahora reclamante.

Efectivamente, respecto de la licitación en tela de juicio había recaído sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia, sentencia que admitía un

irregular funcionamiento del servicio en la adjudicación provisional de las emisoras comerciales, y esto debido a la falta de una justificación razonable de la puntuación otorgada a las adjudicatarias provisionales frente a la asignada a la entidad reclamante.

Sin embargo, como se destacaba en el CCG 570/10, la resolución judicial no reconoció derecho alguno a la entidad reclamante a ser adjudicataria provisional de las emisoras en tela de juicio, sino que se limitó a anular la adjudicación provisional de aquellas pues, como es reiterada doctrina constitucional (entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 73/1998, de 3 de marzo, y 17/2009, de 26 de enero), a los tribunales de justicia corresponde controlar las puntuaciones otorgadas por la Administración, no valorar o puntuar ellos mismos conforme a los baremos aplicables.

Partiendo, por lo tanto, de la falta de una declaración del derecho de la actora a ser adjudicataria provisional, entendió el CCG 570/10 que no procedía reconocer a la entidad reclamante indemnización alguna en concepto de lucro cesante, pues la inexistencia de una prueba suficiente de aquel derecho desvirtuaba la nota de realidad que precisa todo daño para su indemnización (artículo 139.2 de la LRJPAC), convirtiendo el lucro cesante por el que se reclamaba en un derecho hipotético no susceptible de compensación por la vía de la responsabilidad patrimonial (en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero del 2006).

Esta conclusión cobraba además especial fuerza si se consideraba que, contra lo que parecía apuntar la parte actora en su escrito de reclamación, tampoco la simple adjudicación provisional de las emisoras atribuía, per se y con carácter definitivo, el derecho a emitir. Como se desprende inequívocamente de la normativa reguladora de la concesión de las emisoras en tela de juicio, el derecho de emisión quedaba condicionado a una serie de trámites tales como la presentación en el plazo de dos meses de un proyecto técnico que había de aprobar la Dirección General de Medios de Comunicación del Ministerio, la realización de las obras e instalaciones correspondientes, y la declaración de conformidad de aquellas con el proyecto por parte de los Servicios Técnicos de la Dirección General de Telecomunicaciones, previo dictamen de la Dirección General de Medios de Comunicación.

Estas consideraciones fueron también aplicadas en el CCG 570/10 a la solicitud de una indemnización por la pérdida de oportunidad de la empresa reclamante por mor del irregular funcionamiento del servicio público.

Así, se señalaba en el dictamen cómo la “pérdida de oportunidades” no puede equipararse al lucro cesante, sino simplemente a una suerte de daño moral derivado de la incertidumbre de la sucesión de los hechos de haber actuado el servicio correctamente (en este sentido, el CCG 243/09).

Por otra parte, se destacaba que la “pérdida de oportunidades” tenía que ser “real”, requisito que no parecía concurrir en el supuesto examinado; se trataba de la simple expectativa de una adjudicación provisional, ya que ni la sentencia recaída en el asunto ni las circunstancias del caso permitían concluir indubitadamente en la procedencia de reconocer a la actora la condición de adjudicataria provisional de las emisoras, pues la baremación de las solicitudes presentadas, como ya se ha señalado, es labor que no corresponde a los tribunales y, mucho menos, a este órgano consultivo.

A esta circunstancia se añadía el hecho de que, como también se apuntó anteriormente, la propia normativa reguladora de las concesiones exigía, tras la fase de adjudicación provisional, la necesidad de cumplimentar una serie de trámites, lo que, unido a la falta de constancia en el expediente del derecho de la reclamante a ser adjudicataria provisional, diluía la realidad de aquellas oportunidades, convirtiéndolas en evanescentes o meras expectativas.

Otra, lógicamente, sería la conclusión en caso de que la entidad reclamante hubiera reconocido su derecho a ser adjudicataria provisional, cobrando en este caso fuerza a posibilidad de una pérdida de oportunidades susceptible de indemnización.

4.2.- Dos concretos supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: el *mobbing* y la declaración de ruina de un inmueble

En el CCG 27/10 se analizó una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por una funcionaria por el acoso laboral o “mobbing” que refería sufrir en su puesto de trabajo.

En este punto hay que señalar que lo acoso laboral el “mobbing” es conceptualizado como la actuación de una persona o grupo que, de forma sistemática y grave, realiza hostigamiento sobre un trabajador en menoscabo de su dignidad.

