

Revista Española  
de la  
Función Consultiva

## **CONSEJO ASESOR**

**Excmo. Sr. D. José Manuel Romay Beccaría**  
Presidente del Consejo de Estado

**Hnble. Sr. D. Joan Egea Fernández**  
Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña

**Excmo. Sr. D. Albert Lamarca i Marquès**  
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

**Excmo. Sr. D. Carlos Millán Hernández**  
Presidente del Consejo Consultivo de Canarias

**Hnble. Sr. D. Rafael Perera Mezquida**  
Presidente del Consejo Consultivo de las Illes Balears

**Excmo. Sr. D. Juan B. Cano Bueso**  
Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía

**Hnble. Sr. D. Vicente Garrido Mayol**  
Presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana

**Excmo. Sr. D. Ramón Salanova Alcalde**  
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón

**Excmo. Sr. D. Joaquín Espert Pérez-Caballero**  
Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja

**Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado**  
Presidente del Consejo Consultivo de Galicia

**Excmo. Sr. D. Emilio Sanz Sánchez**  
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

**Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén**  
Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

**Excmo. Sr. D. Eugenio Simón Acosta**  
Presidente del Consejo de Navarra

**Ilmo. Sr. D. Sabino Torre Díez**  
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

**Excmo. Sr. D. Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno**  
Presidente del Consejo Consultivo de Extremadura

**Excmo. Sr. D. Mario Amilivia González**  
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León

**Excmo. Sr. D. Bernardo Fernández Pérez**  
Presidente del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

**Excmo. Sr. D. Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa**  
Presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

### **DIRECTOR**

**Vicente Garrido Mayol**

**José Díez Cuquerella, María Luisa Mediavilla Cruz, Enrique F. Fliquete Lliso, Francisco Camps Ortiz, Federico Fernández Roldán, Miguel Pastor López, Miguel Mira Ribera (†), Vicente Cuñat Edo, Alberto Jarabo Calatayud, Ana Castellano Vilar, Joan Ignasi Pla i Durà.**

### **Secretario**

**Fernando García Mengual**

El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana no se responsabiliza de las posiciones mantenidas o vertidas por los colaboradores de la REFC, que son, en consecuencia estrictamente personales.

Revista Española de la

---

---

# FUNCIÓN CONSULTIVA

**20**

**JULIO - DICIEMBRE**

**2013**



---

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Edita: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

Producción gráfica: *Mare Nostrum Servicios Gráficos S.L.*

Maquetación: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

ISSN: 1698-6849

Depósito Legal: *V-4523-2004*

## SUMARIO

<b>Presentación</b>	13
<hr/>	
<b>XV Jornadas de la Función Consultiva</b>	
<hr/>	
Crónica de las Jornadas .....	17
<i>Discurso Inaugural</i>	
Mario Amilivia González .....	19
<hr/>	
<b>Estudios</b>	
<hr/>	
<b>XV Jornadas de la Función Consultiva</b>	
<b>a) Problemática sobre responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario.</b>	
JAVIER FERNÁNDEZ COSTALES. <i>Diferentes perspectivas de la responsabilidad de la administración por la prestación de asistencia sanitaria en un contexto de crisis económica</i> .....	27
JOSÉ SUAY RINCÓN. <i>La racionalización de la responsabilidad patrimonial de la Administración: el paradigma de la Sanidad Pública</i> .....	35
PEDRO SABANDO SUÁREZ. <i>Responsabilidad de la Administración por las prestaciones sanitarias: Medicina y Derecho</i> .....	57
AQUILINO YAÑEZ ANDRÉS. <i>Evolución de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: situación actual y cambios necesarios</i> .....	63
<b>b) La España de las autonomías: propuestas para una posible reforma.</b>	
JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ. <i>Reflexiones sobre la situación actual del Estado Autonómico: Balance y posibles reformas</i> .....	71
JAUME VERNET I LLOBET. <i>La perspectiva catalana en torno a la reforma constitucional de la estructura territorial del estado....</i>	79
FERNANDO REY MARTÍNEZ. <i>El Estado Autonómico en la encrucijada</i> .....	111

## **Doctrina de los Consejos Consultivos**

---

### **La reponsabilidad por daños producidos por especies animales protegidas.**

Consejo de Estado	
José Luis Palma Fernández .....	129
Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña	
Isabel Pont Castejón Puig.....	141
Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana	
Artur Fontana i Puig .....	155
Consejo Consultivo de La Rioja	
Ignacio Granado Hijelmo .....	175

## **Dictámenes**

---

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA	
Dictamen 135/14, de 12 de marzo, sobre la revisión de oficio de la Orden de clasificación de 8 de marzo de 1935 del Ministerio de Trabajo de una Fundación, como de beneficencia particular mixta .....	201
Dictamen 154/14, de 2 de marzo, relativo a la consulta facultativa formulada por el Ayuntamiento de Benicasim sobre la posibilidad legal de llevar adelante, dentro de la legislación, actual, planes de empleo para contratos temporales por razones sociales.....	223
CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA	
Dictamen 15/14, de 28 de abril, sobre el Proyecto de Decreto por el que se regulan el documento, el expediente y el archivo electrónico en el Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja .....	231
Dictamen 20/14, de 28 de abril, en relación con una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la Junta de Compensación de una unidad de ejecución del Plan Parcial de cierto municipio, por los daños y perjuicios que entiende causados al haber tenido que abonar gastos de urbanización (acometidas eléctricas y de agua) que se entiende corresponden a otra unidad de ejecución del mismo sector .....	249
CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA	
Dictamen 99/14, de 9 de abril, sobre resolución de contrato público.....	259
Dictamen 111/14, de 23 de abril, sobre el Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Explotaciones Agrarias de la Región de Murcia .....	271

## **Notas Bibliográficas**

---

Recensión de « <i>La Comisió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya. 75 anys d'Història</i> » Francesc J. Rodríguez Pontón .....	283
Referencias bibliográficas sobre Función Consultiva Pablo J. Collado Beneyto y Mercedes Altarriba Comes .....	289

## **Jurisprudencia**

---

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, Sala de lo Contenciosos-Administrativo (Sec. 2ª), de 21 de julio de 2014, por la que se declara la nulidad de una Orden de Conselleria de Sanidad, por omisión del dictamen del Consejo Jurídico Consultivo .....	297
---	-----

## **Normas de los Consejos Consultivos**

---

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS <i>Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias</i> .....	309
CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ILLES BALEARS <i>Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo (referencias al Consejo Consultivo)</i> .....	343
CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA <i>Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana (referencias al Consejo Jurídico Consultivo)</i> .....	345
CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA <i>Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia</i> .....	349

## **Información Institucional**

---

Comisión Jurídica Asesora de Cataluña .....	367
Consejo Jurídico Consultivo de Andalucía .....	368
Consejo Consultivo de La Rioja .....	368
Consejo Consultivo de Galicia .....	369
Consejo Consultivo de Extremadura .....	369
Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid .....	370

<b>Autores</b> .....	373
----------------------	-----

---

<b>Consejo de Redacción</b> .....	379
-----------------------------------	-----

---

<b>Instrucciones a los autores</b> .....	381
--	-----

---

<b>Boletín de suscripción</b> .....	383
-------------------------------------	-----



## TABLE OF CONTENTS

<b>Presentation</b>	13
<hr/>	
<b>XV Conferences on Consultative Function</b>	
<hr/>	
Report.....	17
<i>Opening Speech</i>	
Mario Amilivia González .....	19
<hr/>	
<b>Studies</b>	
<hr/>	
<b>XV Conferences on Consultative Function</b>	
<b>a) Problems about Administration liability in Healthcare sphere.</b>	
JAVIER FERNÁNDEZ COSTALES. <i>Different perspectives of the Administration liability for the provision of healthcare services in a context of economic crisis.</i> .....	27
JOSÉ SUAY RINCÓN. <i>Rationalization of the Administration's financial liability: the paradigm of public Healthcare System</i> .....	35
PEDRO SABANDO SUÁREZ. <i>The Administration's liability for healthcare provision of services: Medicine and Law</i> .....	57
AQUILINO YAÑEZ ANDRÉS. <i>The evolution of the Healthcare Administration's financial liability: present situation and necessary changes</i>	63
<b>b) The Spain of “Autonomías”: proposals on a possible reform.</b>	
JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ. <i>Reflections on the current situation of the Autonomous State: assessment and possible reforms</i> .....	71
JAUME VERNET I LLOBET. <i>The Catalan perspective with respect to the constitutional reform of the territorial structure of the State.</i>	79
FERNANDO REY MARTÍNEZ. <i>The Autonomous State at the crossroads</i> .....	111

## **Compared Doctrine of Consultative Councils**

---

Liability for damage incurred to protected animals species Council of State	
José Luis Palma Fernández .....	129
Legal Advisory Commission of Catalonia	
Isabel Pont Castejón Puig.....	141
Legal Consultative Council of Valencian Community	
Artur Fontana i Puig .....	155
Consultative Council of La Rioja	
Ignacio Granado Hijelmo .....	175

## **Legal Opinions**

---

LEGAL CONSULTATIVE COUNCIL OF VALENCIAN COMMUNITY	
Ruling 135/14, 12 March, on the <i>ex officio</i> review of the Order of 8 March 1935 of the Ministry of Labour, of a Foundation as a private joint charity institution .....	201
Ruling 154/14, 2 March, concerning the consultation made by the Council of Benicasim on the legal possibility of implementing, within existing legislation, employment schemes for temporary contracts for social reasons .....	223
CONSULTATIVE COUNCIL OF LA RIOJA	
Ruling 15/14, 28 April, on the Draft decree regulating the document, the file and the electronic archive of La Rioja. ....	231
Ruling 20/14, 28 April, in relation to a financial liability claim filed by the Junta de Compensación of an Imple- mentation Unit of the subdraft of certain municipality, for the damage which may have resulted after payment for development costs (water and electricity supply) which should be paid for by another Implementation Unit in the same sector .....	249
LEGAL COUNCIL OF REGION OF MURCIA	
Ruling 99/14, 9 April, on termination of public contracts ....	259
Ruling 111/14, 23 April, on the draft Decree regulating the Agricultural Farm Registry in the Region of Murcia .....	271

## **Bibliographic Notes**

---

Review of « <i>La Comisió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya. 75 anys d'Història</i> » Francesc J. Rodríguez Pontón .....	283
Bibliographic references on Consultative Function Pablo J. Collado Beneyto and Mercedes Altarriba Comes ....	289

---

## Case-law

---

Judgement of Supreme Court of Justice of Valencian Community, of July 21st 2014, which declares null and void the Order from regional Health Department on the grounds of the lack of Legal Consultative Council Ruling. ....	297
---	-----

---

## Norms of Consultative Councils

---

CONSULTATIVE COUNCIL OF CANARIAS	
<i>Regulation of organization and functioning of the Consultative Council of Canarias</i> .....	309
CONSULTATIVE COUNCIL OF ILLES BALEARS	
<i>Law 2/2014, 25 March, of land ordinance and use (references on Consultative Council)</i> .....	343
LEGAL CONSULTATIVE COUNCIL OF THE VALENCIAN COMMUNITY	
<i>Law 5/2014, 25 July, of Generalitat, of Territory, Urban planning and Landscape of the Valencian Community (references on Legal Consultative Council)</i> .....	345
CONSULTATIVE COUNCIL OF GALICIA	
<i>Law 3/2014, 24 April, of the Consultative Council of Galicia ..</i>	349

---

## Institutional Information

---

Legal Advisory Commission of Catalonia .....	367
Consultative Council of Andalucía .....	368
Consultative Council of La Rioja .....	368
Consultative Council of Galicia .....	369
Consultative Council of Extremadura .....	369
Consultative Council of Community of Madrid.....	370

<b>Authors</b>	373
----------------	-----

---

<b>Editorial Board</b>	379
------------------------	-----

---

<b>Instructions for the authors</b>	381
-------------------------------------	-----

---

<b>Subscription bulletin</b>	383
------------------------------	-----

---



## PRESENTACIÓN

El número vigésimo de la *Revista Española de la Función Consultiva*, tiene como contenido principal las ponencias y conferencias que se pronunciaron en las XV Jornadas de la Función Consultiva, que se celebraron en Zamora y Valladolid los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2013, organizadas por el Consejo Consultivo de Castilla y León. En las sesiones de trabajo, y de ello queda constancia en estas páginas de la REFC, se abordó la situación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en el actual contexto de crisis económica. También se analizó el debate –actual entonces, y también ahora, en el otoño de 2014– sobre la articulación territorial del Estado, es decir, sobre los retos del Estado Autonómico al que dio paso la Constitución de 1978.

En el apartado de doctrina comparada, en esta publicación se dan a conocer las posiciones de varios órganos consultivos, entre ellos el Consejo de Estado, en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de los daños ocasionados por especies animales protegidas.

En otro apartado, el dedicado a la bibliografía, en este número se ha considerado oportuno hacer una revisión de las obras publicadas recientemente en torno a la función consultiva, ya que la última vez que se publicó un estudio de este tipo fue en el número 9 (2008). También se incluye una reseña del libro conmemorativo del 75 aniversario de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña.

Como es habitual, en las páginas siguientes se reproduce el texto de dictámenes de varios órganos consultivos cuyo interés aconseja su difusión por medio de esta Revista, uno de cuyos objetivos es, precisamente, dar a conocer los pronunciamientos más destacados de los Consejos.

Por último, se da cuenta de la modificación de varias normas que afectan a la configuración y a las competencias de algunas Instituciones, entre ellas destaca la nueva Ley del Consejo Consultivo de Galicia. Así mismo, también nos hacemos eco en este número de la alteración en la composición de varios Consejos Consultivos.

Valencia, septiembre de 2014



# XV Jornadas de la Función Consultiva



## **CRÓNICA DE LAS XV JORNADAS DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA Zamora, 26-27 de septiembre de 2013**

Durante los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2013 se celebraron las XV Jornadas de la Función Consultiva, cuya organización correspondió en esta ocasión al Consejo Consultivo de Castilla y León. En este encuentro, como viene siendo habitual, participaron numerosos miembros y letrados de los altos órganos consultivos de las comunidades autónomas y del Consejo de Estado.

La primera de las Jornadas, el día 25, consistió fundamentalmente en el acto de recepción a todos los participantes en la sede del Consejo Consultivo de Castilla y León, con sede en la ciudad de Zamora. Durante el acto intervinieron la Alcaldesa de Zamora, Rosa Valdeón Santiago, y el Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León, Mario Amilivia González,

El día 26 tuvo lugar en la sede del Consejo Consultivo de Castilla y León la presentación de las Jornadas y la celebración de la primera mesa de debate, centrada en las “Diferentes perspectivas de la responsabilidad de la Administración por la prestación de la asistencia sanitaria en un contexto de crisis económica”. La presentación corrió a cargo del Presidente del Consejo Consultivo, Mario Amilivia González, a la que siguió la bienvenida por parte de la Alcaldesa de Zamora y del Presidente de la Diputación de Zamora, Rosa Valdeón Santiago, y Fernando Martínez Maíllo, respectivamente. El Consejero de Sanidad de la Junta de Castilla y León, Antonio María Sáez Aguado, fue el encargado de pronunciar el discurso inaugural de las Jornadas.

Bajo la moderación de Javier Fernández Costales, Consejero Emérito del Consejo Consultivo de Castilla y León y Catedrático Emérito de Derecho Civil, intervinieron en la antedicha mesa de debate José Suay Rincón, Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho Administrativo y ex Consejero del Consejo Consultivo de Canarias; Pedro Feliciano Sabando Suárez, Consejero del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, ex Subsecretario de Sanidad y Consumo y ex Consejero de Salud de la Comunidad Autónoma de Madrid; Juan José Rodríguez Sendín, Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, y Aquilino Yáñez de Andrés, abogado de los Ilustres Colegios de Abogados de A Coruña y Madrid.

Las Jornadas tuvieron continuación al día siguiente en la sede de las Cortes de Castilla y León, en Valladolid, en donde la Presidenta del Parlamento autonómico, María Josefa García Cirac, acompañada de las primeras autoridades de la Comunidad Autónoma, recibieron al Presidente del Consejo de Estado, José Manuel Romay Beccaria, y a los presidentes y demás representantes de los Consejos Consultivos participantes.

La segunda y última mesa de debate, moderada por Fernando Rey Martínez, Consejero del Consejo Consultivo de Castilla y León y Catedrático de Derecho Constitucional, se centró en “La España de las autonomías: propuestas para una posible reforma. Futuro de la ordenación territorial del Estado”, y en ella intervinieron José Antonio de Santiago Juárez, Consejero de la Presidencia de la Junta de Castilla y León; Jaume Vernet i Llobet, Consejero del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña y Catedrático de Derecho Constitucional; Jesús Quijano González, Consejero Emérito del Consejo Consultivo de Castilla y León y Catedrático de Derecho Mercantil, y Tomás Quintana López, Catedrático de Derecho Administrativo.

Seguidamente, se clausuraron las Jornadas con la intervención del Presidente del Consejo de Estado, José Manuel Romay Beccaría.

## DISCURSO DE PRESENTACION DE LAS XV JORNADAS DE LA FUNCION CONSULTIVA

**Mario Amilivia González**  
*Presidente del Consejo Consultivo de  
Castilla y León*

En primer lugar, quiero agradecer a todos su asistencia a estas XV Jornadas de la Función Consultiva, agradecimiento que ayer tuve la ocasión de expresar con gran satisfacción en el acto de bienvenida que celebramos en esta sede del Consejo Consultivo de Castilla y León, en la ciudad de Zamora. Es un gran honor para todos los miembros del Consejo Consultivo de Castilla y León organizar y celebrar estas decimoquintas Jornadas. Celebradas conforme al orden de creación de los Órganos Consultivos, con las que damos continuidad a la costumbre de este encuentro anual, que pone de manifiesto la vigencia de la función consultiva que ejercemos.

Gracias, especialmente, a las instituciones que nos han apoyado para que estas Jornadas que hoy iniciamos sean una realidad: Junta y Cortes de Castilla y León, Diputación de Zamora, Ayuntamiento de Zamora, y todos cuantos han mostrado su colaboración pese a los momentos de dificultades que atravesamos. Son unas Jornadas que celebramos desde la austeridad ya que no podemos ser ajenos a este largo periodo de crisis, pero que asumimos con dignidad y –no le quepa duda a nadie– una gran ilusión.

El pasado año, en el marco de las Jornadas celebradas en Extremadura, quizás debatimos más sobre nosotros mismos, acerca de la naturaleza y oportunidad de la función consultiva, que de otras cuestiones no menos importantes. Quiero manifestarles que hoy el mejor favor que podemos hacernos es no debatir tanto acerca de nuestra existencia, sobre nuestras funciones, porque pese a lo que algunas veces leemos o escuchamos en los medios de comunicación la función consultiva no está cuestionada, no está en el debate público. En relación al informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), ha quedado claro que no existe duplicidad en el caso de los Órganos Consultivos. No duplicamos en ningún modo la labor del Consejo de Estado. En el ámbito de Castilla y León lo sustituimos elaborando dictámenes en muchos más supuestos, con una mayor cercanía y en plazos mucho más cortos a como lo vino haciendo el Consejo de Estado hasta 2003, año en que lo reemplazamos con el inicio de la función consultiva.

Como saben la mayoría de todos ustedes, el Consejo Consultivo de Castilla y León tiene una de las composiciones de consejeros más reducida de entre los existentes en el país. La Ley 5/2011, de 19 de septiembre, por la que se introducen modi-

ficaciones relativas a la organización y funcionamiento de los Consejos Consultivo y de Cuentas y al Gobierno y Administración de la Comunidad, redujo a tres el número de Consejeros electivos, a designar por las Cortes de Castilla y León, manteniéndose como Consejeros natos –uno en la actualidad– los ex Presidentes de la Junta. Esta circunstancia no ha sido impedimento para que asumamos también, mediante la Ley de las Cortes de Castilla y León 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, las funciones de Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad, órgano administrativo competente para el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación y de las cuestiones de nulidad contractual de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Unas funciones que nos han supuesto un gran esfuerzo de adaptación y especialización, pero que ya han comenzado a dar sus frutos y cuya mejor expresión son las cerca de 120 Resoluciones aprobadas hasta la fecha.

Por todo ello, de cara a esta nueva edición, planteamos que sería muy interesante debatir acerca de dos cuestiones muy relevantes y de plena actualidad. De una parte, la responsabilidad patrimonial sanitaria, aquella en la que el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. Como es sabido, la teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta.

Los dictámenes sobre responsabilidad patrimonial del ámbito sanitario vienen adquiriendo año tras año mayor importancia. Al menos en nuestro caso, las estadísticas de actividad que elaboramos indican que este tipo de dictámenes suponen el 34 % del total de los emitidos, con una elevada suma de indemnizaciones reclamadas, 35,5 millones de euros según los datos del ejercicio de 2013. ¿Significa ello que la sanidad pública esté empeorando en este contexto de crisis económica? Yo creo sinceramente que no. Lo que sí existe es una sensibilidad social cada vez más profunda que tiene su expresión en los medios de comunicación, en el debate político, y que hace que actualmente se hable cada vez más sobre la sanidad pública y el resto de los servicios públicos esenciales, razón de ser de nuestro trabajo

La gran extensión territorial de Castilla y León, con una población dispersa y ciertamente envejecida, hace complicado, como todos comprenderán, la prestación de servicios públicos esenciales como es el caso de la sanidad. No obstante, esta Comunidad Autónoma continúa destacando en los barómetros sobre la calidad de la asistencia sanitaria. Indicadores, como el de la Federación de Asociaciones en Defensa de la Sanidad Pública, reflejan elevados porcentajes en el grado de satisfacción de los castellanos y leoneses en relación a la prestación de los servicios sanitarios, lo

que revela que se está haciendo un gran esfuerzo por parte de las instituciones, y que existe, en este sentido, una apuesta decidida de la Comunidad Autónoma.

A tal efecto, sin limitarnos a un enfoque estrictamente jurídico, la mesa que va a celebrarse hoy va a propiciar, desde la pluralidad y gran cualificación de sus integrantes, un interesante y enriquecedor debate desde el punto de vista de la profesión médica, la abogacía o el Derecho Administrativo. Bajo el lema «Diferentes perspectivas de la responsabilidad de la Administración por la prestación de la asistencia sanitaria en un contexto de crisis económica», moderados por D. Javier Fernández Costales, Consejero Emérito del Consejo Consultivo de Castilla y León, y Catedrático Emérito de Derecho Civil, intervendrán en la misma D. José Suay Rincón, Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho Administrativo y ex Consejero del Consejo Consultivo de Canarias; D. Pedro Feliciano Sabando Suárez, Consejero del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, ex Subsecretario de Sanidad y Consumo y ex Consejero de Salud de la Comunidad de Madrid; D. Juan José Rodríguez Sendín, Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España y D. Aquilino Yáñez de Andrés, abogado de los Ilustres Colegios de Abogados de A Coruña y Madrid.

De otra parte, también en el afán de no limitarnos a un debate endogámico, por y para nosotros mismos, hemos querido dedicar la segunda jornada, que se celebrará mañana en la sede de las Cortes de Castilla y León en Valladolid, al futuro de la ordenación territorial del Estado y a algunas de las propuestas sobre la posible reforma del Estado Autonómico. Desde la pluralidad de opiniones, sin la obligación de tomar partido ni de convencer a nadie, destacados representantes del mundo jurídico y político expondrán sus opiniones en esta mesa de debate acerca del sistema autonómico y algunas de las incertidumbres que se han suscitado en torno al mismo. Bajo el lema «La España de las autonomías: propuestas para una posible reforma. Futuro de la ordenación territorial del Estado», intervendrán, moderados por D. Fernando Rey Martínez –Consejero del Consejo Consultivo de Castilla y León y Catedrático de Derecho Constitucional– D. José Antonio de Santiago Juárez, Consejero de la Presidencia de la Junta de Castilla y León; D. Jaume Vernet i Llobet, Consejero del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña y Catedrático de Derecho Constitucional; D. Jesús Quijano González, Consejero Emérito del Consejo Consultivo de Castilla y León y Catedrático de Derecho Mercantil y D. Tomás Quintana López, Catedrático de Derecho Administrativo.

En resumen, hemos querido con la celebración de estas XV Jornadas de la Función Consultiva poner sobre la mesa asuntos que no son ajenos a la realidad política y social de nuestro país. Desde la pluralidad, sin perjuicio de las legítimas discrepancias, el objetivo es generar un debate que caracteriza a la propia función consultiva que ejercemos y que no es otro que el sosiego, la serenidad, la capacidad de diálogo y de alcanzar acuerdos, saber que la opinión compartida es siempre la mejor, y renunciar –llegado el caso– a la opinión propia para construir otra junto con los demás. Pretendemos que algo que nos parece tan sencillo como esto tenga su expresión en la política española, que está reclamando más que nunca, al igual que el con-

junto de la sociedad española menos ruido y más diálogo, serenidad, sosiego, consenso y acuerdos.

Y nadie mejor para clausurar mañana estas Jornadas que el Presidente del Consejo de Estado, D. José Romay Beccaría, quien desde el supremo órgano consultivo del Gobierno de España ejerce una función de la que todos somos parte, y que es, conforme a su dilatada trayectoria, un gran ejemplo de diálogo y de dedicación a la vida pública.

# Estudios



Comunicaciones presentadas  
en las  
XV Jornadas de la  
Función Consultiva

Zamora,  
26-27 de septiembre de 2013



# **DIFERENTES PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA EN UN CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA**

**Javier Fernández Costales**  
*Consejero Emérito del Consejo  
Consultivo de Castilla y León*

## **Sumario:**

- I. INTRODUCCIÓN.**
- II. SANIDAD Y DERECHO.**
- III. LA SANIDAD EN EL ACTUAL CONTEXTO ECONÓMICO Y SOCIAL.**
- IV. LISTAS DE ESPERA Y PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.**
- V. MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA.**

## **I. INTRODUCCIÓN.**

La sanidad se configura hoy en día como un fenómeno jurídico, un fenómeno económico y un fenómeno social.

La salud no solo es patrimonio de la persona, sino también del profesional médico y sanitario y sin lugar a dudas de la sociedad, constituyendo por consiguiente un valor individual y social amparado constitucionalmente, ya que la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 regula en los artículos 43 y 51 el Derecho a la Protección de la Salud y se refiere incidentalmente por vía de principios en los artículos 10, 15 y 41.

La posición jurisprudencial y doctrinal a este respecto, oscila entre considerar a este Derecho como un Derecho Fundamental o un Derecho Constitucional pero con el alcance de principio rector de la política social y económica por su ubicación en el texto constitucional que al no poseer contenido mínimo esencial no cuenta con eficacia directa sino que solo podrá ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen conforme al artículo 53 de la Constitución, pues su garantía es prestacional.

## II.- SANIDAD Y DERECHO.

El avance del índice de litigiosidad que se aprecia desde hace tiempo a la hora de demandar a los profesionales médicos y sanitarios en general y a la Administración sanitaria, ha llevado a la doctrina jurídica a advertir que la sociedad es más reivindicativa y las causas ponen de relieve la necesidad de hacer frente al problema desde ángulos diferentes, pues exige el esfuerzo de todas y cada una de las personas e instituciones implicadas en el quehacer sanitario: el médico y el profesional sanitario, la Administración, la Justicia, las asociaciones de consumidores y usuarios, los medios de comunicación, el paciente y, en definitiva y por extensión, la sociedad. Pero ello no supone, como se afirma con acierto cuestionar la actividad de todo el colectivo médico-sanitario, sino analizar la respuesta de nuestro ordenamiento jurídico al incumplimiento de los deberes profesionales o las obligaciones de la Administración ante una clara intensificación de las pretensiones resarcitorias en esta materia.

Por otro lado, los avances de la Biomedicina y de la Biotecnología y la tecnificación de los servicios sanitarios se están sucediendo con extraordinaria rapidez y sobre todo con auténtica espectacularidad científica y social y están determinando un desarrollo vertiginoso, no exento de preocupación social, lo cual se traduce en una regulación por parte del Derecho que conforma una tupida red de normas, transformándose en una auténtica jungla legislativa y que, en términos médico sanitarios, debemos de abrir y diseccionar, y en términos jurídicos, debemos delimitar con la finalidad de lograr un orden lógico en la responsabilidad médico-sanitaria respecto a los servicios sanitarios públicos y privados, determinando con respecto a los servicios públicos sanitarios la intervención preceptiva de los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas y en su caso del Consejo del Estado, dictaminando los supuestos de responsabilidad sanitaria de la Administración, lo que ha generado un importantísimo cuerpo de doctrina en la materia, el cual se encuentra en las Memorias Anuales de los respectivos Consejos Consultivos y en la *Revista de la Función Consultiva*.

Es correcta, pues, la afirmación de que los Consejos Consultivos desempeñan una importante función que se sitúa en el centro de la relación entre los ciudadanos y la Administración al ser definidos con carácter general, como los Superiores Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas, ofreciendo sus funciones con autonomía orgánica y funcional con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las mismas, sin que los asuntos dictaminados puedan remitirse para su informe posterior a ningún otro órgano o Institución.

Como dato meramente estadístico, señalar que en el primer año de funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León emitimos un total de 56 Dictámenes en materia de responsabilidad sanitaria y en el pasado año 2013 se emitieron un total de 200 por un importe reclamado de 24.571.438,12 euros.

El fenómeno jurídico de la sanidad, es pues, evidente, como resaltaré más explícitamente en una referencia de síntesis al delimitar el marco jurídico-sanitario.

### **III. LA SANIDAD EN EL ACTUAL CONTEXTO ECONÓMICO Y SOCIAL.**

Pero también es un fenómeno económico y social, con la lógica incidencia jurídica, por virtud de la universalización de la sanidad como derecho a la protección de la salud amparado constitucionalmente en nuestro Estado, fenómeno marcado por el aumento de la población, la situación de la inmigración, el acceso de nacionales de otros Estados europeos o terceros Estados, entre otras causas, que ha generado una insuficiencia presupuestaria en materia sanitaria, habiéndose producido en esta coyuntura la transferencia total de competencias, salvo sanidad exterior y productos farmacéuticos o medicamentos y cohesión y coordinación del sistema de salud a las Comunidades Autónomas, destacando como el principal problema de financiación de las mismas, como se ha puesto de relieve en la Conferencia de Presidentes Autonómicos y en la Conferencia Interterritorial del Ministerio de Sanidad y las Consejerías de las Comunidades Autónomas.

Esta realidad económica y social, tiene su reflejo en los servicios públicos sanitarios ante la problemática del Derecho a la protección de la salud y las limitaciones económicas presupuestarias, los posibles retrasos asistenciales que derivan en las listas de espera, las urgencias médicas, huelgas médicas, etc., que pueden conducir a la denominada pérdida de oportunidad...etc. Lo cual genera una atención del legislador estatal y autonómico con respecto a la regulación jurídica del Sistema de Cohesión y Calidad del Sistema de Salud y la Concertación de los servicios públicos y privados, así como un amplísimo y diverso régimen jurídico de los derechos y deberes del paciente, pues además de la Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente, Ley 41/2002 de 14 de noviembre, a su vez prácticamente todas las Comunidades Autónomas han promulgado sus respectivas normas de derecho y deberes de los pacientes, garantías de espera máxima en intervenciones quirúrgicas y listas de espera de atención especializada y en fin un proyecto de Real Decreto estatal de Calidad y Seguridad de los Pacientes.

### **IV. LISTAS DE ESPERA Y PÉRDIDAS DE OPORTUNIDAD.**

En cuanto al problema de las listas de espera, lo fundamental en orden a determinar si el soportar o no una lista de espera constituye o no un daño antijurídico, depende del caso concreto.

El Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León de 27 de febrero de 2013, recoge la doctrina de la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria en relación con las denominadas listas de espera, como reflejo de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, en la que se determina que la lista de espera no cabe duda que su existencia es inevitable (SAN, Sala de lo contencioso-administrativo de 29 de octubre de 2003), pues los medios de la Administración no pueden ser ilimitados y el llamado «régimen de cola», es criterio que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y del servicio público sanitario, en particular, pues no se trata de exigir a

la Administración que disponga de medios ilimitados, sino de probar que los medios materiales y personales disponibles, dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en la cola (STS, Sala 3ª, de 24 de septiembre de 2001).

Por ello, desde la juridicidad de la lista de espera, cabe entender que serán daños jurídicos, luego existe el deber jurídico de soportarlos, los que se refieran a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación. Por el contrario el daño será antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjeran empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, si mitiguen la eficacia de la intervención esperada.

Con respecto a la doctrina de la pérdida de oportunidad, las ST., Sala 1ª de 15 de diciembre de 2004, Sala 3ª de 7 de septiembre de 2005, y 7 y 21 de febrero de 2006, reflejan la doctrina sentada en el Dictamen de 15 de diciembre de 2011 del Consejo Consultivo de Castilla y León de lo que se ha dado en llamar «pérdida de oportunidades» o pérdida de oportunidades terapéuticas, pues se trataría de la valoración de la responsabilidad por la disminución o merma de oportunidad de curación, o de minoración de las secuelas, para singularizar aquéllos procedimientos en que por la omisión de una prueba analítica o técnica, de un tratamiento o procedimiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un determinado medicamento más completo o simplemente por un excesivo retraso, se ha privado al paciente de una posibilidad de curación, y en tales al partir del quebranto de la *lex artis*, debe valorarse el perjuicio de forma proporcional a la pérdida de dicha oportunidad.

## **V. MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA.**

¿Cuál es el marco jurídico que delimita la responsabilidad médico-sanitaria a la luz de los Consejos Consultivos, del Consejo de Estado, de nuestra jurisprudencia y de nuestra doctrina?

Como he señalado en diversos trabajos, en la actualidad no se puede circunscribir el análisis del Derecho vigente en materia de responsabilidad por los servicios médico-sanitarios a límites precisos, puesto que aquél tiene carácter interdisciplinar, siendo varias las áreas que regulan o determinan esta materia: Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, lo cual ha llevado a la doctrina a aplicar terminologías amplias que abarquen este campo jurídico: Derecho Médico, Derecho Biomédico, Derecho Sanitario, Derecho de la Salud, o en fin Derecho Médico-Sanitario.

Si además trasladamos el ámbito de aplicación de este conjunto normativo al ámbito específico de la responsabilidad del prestador de servicios o si se quiere de la responsabilidad de los servicios sanitarios en relación con los consumidores y usuarios, nos encontramos nuevamente ante un multidisciplinar nivel normativo de regulación con nuevas orientaciones legales y jurisprudenciales, ya que en principio el Derecho Civil y la normativa de consumo, solo sería aplicable a los servicios sanitarios privados en orden a la responsabilidad civil, mientras que el Derecho Administrativo, sería aplicable a los servicios sanitarios públicos en orden a la responsabilidad patrimonial, exigiéndose el primer supuesto ante la jurisdicción civil y el segundo supuesto ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con los diferentes principios y presupuestos que informan tanto la responsabilidad civil de los servicios sanitarios privados como la responsabilidad patrimonial de los servicios sanitarios públicos.

Todo ello sin perjuicio de la normativa que puede aplicarse conjuntamente a ambos servicios públicos y privados, como protección de los usuarios de los servicios sanitarios con relación al Texto Refundido de la Ley General de Protección de los Consumidores y Usuarios que aprueba el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2001 conocida como el caso *Veefald* y ratificada por la de 25 de abril de 2002, pues dichas sentencias interpretan el alcance de la exención de los riesgos del desarrollo cuando se trata de productos farmacéuticos o medicamentos.

Conjugando las diferentes perspectivas, el marco jurídico de la responsabilidad de los servicios sanitarios, puede determinarse conforme a la siguiente clasificación en función de su categoría normativa:

La Constitución, las Leyes Ordinarias que engloban el Derecho Público y el Derecho Privado, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional y en fin otras normas de Derecho Profesional.

El manejo del Texto Constitucional es absolutamente imprescindible en la delimitación del marco jurídico de los servicios sanitarios, con respecto a los derechos de los ciudadanos ante posibles responsabilidades y protección y defensa de los usuarios de servicios sanitarios, frente a la Administración.

