



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 8 2 / 2 0 1 3

(Pleno)

La Laguna, a 25 de julio de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el ***Proyecto de Decreto por el que se modifica el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley de Puertos de Canarias, aprobado por el Decreto 52/2005, de 12 de abril, en lo relativo al régimen de funcionamiento de los órganos colegiados de gobierno y de asesoramiento de la entidad pública empresarial “Puertos Canarios” (EXP. 270/2013 PD)*.***

F U N D A M E N T O S

I

Solicitud y carácter preceptivo del Dictamen.

1. Por escrito de 18 de julio de 2013, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias solicita de este Consejo dictamen preceptivo por el procedimiento ordinario, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.B.b), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, sobre el Proyecto de Decreto por el que se modifica el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley 14/2003, de 8 de abril, de Puertos de Canarias (LP), aprobado por Decreto 52/2005, de 12 de abril (RP). Se trata, pues, de una propuesta normativa de modificación parcial de la norma reglamentaria de desarrollo de ley habilitante o de cobertura, por lo tanto de un reglamento ejecutivo y, por ello, el dictamen de este Consejo se emite con carácter preceptivo.

Tramitación del Proyecto de Decreto.

2. Se acompaña con la solicitud de Dictamen, el preceptivo certificado de los Acuerdos, gubernativo de toma en consideración del proyecto y de solicitud de dictamen, adoptados en sesión celebrada el 13 de junio de 2013 (art. 50 del

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio); así como, entre otros, los informes de iniciativa reglamentaria y memoria económica de la propuesta de Puertos Canarios, tomado en consideración por su Consejo de Administración en sesión celebrada el 18 de febrero de 2013, e informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial (art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno); informe de la Oficina Presupuestaria de la Consejería de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial [art. 2.2.f) del Decreto 155/1985, de 17 de mayo, por el que se crean las Oficinas presupuestarias]; informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto, favorable [art. 26.4.a) del Reglamento Orgánico de la extinta Consejería de Economía y Hacienda, aprobado por Decreto 12/2004, de 10 de febrero]; e informe del Servicio Jurídico, con observaciones [art. 20.f) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero], que fueron informadas por Puertos Canarios, si bien, como ya expresamos en los DCC 5/2012 y 611/2011, el informe preceptivo de la Dirección General del Servicio Jurídico, debería ser el último del pronunciamiento y debería solicitarse una vez completado el expediente.

Consta, así mismo, la apertura de trámite informativo a las Consejerías del Gobierno, sin que ninguna haya formulado observaciones al texto. No figura sin embargo en el expediente la apertura del trámite de audiencia a los Cabildos (art. 45.2 en relación con la disposición adicional primera.12 de la Ley 14/1990, de 26 de julio); ni a determinadas entidades y organizaciones a las que podría afectarles la norma propuesta [art. 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, LG], como las que forman parte del Consejo Asesor que se pretende modificar. Aunque tales organizaciones tampoco han intervenido materialmente -al no haber podido constituirse por falta de *quorum*- mediante su participación en los órganos que hayan emitido informes o evacuado consultas en los términos del art. 24.1.d) LG.

La norma propuesta pretende modificar, entre otros, los arts. 26 y 31 RP, dedicado al Consejo Asesor, añadiendo a este último cinco nuevos apartados que afectan al *quorum* constitutivo para deliberar y adoptar acuerdos (apartado 6), a la forma de las sesiones (apartado 7), a la delegación del voto (apartado 8), a la designación de un secretario (apartado 9) y al régimen de sustituciones (apartado 10).

Tal Consejo Asesor cuenta con representación de: los Municipios en los que se encuentre emplazado algún puerto de interés general de la Comunidad (1); la

Federación de Cofradías de Pescadores (1); cada Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de la Comunidad (1); las asociaciones de puertos deportivos (1); los clubes náutico-deportivos (1); las organizaciones empresariales más representativas (2) y de las organizaciones sindicales más representativas (2).

