



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 5 / 1 9 9 7

La Laguna, a 16 de octubre de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *revisión de oficio del Decreto 228/1996, de 1 de agosto, por el que se nombran miembros del Consejo Económico y Social de Canarias en representación de las Asociaciones de Consumidores (EXP. 33/1997 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

A preceptiva solicitud de la Presidencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma (CAC) se emite el parecer de este Organismo sobre la adecuación jurídica del Proyecto de Decreto del indicado Gobierno por el que se pretende, culminándose el correspondiente procedimiento de revisión de oficio, no declarar la nulidad del Decreto gubernativo 228/1996, de 1 de agosto, por el que se nombraron miembros del Consejo Económico-Social de Canarias (CESC) en representación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

El referido procedimiento se inició a solicitud de L.L.G., actuando en representación de la Federación de Usuarios y Consumidores Independiente de Canarias, FUCICAN, en escrito de 24 de octubre de 1996. Ciertamente, solicitándose la nulidad radical del nombramiento en cuestión en base a las causas previstas en el artículo 62.1.a) y e), Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), es de aplicación en principio el artículo 102 de dicha Ley, de manera que es preceptiva la solicitud de Dictamen previo del Consejo Consultivo remitida a éste por el órgano que lo ha efectuado. Todo ello, de acuerdo con lo ordenado en los artículos 10.7 y 11.1 de la Ley de esta Institución.

* **PONENTE:** Excmo. Sr. Petrovelly Curbelo

No obstante, como quiera que la actuación proyectada no comporta la declaración de nulidad requerida, desestimándose la solicitud al respecto, el Dictamen no tiene carácter obstativo, como sucedería de pretenderse realizar tal declaración (cfr. artículo 102.1 y 2, Ley 30/1992). En todo caso, ha de señalarse que no parecen darse las circunstancias y sus consecuencias prevenidas en el artículo 106, Ley 30/1992 como impeditivas del ejercicio de la facultad revisora.

II

La regulación autonómica relativa al supuesto que nos ocupa, centrado en el nombramiento de miembros del CESC en representación de las asociaciones de consumidores y usuarios de Canarias, se encuentra en la Ley autonómica 1/1992, reguladora de aquel (LCESC), particularmente en su artículo 7.1.d), y en el Decreto 100/1992 del Gobierno de Canarias, por el que se aprueba el desarrollo reglamentario de la antedicha Ley (cfr. artículos 10 y 12, así como su disposición transitoria).

El precepto legal indicado ordena que los representantes en el CESC de las asociaciones afectadas serán nombrados a propuesta de ésta por acuerdo entre el conjunto de las mismas. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 100/1992 dispone que ese nombramiento se realizará a propuesta de la federación de asociaciones de consumidores de Canarias que agrupe al conjunto de las legalmente constituidas, no pareciendo que este desarrollo de la norma antes expuesta sea ilegal por contravenirla o excederse en su función reglamentaria ejecutiva. Justamente, de existir esta federación sería la entidad interesada a la que debiera convocarse para proceder a renovar los miembros del CESC con esta representación al expirar el mandato, como señala el artículo 12.2, Decreto 100/1992.

Pero sucede que, por las causas que sean, esta federación única y global no existe, eventualidad prevista por el Decreto 100/1992, porque su mencionada disposición transitoria, asimismo de conformidad y con respeto al artículo 7.1.d), Ley autonómica 1/1992, preceptúa que, de no haberse constituido tal federación, la designación de estos representantes se efectuará por acuerdo mayoritario de las organizaciones de consumidores legalmente constituidas, en reunión de sus representantes legales previamente convocados al efecto por el Departamento competente de la Administración autonómica.

III

Pues bien, sobre esta base normativa y teniendo en cuenta la ordenación estatal de aplicación al caso contenida en la Ley 30/1992 (cfr. artículos 62, 63, 102 y 103), procede analizar los Fundamentos de Derecho y Disposición del Proyecto sometido a la consideración de este Consejo.