Dejamos señaladas a este respecto, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 2004 y 19 de junio de 2012, los Autos del mismo Tribunal de 21 de junio de 2011 y 13 de diciembre de 2013, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera de 31 de octubre de 2000 y Sala Cuarta de 20 de octubre de 2003 y por su importancia en cuanto a las perspectivas de la responsabilidad de la Administración por la prestación sanitaria en un contexto de crisis económica, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de abril de 2013 y la Resolución de la Defensora del Pueblo de 20 de julio de 2012 con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley 16/2012 de 20 de abril, de Medidas Urgentes para garantizar la Sostenibilidad del Sistema Nacional de

Salud y Mejorar la Calidad y seguridad de sus prestaciones. En esta última línea pueden verse los recursos de inconstitucionalidad contra el citado Real Decreto 59/2013, 4530/2012, 414/2013 y 4585/2012 presentados por los respectivos Gobiernos de las Comunidades Autónomas con base en los Dictámenes de los Consejos Consultivos de Canarias, Principado de Asturias, Cataluña y Andalucía.

Por lo que se refiere a las Leyes Ordinarias, en su vertiente del Derecho Público, la Ley General de Sanidad y la normativa de las Comunidades Autónomas en materia sanitaria, suponen el desarrollo constitucional y estatutario de la protección a los usuarios de servicios sanitarios por el derecho de protección de la salud.

La normativa administrativa sanitaria, además, está compuesta por un conjunto de Leyes, Decretos, Órdenes y Resoluciones Ministeriales y la normativa emanada de la Administración Autonómica, en el ámbito de sus competencias y que delimita el marco legal sanitario administrativo en su conjunto el cual es abundantísimo, y ello exige de forma constante una labor interpretativa acerca de su vigencia y aplicación en función del sector público, privado o concertado.

Dejamos señaladas a este respecto, la Ley 714/1986 General de Sanidad de 25 de abril, la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, y su desarrollo por las Comunidades Autónomas, como la Ley 8/2003 de 8 de abril, sobre Derechos y Deberes de las Personas en relación con la Salud en Castilla y León, la Ley 16/2003 de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, La Ley 44/2003 de 21 de noviembre de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, la Ley 55/2003 de 16 de diciembre del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, la Ley 33/2011 de 4 de octubre de Salud Pública, el Real Decreto Ley ya citado 16/2012 de 20 de abril de Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y por supuesto, y de aplicación principal la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reformada por la Ley 4/1999 de 13 de enero y por la Ley Orgánica 19/2003 de 29 de diciembre.

Por otro lado, el marco del Derecho de la Unión Europea que establece en materia de responsabilidad por daños a los consumidores y usuarios, según indiqué anteriormente, un desdoblamiento en responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y en la responsabilidad del prestador de servicios y el Derecho Internacional, no solo por las Cartas, Pactos y Convenios de carácter general, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, sino en particular por el Convenio de Oviedo, para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 1 de abril de 1997 (BOE de 20 de octubre de 1999), con su Protocolo Adicional de París de 12 de enero de 1998 (BOE 1 de marzo de 2002).

Finalmente, en el ámbito de sistematización del marco jurídico sanitario, es absolutamente necesario tener en cuenta la Normativa Deontológica y Profesional, los Protocolos Medicos y otras normativas reglamentarias de las instituciones hospitalarias o centros sanitarios públicos y privados, entre los que quedarían incluidos los manuales de organización y funcionamiento, según las distintas áreas de actuación: cardiología, urología, urgencias, etc., y las guías de práctica clínica o gpc., como recomendaciones para ayudar a los profesionales a la toma de decisiones dentro de la complejidad de la medicina y la variabilidad de la práctica clínica, probabilidades...etc., pues como decía MARAÑÓN, «no hay enfermedades sino enfermos», todo ello como pautas del Juzgador para graduar la diligencia empleada por la Administración y el profesional en su actuación.

A este respecto, es muy interesante el Dictamen 386/2005 CCCYL al señalar que la antijuridicidad en el ámbito de la asistencia sanitaria, supone que el daño producido por el funcionamiento del servicio a los pacientes sea antijurídico, ello supone que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, es decir, cuando en la prestación del servicio no se hayan usado las técnicas usuales, más seguras, que vienen aconsejadas por la aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario. En esta línea, podemos citar la STS de 25 de abril de 2002 y el Convenio para Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano en sus Aplicaciones a la Biología y a la Medicina, pues establece precisamente las obligaciones profesionales y las reglas de conducta, a las que deben someterse en sus actuaciones los profesionales de la salud y cuyas normas son diferentes según los países adoptando la forma de Códigos profesionales de ética o de deontología, ya que pueden servir de guía orientadora o pauta para enjuiciar la conducta de los profesionales sanitarios como un supuesto más en la valoración de la *lex artis ad hoc*, según las distintas áreas de actuación, y en particular también para el ejercicio por la Administración de la acción de repetición por dolo o negligencia grave del art.145 del LRJAP 30/1992. Pueden verse al respecto, los Dictámenes 139 y 408/2004 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana y 974/2005 del Consejo Consultivo de Castilla y León.

## VI. CONCLUSIÓN.

En todo caso, por la vía de la prueba se pueden aportar al procedimiento todos aquellos protocolos, guías, informes o dictámenes técnicos de los que se disponga o se soliciten al objeto de ponderar su posible incidencia en la actuación médico-sanitaria, particularmente por lo que se refiere a la formalización por escrito de la obligación del consentimiento informado o consentimiento sanitario como he puesto de relieve en diversos trabajos.

En conclusión, los servicios sanitarios, deben encaminarse a evitar un médico inseguro o un paciente vulnerable, regulando una correcta actuación profesional y una debida protección de la salud de los ciudadanos, actuando los Consejos Consultivos y en su caso el Consejo de Estado, cuando su dictamen sea preceptivo, y sin

perjuicio de las resoluciones jurisprudenciales, como garantía de la legalidad de la actuación de la Administración Pública en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la misma por la intervención de sus servicios médico-sanitarios.

### **RESUMEN**

El autor de este estudio analiza algunos aspectos relevantes de las reclamaciones formuladas en relación con la prestación del servicio sanitario. La actual situación de crisis económica ha puesto el foco sobre la sanidad pública como servicio público. En estas páginas, y de manera esquemática, se reflexiona el marco jurídico que regula esta la actividad médico-sanitaria y, de manera especial, aquellas normas que inciden en la determinación de la antijuridicidad del daño eventualmente sufrido por un paciente.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad patrimonial – Lex artis – Administración Sanitaria – Función Consultiva.

### **ABSTRACT**

The author analyzes some key aspects on the claims filed in relation with the provision of health services. The present economic crisis has put the spotlight on the health system as a public service. On these pages, some schematic reflections are made on the legal framework regulating this medical and health activity, especially on the laws which have a bearing on determining the illegality of the eventual damage suffered by a patient.

**KEYWORDS:** Financial responsibility – Lex artis – Health Administration – Consultative Function.

# LA RACIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: EL PARADIGMA DE LA SANIDAD PÚBLICA

**José Suay Rincón**

*Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria  
Magistrado del Tribunal Supremo*

## Sumario:

- I. UNA OBLIGADA PRESENTACIÓN.
- II. EL ANTICIPO DE LO QUE SIGUE.
- III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: ENTRE LA APARIENCIA Y LA REALIDAD.
- IV. UN EXAMEN DE JURISPRUDENCIA (ANÁLISIS EMPÍRICO).
- V. CONCLUSIONES: RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL.
- VI. LA CONCLUSIÓN INVERSA: EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO NORMAL.
- VII. ÚLTIMAS TENDENCIAS.
- VIII. LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: ¿ANOMALÍA O AVANZADILLA DEL SISTEMA?
- IX. LA HISTORIA DE UNA HETERODOXIA: ENTRE LA EXENCIÓN Y LA ESPECIALIDAD:
  - a) La formación de una primera disidencia: la cristalización de un régimen de exención.
  - b) Una segunda disidencia: la irrupción de un régimen especial en materia de responsabilidad (teoría y práctica).
- X. LA HISTORIA DE UNA REACCIÓN: LA ACTUALIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN:
  - a) La normalización del régimen de responsabilidad en el campo de la actividad material de la Administración.
  - b) La extensión al campo de la actividad jurídica de la Administración: dificultades y avances graduales.
- XI. CONSIDERACIONES FINALES:
  - a) La existencia inicial de dos planteamientos contrapuestos.
  - b) Hacia la formación de un régimen común en materia de responsabilidad.

## I. UNA OBLIGADA PRESENTACIÓN.

Es bien claro que para mí ésta es una ocasión muy especial. Hasta ahora mismo, como quien dice –y, desde luego hasta la última edición de estas Jornadas, hasta las Jornadas anteriores– he venido siendo compañero vuestro, durante tantísimos años, un miembro más de los consejos consultivos arraigados a lo largo de toda la geografía española. Ha sido compartir tantos momentos especiales que –en una ocasión tan singular como ésta– no puedo dejar de recordarlo con emoción, más ahora que precisamente he dejado de ser uno de los vuestros, al dejar de pertenecer al Consejo Consultivo de Canarias, del que, durante una larga década –y por un tiempo, sencillamente, irrepetible–, he sido uno de sus miembros.

Acabo de decir que he dejado de ser uno de los vuestros. No me gustaría, sin embargo, dejar de serlo del todo, al menos, de alguna manera; y me explico en seguida. Es algo que digo, en efecto, porque la experiencia consultiva ha dejado en mí una honda huella; y ha podido incluso marcar también mi propia personalidad.

Probablemente no podía ser de otra manera, después de dedicar a ella tan amplio período de tiempo, dictaminando en tantas parcelas de la actividad administrativa y poniendo bajo examen a las Administraciones Públicas actuantes en cada territorio a la luz de su propio expediente, un expediente que sólo cuando está completo llega a nuestras manos. Este modo de aproximación a la contienda, a la controversia jurídica que subyace al papel, de la que dan testimonio efectivamente los propios documentos obrantes en el expediente, como decimos, indudablemente tiene que condicionar y puede incluso alcanzar a la visión misma del Derecho que se va cimentando en la personalidad de cada uno de nosotros.

Pero es que en mi caso concreto, sin embargo, se une algún factor complementario que refuerza el sentido de la huella que en mí ha dejado esta experiencia. Como es conocido por algunos de vosotros, mi padre fue Letrado del Consejo de Estado y lo fue prácticamente durante toda su vida profesional. Ingresó en los años sesenta del siglo pasado. Entonces, el Consejo de Estado era una alta institución del Estado, como siempre ha sido, que, sin embargo, por sus dimensiones relativamente asequibles era un lugar que daba cabida a un grupo humano –no demasiado poblado– cuyos miembros no sólo se conocían perfectamente los unos a los otros, sino que se intercambiaban también sus propias experiencias vitales: me atrevería a decir que la red aglutinaba a todos sus miembros, consejeros, letrados y hasta al propio personal auxiliar; aunque a su vez, lógicamente, era más acusado el vínculo en el interior de cada uno de estos grupos. Estas circunstancias facilitaron en mí desde muy temprano la proximidad con la institución consultiva y un entendimiento de ella, en las antípodas desde luego de esa representación lejana, fría y burocrática que tantas veces prepondera en la consideración de nuestros órganos públicos y dependencias administrativas.

Durante mi paso por las aulas universitarias se reforzó esta percepción de la institución consultiva. Y, aunque finalmente terminé embarcado en la aventura universitaria, e integrado por completo en las prácticas y hábitos de la universidad

española, tampoco entonces dejé de sentir la influencia de esta institución. Quizás por mi dedicación al Derecho administrativo. Es imposible no recordar aquí la Revista de Administración Pública. Es la piedra angular sobre la que se ha construido el Derecho administrativo en España. Pues bien, como ha explicado muchas veces el propio García De Enterría, el núcleo originario de la revista lo formaron profesores universitarios y letrados del consejo de Estado, cuyo engarce o nexo de unión garantizó justamente la figura y la formidable personalidad de este jurista excepcional, que era a la vez catedrático y letrado del Consejo de Estado, Eduardo García de Enterría (D. Eduardo, que siempre estará en nuestra memoria, para quienes hemos sido sus discípulos en la Universidad; simplemente Eduardo, para sus compañeros del Consejo de Estado); entre tantas otras cosas, secretario de la revista primero y director de ella después; en realidad, su auténtica «alma mater», casi hasta su fallecimiento, que, como todos sabéis perfectamente, ha tenido lugar hace apenas unos días.

No quiero, sin embargo, alargarme demasiado. Los vaivenes de la vida quisieron que en Canarias, tras una larga década al servicio de su Consejo Consultivo, terminara definitivamente de vivir directamente y de hacer propia la experiencia consultiva que se prolongó por diez años, como señalé al principio. Pero quería explicar que prácticamente siempre he sentido cercana esta institución. Y no me gustaría que los lazos que de siempre me han unido a ella dejaran de existir. Espero con franqueza que no sea así, y espero también que esta ocasión, tan especial, justamente, sea la primera de una nueva etapa que se abre ahora en mi quehacer a partir de la asunción de mis nuevas responsabilidades. Como antes decía, no quería alargarme más de la cuenta en esta introducción, que sin embargo al final no ha sido tan breve. Pero creo que también puede entenderse. Obligado era para mí empezar de esta forma.

Y se entiende así también la enorme satisfacción, y el inmenso honor a la vez, que supone para mí el que me hayais invitado y hayais contado conmigo para colaborar en el desarrollo de estas Jornadas. Mi agradecimiento a todos, desde luego; pero me parece de justicia residenciar mi gratitud, especialmente, en este Consejo Consultivo de Castilla y León que nos acoge hoy en su espléndida sede de Zamora, a su presidente, y a sus compañeros, consejeros y al resto de sus miembros. Mi enhorabuena también por la organización de esas Jornadas, que estoy seguro también culminarán con un gran éxito, que adelanto.

## **II. EL ANTICIPO DE LO QUE SIGUE.**

¿Cómo podría aportar un mínimo grano de arena? Y vamos así entrando en la cuestión que nos congrega. A propósito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y en el campo de la sanidad pública. Una institución y un campo al que desde la institución consultiva le dedicamos una atención continua y muy intensa. Desde luego, creo que en un foro tan cualificado como éste realmente es imposible aportar nada especialmente nuevo en términos sustanciales, vaya por delante. No querría pecar de incauto. Y por eso es algo a lo que, lo digo ya de antemano, renuncio desde ya este instante. La extraordinaria tarea llevada a cabo por los consejos consultivos sobre este asunto de la responsabilidad patrimonial de la Administración

ha venido precisamente a dotar de consistencia y delimitar los contornos de esta institución; y es en esta dirección, desde la experiencia práctica, y no desde la inversa, desde donde han de provenir y recibirse las enseñanzas, porque sólo desde aquélla pueden construirse sobre bases verdaderamente sólidas las diversas piezas categorías integrantes de nuestro ordenamiento jurídico.

Con estas limitaciones, sin embargo, cabría tratar de encontrar alguna vereda por la que transitar y por la que quizás sí podríamos tratar de ser de alguna utilidad. No digo que lo consigamos al final, pero podemos intentarlo. Porque, en esa aplicación incesante y continuada de la institución y en su proyección al campo de la sanidad, conviene a veces detenerse, recapitular, examinar el estado de la cuestión y sacar conclusiones. Quizás el hecho de tener que vérselas prácticamente a diario con esta institución de la responsabilidad impide acometer la tarea antes indicada con el sosiego que ésta exige. Y acaso sea también éste el sentido de estas iniciativas institucionales: en la medida que congrega a distintos colectivos profesionales, permiten el desarrollo de una reflexión en común sobre el estado actual de la cuestión, en este caso, a propósito de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad.

Así, pues, no tanto se trata de venir ahora a plantear la recepción de reglas extrañas o de arriesgar el ensayo de nuevas fórmulas, porque creo que de los problemas reales es desde los que hay que hacer la doctrina, y no al revés. Pero, a la luz de los pronunciamientos judiciales recaídos en los últimos tiempos y el sentido de la evolución percibida de esta institución, puede ser útil pararse a examinar y ver cómo estamos.

### **III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: ENTRE LA APARIENCIA Y LA REALIDAD.**

¿Y cómo estamos? Mal. Eso es lo que se dice, al menos. No sólo ahora. En verdad, la situación se remonta a muchos años, aunque también parece que se agudiza progresivamente: cada vez que se ensancha el campo de aplicación de la responsabilidad, se multiplican las instancias y los operadores que han de verse con ella. Parece claro el caos y la dispersión existente en la aplicación de la normativa reguladora de esta institución, por no emplear palabras más gruesas, y aludir más directamente a una arbitrariedad, en términos objetivos, que en no pocas ocasiones parece producirse sin remedio en la aplicación de esta institución.

Reglas escasas y muy generales dan lugar a resultados dispares e impredecibles. Incoherentes incluso entre sí. Desde esta perspectiva, el balance parece desolador. El valor primario del Derecho, aquél que precisamente justifica su existencia más que ninguno otro –acaso tras su cometido todavía más primario y elemental de asegurar la paz social–, que es proporcionar seguridad jurídica y dar cobertura a las relaciones sociales puestas bajo su cuidado, no sólo parece estar amenazado. Lisa y llanamente, la seguridad jurídica parece en quiebra en materia de responsabilidad. Al menos, así hay quien lo percibe con toda claridad.

En contra también, cabría agregar, de los propios dictados constitucionales. Cuando la Constitución atribuye al Estado el cometido de regular esta materia (responsabilidad patrimonial de la Administración), no hay que olvidar que lo hace en unos términos poco habituales, que a veces pasan inadvertidos. La Constitución atribuye al Estado y reconoce su competencia; pero, al tiempo que lo hace y le reconoce la competencia, en este caso singular, le ordena su ejercicio y la marca una clara pauta, porque le encomienda la formación de un sistema, el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas: artículo 149.1.18º de la Constitución.

Me parece que es el único supuesto en que la distribución constitucional de competencias se sirve de la citada expresión. La idea de sistema no es banal y evoca y remite a una regulación ordenada y coherente, en lo que parecen, pues, las antípodas de la situación antes descrita, como decíamos. Ahora bien, ¿realmente es certero este diagnóstico que venimos efectuando? Antes hemos dicho también que existe la percepción en el sentido indicado y cabe ahora añadir que incluso es dominante esta percepción en el ciudadano.

Pero realmente, y éste será nuestro hilo conductor en el resto de las consideraciones que siguen, podemos aventurar: 1) Que dicho diagnóstico no es tan certero, y que el sistema de responsabilidad está dotado de cierta coherencia, aunque a veces impera alguna confusión conceptual; y 2) Que la sanidad ha sido precisamente el paradigma para introducir coherencia: en otros términos, no se trata de un régimen especial o un régimen de excepción. Por eso quizás en buena medida, tengo serias dudas y no sé si finalmente voy a hablar tanto de la responsabilidad sanitaria, como de la responsabilidad a secas.

#### **IV. UN EXAMEN DE JURISPRUDENCIA (ANÁLISIS EMPÍRICO).**

Al preparar este trabajo, he podido volver a consultar más de medio centenar de sentencias que tenía recogidas en una carpeta, la mayoría de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, aunque no sólo; también de la Sala Primera de este mismo Tribunal. Las últimas resoluciones que he podido leer son de finales del año pasado (2013).

Demora en la remisión de un informe clínico (biopsia) (STS de 3 de abril de 2002, Sala Tercera); falta de diagnóstico de un «ictus» al alcance de cualquier médico (STS de 10 de diciembre de 2010, Sala Primera); no utilización de la mejor técnica médica y falta de vigilancia en el postoperatorio (STS de 11 de abril de 2002, Sala Primera); retraso en el diagnóstico de metástasis (STS de 19 de octubre de 2004, Sala Tercera); falta de cumplimiento del parte de ingreso que ordenaba la práctica de una ecografía (STS de 27 de mayo de 2003, Sala Primera); retraso en la aplicación de un tratamiento antibiótico (STS de 13 de marzo de 2003, Sala Tercera); mala praxis (amniocentesis) y ausencia de información asistencial y de consentimiento (STS de 20 de abril de 2005, Sala Tercera); falta de consentimiento para la realización de un TAC por contraste (STS de 22 de junio de 2005, Sala Tercera); falta de realización de prueba complementaria de electrocardiograma y remisión del paciente a su domicilio (STS de 7 de marzo de 2007,

Sala Tercera); sufrimiento fetal y omisión de la adopción de medidas de prevención de daños (STS de 24 de septiembre de 2004, Sala Tercera); infección nosocomial y culpa “in vigilando” (STS de 5 de enero de 2007, Sala Primera); falta de asepsia y precipitación en la realización de cesárea (STS de 23 de octubre de 2007, Sala Tercera); secuelas por mala praxis en intervención de hernia discal (STS de 7 de marzo de 2011, Sala Tercera); signos de sufrimiento fetal y demora injustificada en la asistencia (STS de 9 de marzo de 2010, Sala Tercera); infección hospitalaria contraída durante el curso de una intervención que no deriva de su normal desarrollo (13 de julio de 2000, Sala Tercera); falta de información sobre el derecho a interrumpir el embarazo (STS de 14 de marzo de 2007, Sala Tercera); error en la valoración de un infarto (STS de 20 de marzo de 2007, Sala Tercera); falta de realización de una anamnesis completa (STS de 12 de julio de 2007, Sala Tercera); imposibilidad de intubación: defecto en la realización de las pruebas preoperatorias (STS de 18 de diciembre de 2009, Sala Tercera); falta de registro cardiocográfico en la evolución de un parto (STS de 23 de diciembre de 2009, Sala Tercera); evaluación incorrecta de electrocardiograma (STS de 7 de marzo de 2007, Sala Tercera); excesiva duración del periodo expulsivo (STS de 23 de diciembre de 2002, Sala Primera); demora en la asistencia ante el accidente de un buceador (STS de 7 de julio de 2008, Sala Tercera); inyección epidural defectuosa (STS de 4 de junio de 2001, Sala Primera); falta de asistencia de ginecólogo a parto (STS de 31 de julio de 2002, Sala Primera); intervención quirúrgica errónea de hernia discal (STS de 9 de diciembre de 2008, Sala Tercera); graves secuelas por defectuoso control del parto (STS de 15 de marzo de 2007, Sala Tercera); falta de realización en niño de la prueba de detección de síndrome de “down” (STS de 4 de noviembre de 2008, Sala Tercera); pérdida de visión por diagnóstico inadecuado (STS de 9 de marzo de 1998, Sala Tercera); inyección mal puesta y retraso en el diagnóstico (STS de 11 de mayo de 1999, Sala Tercera); etc.

El examen efectuado comprende todo tipo de acciones y omisiones en la atención sanitaria que han dado pie al cuestionamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en este campo. Por acciones, entendemos todo género de errores. Por omisiones, las demoras o asistencias tardías.

El error susceptible de engendrar responsabilidad comprende el ámbito del diagnóstico y del tratamiento. En este segundo caso, abarca en sentido amplio todas las etapas en que puede desarrollarse, esto, es, antes de la asistencia propiamente (pruebas preoperatorias), durante el tratamiento o después de completado el mismo incluso (infecciones). Los asuntos examinados versan sobre las más variadas pruebas (así, por ejemplo, incluye también el tratamiento por inyecciones o colocación de férulas). Incluso, alcanza al propio tratamiento farmacológico.

Lo mismo sucede con la demora. El diagnóstico tardío, lo mismo que el erróneo, puede dar lugar a responsabilidad. Y ésta se extiende también a la demora en la realización del tratamiento precedente: así, demora en la práctica de las pruebas previas, o en la realización de la intervención propiamente dicha.

Ahora bien, lo importante en la práctica totalidad de los supuestos examinados antes es que no basta la identificación del error o la demora. Tal es la mera constatación de un hecho. Pero no basta con ello y se requiere una valoración a los efectos de apreciar la procedencia de declarar la responsabilidad de la Administración. Porque el hecho puede estar justificado o resultar excusable, dicho de otro modo, no cabe formular (todavía) reproche alguno a la Administración por no actuar necesariamente desde el inicio en el diagnóstico o en el tratamiento (esto eso, por acción u omisión).

## **V. CONCLUSIONES: RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL.**

De este modo, llegamos a la infracción de la denominada regla de la «lex artis». Que, en sentido amplio, proporciona cobertura incluso al defecto en el consentimiento informado y otros supuestos análogos. En definitiva, estamos ante la infracción de un deber de cuidado: si ha habido cuidado, si se ha cumplido el deber, y no cabe reprochar falta de diligencia, no hay lugar a responsabilidad. La diligencia del profesional, o de la organización en su conjunto en cuyo ámbito dicho profesional se desenvuelve, evita la emergencia de la responsabilidad.

Luego entonces –hemos de concluir– la responsabilidad surge y se produce por el funcionamiento anormal de la atención sanitaria.

El deber de cuidado exigible puede ser mayor o menor. Y mayores parecen las exigencias, en efecto, en algunos casos, como en la atención al parto (o en la asistencia previa durante el embarazo), en la medida en que se producen las condenas más habituales y también las más elevadas: entre otras, STS de 29 de septiembre de 2004 (Sala Tercera: 50 millones de pesetas); STS de 9 de marzo de 2010 (Sala Tercera: 600.000 euros); STS de 23 de diciembre de 2002 (Sala Primera: 100 millones de pesetas); STS de 20 de abril de 2005 (Sala Tercera: 300.000 euros); STS de 15 de marzo de 2007 (Sala Tercera: 600.000 euros); STS de 4 de noviembre de 2008 (Sala Tercera: 300.000 euros); y STS de 23 de diciembre de 2009 (Sala Tercera: 510.000 euros). La infracción del deber acaso también puede suponerse o presumirse si el daño resulta desproporcionado: STS de 23 de octubre de 2008 (Sala Primera); de 18 de diciembre de 2009 (Sala Tercera) y de 17 de mayo de 2002 (Sala Primera). O corresponde a la organización administrativa misma la prueba de la observancia del deber de cuidado, cabe también añadir, porque, a fin de cuentas, la Administración dispone de la capacidad y de los medios necesarios para alcanzar la prueba con mayor facilidad.

Pero, siempre, la responsabilidad se hace descansar sobre el dato de la anormalidad en el funcionamiento del servicio. En esto, además, no hay diferencias entre la jurisprudencia civil y la contencioso-administrativa, lo mismo que no la hay respecto de la recepción de la regla de la inversión de la carga de la prueba, la doctrina de la facilidad probatoria o la doctrina del daño desproporcionado, en los términos examinados.

## VI. LA CONCLUSIÓN INVERSA: EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO NORMAL.

Una vez resaltado lo anterior, lo importante es también la conclusión que de ello se extrae, a la inversa: esto es, no hay lugar a responsabilidad por funcionamiento normal.

La mayoría de las resoluciones que antes ha concentrado nuestro examen estiman la concurrencia de responsabilidad. En consecuencia, confirman la sentencia de instancia si ésta fue estimatoria; o bien, la casan y revocan si no fue así. Algunas, en cambio, se inclinan por la desestimación y en este sentido también confirman o revocan según los casos. Pues bien, las que desestiman lo hacen precisamente porque incurren en funcionamiento normal.

Sirva al efecto apuntar tres supuestos.

No hay responsabilidad, por ejemplo, por el nacimiento de hijo tras la realización de una vasectomía; y ello, porque, al margen de que sea o no un verdadero daño, entraría en todo caso dentro del funcionamiento normal (STS de 3 de octubre de 2000, Sala Tercera). Pero, por otro lado, sí habría responsabilidad en este caso si falta información sobre los riesgos en vasectomía (STS de 2 de julio de 2002, Sala Primera), porque se trataría de un supuesto de responsabilidad por funcionamiento anormal.

Otro ejemplo lo proporciona el tratamiento de las infecciones nosocomiales. Ante una infección de esta índole, en alguna ocasión, se aduce ciertamente la existencia de una responsabilidad objetiva, pero la indemnización se estima a la postre porque hubo también falta de diligencia (STS de 18 de marzo de 2004, Sala Primera). En otro supuesto se acude a la doctrina de la «culpa in vigilando» y la teoría de la facilidad probatoria (STS de 5 de enero de 2007, Sala Primera). Las dos resoluciones mencionadas hasta ahora son de lo civil. En el ámbito de lo contencioso-administrativo, en presencia de una infección postoperatoria, se concluye sobre la improcedencia de responsabilidad por inexistencia de falta de diligencia (STS de 19 de julio de 2004, Sala Tercera); y si en cambio se aprecia la concurrencia de dicha responsabilidad si hay funcionamiento anormal (STS de 13 de julio de 2010, Sala Tercera). No prospera, en cambio, la reclamación si la infección proviene de causas endógenas (STS de 11 de noviembre de 2004, Sala Tercera), como tampoco procede incluso si falta la prueba de infección en el ámbito hospitalario (STS de 19 de febrero de 2007, Sala Tercera); pero sí hay lugar a ella si existe prueba suficiente acreditativa de la existencia de relación de causalidad o si cabe alcanzar a este respecto una convicción suficientemente fundada (STS de 22 de diciembre de 2006, Sala Tercera y 7 de octubre de 2002, Sala Tercera).

El tercer caso sería el más extremo, la posible responsabilidad con motivo del contagio por virus. Sí se afirma la responsabilidad objetiva en la STS de 11 de abril de 2002, Sala Primera; pero en la STS de 6 de noviembre de 2001, Sala Terce-

ra, se concluye a partir de la imposibilidad de detección del virus del SIDA que no hay lesión antijurídica.

Luego hemos de confirmar así la conclusión antes alcanzada. La responsabilidad se estima o desestima en estos casos, en función de si ha habido o no infracción de deber de cuidado.

## **VII. ÚLTIMAS TENDENCIAS.**

Hemos resaltado que la lista de las resoluciones examinadas se cierra en 2013. Realmente, pocas novedades hay en este último año. También, cumple señalar, y el dato merece un comentario siquiera breve, por un dato sumamente inquietante que puede erigirse en un gravísimo problema si no lo es ya. Dadas las dificultades de acceso a la casación por razón de la cuantía mínima establecida al efecto, a partir de 600.000 euros, los casos no llegan apenas. De este modo, se dificulta la creación de jurisprudencia y, lo que es peor, se impide la formación de un sistema comprometido constitucionalmente.

Podría así llegar a concluirse que el cierre al acceso a la casación en el sentido expuesto resulta una opción inconstitucional, en la medida en que solo la jurisprudencia constituye la garantía de la formación de un sistema en materia de responsabilidad, ya que la formulación por el legislador de las reglas sobre las que descansa esta institución necesariamente ha de moverse en un plano excesivamente general.

En todo caso, y recuperando ya nuestro hilo discursivo, las últimas sentencias objeto de examen confirman la tendencia apuntada en los apartados anteriores. Podríamos dar cuenta de nuevos supuestos en que se aprecia la procedencia de la responsabilidad de la Administración: responsabilidad por la rotura de un «stent»; por la falta de realización de las pruebas precisas para la detección de una cardiomegalia; o por el olvido de una gasa en una intervención de hernia discal. Todos los supuestos indicados entran dentro del funcionamiento anormal de la atención sanitaria.

Las tres últimas resoluciones que hemos examinado son de la misma fecha (9 de octubre de 2013) y las tres son bien elocuentes de cuanto se lleva dicho. La primera no aprecia mala praxis médica; pero sí responsabilidad por omisión del consentimiento informado: se considera daño moral resarcible la pérdida de oportunidad de decidir sobre una operación médica, en la que el paciente quedó parapético a los 19 años (300.00 euros). La segunda condena a una suma indemnizatoria aún mayor (470.000 euros), ante la materialización de un riesgo, por la falta de información adversas reacciones de una vacuna antigripal. Y, en fin, la tercera es la más elocuente, no se indemniza la infracción nocosomial inevitable, si se acredita la adopción de todas las medidas de profilaxis preventivas y antibióticas, lo que supone una condena explícita de la responsabilidad objetiva.

## **VIII. LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: ¿ANOMALÍA O AVANZADILLA DEL SISTEMA?**

Hasta aquí, el examen de un significativo conjunto de pronunciamientos recaídos a lo largo de la última década en materia de responsabilidad sanitaria y las conclusiones que podemos formular a partir de ellas. La siguiente pregunta sería: ¿es este régimen una excepción?, ¿la exigencia de la «lex artis» o de una infracción del deber de cuidado constituye realmente una peculiaridad singular en el ámbito de la sanidad?, ¿Es que se sirve la jurisprudencia de esta doctrina en el ámbito de la sanidad para evitar condenas en masa? ¿Y es así una anomalía del sistema en su conjunto, con la cual incluso habría que acabar? ¿O no?

Pues bien, en efecto, no es esa nuestra opinión. A nuestro juicio, al contrario, la atención sanitaria constituye el principal banco de pruebas de esta institución (responsabilidad patrimonial de la Administración), por lo que, al contrario, es donde más se ha perfilado y depurado su régimen jurídico. Lejos de ser por tanto una excepción, constituye la avanzadilla del sistema, esto es, marca el camino hacia la normalización del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Un régimen que, adentrándonos ahora por otros derroteros, a lo largo de toda su historia ha estado instalado permanentemente en la heterodoxia. Y que después de una azarosa historia, solo ahora podría entrar definitivamente en vías de normalización.

## **IX. LA HISTORIA DE UNA HETERODOXIA: ENTRE LA EXENCIÓN Y LA ESPECIALIDAD.**

Primero, como vamos a ver, se trataba de un régimen que no terminaba de ponerse en marcha, en definitiva, no arrancaba; después, y durante mucho tiempo, tampoco vino a apurarse; y al final, siguiendo el mismo simul de la carrera, ha terminado por pasarse en la línea de frenada. Solo, en la actualidad, y después de no pocas vicisitudes, podemos decir que va ajustando sus piezas, normalizándose, racionalizándose, equiparándose al resto de los países europeos, y asimilándose también al criterio marcado por el Derecho de la propia Unión Europea en materia de responsabilidad (sin que podamos ahora detenernos, dicho Derecho exige una «infracción suficientemente caracterizada» como indispensable presupuesto para el surgimiento de la responsabilidad).

Veámoslo.

### **a) La formación de una primera disidencia: la cristalización de un régimen de exención.**

La primera disidencia estuvo en la exención del régimen general de la responsabilidad. En el principio, en efecto, fue la exención; pero no de dicho régimen general de responsabilidad, acogido por el Código Civil, sino de modo todavía más amplio, lisa y llanamente, de toda responsabilidad. La Administración, sencillamente, era un sujeto irresponsable. Solo dejaba de serlo si actuaba por medio de un «agente especial», figura enigmática cuyo perfil no terminaba de concretarse.

Vista esa insoportable situación de partida, impropia a todas luces de un Estado moderno, inevitable era la reacción. Y la reacción vino de la mano de la LEF de 1954 y se consolidó con la LRJAE 1957. Sobre el papel, por lo demás, no es solo que comenzara a rectificarse, es que sencillamente la situación experimentó un vuelco completo de ciento ochenta grados. Por virtud del expresado giro, la Administración vino no sólo a quedar sujeta a responsabilidad como el resto de los sujetos, sino que vino a hacerlo además bajo un régimen especial.

**b) La aparición de una segunda disidencia: la irrupción de un régimen especial en materia de responsabilidad (teoría y práctica).**

Sin embargo, llegamos así a la aparición de una segunda disidencia, que consistió justamente en eso: la consolidación de un régimen especial. ¿En qué consistía éste? Un régimen más favorable para la víctima y más duro para el agente causante del daño, dicho en apenas dos palabras. Ahora bien, hay que distinguir dos etapas: si las reglas cambiaron e incluso se invirtieron respecto a la situación precedente, ello al principio fue solo sobre el papel, como antes deliberadamente quisimos resaltar.

Durante muchos años, así, la exención de responsabilidad de la Administración se mantuvo intacta «de facto», tan intacta como lo estaba antes a decir verdad, aunque ahora ya no en virtud de la exención del régimen general de que disfrutaba, sino en virtud del régimen especial propio dispuesto para ella, que sencillamente no se aplicaba.

Los especialistas, sobre todo, MARTÍN REBOLLO, empezaron a detectar un cierto cambio de orientación sólo a mediados de la década de los setenta del pasado siglo, es decir, veinte años después de la instauración de su régimen especial. Por tanto, poco antes de la aprobación de la Constitución en 1978, norma que realmente no aporta elementos sustantivos nuevos, en la medida en que hereda la legislación vigente y se sitúa en línea de continuidad con ella, aunque no poco relevante será lo que hace, en definitiva, la constitucionalización del régimen preexistente. En la práctica, además, contribuyó también a la generalización de la responsabilidad y las condenas comenzaron a ser moneda de uso corriente.