Pues bien, tales corporaciones y asociaciones no han sido llamadas al procedimiento, ni han intervenido a través de su representación en el Consejo Asesor que se pretende modificar, pues, como se ha expresado, tal Consejo, al que se solicitó informe sobre la propuesta de reforma, no pudo adoptar acuerdo alguno al respecto al no llegar a tener *quorum* para emitir la pertinente decisión.

Ciertamente, tal imposibilidad –que impide que un órgano asesor pueda constituirse para informar una reforma normativa que directamente afecta a su régimen de funcionamiento- es el mejor aval de la necesidad de la reforma. Pero, al margen de la causa real impeditiva, lo cierto es que la norma propuesta no ha contado con el parecer de las organizaciones y asociaciones que participan en el órgano asesor que se pretende modificar. La falta de informe por falta de *quorum* – con el efecto de que se entiende entonces emitido- no debería justificar la omisión de requerir tal parecer, cuando el órgano que podría canalizar tal participación directa no ha podido constituirse en la sesión convocada justamente para expresar su parecer sobre una modificación normativa que les afecta directamente.

Tampoco, pese a que no fueron llamados con ocasión de la elaboración de la norma reglamentaria, los Cabildos han sido llamados al trámite de audiencia; ni los ciudadanos, cuya participación sería en este caso inexigible de conformidad con el art. 24.1.e) LG, en cuanto a la modificación propuesta de contenido meramente orgánico, pero no así respecto a las concesiones, aspecto por el que –por la misma razón- debería haberse otorgado audiencia a éstos.

Acerca de la competencia.

3. Desde el punto de vista competencial, reiteramos los dictámenes 29/1999, de 25 de marzo, y 11/2002, de 25 de enero, emitidos en relación con anteproyectos de la que fue posteriormente ley, y 243/2006, de 19 de julio, sobre la modificación puntual de la ley aprobada.

La norma propuesta tiene un alcance limitado, por cuanto pretende la modificación de los arts. 26.3 y 31.6, 7, 8, 9 y 10 RP. Salvo la singular incidencia que se hace en el régimen competencial de las concesiones –excepcionándose “la

resolución de autorizaciones y concesiones de menor cuantía de la prohibición de delegación por el Consejo de Administración"-, su alcance es meramente orgánico. En efecto, la introducción a modo de preámbulo de la norma propuesta considera que "el tiempo transcurrido (desde el inicio efectivo de la actividad de la entidad pública empresarial "Puertos Canarios", que tuvo lugar el 1 de mayo de 2012), ha puesto de manifiesto la necesidad de acometer una modificación puntual del régimen de funcionamiento de los órganos colegiados de gobierno y de asesoramiento de dicha entidad para lograr su plena operatividad y una mayor eficacia en la gestión". A tal efecto, se prevé para la "constitución del Consejo Asesor" una "segunda convocatoria, reduciendo el número de miembros requeridos", y se introduce "la posibilidad expresa de suplencias y delegaciones de voto de sus miembros".

"Las Comunidades Autónomas tienen la potestad exclusiva de crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran sus respectivas Administraciones, de manera que pueden conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo, debiendo el Estado abstenerse de cualquier intervención en este ámbito" (STC 50/1999, de 6 de abril), siempre que tal competencia tenga "proyección sólo hacia el interior de la organización autonómica, no impidiendo que la competencia del Estado reconocida en el art. 149.1.18ª CE se despliegue en los aspectos de la organización que se proyecten sobre los ciudadanos" (STC 31/2010, de 28 de junio).