1. Desde luego, el Gobierno es competente para conocer y resolver el asunto que nos ocupa, culminándose el correspondiente procedimiento por un acto al efecto con forma de Decreto (cfr. artículo 35 y 42, Ley autonómica 1/1983), puesto que el acto a revisar lo dictó él mismo y, como este Organismo ha entendido, siendo por cierto éste y no el Consejo de Estado la institución de autogobierno de carácter consultivo de la CAC, ello parece deducirse de la regulación específica aplicable y de la naturaleza de la actuación a producir, pues, aunque la solución pueda ser en la práctica idéntica, no debe confundirse la revisión de oficio con el recurso extraordinario de revisión. En cualquier caso, en esta ocasión es claro que, a lo que aquí interesa, no existe superior jerárquico del órgano que dictó el acto cuya revisión se solicita.

Sin embargo, no parece que sea aplicable al respecto el artículo 29.1.g) de la Ley autonómica 14/1990, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, además de que es innecesaria su cita al respecto, como hemos visto. Por más que sea obviamente cierto que el acto en cuestión no fue producido por un Departamento de la Administración de la CAC y, por ende, emanado con forma de Orden del Consejero titular.

Naturalmente, según se explicitó en el Fundamento I de este Dictamen, es de aplicación el artículo 102, Ley 30/1992 a efectos procedimentales, en relación con el artículo 62.1 de ésta respecto al fondo del asunto tramitado. Esto es, procede seguir el procedimiento de revisión reseñado porque las causas por las que se solicita su tramitación son de nulidad, aunque por supuesto quepa la posibilidad de no efectuar la declaración correspondiente de considerarse que el acto afectado no incurre en dichas causas. Se aduce por la solicitante que son la lesión del contenido esencial de derechos susceptibles de amparo constitucional y el dictado prescindiendo total o absolutamente del procedimiento legalmente establecido [cfr. apartados a) y e) del citado artículo 62.1, respectivamente].

2. No es totalmente correcto lo argumentado en el Fundamento de Derecho Cuarto del Proyecto, aunque en ningún caso porque sea acertada la afirmación de la solicitante de que se han vulnerado en el procedimiento de producción del acto a revisar los derechos arriba apuntados, que, según aquélla, serían la audiencia a los interesados y la igualdad ante la Ley.

En lo que a esto último respecta y como, aquí sí, se razona bien en el Proyecto, no se ha vulnerado tal igualdad porque todas las asociaciones han recibido igual trato por el Gobierno en lo que concierne a su intervención en el procedimiento de nombramiento, anunciada la posibilidad de propuestas por todas en anuncio público en el Boletín Oficial de Canarias; ello sin perjuicio de lo que se precisará luego sobre dicho procedimiento.

Por otro lado, cabría entender que se vulneraría un derecho fundamental, el del artículo 23.1 en relación con los artículos 53 y 105.c) todos de la Constitución (CE), de ser cierto que no se hubiere facilitado el trámite de vista y audiencia a los interesados en cuya representación actúa la solicitante, o que no se hubiera permitido participar, o no hacerlo precedentemente, a aquéllos en tal trámite fundamental.

Pero ello no es así, aunque no exactamente por la razón recogida en el Proyecto, que afirma la correcta producción de la audiencia, pues el asunto del que se trata no se refiere a ésta o a su tramitación y, por tanto, a los artículos 105.c), CE o 22.1.f) de la Ley estatal 26/1984, para la defensa de los consumidores y usuarios, sino a otra cuestión diferente, que es la intervención o participación de las asociaciones de éstos en el nombramiento de sus representantes en el CESC. Circunstancia que, en cuanto tal, se ha posibilitado, respetándose en este sentido la normativa reguladora de esa intervención, por el anuncio general del Gobierno antes reseñado. Por demás, en el procedimiento específico al respecto no parece que proceda la audiencia de los interesados propiamente dicha.

3. Sin duda es adecuada la argumentación del Proyecto en cuanto que la causa expresamente mencionada en el artículo 62.1.e), Ley 30/1992 es equiparable en sus efectos, acomodándose ello a la finalidad de la norma comentada, a la omisión de trámites esenciales del procedimiento y al uso de otro distinto al establecido para realizar el acto del que se trata, siendo desde luego cierto que es múltiple la jurisprudencia que se pronuncia en esta línea.

Asimismo se acierta al mantener la legitimación de las asociaciones reclamantes, actuando a través de su representante, para intervenir en el procedimiento de nombramiento de los representantes de todas ellas en el CESC o para solicitar la declaración de nulidad de dicho nombramiento, siempre que, como parece ser el caso, estén legalmente constituidas, realizando una interpretación auténtica de los artículos 20, Ley 26/1984 y 2 y siguientes del Real Decreto 825/1990, por una parte, y de los artículos 7.1.d), Ley autonómica 1/1992 y 10 del Decreto 100/1992 o su disposición transitoria, por la otra.