¿En qué se basa el modelo implantado, según hemos anticipado, más favorable para la víctima y más duro para el sujeto causante del daño? Este resultado se alcanza a partir de la innecesariedad de la exigencia de culpa; y de ahí se salta a la innecesariedad, incluso, del dato de la anormalidad en el funcionamiento del servicio, esto es, ni siquiera venía a precisarse la existencia de una falta de servicio o, si se prefiere, un defecto en su funcionamiento.

Ante la intolerable situación de origen, se pretendió dar un vuelco completo a la situación. Y, como hemos adelantado, no sólo se desmontan las restricciones al objeto de aplicar sin más el régimen general. Es que en una suerte de «sorpaso» se llega mucho más lejos. En un tiempo inicial, no hubo lugar a mayores problemas,

porque sencillamente se mantuvo sin aplicación el nuevo régimen especial. Pero ahora sí. Y llegados a este punto es difícil desmontar el exceso.

## **X. LA HISTORIA DE UNA REACCIÓN: LA ACTUALIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.**

Sin embargo, en el inicio de este nuevo siglo, pacientemente, se están comenzando a dar los pasos precisos a tal efecto. En una especie de avanzadilla es lo que está sucediendo con la responsabilidad en el campo de la sanidad. El examen de sentencias antes efectuado acredita que no cabe atrincherarse en una interpretación maximalista de la responsabilidad objetiva, lo que por otra parte se sitúa en perfecta consonancia con la doctrina de que la Administración no es una especie de aseguradora universal de todos los riesgos surgidos en la vida social.

El campo de la sanidad ha sido así el reducto donde ha caído el mito.

### **a) La normalización del régimen de responsabilidad en el campo de la actividad material de la Administración.**

En principio, podría pensarse acaso que podría ser el único reducto en que ello ha sido posible. En tal caso, la pregunta procedente que habría que plantearse a continuación sería la siguiente: ¿Es la jurisprudencia existente en esta materia una jurisprudencia «contra legem»?

Desde luego, lo primero que hay que esclarecer a este respecto es que el único reducto ya no lo es, porque el círculo se ha ido ampliando de manera progresiva. Claramente, en lo que cabría denominar la actividad puramente material (o técnica) de la Administración, se han generalizado los mismos criterios empleados en sanidad. Los estudios así lo acreditan al examinar la aplicación de este instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los diversos sectores de la vida social.

Así, por ejemplo, también, con motivo de los daños ocasionados en el ámbito de las instituciones penitenciarias, y a partir del deber de Administración de velar por la vida e integridad de los presos y la consiguiente exigencia de un deber de cuidado especial, se precisa en todo caso con carácter general la infracción de dicho deber, porque la Administración no cubre todo daño causado en el interior de los recintos antes señalados.

Tampoco respecto de los daños causados a los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones (el caso de los policías o de los agentes de salvamento, por ejemplo) responde la Administración en todo caso de todo daño que aquéllos puedan sufrir, y se hace ello depender del funcionamiento normal o anormal del servicio.

Se ha extendido la misma regla en suma a la totalidad de la actividad material de la Administración. El canon de la anormalidad se aplica así también para apre-

ciar la procedencia de la responsabilidad frente a los daños causados por la fauna silvestre; en el interior de los establecimientos educativos; en espectáculos y fiestas populares; por deficiencias en las vías públicas (no hay mejor evidencia que el famoso caso de la mancha de aceite existente en una carretera y si en tal caso se han atendido o no los deberes de conservación); o en el ámbito de la policía (el ámbito de la normalidad vendría dado en este caso por la proporcionalidad en la respuesta); etc.

**b) La extensión al campo de la actividad jurídica de la Administración: dificultades y avances graduales.**

Llegados a este punto, el campo de la actividad jurídica de la Administración se ha erigido en una especie de último baluarte, menos proclive y permeable a la aceptación de los criterios empleados en el ámbito de la sanidad. Se ha llegado incluso a hablar así de la existencia de un diferente régimen de responsabilidad en estos casos (responsabilidad por actos administrativos) para referirse a que en este sector se mantiene y es donde quedaría atrincherada la responsabilidad objetiva. Y aquí es, en efecto, donde se sitúa propiamente el debate en la actualidad.

Ahora bien, en el sentido que vamos a precisar a continuación. Porque la duda sólo se suscita desde determinado enfoque: esto es, en presencia de actos administrativos ilegales es donde en su caso pretende hacerse valer tal género de responsabilidad (objetiva). Porque si se trata de actos legales, lo que en principio equivaldría al supuesto de funcionamiento normal de la Administración, ocurre lo contrario y difícil será que prospere la responsabilidad patrimonial de la Administración; y cuando se habilitan indemnizaciones en estos casos, además, se trata más bien de supuestos expropiatorios o quasiexpropiatorios, como se dirá después.

Donde la responsabilidad objetiva así parece hacerse fuerte es en el campo de los actos administrativos ilegales, en la medida en que llega a afirmarse que, en presencia de un acto ilegal, si hay daño también, surge inevitablemente y sin remedio la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Pero, en el fondo, lejos ésta o puede estar también de ser así. Y, de este modo, lo mismo que el dato de la anormalidad en el funcionamiento del servicio no basta, porque puede haber una justificación –digamos, por ejemplo, en el campo de la sanidad– al error o a la demora, tampoco la mera ilegalidad tiene por qué constituir de por sí un título de imputación suficiente en ámbito que ahora nos ocupa (actividad jurídica de la Administración): y de ahí que, con carácter general, comience también a sostenerse en este sector la exigencia asimismo de una infracción del deber de cuidado.

Así, pues, también ha comenzado el asalto a este baluarte. Y el avance ha sido palmario en los últimos años.

Ha sido necesario, sin embargo, avanzar por etapas y a partir de la confluencia de diversos planteamientos. Así ha sido preciso trazar una primera distinción

sobre la base de las diferencias existentes entre los actos favorables y los actos desfavorables, para acotar primero el supuesto campo de la responsabilidad objetiva a estos últimos (donde la inexistencia de un deber jurídico de soportar, en efecto, parece más intenso); y desde otra orientación secundaria, también se ha procedido ahondar en la distinción entre los vicios de fondo y de forma de los actos.

¿Cómo entonces se ha venido a producir, en efecto, el asalto a este reducto? Empezó con la denegación improcedente de un acto (favorable) o, lo que es lo mismo, ante la falta de otorgamiento de dicho acto (por ejemplo, una autorización).

Porque empezó a considerarse que dicha denegación podía ser excusable. Sí podía ciertamente haber lugar a responsabilidad; pero no siempre, necesariamente. Vino así a introducirse la doctrina denominada del «margen de tolerancia». Ante potestades discrecionales, y también regladas cuando se emplean conceptos jurídicos indeterminados, el error puede ser excusable. No así en el caso de potestades regladas porque no hay margen en estos casos, al contrario que en los casos anteriores en que, por decirlo en nuestra terminología, no se habría infringido el deber de cuidado.

Con todo, tampoco puede ocultarse cierto rechazo a la aceptación de este planteamiento, no sólo en el ámbito de la jurisprudencia, sino también en la propia doctrina (MUÑOZ GUIJOSA): porque, en la medida que el acto ya ha sido enjuiciado y censurado, no es fácil que sea jurídicamente inaceptable a unos efectos y no lo sea a otro, es decir, que pueda ser sometido a enjuiciamiento desde un doble rasero, según se trate de apreciar su conformidad a derecho o de determinar la procedencia de la responsabilidad. Pero el obstáculo podría llegar a salvarse.

En cualquier caso, el cerco ha penetrado también en un campo todavía más difícil, cual es el de la anulación ilegal de los títulos administrativos habilitantes: en estos casos, parece más complicado eludir la responsabilidad patrimonial de la Administración, que parece surgir incluso de forma casi automática a tenor de la propia normativa administrativa general (y sectorial: emblemático es, por ejemplo, el caso del urbanismo). Siendo ello así, obligado se le hace a la indicada advertir de manera expresa que la ilegalidad no siempre comporta responsabilidad, para evitar así que esta última pueda surgir sin remedio. Lo que ha permitido en tales casos acudir a la «exceptio doli» como circunstancia atenuante o exonerante.

Y ahora podría servir también para la introducción de un canon de razonabilidad, a partir del cual sí procedería la responsabilidad, por ejemplo, en casos de flagrante desatención normativa (expresión de GONZÁLEZ PÉREZ), pero no si la conducta de la Administración resultara racional o razonable.

En sentido negativo, y en la medida en que no se produce conducta alguna, sino sólo la pasividad de la Administración, no habría lugar a entender concurrente tal razonabilidad, desde luego, en casos de silencio administrativo (positivo), cuando por virtud de este mecanismo el particular adquiriera una situación de favor que luego se considera contraria a derecho.

Del modo expuesto, y tras este breve excurso, el campo más proclive para el mantenimiento de la responsabilidad objetiva sería en su conjunto el de los actos de gravamen ilegales, donde menos argumentos militan en efecto a favor de un supuesto deber jurídico de la víctima de soportar el daño, como antes se indicó. Aunque aun así también en este campo habría espacio para sentar diferencias.

Toda vez que, por ejemplo, cabría rechazar la aplicación de la responsabilidad objetiva en el ejercicio de las potestades administrativas de ordenación, con base en el siguiente argumento: sería más grave en tales casos el peligro de que la Administración se quedara corta en el ejercicio de tales potestades que impedir que se cometan eventuales excesos, por lo que, con vistas a no provocar inhibiciones, podría ser deseable evitar la aplicación automática del mecanismo de la responsabilidad en tales casos. En cambio, por ejemplo, en el ejercicio de otras potestades administrativas, como es el caso de las sanciones, tributos o expropiaciones (DOMENECH), podría suceder lo contrario, y mejor es que la Administración se quede corta a que se pase, por lo que puede admitirse un margen mayor para defender una aplicación más amplia del instituto de la responsabilidad.

Como conclusión, así, pues, el deber de cuidado no es infinito, y aunque puede extremarse, no cabe exigir a la Administración la infalibilidad, sino un grado de diligencia que puede ser mayor o menor según los casos.

## **XI. CONSIDERACIONES FINALES.**

Llegamos así prácticamente al final, y llegados a este estadio, sólo nos quedaría una cuestión por abordar de acuerdo con las consideraciones que hemos venido efectuando hasta ahora.

Ya hemos podido constatar que el ámbito de la sanidad no constituye una peculiaridad singular y que los criterios que resultan de aplicación en este caso son extrapolables, por de pronto, al conjunto de la actividad material o técnica de la Administración, pero también a su actividad jurídica, al menos, a una gran parte de la misma.

Pues bien, siendo ello así, cabe retomar la pregunta que antes habíamos formulado: ¿esta supuesta rectificación constituye verdaderamente una jurisprudencia «contra legem»?

### **a) La existencia inicial de dos planteamientos contrapuestos.**

A favor de tal planteamiento, el mito; una interpretación maximalista de nuestro ordenamiento jurídico abonaría en efecto el mantenimiento de la responsabilidad objetiva, en la medida en que, por un lado, ausente está de dicho régimen legal toda referencia a idea de culpa; y, por otro lado, se introduce, junto al funcionamiento anormal, el funcionamiento normal, como título habilitante para el surgimiento de la responsabilidad. Sobre estos dos pilares encontraría cobertura el planteamiento indicado.

La historia es, sin embargo, la que proporciona una explicación cabal a esta situación. Cuando se prescinde de la idea de culpa, por un lado, lo que se pretende es reforzar la innecesariedad de exigir la existencia de una culpa personal (falta personal), que dificultaría ciertamente la apreciación de la concurrencia de la responsabilidad. De este modo, y por esta puerta, la responsabilidad todavía podría situarse y contraerse al ámbito de la anormalidad (falta de servicio).

La inexigencia de culpa en todo caso significa eso, que no se precisa demostrarla; pero no que la responsabilidad sea automática ni que haga falta en todo caso la concurrencia de un título específico de imputación para que aquélla pueda surgir; si no la culpa, en defecto de ella, algún otro.

Por otro lado, es cierto que el ordenamiento jurídico también contempla la responsabilidad por funcionamiento normal; pero esto tampoco quiere decir que siempre y en todo caso la responsabilidad pueda surgir por funcionamiento normal, sino, más limitadamente, que habrá solo determinados supuestos en que pueda incluso responderse por funcionamiento normal.

El supuesto paradigmático podría venir constituido por los daños expropiatorios o quasi expropiatorios, cuya exigencia se encauza efectivamente por el procedimiento de la responsabilidad y al paraguas de esta institución; pero ello es porque la normativa reguladora de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración opera en el fondo como una especie de cajón de sastre y como garantía última de la integridad patrimonial que así viene a preservarse del todo y evitar su menoscabo en algún caso.

Lo cierto es que tales daños responden más adecuadamente al mecanismo de la expropiación forzosa. Puede ser el caso, por ejemplo, de los supuestos de disminución de aprovechamiento urbanístico por cambio en las determinaciones del planeamiento; con mayor evidencia aún, cuando ya se ha obtenido la preceptiva licencia para actuar sobre el suelo de un modo que se hace después incompatible con el planeamiento sobrevenido.

Sobre la base expuesta, podría justificarse incluso la aplicación de unas reglas diferentes, sustanciales, que no formales (porque, como hemos indicado, el procedimiento administrativo cuya tramitación resulta preceptiva en estos casos es el establecido para la responsabilidad); sin embargo, al menos, parcialmente, puede haber diferencias, en tanto que una y otra institución (expropiación y responsabilidad), aunque en última instancia encaminadas ambas a asegurar la integridad patrimonial, responden a lógicas diferentes.

Evidentemente, es palmario que el ordenamiento jurídico contempla, junto al funcionamiento anormal, el funcionamiento normal. Somos conscientes así que en principio cabe admitir otra interpretación más acorde con el planteamiento formulado inicialmente. Pero, en todo caso, lo que parece ya indiscutible desde este instante es que una y otra interpretación han de situarse en principio en condiciones de igual-

dad. Por lo que la antes apuntada no es la única ni es exigible constitucionalmente que sea así.

Existe también un planteamiento alternativo, que es además el que mejor se acomoda a la evolución histórica de la institución. Y desde esta perspectiva, por tanto, ningún reproche merece el recorrido de la doctrina jurisprudencial expuesto en este trabajo. Que es lo que queríamos, ante todo, resaltar.

Hemos de insistir, lo que sí cabe dentro del parámetro de la anormalidad es modular el standard de la diligencia, e incrementarlo por tanto en algunos casos, extremando en ellos la exigencia del deber de cuidado: sea con la introducción de la doctrina del daño desproporcionado, o con base en la presunción de la falta de diligencia, o con la recepción de la regla de de la inversión de la carga probatoria.

Pero todo ello, en cualquier caso, pone de relieve que la responsabilidad sanitaria no es ninguna anormalidad, sino el banco de pruebas o la avanzadilla del sistema; y que, por eso, hablar de responsabilidad en el ámbito sanitario, en suma es hacerlo de responsabilidad.

#### **b) Hacia la formación de un régimen común en materia de responsabilidad.**

Si bien se mira, además, al final del camino el resultado alcanzado viene a converger con el que arroja también la evolución registrada por el instituto de la responsabilidad civil que, desde posiciones iniciales radicalmente diferentes, ha avanzado hasta facilitar un punto de encuentro en el recorrido seguido desde ambas direcciones.

De este modo, lo mismo que si, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la institución se ha ido reconduciendo al parámetro de la anormalidad, otro tanto ocurre en el Derecho civil sólo que al revés, y la institución de la responsabilidad también se ha reconducido, en este caso, en la medida en que desde un parámetro estrictamente subjetivo se ha consentido la introducción de algunos criterios moduladores.

El Derecho vivido, la práctica del Derecho, ha producido así pues este resultado. Y después de tantas idas y vueltas ha terminado rectificando la situación de partida, ya no mediante exenciones ni especialidades, sino restableciendo un régimen común coincidente en lo sustancial. Ha sido una especie de larga marcha jalonada de diversas etapas, unas más duras y otras menos. Pero el final es el expuesto.

Y si el final es éste: que la responsabilidad administrativa normalmente surge por funcionamiento anormal, el parámetro normal es la anormalidad, tanto en la actividad material (o técnica) de la Administración como en la estrictamente jurídica (al menos, en buena parte de ella), y que el régimen de dicha responsabilidad se sitúa asimismo en línea con el de la responsabilidad civil, la conclusión es que hemos

alcanzado un régimen uniforme en su contenido nuclear, que se atiene a unos patrones mínimamente claros, y que lejos está del caos con que a veces se le presenta.

La uniformización de las reglas es un valor alcanzado, por lo demás, que resulta lo más congruente con la idea de sistema, que constituye un imperativo constitucional (artículo 149.1.18ª), que al Estado corresponde preservar.

Lejos queda, por consiguiente, la posibilidad de avanzar por la vía de la parcelación del régimen de la responsabilidad. A nivel territorial, el rumbo viene marcado por la propia Constitución, de acuerdo con el régimen de distribución de competencias establecido por ella. Ya lo hemos dicho que ésta encomienda al Estado la formación de un sistema y ya nos hemos referido también a las exigencias inherentes a la formación de dicho sistema.

Es posible también reforzar esta misma conclusión desde una segunda perspectiva constitucional, toda vez que la responsabilidad es igualmente un derecho constitucional (artículo 106.2, aunque se trate de un configuración legal), cuya igualdad básica en punto a su ejercicio asegura también la Constitución, reservando de este modo al Estado la competencia correspondiente (art. 149.1.1º).

Pero tampoco por sectores resulta deseable la parcelación. Hemos visto la tendencia hacia la uniformización en el sentido expresado. Lo que desde luego sí es perfectamente viable, y puede ser hasta positivo, es concretar el standard de diligencia según los distintos sectores. Cabría incluso modular dicho standard, porque, en atención a los valores concurrentes, no siempre resultará exigible a la Administración el mismo deber de cuidado, y puede por ejemplo extremarse en aquellos ámbitos puestos bajo su atención especial y directa (sus propios agentes y las personas a su cuidado, como son los presos, o los pacientes mentales, por ejemplo), y que por eso podrían demandar un control más exigente. Podría ser también el caso, en el ámbito de su actividad jurídica, de las expropiaciones, las sanciones o los tributos, por su carácter marcadamente aflictivo.

Y un último apunte ya para terminar, porque, si la racionalización del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración ha pasado por situar su parámetro normal en la anormalidad en los términos que hemos expuesto, tampoco puede ocultarse que no se trata sino de una especie de primera piedra, por supuesto, importantísima, sin la menor duda, la piedra angular del sistema; pero seguramente insuficiente.

Quedan todavía cuestiones relevantes por elucidar, como puede ser, con carácter general, por ejemplo, la definitiva decantación del modo en que procede la recepción de la doctrina de la pérdida de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico y los criterios que han de presidir la valoración del daño en tales casos; o, singularmente, en relación con la sanidad, por ejemplo también, la clarificación del alcance y compatibilidad mutua en torno al alcance de dos derechos en principio distintos como son el derecho a la libre autodeterminación de la persona y el derecho a

la salud, a propósito de la concreción de la responsabilidad a falta de la prestación del consentimiento informado, en los términos legalmente requeridos.

También, en este caso, la jurisprudencia ha venido a iniciar el camino. Sin embargo, las restricciones impuestas al acceso a la casación por la legislación procesal más reciente (sobre todo, a propósito de las cuantías mínimas exigidas para el acceso a la casación) pueden entorpecer, si no malograr definitivamente, todo esfuerzo, diluyendo así la formación de un sistema en materia de responsabilidad patrimonial que, como hemos querido resaltar, constituye un imperativo constitucional, prácticamente inalcanzable sin la garantía de la jurisprudencia. Pero esto es algo que, con anterioridad, ya vinimos a denunciar y sobre lo que por tanto no se precisa ahora insistir.

### NOTA BIBLIOGRÁFICA

No pretendo en esta breve nota sino referirme a los últimos trabajos que he podido manejar para la preparación de este trabajo, y que por su actualidad dan cuenta de manera precisa sobre el actual estado de la cuestión y que por eso me han sido de enorme utilidad. Así, en el libro colectivo *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial* publicado en Homenaje al Prof. D. Tomás Ramón Fernández, cuando menos, tendría que referirme, a las colaboraciones suscritas por MEDINA ALCOZ, L., «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. A propósito de la STS, Sala 3ª, de 27 de septiembre de 2011», y por MUÑOZ GUIJOSA, M.A., «Reflexiones en torno a la doctrina de la racionalidad y razonabilidad de la conducta administrativa en la responsabilidad patrimonial por anulación de acto administrativo», recogidas ambas en el *Vol. I. España* de esta importante obra (Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 1685 y ss., y 1781 y sigs., respectivamente). De esta última autora merece también destacarse su artículo «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo», publicado en *Revista de Administración Pública*, 187 (2012), págs. 97 y ss. Poco antes, en las páginas de esta misma revista ha de resaltarse igualmente el trabajo de DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales», *Revista de Administración Pública*, 183 (2010), págs. 179 y ss. Algo más lejano en el tiempo, pero también mucho interés, es el trabajo de MIR PUIGPELAT, O., «Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)», publicado en *Revista española de Derecho administrativo*, 140 (2008), págs. 629 y ss. En fin, para completar ya esta reseña, que carece totalmente de ánimo exhaustivo, como ya indicé, entre las monografías cabría mencionar *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, firmada por LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA Y CARRILLO DONAIRE, J.A., Lex Nova, Valladolid, 2005.

**RESUMEN**

El autor aborda la situación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a través del paradigma de la atención sanitaria, a la que considera como avanzadilla en ese campo. Analizando resoluciones judiciales en materia sanitaria, concluye que, contra la percepción generalizada de inseguridad jurídica generada por una legislación escasa y muy general, el sistema ha avanzado hacia la coherencia.

En el caso de la sanidad, la jurisprudencia siempre hace recaer la responsabilidad en el dato del anormal funcionamiento del servicio prestado. Un funcionamiento normal no puede dar lugar a responsabilidad.

En un repaso por nuestra historia legislativa reciente, destaca una situación de partida intolerable, con una administración irresponsable en la práctica, hasta que la LRJAE de 1957 estableció un régimen especial mucho más duro, que permitía una interpretación maximalista de la responsabilidad objetiva del Estado. A partir de la Constitución, y partiendo de la sanidad, la jurisprudencia ha modificado la situación en el sentido descrito, con la relativa excepción de los actos administrativos ilegales.

Valora asimismo el autor la convergencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración con la responsabilidad civil, que ha seguido el camino opuesto, modulándose los criterios subjetivos que la animan.

Por último, el autor rechaza la parcelación de la institución, tanto en un sentido territorial —es un derecho constitucional, cuya salvaguarda está atribuida al Estado—, como por sectores. Propone en cambio concretar y modular el estándar de diligencia exigible.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad patrimonial – Administración – Sanidad – Jurisprudencia – Responsabilidad civil – Diligencia exigible.

**ABSTRACT**

The author addresses the situation of the Administration's financial responsibility through the paradigm of the healthcare system, which is seen to have had an anticipatory role in this field. Thus, through the analysis of rulings on health matters, the author concludes that the system has progressed towards coherence, against the general perception of legal insecurity due to inadequate or too general legislation.

With respect to the healthcare system, case law puts liability on the abnormal functioning of the service provided. A proper functioning shall not give rise to any liability.

After reviewing our recent legal history, an intolerable initial situation is highlighted, where the Administration behaved in an irresponsible way, until the LRJAE (Legal Regime for Public Administration) of 1957 established a special regime, which was harder and allowed a maximalist interpretation of the State's objective liability. From the very moment when the Constitution was established, and starting from the healthcare system, the case law has modified the situation as described above, with the relative exception of illegal administrative acts.

The author also assesses the convergence of the Administration's financial responsibility with civil liability, which has taken the opposite path by modulating the objective criteria behind it.

Finally, the fragmentation of the institution is rejected both in its territorial meaning -since it is a constitutional right, which the State has the duty to protect- and in its sectorial meaning. Rather, the author proposes modulating and specifying the standard of requirement.

**KEYWORDS:** Financial liability – Administration – Healthcare – Case Law – Civil Liability – Due Care.



# RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR LAS PRESTACIONES SANITARIAS: MEDICINA Y DERECHO

**Pedro Sabando Suárez**

*Consejero del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*

## Sumario:

- I. ÁMBITO DE SANIDAD.**
- II. ÁMBITO DE DERECHO.**
  - a) Oferta letrada.**
  - b) Consentimiento informado.**
  - c) Legitimación pasiva.**
  - d) Pérdida de oportunidad.**
  - e) *Lex artis ad hoc*.**
- III. CONCLUSIONES.**

Excmos. Sres. Presidentes de Consejos Consultivos, Consejeros, Letrados, autoridades, señoras y señores:

Quería, en primer lugar, agradecer al Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León su deferencia al invitarme a participar en una mesa con tanto peso específico y en su persona a todos los miembros del Consultivo de Castilla y León. Así mismo, también, quería felicitarle por su perspicacia en la elección del tema objeto de debate, tan actual y tan polémico.

Yo no me atrevo a afirmar, a negar o a establecer la influencia de la crisis en la materia que nos ocupa; pero evidentemente, algo ocurre.

Sería muy difícil delimitar en forma lineal los acontecimientos y su incidencia; pero voy a intentar acercarme a ellos.

He analizado el concepto que nos ocupa, desde mi realidad, extraída de dos fuentes: desde la perspectiva del Consejo Consultivo de Madrid y desde las vivencias profesionales en el ámbito hospitalario.

Todo ello en el marco del modelo sanitario español, cual es el Sistema Nacional de Salud que no tiene nada que ver con la estructura sanitaria de otros países.

La crisis económica podría influir sobre nuestra realidad incidiendo en el ámbito de la medicina y en el ámbito del derecho.

En el ámbito sanitario, haciéndolo sobre los actores que participan en el proceso asistencial.

En el ámbito del derecho, interpretando abusivamente las normas en las reclamaciones.

### **I. ÁMBITO DE LA SANIDAD.**

La crisis económica podría modificar el hecho sanitario por la posibilidad de incidir en: la relación médico-enfermo; en los ciudadanos, potenciales enfermos; en los médicos, en la enfermería, y en resto del personal sanitario; condicionando situaciones que pueden emerger en forma de reclamación patrimonial.

**La relación médico-enfermo**, es la que se establece entre persona y persona en el decir de JIMÉNEZ DÍAZ; pero tanto médico como paciente en un marco normalizado con el médico dispuesto a solucionar los problemas del enfermo y el paciente con la única carga de su salud quebrantada.

Esta realidad se modifica si sobre el médico o el paciente gravitan otros factores generadores de desasosiego.

**El médico** no está en su mejor circunstancia si su trabajo está condicionado por la inestabilidad, la incertidumbre de su plaza, o su contratación se establece por horas, más allá del síndrome del quemado.

**El paciente**, tampoco estaría en las mejores condiciones para relatar su quebranto, si forma parte de ese sector de la sociedad sobre el que gravita el desempleo, el trabajo precario o la redistribución insuficiente.

Si ambos están condicionados socialmente al resultado puede no ser el mejor, si sólo está afectado uno de ellos probablemente haya un resultado razonable.

**La enfermería** también está condicionada por la inestabilidad en el trabajo, el incremento cuantitativo de su responsabilidad y la dificultad para progresar en la especialización.

Es un estamento determinante en la evolución asistencial de un paciente ingresado y de los atendidos en hospitales de día, etc.

**El restante personal sanitario:** requiere ordenamiento claro, estabilidad laboral y referencia jerárquica nítida. Hemos visto reclamaciones patrimoniales a partir de la caída de un paciente desde la camilla que le trasladaba al quirófano.

También en el ámbito de la medicina hay que considerar la frecuente ausencia en los expedientes de informes de los Jefes de Unidad o Servicio, analizando desde la clínica cotidiana los hechos objeto de reclamación. No parece que tenga relación con la crisis económica, tal vez con otra crisis.

Tampoco parece estar vinculado al devenir económico la discordancia en la valoración de procedimiento que establecen sociedades científicas de especialidades afines, pero que son utilizados para reclamar por quien busca asideros.

## II. ÁMBITO DEL DERECHO.

Comienzan a producirse interpretaciones de la norma que calificaría de abusivas desde mi perspectiva médica. La generosa oferta letrada de la que en la actualidad se disfruta en las zonas de entrada a los hospitales, tiene relación con algunos abordajes del consentimiento informado, de la pérdida de oportunidad, de la *lex artis* y de la legitimación pasiva, objetos de debate e interpretación.

### a) Oferta letrada.

En la actualidad a la puerta de las instituciones sanitarias, se ofrece asistencia letrada a los ciudadanos que salen del edificio a la voz de ¿está usted satisfecho con su médico?

Más allá de que esta situación sea la traslación grotesca de la vida socio-sanitaria en los Estados Unidos, «*ambulance chaser*» se ha incrementado con la crisis económica.

Estas propuestas, suelen encontrar terreno abonado cuando el paciente está en condiciones económicas malas, ya que la oferta se hace al 50% si hay beneficio, y sin costes si no lo hay.

El incremento de reclamaciones también ha abierto una vía de trabajo complementario para médicos y cirujanos que realizan trabajos periciales complementarios a instancia de parte.

### b) Consentimiento informado.

Se observan reclamaciones fundamentadas a propósito del consentimiento informado verbal en:

a) Pacientes crónicos, sin documento de consentimiento informado, sin que conste en la Historia Clínica, su consentimiento verbal para abordar complicaciones menores. Por ejemplo, la necesidad de tratar quirúrgicamente un absceso en glúteo secundario a una inyección intramuscular en un paciente con lupus eritematoso que está siendo tratado por el mismo Servicio desde hace 15 años.

b) Pacientes crónicos, sin consentimiento informado, sin referencia en Historia Clínica, al que se practica Infiltración Intraarticular, como tratamiento complementario local. Ejemplo, enfermo con artritis reumatoide que lleva diez años tratándose en el mismo Servicio.

c) Información a unos miembros de la familia y reclaman otros. No consta en Historia Clínica que se haya hecho información precisa de los riesgos existentes o de las medidas a tomar.

d) Procedimiento quirúrgico. Hay consentimiento informado para la cirugía, pero no para la anestesia. No es posible realizar la cirugía sin anestesia.

e) Reclamación sobre exploración clínica que induce parada cardíaca, sin nexo causal posible, porque el daño no guarda relación con el procedimiento médico. Por ejemplo: se produce parada cardíaca en el curso de la realización de una ecocardiografía transesofágica en carcinoma renal para descartar trombosis venosa que podía alcanzar la aurícula derecha.

f) Información verbal que no consta en la Historia Clínica junto a consentimiento informado firmado de un proceso similar.

g) Consentimiento informado que no recoge riesgos imprevisibles. Es el caso de un paciente de 78 años que después de un trasplante de hígado sufre una encefalopatía tras la administración de inmunodepresores.

h) No especificar la técnica a realizar en el consentimiento informado. Por ejemplo: reconstrucción de mama.

### **c) Legitimación pasiva.**

En este capítulo requieren especial atención los casos de pacientes derivados de otras CC.AA., o cuando la asistencia se presta por mutuas de trabajo o entidades colaboradoras que deben responder por el daño sin que le afecte a la Administración.

### **d) Pérdida de oportunidad.**

Se invoca, sin tener en cuenta la evolución natural de las enfermedades, que pueden suponer retraso en el diagnóstico o en el tratamiento, sin que suponga una vulneración de la *lex artis*.

### **e) *Lex Artis ad hoc*.**

Se establecen reclamaciones patrimoniales acerca de:

a) El concepto de daño desproporcionado que es probabilístico sobre los datos actuales de la ciencia, y se establece a través de deducciones a posteriori sobre la anormalidad de las consecuencias.

b) La confusión entre medicina curativa y satisfactiva. La medicina curativa, es una medicina de medios que persigue la curación. La medicina satisfactiva, es una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación voluntaria del propio cuerpo.

c) Las infecciones nosocomiales también son objeto de reclamación cuando es un riesgo inherente al ingreso hospitalario.

d) Los llamados riesgos del desarrollo, que se refieren a actuaciones con efectos perniciosos no conocidos en el momento de aplicación de los mismos. Es el caso del Virus C o VIH.

### III. CONCLUSIONES.

Para terminar, a modo de conclusiones de carácter reflexivo, me permito señalar que es conveniente dejar claro que la responsabilidad patrimonial no puede convertir a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los pacientes. Debe responder exclusivamente de aquellos daños que no tengan el deber jurídico de soportar.

En la actualidad ya se practica medicina defensiva de forma significativa en las consultas de nuestros hospitales, cuyo correlato viene expresado por las listas de espera que se desarrollan en los Servicios Centrales (radiodiagnóstico, determinados laboratorios, etc.).

Los consentimientos informados escritos oscilan entre documentos enciclopédicos y autorizaciones firmadas sobre documentos precarios o claramente insuficientes.

Es necesario pormenorizar el significado y la dimensión clínica del consentimiento informado verbal.

Es necesario también, coordinar y en su caso corregir los criterios clínicos que tienen establecidos sociedades científicas afines, porque en ocasiones no son coincidentes.

Debería establecerse la obligatoriedad del informe suscrito por el Jefe de la Unidad, Sección o Servicio responsable de la actuación médica.

Así mismo debería contemplarse explícitamente la posibilidad de solicitar informes a expertos, en casos de especial complejidad.

Ante expedientes, que no sólo son desestimados sino que carecen de fundamento y atentan contra el sentido común, debería configurarse un pago en costas. Por el contrario, hay dictámenes que concluyen en el desistimiento, pero son reclamaciones razonables, fundamentadas y en modo alguno deberían tener un gravamen económico.

Muchas gracias.

### **RESUMEN**

El autor de este artículo reflexiona sobre la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria desde dos ópticas distintas. Por una parte identifica algunos aspectos especialmente relevantes desde la perspectiva de la gestión sanitaria, puntos estos en los que el actual contexto de crisis económica puede tener una notable incidencia.

Por otro lado, el autor apunta a ciertos elementos que aparecen con cierta frecuencia en las reclamaciones patrimoniales por responsabilidad sanitaria y que, a su juicio, exigen una mayor atención desde la perspectiva estrictamente jurídica.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad patrimonial – Administración sanitaria – Lex artis - Consentimiento informado – Derechos frente a la Administración.

### **ABSTRACT**

The author of this article reflects about the patrimonial liability of the Health Administration from two different perspectives. On the one hand, some especially relevant aspects are identified from the perspective of the health management which can be affected by the current context of economic crisis.

On the other hand, the author underlines several points that often appear in health liability patrimonial complaints. According to the author these issues should be given more attention from the legal perspective.

**KEYWORDS:** Patrimonial liability – (Public) Health Management institutions – Lex artis – Informed consent – Rights facing the (Public) Administration

# EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA: SITUACIÓN ACTUAL Y CAMBIOS NECESARIOS

Aquilino Yáñez de Andrés  
*Abogado*

## Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL MÉDICO.
- III. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.
- IV. LOS EFECTOS DEL CAMBIO DE ORDEN JURISDICCIONAL.
- V. CONCLUSIÓN: POSIBLES CAMBIOS.

## I. INTRODUCCIÓN.

Puede que algunos de ustedes hayan seguido una serie de televisión titulada «*Monday Mornings*». Para los que no la hayan visto, se la resumiré: se trata de un hospital de una ciudad mediana (como pudiera ser Valladolid), de la Costa Oeste de los Estados Unidos, en el que, principalmente, la mañana de los lunes se reúnen los cirujanos de dicho hospital a requerimiento del médico jefe de personal, y allí son examinados por éste acerca de todas aquellas vicisitudes que han producido resultados fuera de las expectativas razonables de éxito en un centro médico de altísima cualificación y tecnológicamente muy avanzado. La razón de ser de estas convocatorias es doble: por un lado, corregir fallos y mejorar constantemente la eficacia de los servicios médicos y, por otro, asumir los errores propios de cara a los pacientes y a las reclamaciones que los abogados dirigen inmediatamente contra el hospital, en cuanto tales errores se producen.

La figura del abogado de los pacientes aparece en esta serie como un personaje poco querido por la clase médica, por su dureza, pero, al mismo tiempo, totalmente necesario, tanto para la defensa de las víctimas, cuanto revulsivo para la mayor eficacia y perfeccionamiento constante del funcionamiento del hospital.

El abogado de las víctimas, al que reivindico como abogado que soy, es pues absolutamente esencial porque sin sus reclamaciones, probablemente estas reuniones de la «mañana del lunes» no llegarían siquiera a realizarse y, ante cualquier fallo en el resultado, ni el error sería detectado, ni asumido, ni se produciría mejora alguna para evitar su reproducción de cara al futuro.