Desde la STC 32/1981, el Tribunal Constitucional ha precisado que, "fuera de este ámbito de actividad autonómica exclusiva, el Estado puede establecer, desde la competencia sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas del art. 149.1.18ª CE, principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones públicas", lo que significa que la potestad autoorganizatoria autonómica "no tiene carácter exclusivo, sino que debe respetar y, en su caso, desarrollar las bases establecidas por el Estado. En definitiva, salvo en lo relativo a la creación de la propia Administración, la potestad de autoorganización, incluso en lo que afecta a los aspectos de organización interna y de funcionamiento, no puede incluirse en la competencia exclusiva de autoorganización de las Comunidades Autónomas, aunque ciertamente no cabe atribuir a las bases estatales la misma extensión e intensidad cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y a los administrados, que en aquellos aspectos en los que se da esta afectación".

Por ello, si “ninguno de los preceptos impugnados tiene por objeto la creación, modificación o supresión de órganos de las Administraciones de las Comunidades recurrentes, debe concluirse que ninguno de ellos puede encuadrarse en la competencia exclusiva relativa a la autoorganización de las Comunidades recurrentes”. (STS 50/1999, de 6 de abril).

Según esta STC 50/1999, la materia competencial “régimen jurídico de las Administraciones públicas” comprende “la regulación de la composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones públicas” (STC 32/1981), “la organización de todas las Administraciones públicas” (STC 76/1983), “los aspectos organizativos e institucionales de esas Administraciones” (STC 214/1989) o “la composición, funcionamiento y organización” de las mismas (STC 35/1982)”.

“En esta materia la Constitución atribuye al Estado las bases (...) que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones públicas”, aunque su “intensidad y extensión (...) no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico”, siendo “menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas, que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados”, aunque ciertamente no cabe trazar una distinción tajante entre unos aspectos y otros (STC cit.).

“No debe olvidarse que, según establece el art. 149.1.18ª CE, el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar «a los administrados un tratamiento común ante ellas» y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias” (STC cit.).

“Por otra parte, el que los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales o los compuestos por representaciones de las distintas Administraciones públicas establezcan o completen sus propias normas de funcionamiento no implica la exclusión de las potestades normativas de las Comunidades Autónomas, por lo que las potestades de autorregulación que esta

norma reconoce a este tipo de órganos colegiados, deberá ejercerse de conformidad con lo que, en su caso, dicha normativa disponga” (STC cit.).

II

Sobre el contenido de la modificación propuesta.

El art. único. Dos de la norma proyectada incorpora cinco nuevos apartados al art. 35 RP, con el siguiente contenido y comentario:

Apartado 6. “Para que el Consejo Asesor pueda constituirse, deliberar y adoptar acuerdos válidamente será necesario que en primera convocatoria concurren a la sesión del órgano colegiado la mitad más uno de la totalidad de sus miembros y, en todo caso, el Presidente, el Director Gerente o quienes les sustituyan.

No existiendo el número de miembros señalado en el párrafo anterior, el Consejo Asesor se reunirá en segunda convocatoria, media hora después de la fijada para la primera convocatoria, pudiendo constituirse, deliberar y adoptar acuerdos válidamente con la asistencia de la tercera parte de sus miembros y, en todo caso, del Presidente, el Director Gerente o quienes les sustituyan”.

La Ley de Puertos no contiene regulación alguna respecto a esta cuestión. Si bien la normativa reglamentaria autonómica incide sobre esta materia. Por lo tanto, en la modificación de la norma reglamentaria, se puede contemplar una segunda convocatoria y especificar para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano. De ello justamente se trata. Nada pues que objetar.

Apartado 7. “Las sesiones del Consejo Asesor serán presenciales, si bien podrán celebrarse mediante videoconferencia cuando lo estime conveniente el Presidente”.

La Ley básica (art. 26.1 LRJAP-PAC) exige la “presencia” de los miembros del órgano para la debida constitución del mismo, lo que, en principio, no se adecua a la *presencia virtual*, no prevista en la legislación administrativa a diferencia de la penal (art. 229.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (EC 950/1985), del Poder Judicial).