Es particularmente notorio que la ordenación autonómica asegura la participación de todas las asociaciones legales en la propuesta de nombramiento y desea que ésta se adopte por acuerdo entre el conjunto de ellas. Y, como dice también el Proyecto, no se contemplan criterios tales como el de mayor representatividad para participar o para tomar la decisión sobre tal propuesta, ni hace remisión alguna al respecto a la legislación estatal, de manera que ha de atenderse por el Gobierno autonómico y su Administración a la ordenación indicada a todos los efectos. Incluso si, eventualmente, pensara que puede ser inconstitucional por no hacer lo antedicho, dictándose en concreto sin respetar las bases estatales en dicha materia.

En este sentido, ha de advertirse que el precepto del artículo 7.1.d), Ley autonómica 1/1992 no parece inconstitucional y, en todo caso, está vigente y no sometido a juicio alguno de constitucionalidad. Y, como ya se ha dicho, los preceptos del artículo 10 o de la disposición transitoria del Decreto 100/1992 parecen desarrollar correctamente esta norma legal, no cabiendo tacharlos de ilegales por vulnerarla o desconocerla o por excederse de su carácter ejecutivo, alterando la normación legal. Además, sin duda están en vigor y no han sido recurridos o suspendidos en su aplicación.

Siendo un hecho contrastado que no existe federación que englobe al conjunto de las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas, el nombramiento de los representantes de aquéllas en el CESC no puede proponerse por tal federación según las reglas internas de funcionamiento de ésta, que podrían seguir o no al efecto lo dispuesto en el Real Decreto 825/1990, pero que han de garantizar siempre la participación de todas en la adopción del acuerdo

correspondiente y que éste, de no alcanzarse entre ellas unánimemente, refleje la postura mayoritaria (cfr. artículos 7.1.d), Ley 1/1992 y 10 del Decreto 100/1992).

Por consiguiente, es patente que la propuesta de nombramiento en cuestión debió producirse mediante la vía prevista en la disposición transitoria del Decreto 100/1992, de modo que, en puridad, sólo cabría entender efectuada la designación de representantes cuando se realizara por acuerdo mayoritario, sin más, de las organizaciones de consumidores legalmente constituidas adoptado mediante sus representantes legales reunidas al efecto por convocatoria de la Administración.

Cosa que, como el propio Proyecto reconoce, no ha sucedido porque no se actuó como procedía por la Administración autonómica. En su lugar, el Gobierno optó por seguir el trámite previsto en el artículo 12.2 del mismo Decreto y, en consecuencia, ni hubo convocatoria de representantes legales de las asociaciones, ni reunión de éstos, ni, en fin, acuerdo mayoritario adoptado entre las asociaciones por sus representantes en el que se designaran sus representantes en el CESC.

Así, anunciado genéricamente la posibilidad de que hicieran sus propuestas, varias de ellas, que parece suponen mayoría, de común acuerdo hicieron la suya conjuntamente, mientras que otras no lo hicieron, aunque tampoco pudieron discutir la otra propuesta e intervenir en una votación que, en efecto, determinara formalmente el acuerdo mayoritario requerido. En esta tesitura, el Gobierno convocante, en consecuencia con su proceder, decidió que ese acuerdo se dio en la práctica y nombró como miembros del CESC a los propuestos por la mayoría de las asociaciones.

Sin embargo, no puede sostenerse que en este supuesto se actuó prescindiendo total y absolutamente de un procedimiento, habida cuenta no sólo que el nombramiento parece procedimentalmente correcto en relación con otros miembros del CESC, sino que incluso, respecto a aquéllos en los que se discute tal corrección, se siguieron determinados trámites, como fue la participación por convocatoria de las asociaciones afectadas y la propuesta de algunas de ellas, seguida de la del Consejero competente al Gobierno para que procediese al nombramiento y de la de este mismo, todos correctamente hechos.