## II. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL MÉDICO.

Volviendo al título del coloquio, «responsabilidad sanitaria»; resulta pues esencial que esta responsabilidad exista y que sea eficazmente exigida, porque solo cuando se responde de lo que se hace, se hacen bien las cosas y, sobre todo, se mejora el servicio que se presta.

Sin embargo, en nuestro país los médicos y demás personal que trabaja en los hospitales públicos, son irresponsables, y no lo digo en sentido llano, sino jurídicamente hablando. Desde la Ley 30/92, los funcionarios no pueden ser demandados personalmente en exigencia de responsabilidad civil por sus actos u omisiones, sino que su responsabilidad es asumida por el conjunto de la Administración pública en una suerte de disolución comunitaria, que atenta al principio básico del funcionamiento de toda sociedad, que es «la responsabilidad individual».

En palabras del Juez del Supremo Sr. Almagro<sup>1</sup>:

*«El blindaje establecido para los funcionarios públicos strictu sensu, a fin de evitar que se les exija directamente la responsabilidad civil en que hubieran incurrido, fue extendiéndose, pese a las interpretaciones jurisprudenciales restrictivas, alcanzando el ámbito de la sanidad pública, causante de numerosa litigiosidad, al considerar a los médicos y personal sanitario causantes de la negligencia equiparados a los funcionarios públicos, a estos efectos, mediante diversos instrumentos legislativos ante los que hubo de claudicar la jurisdicción civil, dando paso a la omnipresente jurisdicción contencioso-administrativa... Esta extensión roza los límites de lo desproporcionado... y supone un abusivo privilegio que solo puede redundar en perjuicio de los ciudadanos que... contribuyen mediante sus impuestos al levantamiento del presupuesto y sus incrementos.»*

¿Cómo vamos a exigir un buen funcionamiento de nuestros sistemas sanitarios públicos, si resulta que las personas que trabajan en ellos son irresponsables de cara a los pacientes y ciudadanos víctimas de sus actos?

¿Es que acaso el médico de un hospital, en el desempeño de su cometido profesional, es más funcionario que médico?

---

<sup>1</sup> Diario La Ley nº 7563 de 7-2-11.

¿Qué clase de tergiversación es esta?

### III. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Antes de que la responsabilidad de la Administración sanitaria se llamase «patrimonial», era, como así es, pura y simplemente responsabilidad civil de los médicos y centros hospitalarios que, ejerciendo la medicina en los mismos términos que cualquier hospital privado, prestaban sus servicios para la administración pública sanitaria. Esta responsabilidad civil era exigida obviamente ante Tribunales civiles con arreglo a las reglas generales de toda responsabilidad civil, habiéndose llegado a aplicar a la misma la Ley de protección de los consumidores y usuarios con el régimen de responsabilidad objetivada contenido en la misma, especialmente en los casos de resultados extraños o anormales, infecciones y contagios hospitalarios, en el marco de una sanidad cada vez más tecnificada y previsible de cara al usuario (T.S. 9-6-98, 1-7-97, 21-7-97, 9-3-99, 28-12-98, 3-12-99, 9-12-98). Los médicos y demás personal podían y eran traídos directamente a los procesos civiles, junto con la administración sanitaria, para dilucidar sus responsabilidades en forma totalmente natural. Y ello, sin perjuicio de aplicarse también el criterio de las llamadas «deficiencias asistenciales» que eximían al paciente de la prueba del momento –donde y por quién– se había producido la anomalía (T.S. 19-5-06, 16-12-87).

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, tanto en este ámbito como en otros, fue exigiendo cada vez mayor responsabilidad en la prestación de los servicios sanitarios, erigiendo como canon «el agotamiento de la diligencia», acogiendo la regla «*res ipsa loquitur*» –la cosa habla por sí sola–, y fijando importantes indemnizaciones a las víctimas (T.S. 20-6-97, 8-9-98, 31-1-03).

Esta tendencia progresiva en favor de la víctima, que se había iniciado en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ya en el año 1943 (T.S. 10-7-43), fue cortada de raíz hace unos ocho años, cuando se renovó la composición de la misma tras dos pronunciamientos que enfrentaron a la Sala Primera con otros poderes que resultaron ser más fuertes: uno, el que quiso dejar sin efecto el baremo obligatorio de indemnizaciones patrocinado por las aseguradoras para los accidentes de tráfico en el año 97 (T.S. 26-3-97), y dos, el que acordó exigir responsabilidad personal por sus propios actos a los miembros del Tribunal Constitucional en el año 2004 (T.S. 23-1-04).

La composición de la Sala de lo Civil, formada por civilistas, cambió entonces, burocratizándose, y a partir de este momento se inició una regresión de la línea jurisprudencial mantenida en los sesenta años anteriores, usándose conceptos extraídos del derecho alemán, de difícil entendimiento y encaje en nuestro país (como la imputación objetiva, la prohibición de regreso, etc.), y favoreciendo la dispersión de los casos en jurisdicciones especiales, como la laboral para los accidentes de trabajo o la contencioso-administrativa para la de la administración sanitaria.

Esta nueva Jurisprudencia ha puesto el acento en materia sanitaria en el cumplimiento de la «*lex artis ad hoc*», según protocolos de actuación elaborados por los propios interesados, santificando toda clase de conductas ajustadas formalmente a estos y dejando sin respuesta un gran número de resultados lesivos fallidos. Y esto no debiera producirse bajo el estándar anterior de «agotamiento de la diligencia exigible» al que se refería por ejemplo la sentencia de 22-5-98 cuando pide «el empleo de toda la diligencia exigible» o la sentencia de 30-12-99 cuando alude «al no agotamiento de los medios exploratorios», y por todas, la de 28-12-98 que requiere «un plus en la diligencia normalmente exigible».

Al mismo tiempo, las sumas indemnizatorias han disminuido notablemente (por todas, T.S. 6-5-98, y 17-3-98, 60 y 250 millones de pesetas en aquella época), produciéndose una minusvaloración de la persona, fragmentada y deshumanizada en el baremo asegurador establecido exclusivamente para los límites cuantitativos del seguro obligatorio del automóvil en el marco de la responsabilidad cuasi objetiva que rige en esa materia.

Con razón había advertido el Tribunal Supremo en el año 97, siguiendo al excelso jurista don Enrique RUIZ VADILLO<sup>2</sup>, quien proponía un baremo orientador o flexible tal y como es común en derecho comparado, que:

*«La función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, que tienen no solo la facultad de valorar las pruebas, sino la obligación de hacerlo, sin que puedan abdicar de esta facultad-carga, de modo que el criterio orientativo solo cabe cuando coincida con la valoración probatoria, pero no cuando las probanzas practicadas en juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, pues de lo que se trata, según el art. 1902 del Código Civil, es de “reparar el daño causado”, lo que no puede fijarse apriorísticamente, sino en cada caso concreto.»*

Y es que, como ha sentado también el Alto Tribunal (T.S. 28-12-98) «*el art. 1902 del Código Civil establece y regula la obligación surgida de un acto ilícito y se puede estimar como uno de los preceptos emblemáticos del Código Civil, del cual emana la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual –también llamada “aquiliana” por haber sido introducida en el área jurídica por la lex Aquilina del siglo III a. de C.–»*

Y en este ámbito, como puntualiza, entre otras muchas, la sentencia de 1-7-97, «*a diferencia de la responsabilidad objetiva, que aparece limitada en su cuantía máxima, la responsabilidad por culpa solo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos*», añadiendo que «*la responsabilidad objetiva del centro sanitario queda embebida en el mayor coste que atribuimos a la responsabilidad*

<sup>2</sup> Revista Española de Seguros nº 85, enero 1996.

*culposa, pues ambas son incompatibles en cuanto sumandos independientes, caso de concurrencia de normas, como acontece en el caso respecto de unos mismos hechos».*

Y esto lo vino a ratificar el Tribunal Constitucional en su extensa sentencia interpretativa de 29-6-00, cuando limitó la vinculación del baremo a los riesgos «masa» derivados de la responsabilidad objetiva cubierta por el seguro obligatorio, al margen de otros ámbitos sin tales especiales circunstancias y de la culpabilidad del agente, en los que no rige baremo vinculante alguno.

Como es sabido, la Jurisdicción civil, a la que corresponde en exclusiva sentar Jurisprudencia en este ámbito, es —o era más bien— la jurisdicción de las personas, de los ciudadanos, de las víctimas, y su influencia en el resto del Ordenamiento jurídico es o debe ser enorme puesto que dicha Jurisdicción es la primera y origen de todas las demás.

#### **IV. LOS EFECTOS DEL CAMBIO DE ORDEN JURISDICCIONAL.**

Además de cambiarse la composición y línea de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ya antes se habían tomado medidas para poner coto a la tendencia «*pro damnato*» de la Sala Primera y así, en los años 1998 y 2003, se le retiró por Ley (nº 29/98 y 19/03) la competencia a la Jurisdicción civil para conocer de los casos de responsabilidad de la Administración, aún actuando ésta sin «imperium» como cualquier empresa privada, trasladándola a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como efecto, buscado de propósito de ello, se enlentecieron las reclamaciones de las víctimas, haciéndolas cada vez más difíciles, pues en el proceso civil regía el principio de igualdad de partes sin ningún requisito previo, mientras que en el nuevo instaurado, como es sabido, existe una vía administrativa previa de largos meses de duración y en el recurso contencioso no hay igualdad de partes, sino que se trata de «asaltar el castillo» en el que la Administración se ha encasillado, con una duración de todo el procedimiento mucho mayor y con aplicación de criterios restrictivos de la responsabilidad administrativa en esta Jurisdicción especial plagada de privilegios y prerrogativas, como el art. 141 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, que exime a ésta, haciendo soportar a las víctimas los llamados riesgos de desarrollo, en contra lo que se establece para las empresas privadas en la Ley de defensa de los consumidores y especialmente en la Directiva y Ley sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, que impide excepcionar tales riesgos cuando se trata de medicamentos, como son las transfusiones; y ello, con apoyo, ahora también, de la nueva Jurisprudencia civil (por todas T.S. 29-10-10).

Ya no se trata aquí de una responsabilidad civil exigida por un ciudadano frente a otros ciudadanos o empresas, públicas o privadas, responsables de sus daños, sino de una responsabilidad «patrimonial», es decir, propia de bienes al servicio de aquella Administración, que pasa a ser la protagonista.

## V. CONCLUSIÓN: POSIBLES CAMBIOS.

Y en esta situación, confusa y desnortada, cuya razón hemos querido entrever, llegamos al momento actual, definido por una profunda crisis, no solo económica, de la que sin duda saldremos una vez recuperado el rescate bancario (275.000 millones de euros, que no pueden perjudicar de ninguna manera la ya lamentable situación de las víctimas en nuestro país). Y como dice la filosofía china, las crisis no son ningún problema, sino un momento para aprovechar las oportunidades de cambio que traen consigo.

¿Es que acaso no queremos todos que nuestros hospitales y servicios sanitarios funcionen eficientemente y con los mejores resultados para los pacientes?

Ello implica necesariamente, volviendo al hilo de lo señalado al principio, que todos los intervinientes en el proceso sanitario sean directamente responsables de sus propios actos u omisiones, y que esta responsabilidad pueda ser exigida directa e inmediatamente por los abogados de las víctimas ante los Tribunales civiles, sin ningún género de cortapisas y con la máxima celeridad. Opino que una adaptación del «pretrial discovery conference» americano, con el intercambio de pruebas y reuniones privadas que conlleva, podría ser muy útil como paso previo de depuración al efecto.

Implica también que esta responsabilidad sea valorada bajo la regla del «agotamiento de la diligencia exigible», y no el mero cumplimiento de protocolos de actuación cada vez más hoy en día guiados, no por médicos, sino por economistas, con resultados muchas veces devastadores e inexplicables para los pacientes.

Supone también que las indemnizaciones sean dignas y aumenten notablemente pues a veces se toma como referencia orientativa el baremo de «tráfico» —que, como es sabido, está concebido para esos casos de responsabilidad objetiva y seguro obligatorio—, y se sabe que éste ha quedado totalmente anquilosado y para adaptarse a los sucesivos aumentos del mínimo asegurado decretados por las Directivas Comunitarias, sus cifras deberían de multiplicarse por tres y no reducirse a la mitad como sucedió en la última reforma refundidora de secuelas del año 2004 (nº 8/04). Así lo ha afirmado con rotundidad el profesor SÁNCHEZ CALERO, con la altura científica e independencia que le han caracterizado<sup>3</sup>. No en balde el propio don Enrique RUIZ VADILLO, ejemplo de bonhomía, había advertido sobre este baremo cerrado que *«si las cuantías indemnizatorias no son auténticamente reparadoras (y aún con toda la carga que conlleva este concepto indeterminado, todos tenemos una idea muy aproximada de lo que debe significar), el sistema termina siendo o puede constituirse en un instrumento peligroso de injusticia»*.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Revista Española de Seguros nº 128, octubre 2006.

<sup>4</sup> Revista Española de Seguros nº 85, enero 1996.

Deberá valorarse así mismo, cuando se den supuestos de mala fe, abuso u ocultación de información al paciente, que la prohibición de la mala fe y del abuso de derecho o del ejercicio antisocial del mismo al que alude el art. 7.2 del Código Civil, pueden permitir la exigencia de una responsabilidad ejemplar –o punitiva– con cifras aumentadas, contra quien actúe dolosamente de esta guisa.

Y no debe olvidarse, por último, que el conocimiento de los riesgos que conlleva un acto médico, no implica de ninguna manera la aceptación de los mismos, por lo que la sentencia de 26-11-01 (Ar. 9517) expresa que *«el riesgo estadístico de complicaciones de una determinada intervención quirúrgica no es por sí solo excluyente de la responsabilidad del cirujano»*, como no lo es tampoco el llamado «consentimiento informado» que, como dice la Sala Tercera en sentencia de 7-6-01 (Ar. 4198) *«no obliga al paciente a asumir cualquier riesgo derivado de una prestación asistencial inadecuada»*, porque precisamente en una intervención *«si una lesión es fácil que se produzca, ello obliga a extremar la atención al respecto»*, como puntualiza la Sala Primera en sentencia de 28-7-97, Ar. 5954. Por eso, modestamente considero que la expresión «consentimiento» es capciosa, por lo que debería sustituirse dicho término por el de «conocimiento informado», que no condiciona equivocadamente ninguna falsa irresponsabilidad.

Zamora a 26 de septiembre de 2013.

### **RESUMEN**

La reclamación de responsabilidad contra la Administración sanitaria por un daño como consecuencia de la prestación sanitaria es, en opinión del autor, una necesidad para la correcta prestación del servicio sanitario. Sin embargo, en estas líneas, se ponen de relieve algunos cambios acaecidos desde finales del siglo pasado que han provocado una alteración de la situación de la víctima. Así, cambios como residencias este tipo de pleitos en sede contenciosa-administrativa, la dilución de la responsabilidad individual hacia la de la Administración o la potencia del baremo del automóvil, han situado al afectado de negligencias en una posición de inferioridad.

El autor reclama cambios en orden a restablecer la posición del perjudicado.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad patrimonial – Jurisdicción – Responsabilidad civil – Baremo – Administración sanitaria – Jurisprudencia.

### **ABSTRACT**

Liability claims made against Health Administration for damage caused as a consequence of healthcare provision is, according to the author, a necessity for the proper provision of the healthcare system. However, this article highlights some changes which have occurred since the end of the last century and which have resul-

ted in some shifts in the victim's situation. Thus, changes like this kind of lawsuits being filed through the contentious administrative proceedings, the dilution of individual liability towards the Administration's or even the scale of cars, have put the affected party in a disadvantage position.

The author calls for some changes in order to restore the victim's position.

**KEYWORDS:** Financial liability – Jurisdiction – Civil liability – Scale – Healthcare Administration – Case Law.

# REFLEXIONES SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL ESTADO AUTONÓMICO: BALANCE Y POSIBLES REFORMAS

**Jesús Quijano González**  
*Consejero Emérito del Consejo  
Consultivo de Castilla y León*

## Sumario:

- I. BALANCE DE LA VIGENCIA DEL MODELO.**
- II. VALORACIÓN ACTUAL.**
- III. PROPUESTAS DE REFORMAS.**
- IV. HECHOS DIFERENCIALES Y PRINCIPIO DE LEALTAD.**

Aunque no quiero convertir mi intervención en una contraposición dentro de la mesa, sí me gustaría hacer tres consideraciones previas que me parece que debieran ser tenidas en cuenta en relación con el planteamiento que se ha hecho sobre el derecho a decidir. A mí, personalmente, el asunto del derecho a decidir me ofrece dos dudas serias desde el punto de vista jurídico. Una, la dimensión temporal del derecho: la Constitución del 78 ¿fue una manifestación del derecho a decidir, que sigue produciendo efectos? Y en la medida que lo fuera, como así lo creo, ¿es revisable en el tiempo?, ¿cuándo?, ¿cada cuánto tiempo?, ¿en qué condiciones?, ¿para qué?, ¿qué circunstancias se tienen que dar para volver a decidir? A mí me parece que ese es un aspecto no suficientemente introducido ni clarificado hasta ahora en el debate. Y luego, la dimensión territorial del derecho a decidir; ¿es parcializable tal derecho?, ¿el derecho a decidir es de Cataluña como conjunto uniforme frente al Estado?, ¿dentro de Cataluña sería más parcializable todavía si una parte del territorio quisiera ejercer el derecho a decidir en otra dirección? Más allá de estas dos cuestiones concretas está obviamente la cuestión de fondo: el derecho a decidir se alega como instrumento con un objetivo determinado que no se explicita por anticipado; más bien parece que sólo en la medida en que se pueda ejercitar el derecho, se hará explícito el objetivo. Pero fijado el objetivo, que hoy por hoy está más intuido que explicitado, y si es que el objetivo fuera la secesión como a veces parece, ¿queda automáticamente excluida cualquier otra posibilidad de entendimiento?, ¿no cabe otra alternativa intermedia dentro del modelo, o en un modelo derivado del actual, que no implique una ruptura con las bases de ese modelo y a la vez suponga un reconocimiento suficiente de identidad con las consecuencias jurídicas, económicas, financieras, competenciales, institucionales, etcétera, que pueda tener? Me limito a

dejar planteadas estas cuestiones y entro en el tema central del debate que nos trae aquí, que es la reflexión sobre el futuro del Estado de las Autonomías.

## I. BALANCE DE LA VIGENCIA DEL MODELO.

Quisiera empezar reiterando algo que probablemente tiene interés hacerlo explícito en este momento con cierto énfasis. Es verdad que el momento actual es propicio para la crítica generalizada, a veces sin argumentar bien los motivos, de muchas cosas. No pasa sólo con el Estado de las Autonomías, porque creo que tiene una dimensión más amplia. Y quizá con tanto ruido los árboles no nos dejan ver el bosque, y se confunden las voces con los ecos, como dijera el poeta. Quiero partir de la base de que el modelo vigente, sin perjuicio de lo que luego pueda decir sobre sus eventuales reformas, que creo que las necesita, ha aportado pacificación a un problema histórico de España como Estado, como nación, o como nación de naciones, durante estos 35 años de aplicación. Creo que a veces olvidamos la dimensión histórica y los orígenes de la construcción de España como Estado y lo que la cuestión territorial supuso a lo largo del tiempo. Es verdad que la fórmula del 78 es original a más no poder. Es probable, o casi seguro, que la forma se diseñó con originalidad, quizá en algunos aspectos un poco inconsciente, o un poco ingenua, con el fin de no poner encima de la mesa fórmulas que históricamente no tuvieron éxito o resultaron conflictivas. Visto desde la perspectiva del federalismo, hay que recordar el fracaso de la I República, o incluso el de la II República, que ya intentó con la referencia a un Estado integral corregir, aunque fuera nominalmente, aquella fórmula. Y tal vez ocurrió, por el momento histórico en que la Constitución del 78 se elabora, que se quisieran evitar este tipo de referencias, de asimilaciones, o de mimetismos históricos, con un profundo poder evocador, en el peculiar proceso de la Transición política. Lo mismo que ocurrió en otras materias relacionadas con la forma de Estado, con determinados símbolos, etcétera, donde también se hizo ese esfuerzo descomunal de superación de conflictos históricos con el fin de facilitar un tránsito pacífico a la democracia en unas circunstancias que no eran sencillas.

Dicho esto, no se puede negar que la fórmula ha tenido efectos positivos. Quizá los que lo vemos desde un ámbito territorial donde la aspiración de identidad tenía menos fuerza, lo valoramos con suficiencia, y a veces con suficiencia excesiva para lo que nosotros hubiéramos podido pretender en aquel contexto. Comprendo también que otros lo valoren con insuficiencia y que, en este momento, la insuficiencia que ha estado latente en todo este tiempo la consideren también excesiva. En todo caso, a mí no me cabe duda que ha habido avances en igualdad, incluso en igualdad medible en datos económicos, no sólo en igualdad como aspiración. Es probable que estos años de la crisis hayan podido alterar algo esa dinámica, aunque debiéramos elevar el punto de mira del análisis por encima de esta coyuntura. Reconozcamos, pues, que la autonomía ha sido útil, y que ha cumplido con cierta eficacia una función redistributiva. Ha facilitado –y esto me parece esencial para valorarla– planteamientos, políticas y acciones administrativas de proximidad que de otra manera no hubieran ocurrido. Con una planificación estatal de protección del patrimonio histórico-artístico, en Castilla y León, por ejemplo, se hubiera llegado a las catedra-

les de las capitales de provincia y quizá no a todas. Jamás a las ermitas románicas tan valiosas que tenemos, expandidas por la zona rural. Eso, o se hace desde un nivel de acción administrativa más cercano, o no se hace. Otro tanto se puede decir en materia medioambiental; con una planificación estatal no hubiéramos pasado de los Picos de Europa como espacio protegido, y es muy probable que las Lagunas de Villafáfila no hubieran llegado a esa categoría sin una política de proximidad en este aspecto. Y no digo nada, por innecesario, en materia de despliegue de los servicios sanitarios o escolares en un espacio tan disperso y con una demografía tan limitada como la que tenemos en muchos territorios.

Por encima de estos aspectos, recordemos también que, tal y como estaban planteadas las cosas en la Transición, aquí no hubiera sido posible la democracia sin autonomía. Esos dos procesos, o se hacían conjuntamente, o uno hubiera bloqueado al otro. Y si eso fue así, veámoslo como un hecho cierto y positivo, aunque también es verdad que esta singularidad del modelo ha podido generar algunas imprecisiones o disfunciones, que es lo que tocaría en este momento delimitar mejor y, en su caso, solventar mejor. ¿Cómo vamos a negar que una gran parte de lo que hoy es el modelo del Estado de las Autonomías se ha hecho en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional más que en la legislación y en la propia Constitución?. ¿Y cómo vamos a negar que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha influido la coyuntura política y el mapa político de cada momento?. Yo creo que negar eso sería un poco absurdo. Y que esto ha producido alguna inseguridad, algunas disfunciones, algunas inestabilidades, me parece también evidente. Debíamos reconocerlo porque ese sería un buen punto de partida para precisar y delimitar lo que hay que hacer a partir de ahora.

Construimos un modelo tendencialmente igualitario, y probablemente demasiado igualitario para lo que debieran de ser las bases y el punto de partida. De manera que después de 35 años siguen carentes de la estabilidad o de la certidumbre suficiente temas tan fundamentales y tan sensibles como el ámbito competencial, el sistema de financiación o el despliegue institucional interno de las comunidades autónomas. Eso en el contexto de la crisis ha generado un caldo de cultivo en el que se han podido hacer, incluso a veces con aparente credibilidad inmediata y mediática, propuestas de la más variada especie. Y no me gustaría ocultar otra sensación que a mi juicio ha sido muy perniciosa en el desarrollo del modelo. Ha habido una lectura política, a mí me parece que con una dosis importante de demagogia, en la que se fue poniendo a lo largo del tiempo más énfasis en los agravios que en las solidaridades. Eso ha sido una lluvia fina sobre la opinión pública de la que quizá algún día nos tengamos que arrepentir. Hemos hecho muchas cosas por «contraposición a», o por «imitación de», y no porque necesitáramos hacerlas o porque fuera bueno hacerlas. Esto ha ocurrido y, a mi juicio, en demasiadas ocasiones. Hemos difundido poco en la ciudadanía el ejemplo práctico y gráfico de solidaridad intercomunitaria más relevante que es la caja única de la Seguridad Social. Debíamos enviar alguna vez a cada ciudadano el estado del flujo financiero entre cotizaciones y pensiones. Y si viéramos eso cada cierto tiempo nos daríamos cuenta de muchas cosas. De dónde procede, por ejemplo en nuestro caso, el flujo de cotizaciones que permite pagar las pensiones en Castilla y León. Se vería que muchas cosas con las que hemos hecho agra-

vio mimético, simplemente por alimentar un discurso político de rentabilidad inmediata, probablemente no se compensaban con un razonamiento, que hubiera sido positivo a largo plazo, de la solidaridad. Casi siempre los egoístas eran los demás y los generosos éramos nosotros, fuera o no cierto.

## II. VALORACIÓN ACTUAL.

El momento actual tiene el riesgo de este juicio de valor hipercrítico, sobre todo si se intuye que algo haya podido contribuir de algún modo al estado de las cosas en materia económica y de bienestar, o en materia de financiación de los servicios públicos afectados por la escasez de recursos, etcétera. Y ahí se mete, en ese paquete general activado por la crisis, la valoración hipercrítica del Estado de las Autonomías como un argumento que, en la lectura mediática precipitada de los datos, parece razonablemente creíble. De ahí bebe, en alguna medida, la tendencia regresiva o de recentralización que yo doy sin más por imposible. Me parece que revisar el Estado Autonómico en esa dirección sería revisar las bases de la democracia y eso me parece todavía más peligroso que el supuesto problema que se pretendería solucionar; aunque no por ello debemos escapar del debate de fondo sobre la conveniencia de armonizar algunos asuntos. Creo que la Constitución da algunos instrumentos de armonización *a priori* y *a posteriori*, y se han utilizado mucho los previos, en muchos casos con dudas de su alcance –me refiero a la legislación básica–, y poco los posteriores –la legislación armonizadora de competencias ya ejercidas–. Hubo una experiencia con la famosa LOAPA, tuvo aquel efecto negativo para el modelo que todos recordamos y quedó proscrita para toda la eternidad la legítima posibilidad de armonizar con racionalidad. Y dependerá de cómo se ejercite esa técnica, porque es evidente hay algunos aspectos de armonización que están todavía por ensayar en estos momentos.

En ese mismo contexto está también el asunto de las duplicidades, en el que creo que hay mucho de que hablar y distinguir. A veces se han confundido, interesadamente para el discurso político sin duda, duplicidades y complementariedades. Por ejemplo: ¿que haya Consejos Consultivos en cada Comunidad Autónoma es una manifestación odiosa de duplicidad que hay que eliminar cuanto antes, o es una manifestación de complementariedad posible que ayudaría a la eficacia, a ganar tiempo –que no es mala cosa desde el punto de vista de los procesos de toma de decisiones administrativas– y en última instancia al ahorro económico? Cuando un dictamen vinculante, o preceptivo pero no vinculante, estaba dos años en el Consejo de Estado y ahora se puede resolver en tres meses en beneficio del ciudadano que está esperando el resultado de una reclamación patrimonial a la Administración, ¿eso es duplicidad o complementariedad positiva, interesante y eficaz? Lo dejo a la reflexión. Creo que es más complementariedad que duplicidad; y otra cosa será la dimensión del organismo, los procedimientos de actuación, pero no confundamos los conceptos, porque caeremos en la fácil tentación de disparar contra todo por igual sin distinguir la utilidad y el contenido de cada cosa.

Está luego la otra tendencia, que yo todavía no me atrevería a calificar de rupturista del modelo, porque parto de una base: haciendo específica mención del

caso catalán, yo no percibo que desde Cataluña se discuta la autonomía de los demás. Más bien lo que se discute es por qué los demás tienen la misma autonomía que nosotros, o por qué la nuestra es igual que la de ellos cuando nuestro grado de identidad es mayor. Creo que ese es el debate, no el otro. Y creo también que ese debate se ha visto alimentado, como tantos otros, por una interpretación sesgada de los efectos de la crisis. De modo que no saquemos del debate conclusiones que nos lleven a hacer propuestas todavía más enloquecidas a la contra, en base al rechazo de una determinada posición, podrá tener ese contenido y alcance diferenciador, pero que no tiene este otro odioso componente de discutir el estatus autonómico de los demás. Veamos si hay fórmulas de solucionar el problema sin necesidad de poner en jaque el conjunto del modelo, sino profundizándolo y mejorándolo. Creo que por ahí está el camino.

Planteada así la cuestión hay dos datos que debiéramos también tener presentes en el análisis:

1.- El Estado de las Autonomías no se ha parado en la primera formulación del año 78 ni en los primeros Estatutos. Prácticamente todas las Comunidades han hecho una reforma de segunda, y en algunos casos de tercera, generación de su Estatuto que nos debiera hacer pensar sobre la situación actual. Tengo alguna duda de si estos procesos sucesivos de reforma han dado un resultado deseablemente homogéneo, como quizá hubiera sido bueno, o han creado mayor dispersión de la que tenía el punto de partida. Ese es un dato de la realidad que debiera de inducirnos a una reflexión de cómo hoy interpretamos y resolvemos la contraposición entre autonomía, igualdad y diferencia. Igualdad que no debe ser uniformidad, pero sí debe admitir un grado de pluralidad evidente, y diferencia que no debe de generar privilegio, pero que sí debe permitir diversidad.

2.- El asunto de la lealtad, que sigue estando pendiente. Quizá porque el proceso de construcción del Estado de las Autonomías se ha hecho a partir de un estado unitario y uniforme, muy centralizado, al que había que ir arrancando concesiones, ha primado este fenómeno de «tirar de» y no el ver cómo, en función de lo que son nuestras competencias, generamos ya no sólo cultura de lealtad conceptual, sino también comportamientos de lealtad efectiva y normas que garanticen la lealtad cuando sea necesario o conveniente. En relación a la lealtad y la colaboración, tengo que decir también que hay ocasiones en que parece que aquí dudamos todos de todos, porque se alega que las estadísticas se hacen *ad hoc* en cada comunidad autónoma para alimentar el discurso que interesa. Por ello debiéramos empezar por asumir una metodología y unos instrumentos armonizados. Al fin y al cabo, el asunto de la lealtad y la colaboración no es sólo una cuestión de normas jurídicas, es una cuestión de cultura y de convicción. Y a la cultura de la lealtad se llega por la práctica de la lealtad.

### III. PROPUESTAS DE REFORMAS.

Llegados a este punto quiero plantear algunas reformas cada vez más necesarias en el modelo. En base a la mencionada originalidad de partida, lo importante

es la sustancia, más que el nombre. Y la sustancia no admite que tengamos que seguir esperando a estabilizar el asunto de las competencias y el asunto de la financiación. El modelo constitucional optó por un modelo con pocos precedentes, que es el modelo con dos listas (competencias del Estado y competencias autonómicas) relativamente abiertas ambas, y con cláusulas de complemento igualmente abiertas; ninguna de las dos listas delimita bien lo que compete a cada uno. Los modelos conocidos en la historia de la configuración de los Estados son más bien de una lista, o de tres. Una lista que fije bien, con rigor y certeza, lo que se cede al Estado federal o confederal por consenso de quienes se integran en él, y fuera de eso que opere la autonomía o la capacidad de los Estados federados para mantener y asumir competencias; o el sistema de tres listas (lo estatal, lo autonómico y lo compartido), clarificando así los «sin perjuicio de», que en nuestro caso abrieron un espacio muy indeterminado para que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya hecho algunas cosas, a mi juicio, un tanto exageradas en algunos casos. 35 años han sido suficientes para disponer de experiencia relevante, por lo que no descarto la vía de una posible reforma constitucional como ha sucedido en otros países.

Habría que estabilizar también el sistema de financiación. Es otro tema que no puede estar más tiempo indefinido, con la sensación de que en última instancia el sistema de financiación puede depender de preferencias o acuerdos bilaterales, de la forma en que cada uno maneje los datos o lea la balanza fiscal. ¿Este momento es el más complejo para estabilizar el sistema de financiación? Probablemente, pero sí es un buen momento para plantearse en qué dirección tiene que caminar con una vocación de estabilidad. Una federalización del impuesto de sociedades, por ejemplo, no me repugna ni jurídica ni intelectualmente, como tampoco me repugna una homogeneización del impuesto de sucesiones o del impuesto de donaciones.

Hay otros asuntos que seguramente no debieran merecer ya más discusión a estas alturas. El asunto de la conversión del Senado en una Cámara verdaderamente territorial está permanentemente ahí, y me limito a decir que, si ello requiere reforma constitucional, adelante con la reforma. Y seguramente la requiere porque hay de por medio cuestiones de estructura, de composición, de modelo electoral, de ámbito territorial de elección de los senadores, y de funciones. Si empezamos el debate sobre el número de senadores resultantes, mala cosa. Esto exige un plus de generosidad, y, si no, la historia nos lo demandará más pronto que tarde.

La cuestión de la participación de las comunidades autónomas en la formación de la voluntad del Estado, y la del Estado en la Unión Europea, con presencia de las Comunidades Autónomas. Es otro asunto sin resolver, aunque se han dado pasos con algunos instrumentos como el de las Conferencias sectoriales, y menos con la Conferencia de Presidentes.

Dos asuntos que se pusieron muy de moda últimamente, y que me limito a citar, como son la organización territorial de la Justicia y la acción exterior del Estado y las Comunidades Autónomas, merecerían también en este contexto alguna reflexión en relación con su naturaleza, su alcance y sus límites.

#### IV. HECHOS DIFERENCIALES Y PRINCIPIO DE LEALTAD.

Y termino con una última reflexión sobre los dos temas que están interfiriendo más en este contexto de posibles reformas: la delimitación de los hechos diferenciales y cómo se hace efectiva la lealtad y la colaboración. El tema de los hechos diferenciales no debiera de repugnar como motivo de reflexión, porque «haberlos, haylos», y muchos, y muy importantes, y por tanto no los podemos solventar con un «sí les tienen, que se apañen, porque que todo debe seguir estando como está». Así sólo estaríamos alimentando el hecho diferencial por una lógica política evidente de acción y reacción. No es discutible el hecho diferencial objetivo geográfico. Me refiero a otros, a los que forman parte de la sensibilidad de un colectivo, sean derechos históricos, o de foralidad, o de fiscalidad especial, que dimos por buenos en la Constitución, y ahí están, y en absoluto debiéramos de plantear una revisión en otra dirección ni una traslación o asimilación extensiva de ese modelo a sitios donde no tengan la base histórica que tienen donde están reconocidos. Con eso no haríamos otra cosa más que intensificar la estrategia del agravio y complicar políticamente la solución del asunto. Carácter propio tiene el hecho diferencial lingüístico, que debiéramos entender como signo y emblema de pluralidad y riqueza, nunca como instrumento de exclusión o de privilegio.

Tendremos, en fin, que discutir hasta dónde es admisible la bilateralidad singular, porque hay hechos diferenciales que la justifican, y dónde debe de empezar la pluralidad común y colectiva como estrategia razonable de relación entre el Estado y las comunidades autónomas donde haya cuestiones básicas de igualdad, coordinación, etcétera, que deban ser preservadas y resueltas con voluntad de consenso. España está definida como una unidad en la Constitución, pero también la Constitución diferenció, aunque sea nominalmente, nacionalidades y regiones. Y algo quiere decir esto. Espero que dentro del modelo, o en un modelo reformado, se pueda dar una solución intermedia y favorable al asunto que ahora nos preocupa. Y me gustaría pensar que la estrategia del derecho a decidir fuera un punto de partida en la negociación y no una posición irreductible. Porque soy de los que cree que el modelo todavía ofrece algunas posibilidades de un acuerdo razonable que tenga en cuenta que existen identidades y hechos diferenciales objetivos, y que eso debe de tener también su encaje equilibrado.

Termino, pues, con una sencilla afirmación, llena de esperanza: confío en que sabremos reconocer con perspectiva y con tiempo los efectos beneficiosos del sistema que hemos creado, pero también confío en que, para conservarlo y mejorarlo, estaremos dispuestos a practicar el mismo grado de consenso y de generosidad con que lo pusimos en marcha.