Pues bien, en reclamaciones de similar naturaleza el Consejo de Estado ha declarado (entre otros, los dictámenes 158/2006, de 9 de marzo; 2028/2006, de 1 de febrero; 136/2008, de 13 de marzo o 1124/2008, de 9 de octubre) que la consideración del acoso laboral o “mobbing” como una conducta ilícita de un funcionario tendría su encuadre en la normativa del régimen disciplinario de los funcionarios. En este sentido, a juicio del Consejo de Estado, la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública no constituye el cauce adecuado para declarar la existencia de una supuesta conducta de “mobbing”, de suerte que tampoco podría reconocerse una indemnización por el supuesto perjuicio causado por tal conducta ilícita, cuando la existencia de esta no ha sido formalmente declarada. En parecido sentido también se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2009.

Sin embargo, como se ha señalado en el CCG 27/10, esta doctrina ha de modularse en el supuesto de que, conocida la situación de acoso laboral por los responsables administrativos del centro de trabajo, estos no hubieran hecho nada por evitarla.

A este respecto, como recuerda el Consejo Consultivo en su dictamen, hay que tener en cuenta que existe un deber general de los poderes públicos -en el ámbito de la administración pública obviamente también- de respeto al derecho fundamental de integridad física y moral consagrado en el artículo 15 de nuestra CE, como emanación del principio de dignidad de la persona, asimismo contemplado en su artículo 10.1. Correlativamente, el funcionario tiene derecho a obtener de la Administración una conducta activa para prevenir el daño su dignidad.

De este modo, habrá de admitirse la posibilidad de declarar la responsabilidad de la administración pública y, consiguientemente, de indemnizar el daño moral que lleva consigo una situación tal, cuando conste acreditada, por una parte, la situación de acoso laboral y, por otra, la inactividad de la Administración pública pese a tener conocimiento de los hechos.

Por lo que concierne al otro supuesto concreto de responsabilidad, en el CCG 81/10 se examinó un expediente de responsabilidad patrimonial iniciado a instancia de unos inquilinos que fueron desalojados de unos locales arrendados al no acometer los propietarios de los inmuebles las obras de mantenimiento necesarias. Los reclamantes alegaban que el Ayuntamiento tenía el deber de realizar las obras de mantenimiento necesarias para evitar el estado ruinoso del edificio una vez que se había constatado que los propietarios no accedían a realizar estas, existiendo luego una inactividad administrativa “injustificada”.

En este punto entendió este alto órgano consultivo que, sin perjuicio de las competencias otorgadas a los ayuntamientos en materia de conservación de las edificaciones, no puede obviarse que el verdadero deber de conservación de los edificios recae fundamentalmente en los propietarios de aquellos. Así se desprende de los artículos 9.1 del Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo, 10 del Real decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística y, sobre todo, del artículo 9 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y de protección del medio rural de Galicia.

Y el artículo 1907 del Código Civil establece las consecuencias del incumplimiento de esta responsabilidad cuando afirma como *“el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias”*.

Precisamente con base en la responsabilidad última de los propietarios del inmueble respecto de su conservación, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de

enero de 1990 entendió que *“las potestades de vigilancia y ejecución administrativas no obstaculizan la obligación del propietario de conservar el inmueble, de tal suerte que la actividad de aquella puede ser un condicionante pero no la causa verdadera de la ruina”*.

De manera que, entendió el CCG 81/10 que, si en supuestos como el examinado se hubiera reconocido la responsabilidad patrimonial de la administración, se produciría un traslado de la responsabilidad del ámbito del propietario al del ayuntamiento, teniendo por tanto aquellos los beneficios pero no las cargas del derecho de propiedad.

Admite el dictamen que alguna sentencias, como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de febrero del 1999, afirman, no obstante, que *“si bien es cierto que a éste (el propietario) corresponde el deber primario de mantener la edificación en las debidas condiciones de seguridad, también lo es, que en caso de no atender los requerimientos que a tal efecto le curse el Ayuntamiento y sin perjuicio de la adopción de las medidas de policía que correspondan, la Corporación Local puede y debe acordar la ejecución subsidiaria de las medidas de seguridad”*.

Ahora bien, tales pronunciamientos judiciales que, sin descartar la responsabilidad del propietario del inmueble, aprecian una concurrencia de culpas con la Administración, se basan en la normativa estatal que impone el deber de realizar tales obras de mantenimiento a los ayuntamientos, subsidiariamente, y no en la normativa autonómica gallega.