Tampoco cabría defender que, en estas condiciones, el procedimiento de nombramiento seguido no ha sido el ordenado legal y reglamentariamente al efecto,

pues sustancial y mayoritariamente se ha respetado tal procedimiento. El problema es que, en relación con una parte del nombramiento, el que interesa a los representantes de las asociaciones de consumidores y usuarios, pudiera haberse obviado un trámite esencial del procedimiento, aunque no por eliminar de plano la precisa participación de aquellas en éste, sino por utilizar por otra diferente a la prevista.

Pero, desde esta perspectiva, resulta sin duda exagerado estimar que el acto de nombramiento, siquiera sea parcialmente y respecto a los representantes de las asociaciones, es nulo de pleno derecho por la causa del artículo 62.1.e), Ley 30/1992. Máxime cuando no sólo no se ha omitido plenamente un trámite esencial sino que el usado en su lugar puede servir a la finalidad participativa del sustituido, o aún mejorarla en el sentido de ser más libre, rápida y fácil de cumplir manteniendo sus efectos y las garantías de participación de todos los asociados.

Por demás, en este caso no se ha producido un eventual desorden imposible de encauzar en la actuación de las asociaciones actuantes o la indeterminación inoperativa del acuerdo mayoritario subsiguiente, que seguramente trataron de eludir o resolver las normas del artículo 10 y de la disposición transitoria del Decreto 100/1992. En realidad, la participación ha sido posible y se ha traducido en una propuesta de nombramiento que parece plasmar un acuerdo de la mayoría de las asociaciones entre el conjunto de éstas o, si se prefiere, un acuerdo mayoritario de las legalmente constituidas explicitado por sus representantes legales y adoptado regularmente.

Cabría en última instancia considerar que, aún no existiendo causa de nulidad radical, podría haberla de anulabilidad, al realizarse el acto a revisar con infracción del Ordenamiento Jurídico, aunque en este supuesto, de carácter formal ha de tenerse presente que el defecto de forma, generado por aquélla en este acto sólo lo hace anulable cuando carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, procediéndose entonces a la revisión por la vía del artículo 103, Ley 30/1992 (cfr. artículo 63 de esta Ley).

Pero, aunque esta eventualidad no ha sido la argüida por el solicitante ni tramitada por el órgano actuante, correctamente, como quiera que se menciona en el Proyecto objeto del Dictamen, puede decirse en éste que no sería procedente que

se revisara por el Gobierno su acto, declarándolo nulo en base a esta causa de anulabilidad, pues tiene todos los elementos precisos para alcanzar su fin, y no produce indefensión a los interesados. A lo que ha de añadirse que, de procederse en las presentes circunstancias a la realización del trámite de la disposición transitoria en sus exactos términos, el resultado del acuerdo no variaría, siendo fútil hacer una reunión para adoptarlo y, lo que es determinante, no se alteraría la situación de los reclamantes o de los restantes interesados.

IV

1. Ha de rechazarse de plano la argumentación favorecedora del mantenimiento del acto cuestionado que se contiene en el Fundamento de Derecho Octavo del Proyecto, aunque pueda criticarse la corrección técnica de la disposición transitoria del Decreto 100/1992. En primer lugar, porque los posibles fallos en su ordenación no generan el efecto de antijuridicidad aventurado en aquél, particularmente en relación con la ordenación legal que desarrolla. Ni tampoco el de inconstitucionalidad, especialmente de modo autónomo y sin cuestionar previamente la legalidad de esta norma reglamentaria.

No es ciertamente un defecto original de este precepto reglamentario el que no haga especificación alguna sobre el acuerdo mayoritario entre las asociaciones que prevé, pues, desarrollando adecuadamente la norma legal al respecto, poco podía hacer sobre el particular. Así, parece clara, por más que pudiera discutirse política o aún jurídicamente, la decisión legal en este punto, de manera que el Gobierno actuó correctamente al respetarla cuando estableció el Decreto 100/1992 y ahora ha de hacer lo mismo. Por demás, suponiendo que ello fuere constitucionalmente viable, cuestión que no es pacífica doctrinal o jurisprudencialmente pero que no pueda rechazarse sin más y, terminantemente, ni siquiera cabe técnicamente ahora el recurso de inconstitucionalidad de Leyes autonómicas por el Gobierno de la Comunidad Autónoma. Lo que, por contra, sí cabe sin discusión es que éste promueva reformar la Ley ejerciendo su facultad de iniciativa legislativa.