#### **RESUMEN**

Este artículo es la introducción a una mesa redonda de la XV Jornadas de la Función Consultiva que versaba sobre la posible reforma del Estado de las Autónomas.

En estas páginas, el autor reflexiona sobre algunos de los aspectos que, en su opinión, podrían ser objeto de reforma en la actual configuración del modelo territorial. Sus propuestas se asientan en un balance de los 35 años de vigencia del modelo y en su análisis de las críticas que, desde varias posiciones se plantean sobre el actual modelo constitucional.

Sostiene el autor que, pese a las dificultades que presenta el actual contexto, es conveniente emprender ciertas reformas, pero siempre partiendo de principios como la lealtad o la colaboración.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución de 1978 – Comunidades Autónomas – Solidaridad – Estatutos de Autonomía – Duplicidades administrativas – Financiación.

### ***ABSTRACT***

This article is the introduction to a round table at the XV Conference of the "Función Consultiva" about the possible amendment of the Autonomies' System.

The author reflects about some of the aspects that according to him could be object of change in the present land configuration. His proposals are based on a report of the current model of the last 35 years as well as on the analysis of the critics that are put forward from different positions.

The author also supports the idea that in spite of the difficulties of the current social and economic context it is convenient to make some changes always bearing in mind the principles of loyalty and collaboration.

**KEYWORDS:** Constitution of 1978 – Autonomous Communities – Solidarity – Autonomy rules – Administrative duplication – Funding.

# LA PERSPECTIVA CATALANA EN TORNO A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA ESTRUCTURA TERRITORIAL DEL ESTADO

**Jaume Vernet i Llobet**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universitat Rovira i Virgili, Tarragona  
Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya*

## Sumario:

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.**
- II. CONTEXTO SOCIAL ACTUAL.**
- III. PROPUESTAS DE REFORMA.**
  - a) La reforma del Estatut de 2006.
  - b) Aspectos generales del «derecho a decidir».
  - c) Procedimientos para ejercer el «derecho a decidir».
    - 1) Consulta no referendaria.
    - 2) Consulta referendaria.
    - 3) Delegación o transferencia de la competencia para autorizar un referéndum.
    - 4) Referéndum regulado por el Estado
    - 5) Reforma de la Consitución
- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN**

## **I. CONSIDERACIONES GENERALES.**

En el seno de las XV Jornadas de la función consultiva, organizadas por el Consejo Consultivo de Castilla y León, del 25 al 27 de septiembre de 2013<sup>1</sup>, se concibió una mesa redonda bajo el título «La España de las autonomías: propuestas para una posible reforma. Futuro de la ordenación territorial del Estado», durante la cual

---

<sup>1</sup> Con posterioridad a las Jornadas, a lo largo de la revisión de este texto, se han producido actos gubernativos, parlamentarios y judiciales, así como se han publicado artículos de interés que, en lo posible, han sido incorporados en el texto como notas a pie de página, conservando el sentido de la ponencia en el momento de llevarse a cabo.

se me encomendó exponer, si la hay o la ha habido, una propuesta catalana reciente para estructurar territorialmente el Estado.

De una forma más directa, se trata de responder a la turbadora y reiterada pregunta: ¿qué quieren los catalanes? Lógicamente hay más de una respuesta, pero algunas de ellas son más mayor que otras, por lo que deben seleccionarse aquellas que reúnen un mayormás consenso en el seno de la comunidad catalana. Seguramente, para dilucidar lo que desean los que se manifiestan en Catalunya y también para conocer la opinión de los que no se expresan públicamente, habría que preguntarles directamente, tras un debate abierto en el que se escuchasen todas las alternativas, especialmente los pros y contras de cualquier propuesta de futuro que se presentase ante la población concernida. Sólo en ese caso tendríamos una instantánea fiable del parecer de los catalanes ante una determinada pregunta y se podría encauzar una vía de solución que incluyese a la mayoría de la comunidad.

Con ese mismo fin, caben otras formas de conocimiento del sentir de la población, con métodos de menor o mayor calado. Por un lado, una posibilidad la constituyen las encuestas o los sondeos de opinión, aunque son meramente indicativos y carecen de las garantías suficientes para comprometer efectos futuros, dejando aparte que, en este caso, se consulta, por lo general, únicamente a una muestra de la comunidad, que no puede sustituir en modo alguno una consulta a la totalidad de la población adulta. Por otro lado, de másayor entidad, un referéndum de ratificación, al final de un proceso de reforma constitucional, goza de más garantías y tiene unas implicaciones políticas mayores, pero no permite discriminar distintas preguntas, ya que normalmente se demanda una posición global sobre una revisión constitucional, que puede ser muy extensa por afectar a un conjunto de preceptos, eludiendo conocer la opinión precisa sobre cada una de las prescripciones que se pretenden modificar. Finalmente, una consulta, referendaria o no, permite precisar la posición de la ciudadanía sobre una sola cuestión, la cual, una vez contestada por la población, puede o no requerir una reforma legal, estatutaria o constitucional, de acuerdo con la pregunta efectuada y los resultados obtenidos.

Para desarrollar el tema encomendado creo necesario ceñir este trabajo a dos ámbitos, uno eminentemente sociológico y otro meramente procesal, que permitan tratar la cuestión encargada con la mayor objetividad y distanciamiento. En primer lugar, debo exponer brevemente el contexto social catalán, a partir de encuestas institucionales y de los resultados de las elecciones, lo que puede ayudar, a la sazón, a entender el actual proceso que ha emprendido la sociedad catalana, libre y pacíficamente. En segundo y último lugar, trataré el denominado «derecho a decidir», como última propuesta catalana, posterior a la finiquitada reforma del Estatut de autonomía de Catalunya, que fue, en realidad, la penúltima propuesta malograda, a la que también haré una breve referencia, evitando juicios de oportunidad.

## II. CONTEXTO SOCIAL ACTUAL.

Para comprender el estado de la cuestión, desde la perspectiva sociológica, debemos detenemos sobre algunos aspectos, que permiten resaltar lo más significativo del momento actual. En particular, tiene interés preguntarse sobre la percepción que la ciudadanía catalana posee respecto del estado autonómico, en comparación con la apreciación que tiene la población de otras comunidades autónomas sobre la misma cuestión. Igualmente, debemos interrogarnos sobre la aceptación social que concita la idea del denominado «derecho a decidir». Y finalmente, en relación con las preguntas precedentes, cabe examinar cuáles pueden ser los deseos mayoritarios de la sociedad catalana, respecto a su futuro más o menos inmediato.

a) Respecto de la percepción, que tienen los ciudadanos españoles sobre el grado de autogobierno desarrollado por en el estado de las autonomías, no hay una diferencia sustancial entre la población de las distintas comunidades autónomas, si atendemos a la primera opción que expresan los ciudadanos en la última encuesta autonómica de septiembre-octubre 2012, organizada por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)<sup>2</sup>. En cambio, como veremos, sí se observa una diferencia notable en la segunda opción manifestada, lo que indica una cierta inclinación centrípeta o centrífuga, que resulta de la suma de las dos magnitudes. Unas comunidades perciben el sistema autonómico actual orientado a la centralización, otras, la mayoría, encaminado a la descentralización.

En todas las comunidades autónomas entrevistadas, si bien con un apoyo distinto, en una escala de 0 (máximo centralismo) a 10 (máxima descentralización, incluyendo la posibilidad de independencia de los territorios que así lo deseen), los encuestados se sitúan en la franja 4-6, con un porcentaje mayoritario, que varía entre el 37,8 % de Catalunya y el 55,8 % de Euskadi. La diferencia entre comunidades, sobre todo, se observa en la segunda opción elegida, en la que (si no tenemos en cuenta como opción a los que no se definen) se obtiene un resultado entre 7-8 para la mayoría de las comunidades, a excepción de Catalunya, Euskadi y Navarra, que, por el contrario, perciben el Estado autonómico entre 2-3. No es difícil deducir que, en éstas últimas comunidades autónomas, el Estado de las autonomías se percibe relativamente orientado a la centralización, mientras que en el resto la apreciación tiende al polo opuesto, a la descentralización.

b) En segundo lugar, cabe hacer referencia al sentimiento mayoritario catalán por el «derecho a decidir», esto es, al consenso que obtiene ejercer el derecho de voto de los catalanes ante una cuestión aún por determinar<sup>3</sup>, pero que se sobreentiende que se proyecta en cuál debe ser la relación, con acomodo o sin él, entre

---

2 Barómetro autonómico III, núm. 2956, pregunta 25c1 para Catalunya. 1.190 entrevistas en castellano en el domicilio. En otras comunidades cambia el número de la pregunta y de los entrevistados. Puede consultarse en: [http://www.cis.es/cis/opencms/ES/2\\_bancodatos/](http://www.cis.es/cis/opencms/ES/2_bancodatos/).

3 El 12 de diciembre de 2013, tras un acuerdo entre partidos catalanes (CiU, ERC, IC-EUA y CUP), el presidente Mas anuncia una doble pregunta: ¿Quiere que Catalunya sea un Estado?; y, en caso afirmativo, ¿quiere que este Estado sea independiente? Asimismo, se propuso el día 9 de noviembre de 2014 para celebrar la consulta.

Catalunya y España. Para ello, sirven, a fin de componer la situación, los siguientes datos, extraídos del primer informe del Consell Assessor per a la Transició Nacional (CATN)<sup>4</sup>, organismo dependiente de la Generalitat:

- De un lado, la representación política obtenida por los partidos políticos que incorporaron el derecho a ser consultados en el futuro inmediato, de acuerdo con sus programas electorales. En las elecciones del 25 de noviembre de 2012, un 73,47 % votó a dichos partidos (un 73,99 % si se cuentan todos los votos, con representación parlamentaria o no); es decir, 2.682.733 votantes respecto a los 820.027 que apoyaron otras opciones políticas no favorables a la consulta. Si realizamos la misma operación matemática sobre los escaños obtenidos, el porcentaje alcanzaría un 79,3 % del total, o sea, 107 diputados sobre 135. En todos los municipios, los sufragios favorables al derecho a decidir lo son en mayor número que los contrarios<sup>5</sup>. Globalmente, tres de cada cuatro ciudadanos es favorable ase inclinan a favor del derecho a decidir, especialmente si éste se circunscribe a ser consultados sobre el futuro de Catalunya.

- De otro, las encuestas contratadas por los medios de comunicación se mueven aproximadamente entre un 70 % y un 80 %, siempre a favor del derecho a decidir<sup>6</sup>.

- Por último, las declaraciones aprobadas por el Parlament de Catalunya en favor de la consulta, del derecho a decidir o del derecho de autodeterminación. Desde 1989 se ha pronunciado en ese sentido en diez ocasiones, obteniendo un apoyo de promedio superior al 65 %<sup>7</sup>.

c) Con relación al deseo mayoritario existente entre la población, en Cata-

<sup>4</sup> Órgano colegiado de apoyo para asesorar ael Gobierno, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 113/2013, de 12 de febrero, de creación del CATN, compuesto por Carles Viver i Pi-Sunyer, presidente y catedrático de derecho constitucional; Núria Bosch i Roca, vicepresidenta y catedrática de hacienda pública; Enoch Albertí i Rovira, catedrático de derecho constitucional; Germà Bel i Queralt, catedrático de economía; Carles Boix i Serra, catedrático de ciencia política; Salvador Cardús i Ros, profesor de sociología; Àngel Castiñeira i Fernández, profesor de filosofía contemporánea; Francina Esteve i Garcia, profesora de derecho internacional; Joan Font i Fabregó, empresario; Rafael Grasa i Hernández, profesor de relaciones internacionales; Pilar Rahola i Martínez, periodista; Josep Maria Reniu i Vilamala, profesor de ciencia política; Ferran Requejo i Coll, catedrático de ciencia política; y Joan Vintró i Castells, catedrático de derecho constitucional.

<sup>5</sup> Datos del informe núm. 1 de CATN, pág. 26. Se puede consultar en castellano en <http://www20.gencat.cat/portal/site/Departament-de-la-Presidencia/menuitem.360881d9713dd1616d740d63b0c0e1a0/?vgnnextoid=ca5defef453d3410VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vg>

<sup>6</sup> Según el *Observatorio my Word* para La SER, en septiembre de 2013, se pronuncian a favor de dicho derecho, en torno adel 80,5 %, un 5 % más que en noviembre de 2012 (75,3 %). Otros medios escritos, según el primer informe de CATN, pág. 12, oscilan entre un 83,9 % a favor (*La Vanguardia*, en setiembre de 2012) y un 68,9 %, en el mismo sentido (*El Periódico*, enero, 2013).

<sup>7</sup> Resoluciones 98/III, de diciembre de 1989; 229/III, de septiembre de 1991; 679/V, de octubre de 1998; 944/V, de junio de 1999; 1978/VI, de junio de 2003; 631/VIII, de marzo de 2010; 6/IX, de marzo de 2011; 742/IX, de septiembre de 2012; 5/X 23, de enero de 2013; y 17/X, de marzo 2013, con distintos grados de intensidad y de aceptación (entre un 55,6 % y un 86,7 %), lo que abre el abanico porcentual. Algunas son resoluciones del Pleno (7) y otras de Comisión (3).

lunya se constata una minoría mayoritaria por la independencia, lo que se comprueba atendiendo a una diversidad de fuentes, que examinaremos a continuación:

- En el citado barómetro autonómico del CIS, ante la siguiente pregunta «¿En qué posición le gustaría a Ud. que estuviera situado?», respecto al grado de autogobierno, con el mismo escalado visto anteriormente. En Catalunya los encuestados se pronuncian en la franja 9-10, es decir, contemplando la independencia, como primera opción<sup>8</sup>, a diferencia de otras comunidades autónomas en las que la primera opción es el intervalo 4-6, esto es, permanecer como se entienda que se está. Es ilustrativo indagar un poco más y comprobar cómo la segunda opción en Catalunya se sitúa entre 7-8, mientras que en las otras comunidades la población encuestada se inclina mayoritariamente por 2-3, como Madrid. En cambio, Euskadi opta por 7-8, como Navarra. En estas dos comunidades autónomas la opción 9-10 ocupa la tercera posición, mientras que en las otras comunidades autónomas la tercera posición seleccionada es 0-1<sup>9</sup>. Así, el sentimiento en favor de un mayor autogobierno en tres comunidades (Catalunya, Euskadi y Navarra) contrasta con la inclinación del resto por una mayor centralización.

- Por otra parte, el CEO, Centre d'Estudis d'Opinió<sup>10</sup>, dependiente de la Generalitat de Catalunya, en un estudio efectuado en junio de 2013, ha preguntado directamente si se está a favor o en contra de la independencia con un resultado favorable de un 55 %, frente a un 23,4 % contrario<sup>11</sup>. Asimismo, también ha realizado una pregunta múltiple en la que el 47% de los encuestados han respondido a favor de un estado independiente, más del doble que las opiniones que ha obtenido la segunda opción: un estado estructurado en comunidades autónomas como el actual, el 22,8 %; mientras que un estado federal sólo concita el 21 %, como tercera opción<sup>12</sup>. Un estudio del ICPS, Institut de Ciències Polítiques i Socials, adscrito a la Universitat Autònoma de Barcelona, incluye una gráfica de la evolución de las preferencias sobre las relaciones entre Catalunya y España, en la que se aprecia la disminución a la mitad

---

**8** En el estudio CIS anterior, el núm. 2829, correspondiente a Catalunya, enero-marzo de 2010, pregunta 46, la opción mayoritaria era entre 4-6 (31,1 %), seguida por 7-8 (26 %) y sólo en tercer lugar se proponía entre 9-10 (20,6 %), actualmente mayoritaria (29,9%). En el primer barómetro autonómico, núm. 2610 de 2005 para Catalunya, la pregunta era distinta (pregunta 12), pero entre las fórmulas de organización del Estado se erigía como mayoritaria la que reconociese una mayor autonomía (48 %) frente al Estado de las autonomías vigente en la actualidad (23,5 %), siendo la tercera la postura a favor de un Estado en el cual se reconociese a las autonomías la posibilidad de convertirse en naciones independientes (20,7 %).

**9** En algunos casos como Andalucía y Galicia la respuesta «no sabe» se ubica en segunda posición, por lo que deberían matizarse las interpretaciones que se puedan deducir de los resultados obtenidos.

**10** <http://ceo.gencat.cat/ceop/AppJava/pages/index.html>

**11** REO 723, barómetro de 20 de junio de 2013, sobre 2.000 entrevistas telefónicas, en el idioma del interesado. Desde junio de 2011 la opción independentista gana porcentaje. *Vid.* <http://www.einesceo.cat/evolucio/referendum-per-la-independencia-de-catalunya-/39> (consulta: 7 de octubre). En el Omnibus CEO, hecho público el 19 de marzo de 2014, preguntadas 1.600 personas por si se quiere que Catalunya sea un nuevo estado de Europa, responden que están totalmente de acuerdo en un 40,2 y bastante de acuerdo un 19,5, mientras que los que están bastante en desacuerdo representan un 10,8 y, finalmente, totalmente en desacuerdo un 18,9 %.

**12** En Euskadi, de acuerdo con los datos del Euskobarómetro de mayo de 2013, el voto favorable en caso de referéndum independentista sería de un 39 %, en contra un 34 %, con una abstención de un 13 % y un NS/NC del 14 % (gráfico 30). Si la opción es múltiple, empatan a 33 % Autonomía y federalismo y queda en tercera posición la opción independentista con un 28 % (gráfico 24).

del deseo de seguir constituyendo una comunidad autónoma española, al contrario de la preferencia por crear un estado independiente, que se dobla. La opción federal se mantiene por debajo del 20 %, con alguna oscilación<sup>13</sup>.

- Por último, complementariamente, para calibrar el apoyo ciudadano a la constitución de un nuevo estado de Europa, cabría acudir a las muestras populares en favor del soberanismo, aunque la medición del grado de sostén o de participación no está exenta de dificultades, ya que los datos que ofrecen los gobiernos o los medios de comunicación no están suficientemente contrastados y difieren significativamente según las fuentes.

No obstante, no cabe duda de que las distintas expresiones a favor del derecho a decidir o claramente independentistas alcanzan un número de población que ninguna otra propuesta logra reunir, siquiera en una décima parte, por apuntar un porcentaje aproximado. Las consultas soberanistas realizadas entre 2009 y 2011, con un apoyo institucional poco relevante y sin ninguna consecuencia previsible, lograron la participación de casi un millón de votantes a favor de la independencia<sup>14</sup>. La celebración de la Diada del 11 de septiembre de 2012 reunió en el centro de Barcelona la mayor manifestación congregada hasta la fecha, y la cadena humana de la Diada del año siguiente, el 2013<sup>15</sup>, unió a la población de Catalunya de sur a norte a lo largo de 400 km., acontecimientos que han sido una demostración de gran organización, además de enorme participación, sin duda equivalente o superior a la intervención en las citadas consultas.

De este modo, se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que en torno a alrededor de un millón de personas se han movilizad o claramente desde 2010, al menos en esas tres ocasiones<sup>16</sup>. Los convocados ofrecen una composición transversal, que obtiene por lo menos la simpatía activa de aproximadamente un sexto de la población, con un censo electoral de 5.413.769 (elecciones de noviembre de 2012), teniendo en cuenta que 150.000 votantes se encuentran fuera del Estado español y que no computan los menores de 18 años.

d) A lo anterior podemos deberíamos añadir un breve apunte histórico de las distintas propuestas iniciativas que han pretendido lograr un autogobierno efectivo en estos últimos 150 años sobre la base del hecho diferencial catalán, aunque no hay tiempo ni espacio suficiente<sup>17</sup>. De todo ello cabe inferir que la reivindicación catala-

---

**13** Gráfica núm. 1, en R. LIÑERA, R., *Catalunya davant de la consulta sobre la independència*, Quadern 4, octubre 2013, pág. 4.

**14** Se han realizado las consultas soberanistas en distintas oleadas, desde el 13 de septiembre de 2009 hasta el 10 de abril de 2011, en más de 552 municipios catalanes, obteniendo un resultado favorable a la independencia. Así: 811.447 síes y 53.174 noes, según la información de *El Punt Avui*.

**15** Suso DE TORO, en «Admiremos Cataluña», *Ara*, 21 de septiembre de 2013, se pregunta «dónde estaba tanta gente que no nos lo contaron», pág. 34.

**16** La ANC, Assemblée Nacional Catalana, se constituyó el 10 de marzo de 2012 (un año antes se fundó su embrión, la «Conferència Nacional per l'Estat Propi»), ha convocado las grandes movilizaciones catalanas.

na se ha agudizado en tiempos recientes<sup>18</sup>, desplazándose el centro político de la sociedad del autonomismo al soberanismo<sup>19</sup>, en gran parte por la devaluación y desactivación del Estatut<sup>20</sup>, aprobado en 2006, que prácticamente ha quedado como pieza arqueológica tras la STC 31/2010, de 28 de junio. De este modo, entiendo que la desafección, producida por la Sentencia, es un factor mucho más significativo que la crisis económica, que también puede haber influido en la radicalización de las alternativas. Algunas expresiones soberanistas de relevancia, como las consultas locales por la independencia, se han exhibido con anterioridad a la crisis y simultáneamente a la decisión jurisprudencial, cuando ya se adivinaba el sentido de la misma y la tardanza en emitirla era manifiestamente excesiva y especialmente corrosiva para la legitimidad del Tribunal Constitucional. Sin embargo, este proceso, como se ha mencionado, viene de lejos<sup>21</sup>, puesto que lo que se plantea ahora no son cuestiones nuevas, ni se trata de una reivindicación minoritaria, artificiosa o coyuntural.

### III. PROPUESTAS DE REFORMA.

#### a) La reforma del Estatut de 2006.

Esta reforma ha sido la penúltima propuesta catalana que, de aprobarse tal y como se proponía inicialmente, habría favorecido, si se me permite un arriesgado ejercicio de futurología, la convivencia o conllevancia, de al menos treinta años más,

---

17 Para dar sólo unas pinceladas, a modo de breve recordatorio, podemos citar el Proyecto de Constitución federal de 1873, en la I República, con prohombres de la talla de Figueres y Pi i Margall; las «Bases de Manresa per una Constitució regional» de 1892, promovidas por Domènech i Montaner y Prat de la Riba; el Proyecto de estatuto de 1919, propiciado por Cambó, a propuesta de la Mancomunidad con un gran apoyo local; el Proyecto d'Estatut de Núria 1931, auspiciado por Macià, con apoyo local y voto popular, un 75 % de participación, que contó con un 99 % a favor del sí, un resultado abrumador que pretendía el encaje de la realidad nacional catalana en una federación, tras la declaración soberana en el balcón de la Generalitat, y el subsiguiente Estatuto de autonomía de 1932, recortado de conformidad a la Constitución republicana de 1932; el Proyecto d'Estatut de Sau y el aprobado Estatuto de autonomía de 1979, votado después del ajuste parlamentario estatal, con casi el 60% de participación, con un 88,15 de síes. Finalmente la proposición de reforma del Estatuto de autonomía aprobada por el Parlamento de Catalunya el 30 de setiembre de 2005, transformado en Estatuto de autonomía de 2006, y refrendado con casi el 50 % de participación, y un 73,24 de síes.

18 Al unísono de la evolución crítica sobre la valoración del Gobierno central, que, en 2012, desciende –desde 2004– hasta 2,58 (en una escala de 0 a 10), según el estudio de Lucía Medina, en el cuaderno núm. 3, sobre *Les institucions en el punt de mira: les valoracions de les institucions i dels actors polítics i socials entre la població catalana (1991-2012)*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2013.

19 El proceso de reforma estatutario se inició en las elecciones catalanas de 2003, se aprobó en referéndum antes de las elecciones de 2006 y la Sentencia sobre el Estatut se produjo antes de las elecciones de 2010. Con posterioridad a la gran manifestación de la Diada de 2012 se convocaron nuevamente elecciones. Si analizamos *grosso modo* la evolución electoral, el PSC pierde 30 diputados y CiU 6, que ganan ERC (9), CUP (3), IC-EUA (8), PP (7) i C's (6). El valor medio dentro del eje nacionalismo español-catalán se desliza electoralmente hacia el catalanismo más nacionalista, y esta percepción se corrobora si examinamos los programas electorales de los distintos partidos políticos y candidaturas electorales.

20 M. Carrillo, «Después de la sentencia, un estatuto desactivado», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, 2010, pág. 26.

21 Puede consultarse, GARCÍA CÁRCCEL, R., «La dialéctica Cataluña-España. Algunas reflexiones», *El Cronista...*, núm. 42, 2014, pág. 14, quien se remonta a los episodios de 1641-1652, 1713-1714 u octubre de 1934. Por su lado, DE CARRERAS, F., «Puede celebrarse un referéndum en Cataluña», en la misma Revista, pág. 24, inicia su artículo con la siguiente frase «El secesionismo viene de lejos», situándolo en los comienzos del catalanismo político a finales del siglo XIX.

con una conflictividad ordinaria de «baja intensidad».

a) La proposición estatutaria se aprobó por el Parlamento de Catalunya el 30 de septiembre de 2005, después de un laborioso consenso, que no logró la unanimidad debido a la autoexclusión del Partido Popular de Catalunya, a instancias del partido central o matriz. Dicha acción política, de no involucrarse en el proceso estatutario, no valoró suficientemente las consecuencias que de ella podían derivarse. La proposición mencionada obtuvo un apoyo parlamentario del 89 %, tras la recepción del Dictamen del Consell Consultiu, núm. 269, de 1 de septiembre, y de aprobarse las correspondientes enmiendas parlamentarias<sup>22</sup>.

El artículo primero de la proposición de reforma se refería explícitamente a Catalunya como nación, lo que se cambió a su paso por las Cortes Generales, volviendo al término *nacionalidad* (que figuraba en el art. 1 EAC de 1979). El camino parlamentario de la reforma estatutaria siguió, en el ámbito estatal, la senda constitucional, tal y como estaba procedimentalmente previsto. Tras pasar «el cepillo» parlamentario, en expresión de un conocido diputado socialista, se modificaron nada menos que el 64,7 % de los artículos y disposiciones del texto.

Finalmente, la propuesta se refrendó, en términos comparativos, con la mitad de apoyo que obtuvo el Projecte d'Estatut de Núria de 1931 y un 20 % menos del que disponía parlamentariamente el texto inicial de 2005. La reforma, que ya estaba tocada, fue hundida por la STC 31/2010, no tanto por el número de preceptos declarados inconstitucionales, sino por la extensión de los preceptos que debían ser interpretados en un cierto sentido, que no tenía que ver con su significación y literalidad original.

b) El Tribunal Constitucional, con la Sentencia 31/2010, ha hecho un flaco favor a la convivencia, ya que se ha percibido, en Catalunya, sin entrar en matices, como un portazo a las reivindicaciones catalanas, a pesar de que la reforma se postuló, como se ha apuntado, siguiendo escrupulosamente la tramitación constitucional establecida<sup>23</sup>. Se trata de una resolución, por lo general, poco argumentada, no obstante su aparente extensión. Si eliminamos los antecedentes y los votos particulares, la argumentación es demasiado directa y sin matices. Además, tal como ponen de relieve la mayoría de los votos particulares, para declarar la constitucionalidad, se hace decir a muchos los preceptos aquello que no dicen, con lo que éstos pierden

<sup>22</sup> El Dictamen, emitido en un mes, complejo por el objeto de estudio y por la extensión, obtuvo varios votos particulares que permiten dilucidar las distintas mayorías que el texto suscitó. Sobre la aceptación constitucional o no del vocablo «nación», referido a Catalunya, el Dictamen, por mayoría (6 a 1), entendió que era conforme a la Constitución emplazarlo en el articulado estatutario. Una de las razones para sustentar esta posición se basaba en el carácter «polisémico» del concepto «nación», el cual «no siempre se ha identificado con la idea de Estado, sino que también se ha definido desde una vertiente cultural, sociológica y también jurídica», por ello existen «naciones de »nación» que no son contradictorias con el uso constitucional de este término» utilizado en relación a España en el artículo 2 CE (F II).

<sup>23</sup> La Sentencia ha sido comentada crítica, brevemente y de urgencia por un número significativo de constitucionalistas y de administrativistas catalanes, en el número monográfico de la *Revista Catalana de Dret Públic* (RCDP). <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/issue/view/23> (consulta: el 10 de setiembre de 2013).

totalmente su sentido. Por otra parte, el tiempo que tardó en dictarse, los vericuetos procesales (recusaciones, cambios de ponencia, prevotaciones, modificaciones legislativas, recurso a la prensa, etc.), los efectos, y el tono hosco en que está redactada de la Sentencia devalúan significativamente la propia legitimación y el prestigio del Tribunal, que ostentosamente se ha autodefinido, en la misma Sentencia, como «*poder constituyente prorrogado o sobrevenido*» (STC 31/2010, FJ 57), en un alarde de protagonismo exagerado y erróneo<sup>24</sup>.

Esta propensión del Tribunal Constitucional a lo lacónico continúa en nuevas resoluciones que afectan a Catalunya. Así, en el Auto 156/2013, de 11 de julio, se ratifica la suspensión de una declaración soberanista del Parlament, en atención a que «*versa sobre una cuestión de gran relieve constitucional*», sin otro argumento o explicación y sin dar una mínima respuesta técnico-jurídica a las alegaciones de dicha institución parlamentaria, ni tampoco a las del Abogado del Estado, sobre los efectos jurídicos o no de las resoluciones parlamentarias que, de no existir, implicaban el levantamiento de la citada suspensión o su inadmisión<sup>25</sup>.

Volviendo a la STC 31/2010, el mensaje que contiene sobre el Estatut hace inviables la mayoría de los preceptos interpretados, y es claro: «vuelva a la casilla de salida», como si se tratara del popular juego de la oca. El problema sobrevenido es que no es tan evidente determinar cuál sea concretamente esa casilla. ¿Se refiere el Tribunal a la Constitución de 1978, que se ha desarrollado sin efectos jurídicos respecto al derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, o bien a un momento posterior, el de 1983, con una Constitución completada por los estatutos de autonomía?

Si es la primera opción, la Constitución territorial está todavía por concretar<sup>26</sup>, en ella sólo se establecen principios y procedimientos. Se desconoce si habrá o no parlamentos para todas las comunidades autónomas que se constituyan (art. 152 CE), el régimen lingüístico se remite a los estatutos de autonomía (art. 3.2 CE), así como tampoco se fijan constitucionalmente otras cuestiones de relevancia (art. 147 CE). La Constitución de 1978 es una Constitución abierta<sup>27</sup>, especialmente debido a la aplicación del principio dispositivo<sup>28</sup>. Ese punto de partida congenió un alto grado de consenso dada su esperada versatilidad.

Si es la segunda opción, ¿por qué inmovilizarnos en los primeros pactos

---

**24** APARICIO, M.A., recuerda al Tribunal Constitucional que «interpretar es descubrir, no inventar» la Constitución, en RCDP, *Especial Sentencia...*, «Alguna consideración sobre la Sentencia 31/2010 y el rol atribuido al tribunal constitucional», pág. 26.

**25** En la STC 42/2014 STC núm/2014, de 25 de marzo, concluye que la Resolución del Parlament recurrida, la 5/X, tiene un marcado carácter político, pero también jurídico «y, además, produce efectos de esta naturaleza», por lo que admite la impugnación (FJ 2).

**26** CRUZ VILLALÓN, P., «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 4, 1981, pág. 59. O el mismo autor en «La constitución territorial del Estado», *Autonomías*, núm. 13, 1991, págs. 61-68, donde sostiene que los Estatutos de autonomía se erigen en parte esencial de la por él denominada «constitución territorial del Estado».

**27** VERNET, J., «La apertura del sistema autonómico», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 14, 2002, págs. 127-169.

**28** FOSSAS, E., *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

autonómicos, y no en el acuerdo político de 1992, o en las reformas estatutarias a partir de 2005? Lo que no tiene sentido es interpretar la Constitución de acuerdo exclusivamente con la legislación unilateral del Estado, esto es, sin tener en cuenta los estatutos de autonomía, que son bloque de constitucionalidad y que completan las prescripciones constitucionales, según la propia misma Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los estatutos son viva expresión de la bilateralidad, por cuanto para su elaboración se es precisa la participación de la comunidad autónoma. Y, en ocasiones, la propuesta estatutaria es defendida ante los representantes de las Cortes Generales.

Las cuestiones que la reforma del Estatut pretendía resolver han quedado para la posteridad. Algunos de los temas, que ha objetado el Tribunal, no fueron dictaminados por el Consell Consultiu al no considerar, unánimemente<sup>29</sup>, que tuviesen algún problema de inconstitucionalidad, como, por ejemplo, la casi totalidad de los preceptos que afectaban al uso de las lenguas oficiales. En cambio, el Tribunal, en la STC 31/2010 citada, desbarató el régimen jurídico-lingüístico establecido por el Estatut, que ya llevaba aplicándose con normalidad desde años atrás, y que se basaba en la concepción normativa de lengua propia y en la doble oficialidad<sup>30</sup>.

Otros temas identitarios, como la autoreferencia nacional<sup>31</sup> del preámbulo del Estatut, fueron objeto de interpretaciones discutibles, especialmente si tenemos en cuenta que dicha mención se encontraba en la parte no dispositiva del texto<sup>32</sup>, pero la Sentencia también abordó otras cuestiones como la tipología estatutaria de las competencias, desactivando el intento de limitar la invasión competencial del legislador estatal, lo que ha implicado hasta ahora una baja calidad de la autonomía<sup>33</sup>.

Igualmente, una cuestión tan relevante como los aspectos relacionados con la financiación de la Generalitat de Catalunya y las inversiones en infraestructuras tampoco ha tenido el recorrido esperado, ya que prima el criterio de la multilateralidad, con determinadas excepciones: la no vinculación estatal al Estatut, a pesar que

**29** Formaron parte de dicha institución en ese momento: Joaquín Tornos, presidente y catedrático de derecho administrativo; Joaquim Borrell, magistrado; Pedro Jover, profesor de derecho constitucional; Agustí Bassols, abogado; Jaume Vernet, catedrático de derecho constitucional; Jaume Camps, abogado; y Marc Carrillo, catedrático de derecho constitucional.

**30** Vid. VERNET, J., «La llengua a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya del 2006. Cap a un nou paradigma?», *El plurilingüisme a la Constitució espanyola*, Barcelona, IEA, 2009, págs. 123-143. Vid. también el citado número especial sobre el Estatut, *RCDP*, artículos de A. MILIAN, X. MURO, A. M. PLA y E. PONS.

**31** Vid. FERRET I JACAS, J., «Nació, símbols i drets històrics», *REAF*, núm. 12, págs. 44-60.

**32** M. BONACHELA MESAS, M., «Los preámbulos de los estatutos de autonomía entre la técnica legislativa y su trascendencia constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional* (TRC), núm. 27, 2011, págs. 377-422.

**33** VIVER I PI-SUNYER, C., «Finalmente, una amplia autonomía de baja calidad», *El País*, 6 de septiembre de 2003, ampliado en VIVER I PI-SUNYER, C., «La reforma de los Estatutos de autonomía», *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Madrid, CEPC, 2005. Igualmente, puede consultarse en la rRevista mencionada en la nota anterior, X. ARBÓS y F. DOMÍNGUEZ. Y más recientemente, VIVER I PI-SUNYER, C., «El Tribunal Constitucional, ¿siempre solo... e indiscutible? La función constitucional de los estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, págs. 319-351.

esta norma se integra en el ordenamiento jurídico del Estado (art. 147.1 CE); y la desproporcionada balanza fiscal<sup>34</sup>.

Finalmente, como colofón, el propio mismo rango de la norma estatutaria queda depreciado, siendo preeminentes, en opinión del Tribunal Constitucional, otras leyes orgánicas<sup>35</sup>, y sobre todo se ha impedido la mejora y profundización de la autonomía, que pretendía la reforma estatutaria<sup>36</sup>. No obstante, las aspiraciones políticas catalanas no se enervan con la Sentencia mencionada; al contrario, el problema (inadvertido, en el mejor de los casos, por el Tribunal Constitucional) sigue corregido y aumentado para la posteridad más inmediata.

### 3.2. Aspectos generales del «derecho a decidir».

La última propuesta catalana es el reconocimiento y el ejercicio del «derecho a decidir». Este derecho, como tal, no se recoge expresamente en la el listado de derechos y libertades fundamentales; no obstante, puede ser incluido, sin forzar el texto constitucional o las declaraciones internacionales de derechos y libertades, dentro del derecho de participación de los ciudadanos y, por tanto, vinculado al artículo 23 CE.