En efecto, la normativa gallega, fundamentalmente el artículo 199.4 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y de protección del medio rural de Galicia, a diferencia de esta normativa estatal (art. 10 RDU), no impone este deber a los ayuntamientos, sino que la configura como una facultad en los términos siguientes *“En caso de incumplimiento de la orden de ejecución de obras, la Administración municipal procederá a la ejecución subsidiaria de la misma o a la ejecución forzosa mediante la imposición de multas coercitivas de 300 a 6.000 € ...”*.

Tal aspecto relativiza, lógicamente, la posible responsabilidad patrimonial de la Administración, aún en el caso de seguir la línea jurisprudencial más favorable a tales pretensiones. Y, así, el Consejo Consultivo, a la vista del citado artículo, acogió en el CCG 81/10 la línea jurisprudencial marcada por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1999, que exonera de responsabilidad a los ayuntamientos en estos supuestos en los siguientes términos: *“Como dice la Sentencia de 5 de enero de 1990, reiteradamente invocada en el proceso por la parte demandada, ciertamente los preceptos citados como infringidos imponen a los ayuntamientos como función de policía urbana para velar por la seguridad de personas y cosas el obligar a los propietarios de edificaciones a la realización de las obras necesarias para que*

conserven sus condiciones de seguridad, más también son concluyentes en asignar a los propietarios el deber de mantener los edificios en las debidas condiciones de seguridad. Se contraponen, así, dos distintos deberes, el de vigilancia y prevención, a cargo de los ayuntamientos, y el de conservación de los edificios, de cuenta de sus propietarios. La omisión o defectuoso cumplimiento del primero en modo alguno puede exonerar a los propietarios del suyo y de las consecuencias derivadas de su incumplimiento, ya que ello supondría legitimar la omisión de una obligación por la simple excusa de no haber sido compelido a cumplirla”.

4.3.- El principio de eficacia, coordinación y servicio a los ciudadanos en la tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial

El artículo 103 de CE establece como la administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Paralelamente, el artículo 3.2 de la LRJPAC dispone como “*Las Administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos*”, añadiendo el artículo 4.1 c) de dicho texto legal que las administraciones públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán “*facilitar a las otras administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus competencias*”.

Pues bien, tales principios de actuación exigen una determinada actuación de la administración pública ante la que el ciudadano interpone una reclamación de responsabilidad patrimonial y que, no obstante, resulta incompetente para conocer de aquella. Ha de destacarse en este punto que, en ocasiones, sobre un mismo servicio público inciden competencias de distintas administraciones públicas, resultando difícil para el particular interesado determinar a qué concreta estructura administrativa debe imputar el daño que se le ha causado.

En estos supuestos, los principios de eficiencia y servicio a los ciudadanos exigen que la administración ante la que se interpone la reclamación de responsabilidad patrimonial y que se declara incompetente *ab initio* mediante la inadmisión de la reclamación o, una vez tramitado el procedimiento, mediante la desestimación de aquella, remita lo actuado a la administración que estime competente para la resolución de la reclamación.

Como ha señalado este Consejo Consultivo (entre otros, el CCG 456/10), este proceder viene impuesto por los principios de colaboración y cooperación que han de regir las relaciones entre las administraciones públicas, y los principios de eficiencia y servicio a los ciudadanos. En concreto, la necesaria

colaboración entre las administraciones públicas exige que se facilite a la Administración presuntamente responsable el ejercicio de sus competencias propias; y el principio de eficiencia y servicio a los ciudadanos que se les facilite también a ellos el ejercicio de sus derechos informándolos de los requisitos de sus actuaciones sin innecesarios trámites y dilaciones, lo que será ciertamente más fácil si directamente se remite la reclamación y, en su caso, lo actuado, a la Administración competente para resolver, previa comunicación, eso sí, al interesado.

Finalmente estos principios de eficiencia y servicio a los ciudadanos demandan una ágil tramitación y resolución de este tipo de procedimientos.

Sin desconocer la dificultad de dictar resolución administrativa en plazo en expedientes de cierta complejidad y en cuya tramitación han de evacuarse distintos informes, no puede dejar de destacarse la excesiva dilación en la tramitación que, en ocasiones, se observa en los expedientes de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. Dilación que, además, se produce en el preciso momento de la remisión de los expedientes para su preceptivo dictamen por este Consejo Consultivo, mediando incluso años (en este sentido, el CCG 452/10) entre la elaboración de la propuesta de resolución y la remisión del expediente a este órgano consultivo.