En estas condiciones, es claro que el Gobierno autónomo no debiera insinuar que una Ley autonómica es inconstitucional, como aquí se hace directamente o al menos indirectamente al afirmarse que lo es la norma reglamentaria que la desarrolla haciéndolo bien. Y aún menos puede decir, no ya sólo que una norma cualquiera es nula y que por eso no la aplica, pues esto está fuera de sus competencias y al hacerlo

su decisión es en sí misma antijurídica, sino sobre todo que lo es una norma establecida por él mismo que es a él a quien ante todo y sobre todo obliga. Y que, evidentemente, puede reformar o eliminar del Ordenamiento Jurídico por la vía jurídicamente prevista al efecto, posibilidad que se torna deber de pensarse como aquí se explicita.

Cabe añadir que, aparte de ser dudosa la existencia de un principio como el de igualdad en la Ley que se cita en el Proyecto, igualmente lo es que se produzca desigualdad ante la Ley prevista o provocada por la ordenación de la normativa legal y reglamentaria de la CAC que se comenta, que en todo caso, se recuerda, que está en vigor y es aplicable, ni que la misma permita una situación discriminatoria contraria a la Constitución, tampoco lo sería si la solución normativa aquí fuere similar a la sindical o empresarial, refiriéndose a las asociaciones más representativas en función de implantación territorial y/o número de asociados.

Más aún, no se comprende cómo puede evitarse esta supuesta discriminación por la mera sustitución del trámite de la disposición transitoria del Decreto 100/1992 por el del artículo 12.2 de éste, pues, aplicado textualmente como procede, y se ha hecho en este caso, podría generarse exactamente la misma "discriminación". Concretamente, cabría predicarse de la propia la decisión gubernativa cuando considerase que la propuesta recibida es mayoritaria por el simple hecho de hacerla la mayoría de las actuaciones y no las más representativas o ambas cosas al tiempo.

Por eso, no puede admitirse que el trámite, que no propiamente procedimiento, a efectuar sea el del artículo 12.2 antes citado. En ningún caso lo es, aunque la consecuencia de no hacerlo en esta ocasión no genere la nulidad o la anulabilidad del acto afectado. En consecuencia, no puede aceptarse que el Gobierno se ajusta -al convocar a las asociaciones de usuarios y nombrar después sus representantes, vistas las propuestas recibidas- al procedimiento legal establecido, aunque cumpla "estrictamente" lo previsto en el reiterado artículo 12.2 del Decreto 100/1992.

2. Finalmente, procede advertir que no es conforme a Derecho el razonamiento del Fundamento de Derecho Noveno del Proyecto. Desde luego, es indudable que la propuesta de las asociaciones no se adoptó por acuerdo entre el conjunto de ellas, pero ello, como hemos expuesto, no comporta la nulidad o anulabilidad del correspondiente acto de nombramiento.

Sin embargo, si se aceptara la hipótesis planteada por el Proyecto, siendo inválida la propuesta presentada en las condiciones en que lo ha sido, no puede jurídicamente deducirse de esta premisa fundamental la conclusión plasmada en el Fundamento analizado. Antes bien, es claro que es asimismo inválido el acto de nombramiento que le sigue sin solución de continuidad porque se apoya inevitablemente en esta actuación previa, que es su presupuesto y que efectivamente ha existido.

Por demás, la invalidez de la propuesta no equivale a su inexistencia, máxime dadas las razones por las que se produce tal invalidez, que supondría la no participación en su adopción de todos los interesados con derecho a ello, de manera que la subsanación de la invalidez del acto subsiguiente de nombramiento, que parece articularse como debido, exige la de su presupuesto, no cabiendo entender aplicable al efecto el artículo 12.3 del Decreto 100/1992.

C O N C L U S I O N E S

1. En el Fundamento III, Puntos 1 y 2, se efectúan diversas observaciones técnicas a los fundamentos jurídicos del Proyecto dictaminado.

2. Por las razones expuestas en el Punto 3 del Fundamento III, no procede la revisión del Decreto 137/1992, en cuanto este acto de nombramiento no resulta nulo de pleno derecho, ni tampoco anulable, al no ser aplicables las causas previstas en los artículos 62.1 a) y f) o 63, Ley 30/1992.

3. No obstante, según se razona en el Fundamento IV, no son conformes a Derecho los fundamentos jurídicos octavo y noveno del Proyecto.