Examinemos brevemente cuál es el concepto, a quién se dirige, cuál es el ámbito territorial, y cuál es el objeto del «derecho a decidir» para, a continuación, en el apartado siguiente, examinar cómo puede ejercerse legalmente este derecho.

a) La noción del «derecho a decidir», en el contexto que nos ocupa, se refiere fundamentalmente al derecho a ser consultados sobre el propio futuro<sup>37</sup>, esto es, al derecho a votar, por parte de los ciudadanos, sobre el encaje de Catalunya en España.

---

<sup>34</sup> Entre otros, N. BOSCH BEL, G., «Ofensiva espanyola contra l'estat propiBalanzas fiscales y cisnes negros», *AraLa Vanguardia*, 15 25 de octubre septiembre de 2012. Asimismo, en el número especial de la *RCDP*, los artículos de L. M. ALONSO, M. D. ARIAS, N. BOSCH, i M. VILALTA, J. A. FERNÁNDEZ, J. PAGÈS y P. SOL.

<sup>35</sup> Sobre la función constitucional del Estatut, tras la STC 31/2010, *vid.* también el número especial *RCDP*, artículos de E. ALBERTÍ, J. M. CASTELLÀ, E. FOSSAS y J. TORNOS. De forma más completa, M. A. APARICIO, M.A., «Posición y funciones de los estatutos de autonomía en la STC 31/2010», *REAF*, núm. 12, 2011, p. 16-43.

<sup>36</sup> Además de los temas apuntados, también han sido gravemente afectados otros temas como la autonomía del poder judicial o la interiorización del ámbito local. Sobre estas dos cuestiones, *vid.* de una parte, COSCULLUELA, L., *Reforma estatutaria y régimen local*, Cizur Menor, Civitas, 2011; y VELASCO CABALLERO, F., «Régimen local en el estatuto catalán, tras la STC 31/2010», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 13, 2011, págs. 1-35. Y, de otra, PORRAS, J.M., ««El poder judicial en Cataluña, según el Estatut y el Tribunal Constitucional. Limitaciones y posibilidades de desarrollo de un modelo», *REAF*, núm. 12, 2011, p. 331-362; CÁMARA, G., «Reformas estatutarias y consejos de justicia autonómicos a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional», *TRC*, núm. 27, 2011, p. 197-219; en la misma *TRC* y número, TORRES MURO, I., y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., «El poder judicial en Cataluña en la STC 31/2010, de 28 de junio», págs. 345-375. Por último, el fracaso estatutario a raíz de la STC 31/2010 ha dejado expedido el camino a la recentralización, producido con ocasión de la crisis, como se apunta por M. Carrillo, a tenor de las últimas medidas normativas tomadas por el Estado, en «Crisis y centralización del Estado», *El País*, de 20 de marzo de 2014, pág. 27.

<sup>37</sup> Considerado un derecho moral que debiera ser concedido, de acuerdo con RUBIO LLORENTE, F., en «Principios y conveniencias», *La Vanguardia*, de 18 de diciembre de 2013, pág. 21.

El objetivo inmediato no es, pues, reformar la Constitución. La consulta simplemente debe servir para pulsar la opinión de la ciudadanía catalana y medir el grado de adhesión de la población a las distintas alternativas que se propongan para el acomodo de Catalunya en España. No se pide que el pueblo tome decisión alguna, «*sino que opine sobre la decisión que en su momento deberán haberán de tomar los órganos competentes, para ilustración de éstos*»<sup>38</sup>. Hablar de la reforma de la Constitución implica pronunciar palabras mayores, en comparación con lo que se pretende exteriorizar en un primer momento. La demanda de una consulta tiene un alcance mucho menor, únicamente consiste en pedir el parecer a la población, de forma legal y acordada. Opinar no es reformar la Constitución, ni siquiera forma parte del procedimiento constitucionalmente previsto, ya que el referéndum, que no es preceptivo siempre, cuando se convoca, lo es al final del proceso de revisión constitucional, y tiene efectos vinculantes (arts. 167.3 y 168.3 CE).

Ciertamente, en el ámbito de las hipótesis, si la pregunta, todavía por concretar (en el momento de realizar esta exposición)<sup>39</sup>, y el resultado de la consulta, todavía por efectuar, indicasen una mayoría amplia a favor de una ruptura con España, ello implicaría una negociación política con el posible resultado de una revisión constitucional, aunque podría haber otras salidas, fruto de dicha negociación. Por tanto, consultar, insisto, no es reformar la Constitución, sino simplemente preguntar y recabar información consistente, para no confundirse en el diagnóstico ni en el pronóstico de la situación.

Además del contenido consultivo, la expresión «derecho a decidir» parece contener a la sazón un fondo de carácter propositivo, prescriptivo o decisorio. En este sentido, de manera que, no sólo se explicita una opinión, sino que también se «decide». Indudablemente, una verdadera decisión, en su sentido de plena, no está al alcance de los electores. Éstos tienen el derecho a pronunciarse y también a decidir, en su significado menos intenso de optar o de proponer, por lo que la decisión efectiva será fruto de la negociación ulterior por parte de las autoridades elegidas<sup>40</sup>. Por este motivo, decidir es sinónimo de votar y permite expresará el anhelo político de la mayoría de los catalanes<sup>41</sup>.

El «derecho a decidir» se equipara asimismo al «derecho de libre determinación de los pueblos» o al «derecho de autodeterminación» reconocido internacionalmente. Sin embargo, su sentido es más amplio y, como se ha dicho, engloba un campo no cerrado de cuestiones sobre las que se puede decidir. Incluso, no sin un punto de exageración, las elecciones periódicas podrían incluirse en ese supuesto pretendido

**38** RUBIO LLORENTE, F., «Un referéndum que nadie quiere», *El País*, 10 de febrero de 2013, pág. 31.

**39** *Id.* nota anterior núm. 3, en la que se reproduce la propuesta del Presidente Mas.

**40** El referéndum tiene carácter complementario al papel de las instituciones representativas, según CASTELLÀ, J.M., «Democracia, reforma constitucional y referéndum de autodeterminación en Cataluña», *El Estado autonómico en la perspectiva del 2020*, Madrid, Instituto de Derecho Público, 2013, pág. 183.

**41** En la STC 42/2014STC núm./2014, de 25 de marzo, FJ 3 (y FJ 4), se avala el «derecho a decidir» en tanto que constituye «una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de legitimidad «democrática», «pluralismo», y «legalidad», expresamente proclamados» en la Resolución 5/X del Parlament recurrida.

derecho, como interesadamente se ha apuntado de forma reiterada.

No existe, pues, una definición acabada de dicho derecho. Sin embargo, incluye aspectos, como el citado principio de autodeterminación, cuyo reconocimiento es discutible para un caso como el catalán, en tanto la medida en que no se dan todas las circunstancias, exigidas por el derecho internacional, aplicables al caso concreto<sup>42</sup>. Lo mismo se dijo en el Dictamen del Tribunal Supremo canadiense, de 20 de agosto de 1998, donde se concluyó que las dos consultas quebequesas celebradas (subrayo, ya celebradas) no se encontraban amparadas por el derecho internacional (ni tampoco por el ordenamiento constitucional), pero eran expresión de principios constitucionales y universales, como el principio democrático, por lo que sus resultados eran susceptibles de provocar efectos jurídicos, entre ellos el inicio de una negociación política<sup>43</sup>.

En los últimos decenios han irrumpido en la escena internacional un número significativo de nuevos estados por la eclosión de otros, en los que el reconocimiento normativo de carácter constitucional o internacional era más bien ilusorio. Pero, en cualquier caso, la falta de previsión constitucional no ha impedido que jurídicamente se encauzaran esas situaciones de hecho, sin referéndums o con ellos. En dichos plebiscitos, en los que han participado únicamente los interesados de forma directa, es decir, los que se segregan o pretenden hacerlo, ejerciendo un inexistente jurídicamente (por no reconocido) derecho a iniciar un proceso constituyente, que no es sino una variante derivada del derecho a autogobernarse o del principio básico de autoorganización.

La base teórica del «derecho a decidir» descansa, pues, en la aplicación del principio democrático en un Estado de Derecho. La pretensión es conseguir un difícil equilibrio entre legalidad y legitimidad. Se trata de afirmar el carácter instrumental de la Constitución y de reconocer que ésta está al servicio de la voluntad popular, por lo que hay que buscar vías interpretativas que canalicen esa voluntad dentro de un marco constitucional, que no prevé expresamente la eventualidad de una secesión<sup>44</sup>.

Para aunar Estado de Derecho con Estado democrático, ambos previstos en

---

42 *Vid.* la posible aplicación del supuesto de Montenegro a Catalunya en LÓPEZ BOFILL, H., *Montenegro sii, Catalunya també*, Barcelona, Ara llibres, 2006.

43 Dictamen del Tribunal Supremo consultable en <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do> (consulta: el 9 de septiembre de 2013). De acuerdo con A. López Basaguren, «La secesión de territorios en la Constitución española», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013, pág. 90, se ha configurado un nuevo paradigma en la forma de afrontar en los sistemas democráticos las pretensiones secesionistas, construido sobre los principios constitucionales democráticos. Igualmente, en el plano internacional, el informe consultivo del Tribunal Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo, constituye un nuevo enfoque del principio de integridad territorial y del ejercicio de la libre determinación, para ello se debe consultar el trabajo de URRUTIA LIBARONA, I., «Territorial integrity and self determination: the approach of the international Court of Justice in the advisory opinion on Kosovo», *REAF*, núm. 16, 2012, págs. 112, y 135-136.

44 Ello es lógico si entendemos que las constituciones, todas, tienen como misión conseguir una unidad en lo jurídico y en lo político, lo que en caso de separación permanecerá invariable para la parte no segregada.

el frontispicio de la mayoría de constituciones, se debe potenciar e interpretar el derecho de participación a la luz de las nuevas realidades. Por ello, es necesario que la consulta sea legal y acordada. Ésta puede ser legal con una interpretación abierta de la Constitución y, asimismo, se puede pretender ilegal con una más rígida del ordenamiento constitucional, que incluso puede subvertir la misma esencia de la interpretación constitucional, que, a partir de la conservación de las normas, busca una glosa conforme con la Constitución. Es cierto que ambas opciones interpretativas son viables jurídicamente, lo que recuerda las circunstancias en las que se debatió constitucionalmente el Estatut de 2006, en las que visiones confrontadas jurídicamente se acercaban a la interpretación de la reforma estatutaria aprobada, tanto para avalarla como para denostarla.

En el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 3/2010, de 1 de marzo, sobre la ley catalana de consultas referendarias, se entendió que la participación popular es un derecho (FJ 2A), con referencia a los apartados primero<sup>45</sup> y sexto<sup>46</sup> del artículo 29 EAC, y también al artículo 23 CE. Se trata de un derecho estatutario que se ejercerá en el ámbito de las competencias de la Generalitat, de acuerdo con el artículo 37.4 EAC. En este sentido, el artículo 122 EAC reconoce la competencia exclusiva de la Generalitat para establecer su régimen jurídico, modalidades, procedimiento, etc., salvando lo que dispone el artículo 149.1.32 CE, que, según el citado DCGE 3/2010, FJ 3, se circunscribe explícitamente a la autorización de la consulta por referéndum del Estado<sup>47</sup>.

b) Todo derecho pivota alrededor de un sujeto que lo ejercita legítimamente. En nuestro caso quien ejerce el derecho a decidir es el mismo, aunque no idéntico, al que tiene el derecho a votar, esto es, el ciudadano. Sin embargo, esta afirmación precisa al menos una primera matización, relativa al ámbito territorial concernido. Se debe discernir si el sujeto político convocado a las urnas debe haber de ser el pueblo catalán o todo el español. Si la consulta aconteciera en el procedimiento de una reforma constitucional, se convocaría al final de dicho proceso, y está claro que el pueblo convocado debe ser el segundo. En cambio, para conocer si conviene iniciar el proceso de revisión constitucional u otro camino distinto, sólo debe ser convocado el pueblo catalán<sup>48</sup>. Esto es así puesto que se trata de una consulta autonómica o de una etapa previa a un camino del que se desconoce el desenlace, ya que dependerá de la orientación mayoritaria de la población. Además, como veremos, en los procesos de agregación o de segregación, únicamente se pronuncian los pueblos afectados de forma directa, lo que no empece la participación

---

45 Los ciudadanos tienen derecho a participar de manera directa en los asuntos públicos de Catalunya, «en los supuestos y en los términos que establezcan las leyes».

46 Los ciudadanos tienen derecho a promover la convocatoria de consultas populares por la Generalitat en materias de su competencia «en la forma y con las condiciones que las leyes establezcan». De modo semejante, *vid.* los artículos. 30.1, 78 i 117.4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

47 Esta interpretación no es la que ha seguido indubitadamente el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010, dictada con posterioridad al Dictamen, como veremos.

48 Si de lo que se trata es de iniciar un proceso de secesión, el pueblo convocado es únicamente el que pretende segregarse, tanto si atendemos al derecho comparado como a los casos concretos previstos en derecho interno, los cuales, a estos efectos, reputamos análogos al caso que examinamos.

posterior de los representantes (y de la ciudadanía, en su caso) del ente del cual se segrega una parte (o al que se pretende agregar).

c) Los referéndums (y las consultas no referendarias) de ámbito territorial inferior al del Estado no están reconocidos explícita y constitucionalmente de forma general (art. 92 CE). En cambio sí que algunos han sido expresamente prescritos en la Constitución, como el caso de la aprobación de un estatuto de autonomía (art. 151.2.5 CE) o la incorporación de Navarra a Euskadi (disp. ad. 4<sup>ª</sup> CE). En los estatutos de autonomía también hay previsiones específicas, por ejemplo el voto local de agregación (art. 8 EA Euskadi) o el local de segregación (disp. trans. 3.1 EA Castilla-León<sup>49</sup>), aparte de las consultas locales previstas, sin mayor concreción, en la disposición adicional de la Ley orgánica reguladora de las modalidades de referéndum (LORMR), de 18 de enero de 1980. En todos ellos el ámbito territorial de ejecución del derecho de voto no es todo el Estado, sino únicamente el territorio directamente afectado: el territorio de una comunidad autónoma (en el caso de estatutos, aprobados por ley orgánica estatal), el territorio que se agrega o segrega (en el caso de los EA vasco y castellanoleonés) o el territorio cuya población es llamada a las urnas (otras consultas locales). Además la LORMR establece que el referéndum se decide por sufragio «en el ámbito que corresponda a la consulta» (art. 5, y se refiere a los ámbitos territoriales en el art. 4, entre otros). De este modo, la no previsión de consultas autonómicas, con la salvedad de la aprobación de algunos estatutos de autonomía (mediante referéndum con efectos vinculantes), no impide la celebración de una consulta en una parte del territorio del Estado<sup>50</sup>, sino que implica la necesidad de su regulación específica, por el Estado o las comunidades autónomas, de forma general o *ad hoc*, en pro del principio democrático y del derecho de participación.

d) Por último, el objeto o tema de la consulta consiste en conocer la opinión de los catalanes sobre cuál debe ser la forma de estructurar territorialmente el Estado de su preferencia, lo que incluye si dicho parecer se orienta hacia la ruptura con el Estado y la creación de uno nuevo. Naturalmente, la imprecisión de la pregunta, en el momento actual, impide centrar el objeto de la consulta<sup>51</sup>. Pero, aunque la dicha pregunta fuera clara y directa sobre la predilección de la ciudadanía respecto de permanecer o no en España, la mera consulta del pueblo catalán sobre esta cuestión no alteraría de inmediato ni la unidad, ni la soberanía, ni supondría una reforma constitucional ni de *facto* ni de *iure*<sup>52</sup>. Además, en caso de ser necesario, no es conveniente iniciar un proceso de reforma constitucional, que es de por sí complejo, sin contar con la voluntad clara y mayoritaria de modificarla por parte de los ciudadanos, ya

---

**49** «c) Refrendo entre los habitantes del territorio, municipio o municipios que pretendan la segregación, aprobado por mayoría de los votos válidos emitidos».

**50** Vid. VILLAGÓMEZ, A., «Catalunya, constitució i democràcia», *El Periódico*, 18 de febrero de 2014, pág. 8.

**51** De momento, nota núm. 3 anterior, sólo se conoce lo que proponen las fuerzas políticas catalanas mayoritarias, ya que las de ámbito español se han pronunciado en contra de la consulta, con excepción de Izquierda Unida, sin proponer cuestión alguna.

**52** Según RUIZ ROBLEDO, A., en «Respuesta canadiense a la cuestión catalana», *El País*, 30 de octubre de 2012: «no creo que el principio de la indisoluble unidad impida una pregunta ¿está de acuerdo con que se reforme la Constitución para permitir la independencia de Cataluña?» (pág. 31).

que, de otro modo, podría frustrarse la iniciativa por simple desconocimiento del apoyo con que cuenta la propuesta de reforma<sup>53</sup>. Por último, es evidente que la finalidad de la Constitución, de todas las constituciones, consiste, por definición, en construir un marco jurídico y político, por lo que lógicamente no se prevé su fragmentación, en la propia norma, lo que significaría reconocer la existencia de otros poderes constituyentes. Ahora bien, la prohibición implícita de una multiplicidad de soberanías sobre un único territorio estatal no ha impedido que se hayan multiplicado por partición el número de estados en los últimos tiempos, cada uno con una nueva constitución<sup>54</sup>, reproduciendo el esquema teórico inicial.

### c) Procedimientos para el ejercicio del «derecho a decidir».

El «Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes de Catalunya poden ser consultats sobre llur futur polític col·lectiu» del Institut d'Estudis Autònoms (IEA)<sup>55</sup> señala cinco vías para la convocatoria legal de la consulta.

Estas dichas vías son, por el orden de exposición del citado Informe: la consulta referendaria prevista en la Ley catalana 4/2010, de 17 de marzo; un referéndum autonómico amparado en el artículo 92 CE; un referéndum autonómico delegado mediante el artículo 150.2 CE; una consulta no referendaria, de acuerdo con la ley catalana en tramitación parlamentaria; y la reforma de la Constitución para prever consultas de ámbito autonómico.

Posteriormente, el informe «La consulta sobre el futur polític de Catalunya» de la Comissió Assessoradora per a la Transició Nacional (CATN), de 25 de julio de 2013<sup>56</sup>, secuencia los procedimientos, de forma que prima temporalmente las dos vías en las que predomina la actividad de las instituciones catalanas, en segundo lugar, prevé la realización de aquéllas dos vías en las que la actuación predominante corres-

<sup>53</sup> BOSSACOMA I BUSQUETS, P., «Competències de la Generalitat sobre consultes populars», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals (REAF)*, núm. 15, 2012, pág. 278, pone de relieve la incoherencia entre la inexistencia de límites materiales en la reforma constitucional y el impedimento resuelto por la STC 103/2008 de consultar previamente a la ciudadanía, así como que la realización de la consulta permitiría no iniciar en vano el costosísimo procedimiento de reforma constitucional.

<sup>54</sup> Desde 1900 se han cuatuplicadocuadruplicado los estados del mundo y no sólo a través de procesos de descolonización. En Europa, cabe reseñar los nNuevos estados de Noruega (1905), Finlandia (1917), Irlanda (1922), Islandia (1944), Lituania y Letonia (1990), Estoniaia, Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina (1991), Chequia y Eslovaquia (1993), Montenegro (2006) y Kosovo (2008).

<sup>55</sup> *Vid.* «Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans de Catalunya poden ser consultats sobre llur futur polític col·lectiu», firmado por Carles Viver i Pi-Sunyer, director del IEA, y Gerard Martín i Alonso, el 11 de marzo de 2013, consultable en línea: [http://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/Tres\\_informes\\_IEA.pdf](http://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/Tres_informes_IEA.pdf); publicado dentro de *El pacte fiscal, les duplicitats i les consultes populars*, Barcelona, IEA, 2013. Igualmente, se recomienda la consulta de RIDAO, J., *Dret a decidir i secessió. El principi democràtic com a fonament constitucional de l'Estat i del dret internacional*, Barcelona IEA (en prensa).

<sup>56</sup> Consultable en <http://www20.gencat.cat/portal/site/Departament-de-la-Presidencia/menuitem.36081d9713dd1616d740d63b0c0e1a0/?vgnextoid=ca5defef453d3410VgnVCM10008d0c1e0aRCRD&vgnnextchannel=ca5defef453d3410VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD> (10 de setiembre de 2013).

ponde a las instituciones estatales, y, finalmente, propone la reforma constitucional<sup>57</sup>. Para escoger la vía más adecuada, este informe considera que hay que tener en cuenta los problemas de constitucionalidad, el lapso de tiempo que puede requerir su aplicación, el protagonismo atribuido a los actores políticos, y la capacidad para trasladar a la comunidad internacional la voluntad mayoritaria de los catalanes<sup>58</sup>.

Con independencia de lo anterior y de y de cuando se puedan activaren dichas vías<sup>59</sup>, desde el punto de vista expositivo, entiendo que es más clarificador proceder a una clasificación de las mismas en función del grado de implicación estatal necesario, de menor a mayor. Así: *a*) el Estado tolera la consulta permitiendo que ésta se convoque mediante la ley catalana, en proceso de aprobación, de consultas no referendarias; *b*) el Estado autoriza el referéndum previsto en la Ley catalana 4/2010 como consulta referendaria; *c*) el Estado transfiere o delega la competencia para autorizar referendums (art. 150.2 CE); *d*) el Estado convoca (y regula) directamente la consulta referendaria (art. 92 CE); y *e*) el Estado inicia el proceso de reforma constitucional incluyendo las consultas autonómicas (art. 166 CE). La elección de la vía más idónea implica una cierta aceptación por parte del Estado de la celebración de la consulta, puesto que conceptualmente las diversas vías no son compatibles entre ellas. Así, si bien se ofrecen como posibilidades legales para la realización de la consulta, pero se precisa una cierta complicidad estatal con este el proceso de contraste de la opinión de la ciudadanía de Catalunya, atendiendo a la necesidad de lograr una solución a la demanda catalana para evitar alternativas no consensuadas de impreciso futuro. La negación de todas ellas, sin ofrecer otro camino, indica deliberadamente una renuencia al diálogo, por lo que se induce a las instituciones catalanas a tomar una vía no acordada, por imposibilidad, y fuera del marco legal interno, interpretado restrictivamente y unilateralmente por el Gobierno español.

### 1. Consulta no referendaria.

La Esta primera vía propuesta consiste en la utilización de un instrumento legal, aprobado por el Parlament, que posibilite la consulta popular, sin que sea equiparable a un referéndum, por lo que el Estado no tiene, de entrada, implicación alguna. Se espera de éste que simplemente tolere la consulta, permitiendo que ésta la misma se convoque mediante una ley catalana, que está en proceso de aprobación. Esta ley de consultas no referendarias, para que tenga efectividad, no debería ser impugnada por el Estado, lo que hace deseable una relativa negociación política, más o menos abierta, en la que éste se abstenga de actuar en contra de la pretensión catalana de convocar una consulta, pero a través de la cual haga llegar su punto de vista. De acuerdo con la STC 31/2010, FJ 69, «*caben consultas populares no referendarias*», en las que «*se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos*» (STC 103/2008, 11 septiembre 2008, FJ 2). Esta posibilidad requiere la especialización de la consul-

---

<sup>57</sup> Según el primer informe CATN en las págs. 172-173.

<sup>58</sup> Según el primer informe CATN en la pág. 171.

<sup>59</sup> *Vid.* el supuesto del artículo artículo 150.2 CE más adelante, y, en parte, la ley catalana de consultas referendarias.

ta por contraposición al referéndum, partiendo de la afirmación jurisprudencial de que el «referéndum es especie del género consulta» (STC 103/2008, FJ 2). Según el Tribunal Constitucional, es referéndum el proceso plebiscitario que pretende conocer el parecer del cuerpo electoral, utilizando para ello el censo electoral, la administración electoral y las garantías jurisdiccionales correspondientes (STC 103/2008, FJ 4). Tanto el referéndum como la consulta no se caracterizan por su carácter vinculante (STC 103/2008, FJ 3), por lo que este extremo es irrelevante a los efectos de la conceptualización de uno y otra. De todas formas, parece razonable que las consultas no sean vinculantes, sino indicativas de un estado de opinión, el cual merecerá de subsiguientes actos políticos y jurídicos para resolver el problema planteado.

La STC 103/2008, con una interpretación muy restrictiva, se dictó para resolver la convocatoria de una consulta popular por ley autonómica para abrir el proceso de negociación política en Euskadi, por lo que las circunstancias políticas específicas de ese supuesto influyeron, sin duda, en los planteamientos jurídicos del Tribunal. Entre ellos no puede desconocerse el clima previo de violencia, que ha contaminado el debate sobre el futuro político de Euskadi; la fuerte división en la sociedad y en las instituciones vascas (la ley se aprobó gracias al desempate, por un voto, de PCTVHB, marca política legal que obtuvo el sufragio de fuerzas ilegalizadas); la inexistencia de ley preveía una convocatoria sin un título competencial expreso para prever la convocatoria (STC 103/2008, FJ 3), basándose en el Estatuto vasco de 1979, sin haber intentado una reforma estatutaria que validase las consultas autonómicas, no previstas en la Constitución; la iniciativa legal no parecía tener ninguna voluntad de entendimiento con el Estado y era un proyecto fundamentalmente gubernamental, se trataba de una propuesta de convocatoria cerrada; y, según el Tribunal Constitucional, en un juicio de carácter preventivo, la consulta encubría la voluntad de no utilizar la reforma constitucional, siendo una alternativa que pretendía sortear, eludir o simplemente prescindir de aquella (STC 103/2008, FJ 4).

En consecuencia, de acuerdo con esta Sentencia, uno de los límites constitucionales explicitados por el Tribunal Constitucional es que no se trate de un referéndum encubierto, por lo que para que pueda ser admitido debe acreditarse la diferenciación orgánico-procedimental, esto es, no debe convocarse el cuerpo electoral, ni debe utilizarse el censo, pero sí cabe actuar a través de otras garantías de transparencia y seguridad<sup>60</sup>, aparte de otras diferencias de carácter material<sup>61</sup>.

Así, se debe actuar y proceder a la consulta dentro de las competencias de

<sup>60</sup> Para CARRASCO DURÁN, M., «Referéndum versus consulta», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 160, 2013, este entendimiento resulta «artificial» (pág. 19) y, según su interpretación, debe considerarse también un aspecto material. Por ello, el referéndum es expresión del artículo. 23.1 CE y «lo decisivo no es que el procedimiento y las garantías sean idénticos a los de las leyes estatales, sino que comporten un grado de formalización equivalente al previsto por aquellas», siendo el objeto de las consultas los asuntos de competencia de las comunidades autónomas (pág. 22) y su base constitucional el principio genérico del artículo. 9.2 CE (pág. 23). Para CASTELLÀ, J.M., «Consultas populares no referendarias en Cataluña. ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?», monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, págs. 133 y 152, la caracterización del referéndum se basa fundamentalmente en la apelación al voto.

<sup>61</sup> *Id.* BUENO ARMILLO, A., «“Consultas populares” y “referéndum consultivo”: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008, págs. 195-228.

la Generalitat, entendidas en sentido amplio, es decir, dentro del conjunto de competencias y facultades de las instituciones, esto es, en los ámbitos en los que la Generalitat puede adoptar decisiones legítimamente.

La ley catalana que fundamentará el proceso está todavía en trámite y se basa en el artículo 122 EAC. Se ha recuperado un proyecto del Govern de CiU presentado en la IX legislatura del Parlament, mediante la creación en la actual de una ponencia conjunta para tramitar la «*Proposició de llei de consultes populars no referendàries i participació ciutadana*»<sup>62</sup>. Antes de ser aprobada, presumiblemente, deberá pronunciarse el Consell de Garanties Estatutàries y, si no es «tolerada» por el Estado, el Tribunal Constitucional también estará llamado a resolver, tras la interposición de un recurso de inconstitucionalidad.

## 2. Consulta referendaria.

La segunda vía, también a iniciativa legislativa catalana, depende, sin embargo, de la autorización del Estado<sup>63</sup>, por cuanto se trata de un verdadero referéndum, en aplicación de los artículos 149.1.32 CE y 122 EAC<sup>64</sup>, para lo cual ya se dispone de la ley catalana 4/2010, que prevé la consulta referendaria. Esta implicación institucional del Estado es mínima, pero requiere, en todo caso, llegar a un acuerdo para que sea posible la celebración del referéndum.

La ley catalana 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares vía referéndum, por contraposición a la anterior sobre las consultas no referendarias, prevé distintos tipos de iniciativa para impulsar las consultas: la de las instituciones de autogobierno (Govern y Parlament), la municipal o la popular (art. 2). El objeto de las consultas son las cuestiones políticas de transcendencia especial para la ciudadanía (art. 2), en el ámbito de las competencias de la Generalitat (art. 10), rememorando el artículo 92.1 CE, en el ámbito autonómico. En todos los tipos de consulta es fundamental que su la autorización de ésta se reserve al Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.32 CE y el artículo 122 EAC<sup>65</sup>. Y se establece un control específico dentro y fuera del Parlament respecto de las preguntas sometidas a consulta. Concretamen-

---

62 BOP, núm. 50, X legislatura, segundo período, de 27 de marzo de 2013.

63 Lo que constituye una verdadera anomalía en derecho comparado, según el estudio citado de J. M. Castellà, «Consultas Populares no referendarias en Cataluña...», pág. 152.

64 El Tribunal Constitucional ha negado la competencia implícita para convocar un referéndum consultivo autonómico (STC 103/2008, FJ 3), aunque pueda derivarse, sin precepto estatutario explícito, de la autonomía reconocida en la Constitución (art. 137 CE) o de la competencia sobre organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1 CE), según sostiene IBÁÑEZ MACÍAS, A., «¿Qué es un referéndum?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 2009, pág. 106.

65 Para URIARTE TORREALDAI, R., «Notas sobre la admisibilidad constitucional de consultas populares de ámbito autonómico», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82 (I), 2008, págs. 247-248, la autorización del Estado tiene sentido cuando pueden afectarse sus competencias, no para cualquiera consulta local o autonómica, ya que el Estado carece de competencia en determinadas decisiones autonómicas. En este sentido, según LASAGABASTER, I., *Consulta o referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia*, Bilbao, Lete, 2008, pág. 6, el artículo. 149.1.32 no debe aplicarse a los referendos de ámbito local ni autonómico porque no están previstos en la Constitución (art. 92.3 CE).

te, tanto la Mesa del Parlament como el Consell de Garanties Estatutàries tienen encomendadas facultades de supervisión (arts. 16.2, .4 y 17.2; 19.2 y .3, y 24.4).

El Consell de Garanties Estatutàries tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el proyecto de ley poco justo antes de ser aprobado por el Pleno del Parlament<sup>66</sup>. En el DCGE 3/2010, de 1 de marzo, se avalaron los aspectos fundamentales de la disposición en tramitación, aunque se hicieron observaciones concretas de inconstitucionalidad y de antiestatutarietà. Igualmente, se subrayaron algunos aspectos relevantes de la norma, como que la pregunta debía incardinarse en el ámbito de las competencias autonómicas, según lo dispone el artículo 122 EAC, en el que cual no se incluyen expresamente las funciones o atribuciones del Parlament o Govern, como competencias, aunque pudieran ser incluidas en un sentido amplio. Entre estas funciones debe recordarse aquí que se prevé que tanto el Parlament como el Govern, insten la reforma constitucional por el mecanismo ordinario de participación en la legislación del Estado. El Dictamen entendió, de forma general, que cabía una interpretación de constitucionalidad de la norma autonómica «en términos amplios» (DCGE 3/2010, FJ 3).

Como hemos indicado, la Constitución prevé una forma de participación directa y complementaria (además de carácter extraordinario), aparte de la representativa. Por ello, la iniciativa popular de consulta es aprobada por el Parlament, lo que es una forma de primar la participación por medio de la representación (como expresamente se razona en el FJ 2 A del DCGE 3/2010 y también se apuntaba en la STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3).

El referéndum o consulta referendaria es la manifestación de un derecho y tiene también una vertiente institucional, a partir de la cual, el Consell, en el citado DCGE 3/2010, planteaba la existencia de una similitud entre las instituciones del Estado y las de las diversas comunidades autónomas, reconocida en los sistemas federales y que podría conducir «tanto a justificar la existencia de Instituciones equivalentes –en este caso, el referéndum consultivo sobre cuestiones políticas de especial trascendencia– como a establecer para las Instituciones autonómicas unas condiciones que no resultaran demasiado dispares con el referéndum estatal.» (FJ 2B)<sup>67</sup>.

El DCGE 3/2010 concluía afirmando que la autorización estatal actuaba a

---

<sup>66</sup> De acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo. 26 de la Lleyi 2/2009, de 12 de febrero, del Consell de Garanties Estatutàries.

<sup>67</sup> En este sentido, continuaba el Consell diciendo que: «No se trata de exigir uniformidad ni concordancia entre las instituciones federales y estatales sino únicamente de que las instituciones de los dos niveles presenten unos rasgos que permitan su actuación congruente». En el caso concreto, el Consell entiende que esta característica común «es la aprobación de su convocatoria por mayoría del Parlamento, tanto del Congreso de los Diputados como del Parlamento de Cataluña. Así, todas las modalidades de referéndum que prevé el Proyecto de ley, incluso las iniciativas más difíciles de conseguir, como es el caso de las de carácter popular, tienen su fase decisiva en la aprobación por la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento de Cataluña, de manera que la institución más representativa de los ciudadanos mantiene la capacidad de la realización del referéndum». (DCGE 3/2010, FJ 2B).

modo de «*mecanismo de garantía de la unidad política*» (FJ 3).

Con posterioridad a la aprobación de la Ley 4/2010 y del Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 3/2010, se dictó la STC 31/2010<sup>68</sup>. En esta dicha Sentencia, en el FJ 69, se dice que la «entera disciplina de esa institución», referida a los referéndums, debe ser regulada por el Estado, no siendo admisible reducirla a la mera autorización de los mismos, en interpretación del artículo 149.1.32 CE. A partir de dicha resolución, la Ley catalana 4/2010 podría darse por «sentenciada», sin embargo, el ATC 87/2011 ha levantado la suspensión basándose en el principio de presunción de constitucionalidad de las normas, porque dicha ley se ciñe a las competencias autonómicas y también porque supedita la consulta referendaria a una autorización estatal, de modo que el control de la situación sigue en manos del Gobierno central. No obstante todas estas razones, indica también que esta decisión puede reconsiderarse, si se considera estima oportuno.

Asimismo, a partir de la previsión legal de control de constitucionalidad y de estatutariedad por parte del Consell de las preguntas de dicho tipo de consultas (art. 24.4), se emitió el DCGE 15/2010, de 6 de julio, que hizo algunas precisiones sobre su cometido. El Dictamen reflexionó sobre respecto de la función dictaminadora del propio Consell, estableciendo que ésta tiene por objeto dar seguridad jurídica, y no realizar un control genérico de legalidad, como tampoco debía entrar en si la consulta era conveniente, o si la pregunta tenía transcendencia (FJ 1).

Por ello, el objeto de este último Dictamen se centró en si era constitucional y estatutaria la siguiente consulta «*A fin de que el Parlamento de Cataluña lleve a cabo las iniciativas necesarias para hacer efectiva la voluntad popular, ¿Está de acuerdo en que la Nación Catalana pase a ser un Estado de Derecho, independiente, democrático y social integrado en la Unión Europea?*».

Así, ante una consulta concreta, se preguntó al Consell sobre el ámbito «estricto» de las competencias de la Generalitat (FJ 3). El DCGE 15/2010 consideró que la pregunta no disponía de cobertura competencial y que, por tanto, era contraria a los artículos 29.6 y 122 EAC (FJ 3.2). Se tratóaba, según su parecer, de una iniciativa popular y de una pregunta imprecisa, equívoca y no clara (DCGE 15/2010, FJ 3.2).

Como *obiter dicta*, el Consell afirmó también que el Parlament podía iniciar la revisión constitucional para incluir el derecho de una nacionalidad a separarse del Estado, aunque normalmente se trata de fenómenos aconstitucionales, atendiendo al Dictamen del Tribunal Supremo canadiense (DCGE 15/2010, FJ 3.1).