Siendo un órgano asesor, el rigor de la base, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, puede y debe, en este caso, ser atenuado para permitir justamente lo que se pretende (siempre que los miembros presentes reúnan el quórum de constitución exigido según la convocatoria de que se trate, primera o segunda).

Por otro lado, se debería objetivar el régimen de *videoconferencia* (imposibilidad física o material, carácter no decisorio de la sesión, etc.), es decir, que no sea simplemente la voluntad del Presidente la que determine cuándo y cuándo no procedería la aplicación de este sistema. Y, por supuesto, se deberá asegurar que el régimen de video conferencia respete las garantías materiales y formales exigibles a la presencia real (simultaneidad, contradicción, identidad, etc.).

Apartado 8. “El voto de los miembros del Consejo Asesor podrá delegarse en otro miembro del Consejo Asesor por escrito y para cada sesión”.

Ciertamente, no estamos ante una delegación de forma del art. 16 LRJAP-PAC ni ante una de competencias del art. 13 LRJAP-PAC. Se trata de una delegación de voto de un miembro a favor de otro, ambos integrantes del mismo órgano administrativo asesor. La Ley básica por otra parte nada señala al respecto, sólo que los acuerdos serán adoptados “por mayoría de votos” (art. 27.4 LRJAP-PAC). No se trataría, además, de una delegación de voto entre miembros de un mismo colectivo de representación, sino de colectivos distintos y hasta contrapuestos, por lo que tal delegación debería contar con la autorización de las organizaciones representadas. Si no fuera así, se podría defraudar la representación y defensa de los intereses sociales que corresponde a las organizaciones representadas en el Consejo.

Apartado 9. “El Consejo Asesor designará un secretario de entre sus vocales, que tendrá voz y voto”.

La Ley de Puertos no contempla entre los miembros del Consejo Asesor la existencia de un secretario. Sin embargo, la Ley básica (art. 26.1 LRJAP-PAC) exige que en los órganos colegiados haya un secretario, por lo que la laguna de la ley puede ser suplida con la base estatal. Por ello, es conforme con la ley básica que de entre los miembros del Consejo Asesor se designe a un secretario, aunque dada la naturaleza del órgano de que se trata quizás deberían señalarse algunas condiciones y requisitos para tal designación, como su carácter rotatorio, duración del cargo, etc. Al fin y al cabo, se trata de un órgano de composición multisectorial de intereses no siempre coincidentes.

Apartado 10. “En los supuestos de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal que impida su asistencia a la sesión del Consejo Asesor: a) El Presidente será sustituido por el Vicepresidente. B) El secretario será sustituido por el vocal que designe el Consejo Asesor. C) Los vocales titulares miembros del órgano colegiado

serán sustituidos por sus suplentes, si los hubiere o por el miembro del Consejo Asesor en quien hayan delegado su voto”.

Según la STC 50/1999, la suplencia temporal de los titulares de los órganos administrativos es una “regla de organización y funcionamiento interno, que sólo de modo indirecto afecta a la actividad externa de la Administración y a sus relaciones con los administrados”. De ahí que la base estatal no pueda ser tan intensa y por eso el Tribunal Constitucional ha despojado al art. 17.1 LRJAP-PAC de su carácter básico. El carácter interno de la norma hace razonable el instrumento que se ha utilizado para su regulación.

Sin embargo, debería suprimirse del texto la frase “o por el miembro del Consejo Asesor en quien hayan delegado su voto”, no solamente por la razón expuesta anteriormente (intereses contrapuestos), sino también por la problemática que conlleva la equiparación de la “delegación” a la “sustitución” en el caso de inexistencia de suplentes, con doble representación por el mismo representante y subsiguiente doble intervención en las Sesiones.

C O N C L U S I Ó N

Salvo las observaciones que se formulan en los Fundamentos I y II del presente Dictamen, el Proyecto de Decreto por el que se modifica el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley de Puertos de Canarias, se considera conforme a Derecho.