Finalmente, en el DCGE 15/2010, no se abordó si una iniciativa legislativa popular podía legítimamente reformar la Constitución, lo que podría haberse utilizado análogamente para enjuiciar una propuesta inicial de reforma en un parlamento

---

68 Y el Dictamen del Consejo de Estado, núm. 1618/2010, de 16 de septiembre.

autonómico. En los términos de la jurisprudencia constitucional, no cabe «*por lo delicado de su naturaleza o por las implicaciones que entrañan*» (STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3), con el fin de ahorrar presiones externas a la cámara legislativa, como ocurre también en algunas experiencias de derecho constitucional comparado.

### 3. Delegación o transferencia de la competencia para autorizar un referéndum.

La tercera posibilidad legal se asienta en el artículo 150.2 CE, mediante el cual el Estado podría transferir o delegar la competencia para autorizar referéndums. En este caso, el Parlament, el Govern o los parlamentarios de las Cortes Generales deberían, a través del medio correspondiente, proponer la aprobación de una ley orgánica específica. Resulta claro que, en este supuesto, la propuesta, para ser aprobada, precisa del concurso de las instituciones estatales que, a partir de los intereses expresados por la Generalitat, pueden ceder la competencia con una diversidad de límites y controles, que establecerán en la ley de delegación o transferencia.

El artículo 149.1.32 CE, entre las competencias exclusivas del Estado, incluye «*la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum*». Por tanto, se trata de una competencia reservada al Estado, en el sentido de que los estatutos de autonomía no pueden atribuirle a las comunidades autónomas respectivas (art. 149.3 CE). No obstante, sin afectar a la titularidad estatal de la misma, el artículo 150.2 CE podría permitir, de forma excepcional<sup>69</sup>, que el Estado mediante una ley orgánica específica transfiriese o delegase a las comunidades autónomas facultades que, «*por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación*»<sup>70</sup>.

Las dudas interpretativas sobre el contenido de la delegación son importantes dada la terminología ambigua utilizada por el precepto constitucional. Sin embargo, el desarrollo de dicho precepto ha sido muy heterogéneo, gracias precisamente a la dicción constitucional francamente abierta de la ampliación extraestatutaria de las competencias autonómicas.

En el caso que nos ocupa varias son varias las razones que permiten aplicar el precepto constitucional: se trata de una «*facultad*» enmarcada dentro de una materia competencial extraestatutaria reservada al Estado; se transfiere o delega respetando la titularidad estatal; y se puede efectuar por ley orgánica aprobada naturalmente por el Estado, en la que se pueden establecerse además los medios financieros

<sup>69</sup> Como lo destaca MONTILLA, J.A., «La vía del artículo 150.2 para la convocatoria del referéndum sobre el futuro político de Cataluña», en el blog de la RCDP: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapcrmdp/2014/02/17/es-pot-aplicar-larticle-150-2-ce-per-a-convocar-el-referendum-a-catalunya-visions-de-xavier-arbos-i-jose-a-montilla> (17 de febrero de 2014).

<sup>70</sup> Sobre la cuestión, BARCELÓ, M., y BERNADÍ, X., «L'article 150.2: una via jurídicament adequada», *Ara*, 15 de febrero, de 2014, pág. 26, en respuesta a DE CARRERAS, F., en «Inadecuada por razones jurídicas», *El País*, 30 de enero de 2014.

y las formas de control que sean precisas (art. 150.2 CE).

Las dudas interpretativas no resueltas doctrinal ni jurisdiccionalmente<sup>71</sup> se centran en lo que sea una transferencia o una delegación, que, a pesar de ser claras en derecho administrativo, no se reputan diáfanas en su recepción jurídico-constitucional. Más discutible es aún la interpretación de la expresión antes mencionada «por su propia naturaleza», que siendo ambigua tampoco no puede ser una expresión vacía de contenido. En este sentido, quedarían excluidas las funciones que desarrolla ordinariamente el Estado respecto a las materias que le conciernen, como podría ser la potestad legislativa. Igualmente, en atención a la literalidad del precepto, debe excluirse la delegación o transferencia de una entera materia competencial, puesto que se refiere a expresamente a «facultades»<sup>72</sup>.

Ahora bien, se debate si el concepto *de* «extraestaduario» debe aplicarse sólo a lo que los estatutos no han asumido o alcanza también a aquello que el Estado se reserva en exclusiva en la lista del artículo 149.1 CE<sup>73</sup>. Este último planteamiento me parece más controvertido, por varias razones: la ubicación sistemática del artículo 150 CE, como excepción precisamente al 149 CE; por el contexto en el que se aprobó la Constitución, en ausencia de comunidades autónomas; y por la finalidad de flexibilizar el reparto competencial, tanto a través de los propios estatutos como mediante las cláusulas ampliadoras o restrictivas del artículo 150 CE. Además, como principio, cabe recordar la interpretación más favorable a la democracia y al ejercicio de los derechos fundamentales, predicable de todas las vías propuestas para efectuar la consulta.

En derecho comparado reciente, la autorización para celebrar un referéndum en Escocia se efectuó precisamente a través de la delegación de la competencia de Westminster al poder autónomo de Escocia, sometida a un plazo de realización y una vez negociada la pregunta y otros extremos<sup>74</sup>. La delegación es *ad casum*, sólo para realizar la consulta relativa a la relación entre Escocia y el Reino Unido; por tiempo determinado, que implica la posible convocatoria por parte de Escocia y el

---

<sup>71</sup> A pesar de la obvia, debe recordarse que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre estas cuestiones, por lo que sólo puede elucubrarse sobre su posible opinión. La Sentencia más citada es la 103/2008, especialmente el FJ 4, que se refiere a una ley autonómica que pretendía convocar un referéndum, pero no existe hay doctrina asentada sobre la competencia estatal para convocar referendums consultivos.

<sup>72</sup> *Vid.* ARBÓS, X., «Els límits naturals i els artificials de l'article 150.2 CE», en el Blog de la RCDP: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/02/17/es-pot-aplicar-l'article-150-2-ce-per-a-convocar-el-referendum-a-catalunya-visions-de-xavier-arbos-i-jose-a-montilla> (17 de febrero de 2014) (17 de febrero de 2014).

<sup>73</sup> La doctrina, que inicialmente interpretó la Constitución, acotó la noción de «naturaleza» a la reconocibilidad del Estado, que, en ese momento, incluía cuestiones como la moneda, la política aduanera y las relaciones internacionales, la defensa, etc. Temas que tras el ingreso de España en las comunidades europeas u otras organizaciones internacionales se han relativizado, por cuanto ya no permiten reconocer qué elementos atribuyen indubitablemente la cualidad de estatal a un ente. Si se delegan estas competencias a otro poder, dejan de ser específicas e identificadoras del poder estatal.

<sup>74</sup> Acuerdo de 15 de octubre de 2012, desarrollado por la Lley de 12 febrero de 2013.

retorno automático del poder delegado al Parlamento británico.

Con independencia de las similitudes de carácter jurídico, constitucional y político, la experiencia del caso escocés subraya el elemento democrático, el talante negociador de los gobiernos, el ámbito territorial y el control estatal de la consulta. Respecto a esto último, la supervisión estatal permite acordar tanto la pregunta concreta, como el valor que se va a dar a la consulta, así como los quórum de validez de la misma.

En el caso catalán, esta vía, sin éxito, ya ha sido intentada en varias ocasiones (2001, 2004 y 2012<sup>75</sup>), a través de proposiciones de ley de diputados o por el propio Parlament de Catalunya<sup>76</sup>. La respuesta del Estado a esa nueva propuesta tendrá sobre todo un trasfondo político, de oportunidad o de conveniencia, aunque se insista parlamentariamente en un argumentario jurídico-constitucional. El Estado no está obligado jurídicamente, en absoluto, a responder afirmativamente a la petición, pero su decisión tampoco hay duda alguna de que es esencialmente política, dado el amplio margen de interpretación constitucional.

#### 4. Referéndum regulado por el Estado.

Mediante la cuarta vía propuesta, el Estado convoca (y regula) directamente la consulta referendaria, en virtud de las previsiones del artículo 92 CE. En esta ocasión, la Generalitat se limita a propiciar la actuación del Estado, pero las instituciones autonómicas no tienen mayor participación. Está claro su interés, en tanto que representantes del sentir de la ciudadanía, pero el margen de maniobra estatal es predominante, a quien le corresponderá fijar la pregunta y el procedimiento de la consulta referendaria.

El artículo 92.1 CE prevé, de forma parca, el sometimiento a referéndum consultivo de las «*decisiones políticas de transcendencia especial*». Esta previsión se refiere fundamentalmente, de acuerdo con la doctrina<sup>77</sup>, a los referéndums de carácter estatal, a los que se debe convocar a «*todos*» los ciudadanos. La Constitución remite a una ley orgánica la regulación de las condiciones y el procedimiento de las diversas modalidades «*previstas por la presente Constitución*» (art. 92.3 CE)<sup>78</sup>, las cuales vienen recogidas en otros artículos, sean o no consultivos (arts. 151, 152.2,

<sup>75</sup> Según el «Informe sobre els procediments legals...», en *El pacte fiscal, les duplicitats i les consultes populars*, Barcelona, IEA, 2013, pág. 433, notas 23 y 24.

<sup>76</sup> Con posterioridad a la conferencia, el Parlamento de Catalunya, por Resolución 479/X, fecha 16 de enero 2014, y varios diputados catalanes, de grupos parlamentarios distintos, han presentado en el Congreso una misma propuesta para que el Estado aplique el artículo 150.2 CE, con el fin de autorizar una consulta sobre el futuro de Catalunya. Estas propuestas se han debatido el 8 de abril de 2014, siendo la resolución adoptada de rechazo de la delegación o transferencia sin tramitar la ley orgánica correspondiente (BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie B: Núm. 158-2).

<sup>77</sup> Por todos, *vid.* CASCAJO, J.L., GARCÍA, E., OLIVER, J., y TORRES, I., en la «Encuesta: el referéndum en la Constitución», *TRC*, núm. 30, 2012.

<sup>78</sup> Esta ley fue la citada LORMR. No obstante, otras disposiciones regulan aspectos relativos a la institución del referéndum, como el artículo 161 del Reglamento del Congreso de los Diputados o el artículo 71 de la Ley reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), de 2 de abril.

167.3, 168.3 y la disposición transitoria 4ª CE). Esta previsión no impide la regulación orgánica u ordinaria de otros tipos de consulta, puesto que el legislador puede regular más allá de lo que está expresamente autorizado por la Constitución, en cuanto que ésta no es limitativa de los derechos.

Dicho artículo constitucional se relaciona con el 23 CE, lo que exige la mencionada regulación orgánica (STC 103/2008, FJ 3). No existe hay en la Constitución un procedimiento formalizado, aunque se refiere sucintamente a la convocatoria y a su autorización (arts. 92.2 y 62.c CE) por parte de instituciones estatales, dada la inexistencia, en el momento de aprobarse la Constitución, de las comunidades autónomas, lo que no obsta a la posible regulación de referéndums o consultas de ámbito autonómico o local<sup>79</sup>, como se ha visto, que no se constitucionalizan expresamente, puesto que la participación directa se considera una excepción a la representativa, primando esta última (STC 119/1995, FJ 3).

Precisamente, avala la posibilidad de convocar consultas de ámbito inferior al Estado, el hecho de que el artículo 149.1.32 CE, relativo a la distribución de competencias, reserve al Estado la autorización, lo que no sería lógico si supuestamente sólo existieran referéndums de carácter estatal. Desde una interpretación de carácter sistemático, no es extraño deducir que, aunque la Constitución se refiera sólo a los de índole estatal, el referéndum autonómico pueda ser una modalidad legítima (DCGE 3/2010, FJ 4), como también lo son las consultas locales, previstas sucintamente en la disposición adicional LORMR, ya que no constituían la preocupación del legislador orgánico en los momentos de su promulgación, ni de su modificación.

En las consultas subestatales no se precisa la opinión «de todos los ciudadanos» españoles, sino la de todos los ciudadanos implicados. De acuerdo con una interpretación finalista, «todos» se refiere únicamente a las personas pertenecientes al ámbito territorial de la consulta, las cuales se pronuncian sobre una cuestión de transcendencia o de interés, bien sea autonómico o local, caso este último en el que la LORMR se refiere a asuntos relevantes de índole municipal. Si es de carácter local, los residentes son los llamados a la consulta, en «sus respectivos territorios» (disp. ad. LORMR). Si es autonómico, no está previsto en la Constitución ni en la LORMR, pero lo lógico es que el referéndum consultivo autonómico se limite a los ciudadanos del ámbito territorial de la consulta.

Una vez aclarado qué sujetos pueden participar en la consulta referendaria, tampoco hay duda de que, con relación al objeto de la pregunta, el futuro de la comunidad autónoma, éste sea de interés, en nuestro caso, para Catalunya. Ni el desarrollo de la consulta, ni su resultado tienen una implicación inmediata respecto a la reforma de la Constitución, puesto que no se sabe el grado de aceptación de

---

<sup>79</sup> De acuerdo con AGUIAR DE LUQUE, L., «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, CEPC, 2000, no existe la prescripción, de forma explícita, en el artículo. 92 CE, de que las consultas deban celebrarse sólo en el ámbito territorial del Estado.

la consulta, ni tiene por qué tener consecuencias instantáneas. Además, incluso en caso de secesión, la Constitución se mantiene intacta para el resto de los españoles. Un referéndum consultivo, como el previsto en el artículo 92 CE, según se ha dicho, «no entraña decisión alguna ni determina el sentido de la decisión a tomar y ni siquiera fuerza a tomarla: es simplemente un medio para conocer el estado de la opinión sobre las distintas decisiones posibles y su principal utilidad radica por eso en la necesidad de someterlas a debate público y ponderar el apoyo a las distintas opciones»<sup>80</sup>.

Finalmente, respecto al proceso de la consulta, falta establecer el régimen jurídico aplicable y, por tanto cómo fijar las instituciones que pueden intervenir y las condiciones de la misma (tanto la pregunta, como la fecha, la realización, y eventualmente los quórum de participación y aceptación). Éstas pueden establecerse en el decreto de convocatoria o de adaptación de la legislación electoral o también por ley (a través de una reforma de la LORMR para incluir una nueva modalidad), a partir del impulso del Parlament de Catalunya<sup>81</sup> u otras instituciones catalanas.

En cualquier caso, por esta vía, la del artículo 92 CE, la Generalitat de Catalunya no puede convocar un referéndum, «pero nada le impide pedirlo e incluso colaborar en su convocatoria»<sup>82</sup>. En favor de la viabilidad del referéndum, para conocer la opinión de los catalanes sobre su futuro político, amparado en el artículo 92, se han pronunciado diversos autores<sup>83</sup>.

### 5. Reforma de la Constitución.

La quinta vía también puede iniciarse por las instituciones autonómicas (arts. 166 y 87 CE) con el objetivo de que el Congreso de los Diputados desarrolle el proceso de reforma constitucional, para incluir expresamente las consultas autonómicas, mediante el artículo 167 o 168 de la Constitución, según cual sea el contenido de la reforma.

En aplicación de este procedimiento se observa de forma paladina que las objeciones que puedan manifestarse son de carácter meramente político y no de índole jurídico-constitucional, puesto que no existen hay límites materiales a la reforma de la Constitución, ni tampoco los tiene la presentación de proposiciones. En este sentido, la propuesta catalana de reforma deberá ser discutida en las Cortes y no debería ser inadmitida o recurrida por cuestiones de apego al texto constitucional

<sup>80</sup> RUBIO LLORENTE, F., «Un referéndum que nadie quiere», *El País*, 10 de febrero de 2013, pág. 31.

<sup>81</sup> De las 40 propuestas presentadas por el Parlament, salvo la reforma del EAC, todas las demás han sido en vano, según el «Informe sobre els procediments legals...», en *El pacte fiscal, les duplicitats i les consultes populars*, Barcelona, IEA, 2013, pág. 430.

<sup>82</sup> RUBIO LLORENTE, F., «Un referéndum para Cataluña», *El País*, 8 de octubre de 2012, pág. 29.

<sup>83</sup> AGUADO, C., «Sobre un eventual referéndum consultivo en el proceso soberanista catalán», *Cuadernos de Alzate*, núm. 46-47, 2013, pág. 39; DE CARRERAS, F., «Un referéndum», *La Vanguardia*, 20 de septiembre de 2012, pág. 21; y VINTRÓ, J., «Legalitat i referéndum a Catalunya», *La Vanguardia*, 2 de noviembre de 2012, pág. 18.

vigente, que se pretende reformar<sup>84</sup>.

La doctrina defiende la ausencia de límites materiales a la iniciativa legislativa autonómica, aunque inicialmente existían recelos procedentes del derecho comparado. La única restricción es la toma en consideración parlamentaria (arts. 126 y 127 del Reglamento del Congreso de los Diputados), que es un acto libre de las Cortes (ATC 140/1992, de 25 de mayo, FJ 3) y, por tanto, político o de oportunidad. Difiere del control de legalidad de las proposiciones de ley, realizado por la Mesa de la Cámara, que se traduce en la admisión a trámite o no de las mismas y que opera, como todos los controles de este género, en función de un canon estrictamente normativo (STC 76/1994, FJ 2).

Sobre la ausencia de límites materiales a la reforma, el Tribunal Constitucional ha destacado, en diversas ocasiones, que «*La Constitución Española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento*» (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7).

En cuanto a los límites procesales de la propuesta, éstos son los mismos que afectan a otras proposiciones de ley (arts. 124 CE y 127 del Reglamento del Congreso de los Diputados).

El artículo 166 CE permite la iniciativa legislativa autonómica para la revisión constitucional. Así, «*cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales*» (STC 48/2003, FJ 7), lo que se debe entenderse, sobre todo, como ausencia de violencia o de coacción.

Otra cuestión distinta es cuál sea la vía más apropiada para efectuar la reforma, si la del artículo 167 o la del artículo 168 CE. Si la reforma se refiere únicamente al artículo 92.1 CE, para clarificar la constitucionalidad de los referéndums autonómicos, o al 149.1.31 CE, para la delimitación de la competencia estatal, es suficiente la aplicación del artículo 167 CE. En cambio, si lo que se pretende es incorporar el derecho de secesión, lo adecuado sería la vía del artículo 168 CE.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Tras la pretensión del Tribunal Constitucional de cerrar jurídicamente el sistema autonómico, a propósito de la Sentencia sobre la reforma del Estatut, es la hora de la política<sup>85</sup>. Por lo general, en derecho comparado, las sentencias de los tribuna-

---

<sup>84</sup> Así, de este modo, la STC núm.42/2014, de 25 de marzo, exige el deber de lealtad constitucional por parte de los poderes públicos, en especial de los estatales, en tanto que si una asamblea legislativa de una comunidad autónoma formula una propuesta de este tipo, «el Parlamento español deberá entrar a considerarla» (FJ 4). TAJADURA, J., «Una vía hacia la reforma constitucional», *El País*, 4 de noviembre de 2013, pág. 29, propone una consulta como paso hacia la reforma constitucional con dos posibles preguntas.

les constitucionales contramayoritarias se superan con la reforma de la Constitución, y no incorporando la argumentación de las altas cortes en la misma<sup>86</sup>. Se modifica la Constitución en el sentido deseado por el pueblo y sus instituciones, que es la razón de la existencia de las normas que velan por la concordia social. La voluntad popular formalizada está por encima de la Constitución, que es un instrumento para la convivencia, creada por la comunidad, por lo que la Constitución debe adaptarse a los criterios de la sociedad y no al revés, de acuerdo con los procedimientos establecidos para ello. El Derecho está así al servicio de la comunidad y ésta una vez aprobado lo respetará, pero las normas jurídicas no pueden limitarse a ser una prisión, sino que el Derecho incluye también la llave para salir de ella, mediante la previsión de la reforma de las normas.

El motor del Derecho es la Política y ésta consiste básicamente en negociar, en hacer propuestas ajustadas a Derecho o para cambiarlo. Los catalanes han hecho la suya y escucharán atentos las de reforma del Estado autonómico por parte de las fuerzas políticas mayoritarias en España (PP-PSOE). Las fuerzas políticas catalanas ya analizarán si se colman o no suficientemente las aspiraciones mayoritarias del pueblo catalán y en atención de éstas decidirán.

Gran parte de la sociedad catalana muestra la desafección al proyecto español y desea iniciar uno propio. Por ello, si no existe una propuesta más allá distinta y alternativa de la secesionista, ésta va consolidándose<sup>87</sup>. En principio, se propone decidir concertadamente con el Estado, y dentro de la legalidad, si ello es posible. Si no lo es, bien por inacción u obstaculización<sup>88</sup>, habrá probablemente una fractura<sup>89</sup> que, si es incontrolada, será perjudicial para todos<sup>90</sup>. Esta es la realidad que,

---

**85** La STC 42/2014STC núm./2014, de 25 de marzo, indica que «La Constitución no aborda ni puede abordar expresamente todos los problemas que se pueden suscitar en el orden constitucional, en particular los derivados de la voluntad de una parte del Estado de alterar su estatus jurídico», por lo que el «diálogo», al cual se refiere la anteriormente mencionada Resolución del Parlament impugnada, no excluye «a sistema o institución legítima alguna capaz de aportar su iniciativa a las decisiones políticas, ni ningún procedimiento que respete el marco constitucional» (FJ 4). En este sentido, el Tribunal, al considerar que las referencias al «derecho a decidir» de la Resolución no contradicen los enunciados constitucionales, retorna a la negociación política el ejercicio de dicho derecho.

**86** En este sentido, es criticable la propuesta federalista de reforma de la Constitución (Granada, 2013), por cuanto que sugiere constitucionalizar aspectos de la STC 31/2010, como por ejemplo, lo relativo al principio de ordinalidad, dentro de la definición constitucional del sistema de financiación de las comunidades autónomas. Sobre esta propuesta, *vid.* CÁMARA, G., y CALVO, C., «Por una reforma federal del Estado autonómico», *El País*, 11 de junio de 2013, pág. 27. A favor de la reforma federal, por todos, MAÍZ, R., «Las razones del federalismo», *El País*, 17 octubre de 2012, pág. 33; y FAJARDO, L., «Una normalización federa», *El País*, 19 de febrero de 2013, pág. 33. En contra, por motivos distintos, DDE ESTEBAN, J., «El debate del Estado federal», *El Mundo*, 27 de septiembre de 2012, pág. 21; SOSA, F., y FUERTES, M., «La cara adusta del federalismo», *El Mundo*, 17 de octubre de 2012, pág. 19; REY, F., «¿Por qué cambiar algo que funciona?», *El País*, 28 de noviembre de 2012, pág. 33; JIMÉNEZ DE PARGA, M., «El Estado federal en el horizonte español», *El Mundo*, 2 de octubre de 2013, pág. 17; y VALLÉS, J.M., «El cansancio de un federalista», *El País*, 4 de octubre de 2012, pág. 31.

**87** LÓPEZ BASAGUREN, A., «Cataluña: e la nave va», *El País*, 11 de septiembre de 2013, pág. 29.

**88** «La negativa del Gobierno al debate lleva a que el discurso independentista se convierta en único», según PÉREZ ROYO, J., «¿Qué es lo indiscutible?», *El País*, 5 de octubre de 2013, pág. 16.

desde hace tiempo, no se toma suficientemente en consideración, bien menospreciándola o ignorándola, tanto desde el Gobierno como desde la oposición, por lo que el desapego de la mayoría de los catalanes a España cada vez es más amplio y más arraigado. Se han propuesto terceras vías<sup>91</sup>, entre mantener el *status quo* y acometer la ruptura, sin ningún recorrido. Hay que concretarlas, discutir las y, si es el caso, acordarlas, y de prisa y sin pausa, puesto que no pueden tener por finalidad dilatar el proceso iniciado.

Como se ha dicho, el cuestionamiento de España es un problema político de envergadura que precisa una salida jurídica<sup>92</sup>. El Gobierno del Estado debe «*contribuir a la búsqueda de vías que permitan llevarla [la consulta catalana] a cabo de la manera menos traumática para todos, sin violar la Constitución*»<sup>93</sup>, porque así será posible conocer el grado de convicción de las distintas alternativas.

Una vez reconocida la capacidad del pueblo catalán de realizar una consulta, ésta, debe ser acordada con el Estado por una de las vías expresadas con anterioridad u otra, de forma que la pregunta que se formule sea clara, en el sentido de ser comprensible, que no induzca a error, así como que sea neutral, que no incite en un determinado sentido. La fecha debe tener en cuenta los períodos en los que no es deseable convocar, evitando los días laborables, también debe ser neutral, y procurar que no retrase en demasía la convocatoria, disponer de tiempo para la organización y expresión de las distintas posiciones, entre otras cuestiones, como la actualización y seguridad del censo, el acopio de las urnas y del material necesario, la cooperación de las embajadas para la participación de los ciudadanos que están en el extranjero, la determinación del quórum de validez y de las mayorías, la colaboración de la Administración electoral, la participación de observadores internacionales<sup>94</sup> y la regulación de la campaña institucional<sup>95</sup>, entre otras cuestiones que no son menores. En cualquier caso, en estos momentos, como demuestran los datos expuestos anteriormente, no existe hay una vía alternativa a la secesión que reúna tanto consenso

---

**89** MATAS, J., «Una consulta embarazosa», *El País*, 24 de febrero de 2014, pág. 2 (ed. Cataluña), quien plantea distintos escenarios tras una consulta frustrada.

**90** El límite que marca la STC 42/2014STC núm./2014, de 25 de marzo, es que «una Comunidad autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación» (FJ 3), por lo que la negociación es absolutamente necesaria.

**91** La confederación que se propone históricamente por UDC no parece tener demasiados apoyos fuera de este partido y, según RAMONEDA, J., «En la Cataluña actual, la apelación al federalismo suena a música celestial», en *El País*, 9 de julio de 2013, pág. 2 (ed. Cataluña). Una crítica a las terceras vías en REQUEJO, F., «Terceros vies», *Ara*, 6 de octubre de 2013, pág. 36. Y, en especial, sobre la propuesta del PSOE, el mismo autor, en «Federalisme de fum», *Ara*, 21 de julio de 2013, pág. 34.

**92** PÉREZ ROYO, J., entrevista en *Avui*, 24 de junio de 2013. También, el mismo autor, en «Entre política y derecho: el debate sobre la independencia de Cataluña», *Cuadernos de Alzate*, núm. 46-47, 2013, pág. 176.

**93** F. Rubio Llorente, «Un referéndum para Cataluña», *El País*, 8 de octubre de 2012, pág. 29. En este sentido, J. M. Vallés, «Conflicto territorial, políticos y juristas», *El País*, 3 de junio de 2013, entiende que «el coste de la no consulta» es «superior al de celebrarla», pág. 28.

**94** Sobre los requisitos de la Comisión de Venecia, respecto a la observación electoral internacional, PONS, X., «La consulta y su legitimación internacional», *El País*, 7 de febrero de 2014, págs. 29 y 30.

**95** *Vid.* el Informe CATN, núm. 1, de 25 de julio de 2013, págs. 73-124, ya citado.

en Catalunya como la independencia y no existe tampoco una forma más democrática de expresarse que el camino de la consulta, con una pregunta clara para decidirlo. La consulta no es ahora el problema, sino que indica el modo de solucionarlo<sup>96</sup>. Antes y después, el mutuo reconocimiento y el diálogo político son imprescindibles<sup>97</sup>, atendiendo siempre a la voluntad popular.

### **RESUMEN**

El autor trata de responder en este artículo a qué es lo que quieren los catalanes en el actual contexto de cuestionamiento del modelo de articulación territorial del Estado. La respuesta se cimenta en un primer análisis de marcado carácter sociológico, donde se recurre a algunos de los más conocidos indicadores demoscópicos. La segunda perspectiva que se aborda en estas páginas tiene un carácter «procesal», esto es, reflexiona sobre diferentes posibilidades de atender el llamado «derecho a decidir», que constituye uno de los ejes actuales de debate.

El autor asienta su estudio sobre un nutrido recurso a la jurisprudencia constitucional que ha ido configurando a lo largo de los años el Estado autonómico y, con singular énfasis, analiza los efectos de la STC 31/2010 sobre el contexto político y jurídico actual.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución de 1978 – Estado autonómico – Cataluña – Estatuto de autonomía de 2006 – Derecho a decidir – Referendum

### **ABSTRACT**

The author addresses the problem of what the Catalans want in the current situation of questioning the territorial state model. The answer is based on a first analysis with a clearly social nature, where the best known public opinion surveys are used. The second perspective has got a procedural nature, that is to say, it considers the different possibilities to address the so called 'right to decide', which is one of the key aspects of the debate.

The study lies in the constitutional case law which the Autonomous State

---

<sup>96</sup> *Vid.* TORNOS, J., que sostiene que el derecho a ser consultado sirve para, en función de la respuesta, adoptar las medidas políticas y jurídicas oportunas, en «El problema catalán: una solución razonable», *El Cronista...*, núm. 42, 2014, pág. 47.

<sup>97</sup> «Hay crisis constitucionales que solo pueden resolverse en el plano político, con una negociación», según ARBÓS, X., «La referència canadenca», *El Periódico de Catalunya*, 20 de agosto de 2013, pág. 7. También reclaman negociar un acuerdo, FERRERES, V., y SAIZ ARNAIZ, A., «Una gran conversación colectiva», J.

has been shaping over the years, focusing on the effects of the Constitutional Court Ruling 31/2010 on the current legal and political framework.

**KEYWORDS:** Constitution 1978 – Autonomous State – Catalonia – Autonomous Statute 2006 – Right to decide – Referendum.



# EL ESTADO AUTONÓMICO EN LA ENCRUCIJADA

**Fernando Rey Martínez**

*Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad de Valladolid.*

*Consejero del Consejo Consultivo  
de Castilla y León*

*En este texto se analiza el momento actual del Estado de las Autonomías y se valora sus posibles reformas. El texto opta por la defensa del modelo autonómico como proceso, actualmente existente, pero modificando en profundidad su formato actual.*

## **Sumario:**

- I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVO DE ESTE DOCUMENTO. ¿DE VERDAD ES NECESARIO REFORMAR A FONDO EL SISTEMA TERRITORIAL?**
- II. OPCIONES DE REFORMA DEL MODELO TERRITORIAL.**
- III. ¿ES EL FEDERALISMO LA SOLUCIÓN?**
- IV. LA OPCIÓN POR EL MODELO AUTONÓMICO COMO PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS.**
- V. ¿POR QUÉ Y PARA QUÉ EL ESTADO AUTONÓMICO?**

## **I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVO DE ESTE DOCUMENTO. ¿DE VERDAD ES NECESARIO REFORMAR A FONDO EL SISTEMA TERRITORIAL?**

Ciertos hechos, recientes y no tanto, están poniendo críticamente en cuestión la forma territorial española, el Estado autonómico, hasta el punto de discutir su propia pervivencia. En el último barómetro disponible del CIS, de noviembre de este año, las contestaciones a la pregunta sobre las fórmulas preferidas sobre la organización territorial del Estado son indicativas del estado de la cuestión: el 32,5 % optaría por un Estado con Comunidades Autónomas como las actuales; el 24,9 %, por suprimirlas; el 12,4 % por un modelo en el que las Comunidades dispusieran de mayor autonomía que en la actualidad y el 9,9 %, por un Estado en el que se reconociera a las Comunidades la posibilidad de convertirse en Estados independientes. Sorprende de estos datos la enorme dispersión de planteamientos: la opción de mantener el modelo como está es la opción claramente favorita de la mayoría (casi uno de cada tres encuestados), pero no muy lejos se halla la tesis de la supresión de las Comunidades Autónomas (casi uno de cada cuatro encuestados) y, si sumamos las opiniones a favor de la ampliación del autogobierno y de la independencia se alcanza una cifra

menor, pero significativa, y tampoco demasiado lejana respecto de las anteriores (22.3 %). Esto es, tres modelos territoriales radicalmente diferentes concitan apoyos en proporciones comparables. Después de treinta y cuatro años de existencia de Estado Autonomómico no puede sostenerse que la fórmula se halle plenamente consolidada ante la opinión pública.

Pero es todavía más sorprendente, en mi opinión, que, a esta fecha, casi uno de cada cuatro encuestados opte por el regreso a un Estado unitario como mejor solución. El avance social y político del independentismo en Cataluña a partir de los sucesos de septiembre deja en la penumbra la tesis contraria (un Estado unitario sin autonomías políticas), que, sin embargo, va cobrando una inusitada potencia, impensable tan sólo hace unas fechas.

El factor clave que está alimentando tanto la posición de nostalgia unionista como la de utopía independentista es la crisis económico-financiera que lleva triturando el país desde hace cinco años y que no tiene visos de pronta ni fácil solución. En efecto, es la crisis (junto con una baza electoral mal jugada desde una incorrecta lectura política de la masiva manifestación de la Diada del 11 de septiembre de 2012) la que explica el giro independentista del gobierno catalán de CiU, a partir de su demanda de equiparación de este territorio con el sistema fiscal vasco/navarro de concierto o convenio y su petición de asistencia estatal por vía del Fondo de Liquidez Autonomómico. No es casual que el gobierno catalán hubiera solicitado al central un crédito de 5023 millones de euros el 28 de agosto, es decir, tan sólo catorce días antes de la histórica manifestación de Barcelona. Más tarde, el 11 de octubre, ha pedido 410 millones más. Obviamente, las condiciones de devolución del préstamo limitan aún más la ya de por sí reducida capacidad de gasto actual del gobierno autonomómico. La idea del «expolio fiscal» al que supuestamente somete Madrid a Cataluña ha sido el detonante de la explosión independentista.

Desde el punto de vista diametralmente opuesto, la tesis de un Estado con un único gobierno central sin autonomías también ha ganado posiciones a consecuencia de la crisis económica. En amplios sectores de la opinión pública y también publicada, se ha convertido a las Comunidades Autónomas en las principales culpables de dicha crisis por el despilfarro, la corrupción, el gasto sin control, etc. Ciertamente, los sonados casos de corrupción en varias Comunidades, la difusión del desproporcionado coste de muchas obras y servicios, los abusos en la contratación pública y la responsabilidad de las autoridades políticas en el descontrol de las Cajas de Ahorro respecto de la gestión de la «burbuja inmobiliaria», revelan la necesidad de introducir cambios importantes, sobre todo en el control del manejo del dinero público. Pero la cuestión es si, como opina un grupo muy importante de ciudadanos, no sería mejor, para dominar el desbocado gasto público y eliminar los privilegios de la clase política regional, suprimir directamente las Comunidades Autónomas.

Este debate territorial se produce —no podemos olvidarlo— en el momento de mayor descrédito ciudadano de nuestro sistema político. El mismo barómetro del CIS al que antes hacía alusión, revela datos tan preocupantes como que sólo el 3,4 % de

los encuestados está muy satisfecho con la Constitución, el 34 % bastante, el 38,5 % poco y el 13 % nada. En otras palabras, el 51.5 % de los encuestados están insatisfechos con una Constitución que, por cierto, sólo conoce bien o por encima el 20,5 % de los encuestados. El grado de insatisfacción con la forma de funcionamiento de la democracia en España es aún más elevada: 67,5 % y los que piensan que es preferible un sistema autoritario o que da igual una forma de gobierno que otro son el 18,6 % de los encuestados. Tenemos un problema, un serio problema de legitimidad democrática.

La tentación del gobierno central, el principal actor de las eventuales reformas, puede ser la de relativizar el problema, pensando estratégicamente que la mejora de la situación económica provocará como efecto colateral natural la mejora de la percepción ciudadana de nuestro sistema político. De modo que la lucha contra la crisis económica no sólo sería lo más urgente, sino lo principal. Incluso podría llegar a pensar que abrir un proceso serio de reformas institucionales (entre ellas, la territorial), de corte constitucional, además de las dificultades aparejadas a un proceso de esta envergadura en el momento actual (necesidad de consenso –a pesar de disponer de mayoría absoluta en el Congreso– con el principal partido de la oposición –en pleno proceso de reconstrucción interna tras los sucesivos fracasos electorales y el cambio de liderazgo–, con el resto de grupos –críticos con las medidas de recorte en gasto social– y con los nacionalistas y su discurso cada vez más independentista), podría resultar contraproducente desde el punto de vista de nuestra imagen exterior, provocando un empeoramiento de las condiciones de los créditos internacionales a los que tenemos que acudir. Por otro lado, algunas de las reformas deberían tener como consecuencia no una mejora, sino un empeoramiento del status personal de los actores políticos (menos recursos y privilegios, más transparencia y control, etc.). Así que, por todo ello, es entendible la renuencia gubernamental a abordar reformas institucionales de este calado. Es posible que todas las reflexiones que se están generando (entre ellas, la de este documento) para reformar a fondo nuestro sistema político no fructifiquen a corto plazo. Pero aún así, creo que son interesantes porque, a mi juicio, no sólo estamos sufriendo una crisis institucional, sino que colectivamente (ciudadanía y clase política) estamos profundamente desorientados sobre sus causas y sus soluciones. Se están dando respuestas de política ordinaria a situaciones políticas extraordinarias. Por ello, ninguna institución parece estar funcionando correctamente.

La solución fácil es no reformar nada, o quizá tan sólo parchear lo más llamativo, normalmente a golpe de titular de periódico. Podría, quizá, hablarse, parafraseando la conocida expresión *ius-penalista*, de un «derecho constitucional simbólico». En consecuencia, la primera cuestión a plantear es la de si es realmente necesaria una reforma constitucional profunda (que abarque, por supuesto, la cuestión territorial).

Llegados a este punto, se impone otra constatación preocupante. Los españoles hemos sido siempre en la historia incapaces de reformar nuestras Constituciones; siempre se optó por la fórmula de sustituir completamente un texto por

otro. Se ha escrito que las Constituciones han nacido previo asesinato de la anterior. La Constitución vigente supone una excepción, porque ha sido reformada en dos ocasiones, pero una excepción menor porque en ambos casos se trataba de modificaciones muy concretas, de escasa estatura política (aunque la segunda, relativa a la fijación de techos de gasto presupuestario, sea de enorme importancia económica) e impuestas por nuestra pertenencia a la Unión Europea, no por iniciativa propia. Esta tradición política española de no acudir a la reforma constitucional como método de adaptación de la norma constitucional a la realidad cambiante (en los casos en los que tal ajuste no pudiera ser realizado por la vía de la interpretación del Tribunal Constitucional), es un hecho diferencial específico y, ciertamente, muy negativo, de nuestro constitucionalismo. Todas las Constituciones de nuestro entorno han sido modificadas de vez en cuando y el expediente de reforma constitucional, aunque no sea ordinario, no resulta, como en España, realmente excepcional. Detrás de la incapacidad para reformar la Constitución se halla la incapacidad de los principales partidos políticos para llegar a acuerdos políticos profundos, no simplemente de coyuntura. Una reforma sería exige un consenso fundamental que no suele darse. Nuevamente el problema de la política ordinaria (cortoplacista, electoralista, etc.) en un momento extraordinario.

El caso es que la incapacidad para reformar la Constitución provoca como consecuencia necesaria efectos colaterales perversos como la pérdida de su densidad normativa, su obsolescencia, su vulneración por diversas vías (por medio de reformas estatutarias que pretenden manifiestamente su reforma, por ejemplo, o por leyes, como la que fija el mandato de los Magistrados del Tribunal Constitucional, que contradicen lo dispuesto en su tenor literal, etc.) y el creciente desapego ciudadano. Nos encontramos frente al hecho, realmente insólito, pero tenaz y revelador, de que ningún español menor de 52 años ha votado el texto constitucional. ¿Puede sorprender la imparable y contagiosa desafección ciudadana que suscita?, ¿puede resultar chocante el movimiento del 11/M y sus herederos?

Por supuesto que, desde mi punto de vista, urge reformar a fondo la Constitución y someterla a la aprobación popular, aunque esto genere un dinamismo que pueda alterar el *statu quo* actual y provoque riesgos y un coste político evidente. Es fundamental hacerlo. Vivimos claramente un momento constituyente «de hecho», que debe ser contemplado política y jurídicamente. Es todo el sistema político el que está en peligro, y no sólo su modelo territorial, por más que éste sea el problema más importante. Hay que llevar a cabo una reforma sistemática porque los asuntos más relevantes están íntimamente relacionados: por poner un único pero expresivo ejemplo, la reforma del modelo territorial está estrechamente vinculada tanto con la reforma del régimen local, aunque parece que éste se está trazando de modo independiente, cuanto con la reforma indispensable de las administraciones públicas. Todo ello forma un único ecosistema institucional que requiere una solución pensada y sistemática.

En el presente texto no pretendo, obviamente, abordar toda esta problemática, aunque haya que tenerla en cuenta para hacer un diagnóstico correcto de la cues-

tión. A mi juicio, muchos de los análisis que se efectúan no son compartibles porque no realizan un diagnóstico adecuado de los problemas. A menudo, se escribe a partir de los deseos, más o menos confesables, de los autores, no desde la pura y dura realidad de nuestro sistema político. Una buena parte del debate político, periodístico e incluso científico que gravita sobre estos asuntos está fuera de la realidad. Y sin un diagnóstico preciso, no hay tratamiento que valga. Pues bien, intentaré ofrecer en estas páginas una reflexión propia y general, sin citas ni tecnicismos (de los que puedo dar testimonio en trabajos míos anteriores y que dejaré para mejor ocasión y otro formato de análisis) sobre el momento en el que nos encontramos respecto de nuestro modelo territorial y las posibles soluciones que se podrían ofrecer para abordarlo. Naturalmente, a partir de lo ya manifestado, intentaré efectuar un análisis atento a la realidad de las cosas, y propondré algunas ideas para la reforma, consciente, por otro lado, de que, por el propio estado de la situación política (crisis, conflicto exacerbado, desorientación) la tentación de aquellos que tienen la responsabilidad principal de evacuar tales cambios será la de no hacerlos o la de hacerlos de forma parcial y nugatoria.

## II. OPCIONES DE REFORMA DEL MODELO TERRITORIAL.

Con el actual modelo territorial se puede hacer varias cosas.

A) Se lo puede dejar inalterado, en su formato actual. Ésta es la opción que hemos descartado en el epígrafe anterior, pero compensa su debilidad teórica con la fuerza (nada desdeñable) de la inercia y las dificultades asociadas a cualquier cambio. En cualquier caso, una modificación es inevitable a corto plazo: la del sistema de financiación autonómica. El reparto de los recursos en el territorio es una cuestión de estatura constitucional y se halla en el origen del reciente recrudescimiento de las dudas sobre el modelo autonómico. Así que aunque se quisiera sortear una reforma en profundidad del modelo, me temo que la cuestión central, la de la financiación, está inevitablemente sobre la mesa, de forma ineludible. La reforma expulsada por la puerta entraría de vuelta por la ventana. En particular, habría que transformar el perverso sistema actual según el cual el Estado central recauda y las Comunidades Autónomas gastan. La corresponsabilidad fiscal de las Comunidades debería ser uno de los primeros puntos a abordar en serio. Y este asunto, si se planteara seriamente, requiere una previa modificación constitucional.

B) Podría suprimirse el Estado de las Autonomías, como desearía un sector creciente y significativo (aunque minoritario) de la población. Ésta opción es políticamente inviable, entre otras razones porque no hay fuerza política que la abandere.

C) Se podría atender a las demandas de autodeterminación de Cataluña y de otras comunidades. Esto es lo que reivindican los partidos nacionalistas periféricos. En realidad, no proponen la creación de Estados totalmente independientes, sino un cierto tipo de confederación de Estados, de perfiles borrosos y sin modelos comparados o históricos. Esta opción también se me antoja, si no imposible, sí muy difícil desde el punto de vista jurídico/político. Los recientes resultados electorales en Cata-

luña han desactivado y desdibujado en gran medida la hoja de ruta independentista, por la división de los grupos que la postulan y por la pérdida de confianza política que ha sufrido electoralmente el gobierno, que había planteado las elecciones como un plebiscito. Pero sería poco inteligente menospreciar el relevante sentimiento independentista que existe en el seno de la sociedad catalana (y en otras). La simple invocación del procedimiento de reforma constitucional agravada (art. 168 CE) que permitiría, en su caso, una eventual secesión territorial, no me parece suficiente.

C) Una cuarta opción sugiere la conversión de nuestro Estado en un Estado federal. Ha sido, sobre todo, el PSC el que ha propuesto esta posibilidad. Evidentemente, una migración de forma de Estado de este tipo también requeriría reforma constitucional (art. 168 CE). Aquí se plantea el problema del general entendimiento entre nosotros, verdaderamente pintoresco, del significado de lo “federal” como una solución intermedia entre el Estado de las Autonomías actual y una auténtica confederación de Estados independientes. Como más abajo intentaré mostrar, ésta no es una interpretación adecuada del federalismo y tampoco soluciona los problemas reales que se plantean entre nosotros.

D) Por último, es imaginable mantener el Estado de las Autonomías con las reformas que fueran necesarias. Aunque ésta es la opción favorita de los españoles en este momento según el CIS, los actores políticos muestran serias dudas sobre este punto y encontramos entre ellos pocos defensores en público del modelo. La desorientación de nuestra élite política incrementa la de la ciudadanía y alienta los modelos alternativos. En todo caso, no es suficiente con sostener las bondades del modelo, sino que hay que enfrentarse a la ardua cuestión del perímetro de las reformas, algunas de ellas de gran calado, incluso constitucional.

Una idea que me parece necesario tener en cuenta es que algunas de las tesis que apoyan las diferentes propuestas encierran algo de verdad, incluso aunque tales propuestas sean incompatibles entre sí. Normalmente, en el debate político o incluso en el doctrinal, las sugerencias de modelo territorial suelen presentarse de manera totalmente excluyente. A mí me parece imprescindible, sin embargo, considerar que el problema es más complejo y que su solución tiene que dar respuesta a objetivos distintos en conflicto. En efecto, me parece razonable sostener que es necesario, para gastar mejor, re-centralizar ciertas competencias (más Estado central); pero también hace falta adaptar de verdad la organización estatal al modelo autonómico (menos Estado central y, sobre todo, mejor colocación de las entidades locales en el puzzle estatal y autonómico); asimismo, es preciso reconocer mejor las diferencias de algunos territorios (más asimetría –aunque más en el terreno de la identidad simbólica que en el del reparto de los recursos); sin olvidar asegurar los mecanismos de colaboración entre territorios y la solidaridad en tiempos de crisis (más simetría); siendo imprescindible gastar mejor el dinero público, redimensionando todas las instituciones públicas. La cuestión es, por tanto: ¿cómo alcanzar un equilibrio razonable entre tantos objetivos contrapuestos? Tanto el Estado central como las Comunidades Autónomas deben engordar en ciertos aspectos y deben adelgazar en otros, y deben relacionarse mejor. Esto sólo puede hacerse mediante un nuevo consenso de los princi-

pales políticos, un amplio consenso político –de carácter constituyente– que desembogue en una reforma constitucional y en la votación popular que la refrende. En particular, se impone el acuerdo entre PP y PSOE, cuyos diputados suman en la actual legislatura 295 de un total de 350, es decir, casi el 85 %. Obsérvese que el acuerdo entre PP y PSOE en materia territorial fue clave en los momentos fundantes del sistema, es decir, tanto en 1981 como en 1992 para configurar en sus líneas maestras el Estado autonómico. El desajuste grave que se experimenta actualmente trae causa, más bien, del desacuerdo profundo entre PP y PSOE en relación con la oleada de reformas estatutarias de la legislatura 2004-2008, en particular a la cuestión batallona del Estatuto catalán. Se impone restaurar ese consenso, que deberá más tarde incluir en lo posible al resto de partidos nacionales y nacionalistas.

A mi juicio, sería también oportuno elaborar, con carácter previo, una nueva edición del famoso *Informe de las Comunidades Autónomas*, adaptado al momento presente. Una de las lecciones positivas de la crisis económica es que nos ha enseñado a calcular el coste de las decisiones políticas y a tenerlas en cuenta. Hemos pasado abruptamente de un modelo de derecho constitucional de la abundancia a otro modelo de la escasez, que tiene poco que ver con el primero. Hay que repensar en términos económicos todo el sistema territorial. Éste es un enfoque poco común y que, sin duda, puede provocar distorsiones. La ciudadanía no sabe cuánto cuestan las instituciones y se escandaliza con facilidad por las cifras. Esto se debe también a la confluencia de otro hecho diferencial negativo de la democracia española: la casi total falta de transparencia sobre los dineros públicos. En España, a diferencia del resto de países comparables, no se puede saber, ni siquiera hoy, a qué bolsillos va y en concepto de qué cada euro gastado por las instituciones públicas o socialmente relevantes (los partidos políticos, por ejemplo). En este contexto, cuando aparecen las cifras, normalmente al hilo de algún caso de corrupción, la reacción de la opinión pública suele ser muy negativa. Los ciudadanos tienen que conocer el coste real del funcionamiento de la democracia para poder valorar cabalmente la actuación de los actores políticos. Esto es abandonar la minoría de edad política en la que vive la ciudadanía, que en este caso no es culpable.

Pues bien, debe pensarse el modelo territorial teniendo en cuenta el coste de las cosas. Pero también, y sobre todo, de su rendimiento real a lo largo de sus tres décadas largas de funcionamiento. Todo debe someterse a revisión. El papel de los parlamentos autonómicos, por ejemplo, cuya actividad legislativa ha venido a menos (gran parte de su actividad legislativa genera normas con cuerpo de ley pero con espíritu de reglamento). Parece claro que su función principal ha de ser, sobre todo, la de controlar a los ejecutivos respectivos. Si esto es así, debe reflexionarse sobre su composición, régimen de remuneración de sus miembros, su modo de funcionamiento, etc. Habría que pensar cómo deberían ser los parlamentos autonómicos en esta fase de la evolución del Estado autonómico y desde ahí proponer una reforma conjunta, y no actuar a partir de titulares de periódico, por cierto, con un dinamismo peligroso como cuando desde un ejecutivo autonómico se sugiere recortar el número de parlamentarios, por ejemplo, debido a bienintencionados móviles de austeridad, porque con ello lo único que se logra es confirmar en la opinión pública la idea difusa pero

poderosa de que los gastos en política autonómica, todos ellos, son quizá innecesarios (la ciudadanía es probable que no distinga sutilmente entre legislador y ejecutivo y finalmente puede llegar a pensar que todos son prescindibles).

Preguntémosnos ahora por los diversos modelos territoriales que podrían adoptarse.

### III. ¿ES EL FEDERALISMO LA SOLUCIÓN?

Yo no lo creo. Hay que comenzar advirtiendo una confusión conceptual: cuando en España se habla de “Estado federal” casi todo el mundo cree que estamos hablando de más autonomía y menos Estado central, casi como una suerte de último grado de descentralización antes de la independencia. Pero esto no es verdad. España ya tiene más descentralización que la mayoría de Estados federales. Por otro lado, el corazón del federalismo es la unidad entre territorios diferentes (no la separación) y la igualdad (al menos formal) entre ellos. Y aquí lo que se discute en Cataluña es más autogobierno y más diferencia con el resto del país, justo lo contrario de lo que supone el federalismo. El carácter nugatorio del extraño «concepto español de federalismo» se muestra en que da igual cómo nos llamemos (estado federal o autonómico), porque la cuestión crítica pendiente en ambos casos es cómo nos repartamos el dinero entre los territorios. Es decir, este debate es, en gran medida, un debate nominalista.

El tránsito de un Estado autonómico a un Estado federal sería técnicamente complejo; habría que repensar todo el marco competencial, que tan trabajosamente hemos ido cincelando. Además, crear un nivel estatal de administración de justicia propio para cada nuevo Estado, coexistente con el federal, no parece una buena idea. Ya el propio modelo actual de competencias autonómicas sobre la administración de la administración de justicia plantea serias dudas, incluso sobre la independencia judicial en el caso de la criminalidad gubernativa.

En un hipotético Estado federal español, Cataluña y País Vasco serían Estados, con una Constitución propia (y no ya un Estatuto de Autonomía). Esto tendría un enorme potencial simbólico y acaso podría servir para embridar la apetencia de singularización. Pero el dibujo autonómico del país no está preparado para un modelo federal; probablemente habría que reducir comunidades, agrupando territorios (lo cual se me antoja imposible) Y, sobre todo, si las actuales comunidades pasaran a ser Estados federados, sólo un ingenuo podría pensar que las reivindicaciones nacionalistas catalanas, vascas, gallegas, etc. cesarían. La asimetría es un problema sin solución. En cierto sentido, el nacionalismo político es la expresión contable del sentimiento de diferencia. La palabra «federal» procede de la latina *foedus*, que significa «alianza» o «pacto» entre varias personas pero de un modo distinto a un «contrato»: una relación «federal» es la creada por un grupo de personas que se ponen de acuerdo para formar un nuevo cuerpo, fundado en la buena fe de sus integrantes y sin perder sus respectivas identidades, la «libertad federal» (Lincoln comparaba el Estado federal a un matrimonio), mientras que un contrato se caracteriza por el cumplimiento estricto por las partes de sus respectivas obligaciones. Podríamos crear un

Estado federal, pero es evidente que en España ni tenemos ni cabe esperar cualquier atisbo de «espíritu o lealtad federal». En consecuencia, cualquier intento de trasladar entre nosotros las categorías del federalismo alemán, lugar donde se acuña el concepto de la lealtad federal y donde alcanza su máximo significado, está condenado al fracaso.

#### **IV. LA OPCIÓN POR EL MODELO AUTONÓMICO COMO PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS.**

Mi preferencia se inclina claramente por el modelo autonómico, que, con excesos y errores, ha sido, en lo sustancial, exitoso en el pasado: ha servido para mejorar los servicios públicos y para redistribuir la renta entre regiones ricas y pobres. Ahora bien, habría que distinguir el Estado autonómico como procedimiento y el Estado autonómico como resultado. Yo suscribo el modelo autonómico como procedimiento, no en su resultado actual. Me explicaré. El Estado autonómico como «procedimiento» es un método, abierto en el tiempo, para adoptar acuerdos entre actores políticos y territorios. Se trata de un modelo original (es una aportación genuinamente española), tremendamente elástico porque lo permite casi todo: tanto la devolución de competencias al Estado central como profundizar en el autogobierno autonómico; avanzar en la homogeneización territorial y también favorecer la asimetría de algunos territorios. Es un modelo que, frente a la rigidez del Estado federal una vez establecido, permite alcanzar con flexibilidad los acuerdos razonables entre principios contradictorios de los que antes hablaba. El Estado autonómico como procedimiento no coagula en ningún momento la política territorial, sino que permite encauzarla.

Evidentemente, ese procedimiento de adopción de acuerdos permite concluir diversos resultados. Hemos tenido Estado autonómico más de 30 años pero con diferentes rostros. El actual está en cuestión y debe revisarse en profundidad. Primero, porque la organización territorial estatal y local no está bien ajustada al modelo autonómico. Tras los sucesivos cambios, hemos ido amontonando instituciones sin ordenar el proceso (por ejemplo, la superposición entre la administración autonómica periférica y las diputaciones provinciales o la sobredimensionada estructura del gobierno central). Segunda, porque la tramitación del *Estatut* por parte de las instituciones centrales ha atendido torpemente la singularidad catalana en sus aspectos simbólicos. Retrasar, por ejemplo, durante más de un año la aprobación de la Sentencia del Tribunal entre otras razones para llevar a su fallo que la declaración de la exposición de motivos según la cual el Parlamento catalán ha reconocido a Cataluña como nación no tiene valor interpretativo alguno, me parece un despropósito. Tercero, porque la crisis económica ha mostrado la necesidad de racionalizar las instituciones centrales y las autonómicas. Cuarto, porque urge encontrar mejores soluciones a la colaboración entre autonomías; en ese contexto se enmarca la siempre pendiente reforma del Senado.

La siempre propuesta y siempre pospuesta reforma del Senado es un magnífico banco de pruebas de cuanto estamos considerando. Sobre este tema he escrito no hace mucho que es preciso modificar el Senado en el marco de una reforma más

amplia del modelo territorial. Porque en 2012, la reforma del Senado ya no es el único asunto constitucional pendiente de modificación. Tener en cuenta este hecho debería paliar en gran medida la ansiedad del Senado por su reforma, manifestada invariablemente en todas las legislaturas. El problema de la Constitución en este punto es que en 1978 tenía Senado, pero no autonomías (era, pues, un Senado pendiente); el problema de la Constitución en 2012 es que tiene Senado, y tiene también autonomías, pero ambos no coinciden, no son coherentes (es un Senado fallido) Peor aún, es dudoso que puedan coincidir en el futuro. Por eso no tiene sentido reformar el Senado mirando el retrovisor de 1978 y no el horizonte a partir de 2012. Mientras no nos pongamos de acuerdo sobre el modelo territorial del futuro no tiene sentido alguno modificar ahora el Senado.

Además, si realizamos un análisis realista, con el actual marco constitucional y político de nuestro país, ni el Senado puede convertirse en auténtica Cámara de representación territorial, ni les interesa de verdad a los principales actores políticos que lo sea. Y por ello todas las reformas del Senado realizadas para profundizar su carácter territorial han fracasado estrepitosamente (Comisión General, debate sobre el Estado autonómico, posibilidad de comparecencia de los miembros de los gobiernos territoriales, etc.), incluso la Conferencia de Presidentes, que era una interesante experiencia que, de haberse consolidado, lo hubiera hecho lógicamente en el Senado. Y el resto de reformas de mayor calado que se han intentado, con una intensidad casi epiléptica, también han fracasado. Estamos pensando en reformar el Senado en clave territorial cuando ni siquiera utilizamos los instrumentos que el ordenamiento ya ofrece ahora mismo en ese sentido.

Las mismas dificultades que existen para modificar el Senado conspiran para impedir cualquier otra modificación profunda del modelo territorial. Sería ingenuo no tener en cuenta este contexto. Pero la clave de la destructora crisis institucional actual no está en el modelo autonómico, que es aceptable, sino en la incapacidad de los actores políticos de alcanzar resultados razonables en el momento presente. Más aún, creo que el modelo autonómico es el único que podemos tener en España. Precisamente porque es el único modelo territorial disponible que permite conjugar diversas combinaciones posibles de asimetría de unas comunidades respecto de otras y de simetría de todas ellas, así como de distintas distribuciones competenciales a favor del Estado (re-centralización) o de las Comunidades Autónomas (mayor autogobierno autonómico). Los modelos territoriales de otros Estados, ya sean unitarios, ya descentralizados, son mucho más rígidos. La permanente apertura del modelo, la vigencia del famoso principio dispositivo (por la vía de las leyes del art. 150.2 CE, pero también por otras: reforma de los Estatutos, o las leyes marco –ciertamente, las leyes de armonización del art. 150.3 CE no son imaginables porque responden a una cautela excesiva de los poderes del Estado central, escasamente compatible con el principio autonómico) ha exasperado a un amplio sector doctrinal, que lleva años postulando el cierre del modelo.

Evidentemente, esta elasticidad del modelo presenta problemas porque remite la concreta fisonomía del Estado autonómico al acuerdo político del momen-

to, lo que provoca inseguridad jurídica y asegura conflictividad política permanente. No es la mejor solución teórica, pero, insisto, es la única posible entre nosotros por la presencia estructural y no meramente coyuntural del principio asimétrico (cuya abolición es también políticamente imposible). El sistema autonómico no nace en un laboratorio de ideas, sino que es fruto del equilibrio de la presión de las fuerzas políticas existentes. Por esta razón hemos tenido Estado autonómico desde antes incluso que texto constitucional, con el sistema de pre-autonomías y con la significativa disposición adicional primera de la Constitución, que aunque reconoce, bajo ciertas condiciones, los derechos históricos de los territorios forales, no ha impedido que se haya abierto la puerta a un trato diferencial de difícil, si no imposible, justificación contemporánea, que ha hecho interpretar la Constitución a su luz y no al revés. De hecho, la Disposición adicional del Estatuto de Autonomía del País Vasco recurre de nuevo al concepto de «derechos históricos» para dejar abierta una puerta a la utopía nacionalista: «La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico». La lectura confederal del Estado autonómico es característica del nacionalismo vasco.

Es curioso observar, en este sentido, que el constituyente no fue totalmente libre en relación con la regulación de tres aspectos centrales de la vida política de nuestro país, particularmente problemáticos a lo largo de nuestra historia, que, de alguna manera le vinieron dados: rey, fueros, iglesia. Estos aspectos fueron, por decir así, ventanas de irrupción de legitimidad histórica pre- y supra constituyente: la monarquía y su sucesión (el Príncipe de Asturias fue designado como sucesor del monarca antes de la aprobación de la Constitución en una extraña ceremonia celebrada en Covadonga); los derechos históricos de los cuatro territorios forales (los tres vascos más Navarra) y la posición privilegiada de la Iglesia católica en nuestro ordenamiento a partir de los Acuerdos internacionales que entraron en vigor más tarde pero que fueron gestados de modo paralelo a la elaboración del propio texto constitucional.

La evolución de nuestro Estado autonómico responde, según la feliz metáfora de Javier Pradera recordando a Esopo, a la carrera de las liebres y las tortugas. Cuando las autonomías de vía lenta han ido alcanzando las competencias e instituciones de las de vía rápida, éstas idean algún expediente para ponerse por delante. Ya en 1.992, cuando las Comunidades de vía lenta del art. 143 CE alcanzaron un techo competencial semejante al de las Comunidades de vía rápida, emerge el concepto de «hecho diferencial» a favor de estas últimas para mantener la puerta abierta del reconocimiento de un trato singular y bilateral respecto del Estado central. La noción de «derechos históricos» viene en 2.005 a reemplazar, más bien a sumarse enfáticamente al de los «hechos diferenciales» (quizás ya demasiado objetivados y tasados para la conciencia de los nacionalistas). Las fórmulas de la «asimetría» y de las «comunidades históricas» o ya, más directamente aún, de las «naciones», apuntan en esta misma dirección: intentos de las liebres de singularizarse frente a las tortugas.

Un episodio dentro de esa carrera ha sido el intento, por fortuna abortado, de extender el reconocimiento de los derechos históricos a Cataluña, Aragón o Valencia, es decir, a los territorios de la Corona de Aragón. Rebasando aspectos cuantitativos de profundización en el autogobierno, se intentó convertir tal hecho en la clave de bóveda sobre la que sostener el reconocimiento de peculiaridades esenciales de la Comunidad Autónoma respectiva para, desde ahí, reivindicar un trato estatal cualitativamente diferenciado del resto de comunidades y, por supuesto, predominantemente bilateral. Y en esa búsqueda de lo propio singular, el modelo foral vasco/navarro (el único en la historia y en la actualidad verdaderamente diferente del resto por su estructura) se presenta como el modelo a imitar por otros nacionalismos periféricos. Sin embargo, la foralidad es un fósil medieval que ha conseguido sobrevivir, a duras penas, en las postrimerías del Antiguo Régimen, en la historia bicentenario del Estado liberal e incluso en nuestro sistema constitucional a través de la disposición primera.

En definitiva, la apertura indefinida del modelo provoca situaciones políticas conflictivas de modo periódico, pero me temo que no pueden soslayarse en un marco político donde están presentes de modo relevante fuerzas nacionalistas periféricas, que, además, suelen ser necesarias para la confirmación de la voluntad de las instituciones del Estado central. Además, conflictos territoriales existen hasta en los Estados unitarios, como Francia, según demuestra la jurisprudencia del Consejo Constitucional.

Así pues, propongo que se valore positivamente, sin complejos, sin dudas, el Estado autonómico como proceso de toma de decisiones, aunque no sea siempre fácil alcanzar acuerdos razonables. Además, creo que es importante reconocer el modelo que tenemos porque gran parte de su crítica se funda en percepciones erróneas que sólo sirven para deslegitimar las instituciones en un momento de profundo desprestigio de la Constitución y de vómito ciudadano de la política «oficial». Los responsables políticos están desorientados y paralizados. Sin embargo, defender las instituciones es defender la democracia. La criticada apertura de nuestro modelo territorial es, precisamente, su mayor fortaleza. Somos como somos. El Estado autonómico irá siendo como lo decidan los actores políticos del momento. Y la asimetría es, junto con su contrario, el dinamismo homogeneizador, un factor estructural del modelo, que nadie se engañe. Ciertamente, es preciso emprender una profunda reforma de todas las instituciones, de calado constitucional y no sólo legal. Y esta reforma requiere el mayor consenso posible. Vivimos un momento constituyente, lo asuman o no nuestros representantes políticos. Pero de entre todas las cosas pendientes de cambio, quizá sea el modelo autonómico como procedimiento lo único que no haya que cambiar.

En mi opinión, defender el sistema autonómico es defender el espíritu de la Transición, que, sin embargo, no debe resultar coagulado para siempre en 1978. Los acuerdos de 1981 y de 1992 (también a finales de los noventa) entre PP y PSOE prolongaron esa misma tendencia, que fue quebrada a partir de 2004. Es necesario en este momento restablecerla.

Es preciso emprender muchas reformas «de» y «en» nuestro Estado autonómico. Son bien conocidas. La literatura lleva años identificándolas con precisión de relojero. No me detendré ahora en ellas. He querido coger las aguas más arriba. Tan sólo destacaré que el verdadero debate en el Estado Autonómico se produce entre el principio de singularidad o asimetría a favor de ciertos territorios (tendencia confederal del sistema) y el principio de simetría o de igualación entre territorios (tendencia federal). Se impone encontrar en cada momento equilibrios razonables entre estas dos tendencias. Personalmente, siento mayor simpatía por el principio federal. Creo, por ello, en una España fuertemente unida, federalmente cosida, más «una» cuanto más «plural». Esto es posible. Estados Unidos es un pequeño continente en sí mismo, diverso en extremo y sin embargo no habrá Estado que albergue mayor patriotismo (quizá en exceso, por cierto). Pero soy consciente de que entre nosotros no se pueden romper ciertos equilibrios singularizadores. El cupo o concierto no tiene (políticamente) vuelta atrás, por ejemplo. Otra cosa es que en la negociación de la cantidad se defienda mejor el interés del Estado en su conjunto (el demonio está en los detalles). La cuestión actual no es crear un Estado federal, sino en alcanzar un nuevo pacto de Estado que reinvente la unidad, dando satisfacción a las pretensiones singularizadoras simbólicas vascas y catalanas e incluso a algunas de las económicas (necesitamos datos reales y objetivos para ello).

En definitiva, estamos condenados a entendernos en este país, pequeño territorialmente, pero muy complejo (España, dijo Ortega, tiene «un profundo corazón múltiple»), o, en caso contrario, a fracasar colectivamente. La fórmula del Estado autonómico, una aportación genuinamente española, es una magnífica herramienta. Se impone alcanzar un consenso neo-constituyente y adaptar el Estado autonómico tanto a la destructora crisis económica, como a lo que sabemos que hay que cambiar para mejorarlo tras una experiencia de 34 años.

### **RESUMEN**

El autor aboga por una reforma en profundidad del modelo territorial español que a su vez entrañaría una reforma constitucional de calado, pero manteniendo el estado de las autonomías, un procedimiento según él muy flexible para alcanzar acuerdos entre actores políticos y territorios, y el único viable en este momento para nuestro país. Se posiciona así en contra del resto de opciones planteadas, como el Estado Federal, la autodeterminación, la supresión total de las Comunidades Autónomas o la no introducción de reformas importantes en el texto constitucional.

Los rasgos más sobresalientes del modelo propuesto son: una re-centralización de determinadas competencias autonómicas, una mejor definición del papel de las entidades locales, un equilibrio razonable entre las tendencias a la asimetría (confederal) y a la simetría (federal) entre regiones, y un gasto más eficaz del dinero público. Para llegar a ello es necesario recuperar un consenso político entre los grandes partidos que desemboque en una reforma constitucional pactada, que incluya

además la reforma definitiva del Senado como genuina cámara territorial, y sea refrendada finalmente por una consulta a la ciudadanía.

**PALABRAS CLAVE:** Modelo territorial – Federalismo – Estado autonómico – Autodeterminación – Senado-Consenso – Reforma constitucional.

**ABSTRACT**

The author advocates for a comprehensive reform of the Spanish territorial model, which, in turn, would involve an in-depth reform, while at the same time retaining the State of Autonomies, a procedure which is seen as flexible in order to reach agreements between political forces and territories, and which is also considered to be the only feasible one for Spain. Thus, the writer argues against the other options outlined, such as the Federal State, self-determination, the elimination of Autonomous Communities or the non-introduction of major reforms in the constitutional text.

The outstanding features of the proposed model are- re-centralization of some regional competences, a better definition of the role of the local entities, a reasonable balance between the tendency towards (confederal) asymmetry and towards (federal) symmetry among regions, and more effective public spending. In order to achieve so, a political consensus among the major parties leading to a constitutional reform needs to be recovered, including the final reform of the Senate as a genuine territorial chamber and it must also be placed at a referendum by the citizens.

**KEYWORDS:** Territorial model – Federalism – Autonomous State – Auto-determination – Senate – Consensus – Constitutional reform.

# Doctrina de los Consejos Consultivos



# **DOCTRINA DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS**

## **LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PRODUCIDOS POR ESPECIES ANIMALES PROTEGIDAS.**

- 1. CONSEJO DE ESTADO.**
- 2. COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA.**
- 3. CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA.**
- 4. CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA.**



# CONSEJO DE ESTADO

**José Luis Palma Fernández**  
*Letrado del Consejo de Estado*

## Sumario:

- I. LA DOCTRINA TRADICIONAL PREVIA A LOS CONSEJOS CONSULTIVOS.
- II. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEGISLACIÓN GENERAL.
- III. LOS CASOS SINGULARES QUE SE SIGUEN EXAMINANDO.

## **I. LA DOCTRINA TRADICIONAL PREVIA A LOS CONSEJOS CONSULTIVOS.**

El Consejo de Estado identificó muy tempranamente el problema jurídico derivado del hecho de que, existiendo la prohibición general de caza de ciertas especies, los daños producidos por las mismas no resultaban susceptibles de generar responsabilidad patrimonial de la Administración, resultando una situación ciertamente atípica.

Obsérvese como un reclamante de responsabilidad causada por **sisones** lo describía en la temprana fecha de 1989 (Castilla-La Mancha; Dictamen 53.467, de 6 de julio de 1989):

*«Se afirma en el escrito que ... tenía concertado en el año 1987 un contrato de aprovechamiento temporal de una parcela de una extensión aproximada de 10 hectáreas, sita en el término municipal de Calera y Chozas, en donde venía cultivando coliflores. Durante los días 6 y 7 de enero de 1987, y como consecuencia de la incursión en la referida parcela de un bando aproximado de 800 individuos de la especie comúnmente denominada “sisones”, se produjeron daños por importe de 10 millones de pesetas.*

*En 9 de enero de 1987, ... formuló la reclamación de daños y perjuicios ante el Instituto Nacional de Conservación de la Naturaleza, Organismo que se estimó incompetente y remitió la reclamación a la Consejería de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Esta última dictó una resolución en 12 de junio de 1987 declarándose igualmente incompetente, entendiéndose que la competencia para resolverla correspondía a la Administración del Estado.*

*Ante esta situación, se ha formulado la presente reclamación de daños y perjuicios, que se fundamenta en el hecho de que los “sisonos” constituyen aves protegidas, cuya captura, caza y destrucción se encuentra prohibida, de tal forma que “si el interés público, representado en este caso por la conservación de la naturaleza, exige que dichas especies no puedan ser capturadas ni destruidas, es evidente entonces que ese interés público deberá asumir las consecuencias económicas que en los bienes de los particulares puedan generarse como consecuencia de la indefensión de los propios particulares ante dichas aves protegidas».*

El Consejo de Estado acusaba recibo del problema y de la difícil ubicación sistemática del mismo, vinculándola entonces a las «prohibiciones generales» derivadas de las «cargas sociales», cuyos efectos deben ser soportados por todos:

*«El Consejo de Estado ha tenido ocasión de abordar reclamaciones similares a la ahora planteada, en las que los perjuicios cuya indemnización se solicitaba derivaban (o pretendían derivarse) de prohibiciones generales.*

*Es precisamente en este ámbito en el que quizá de una manera más directa se plantea la necesaria delimitación de la línea que separa los sacrificios individuales de los particulares (que generan un derecho a ser indemnizados) y las cargas sociales impuestas genéricamente a los ciudadanos (que están obligados a soportar), aun cuando tales cargas sociales se manifiesten o repercutan con una diversa intensidad en el patrimonio de los administrados.*

*Efectivamente, las Administraciones Públicas únicamente deben responder –independientemente de la legalidad o ilegalidad de la medida adoptada– cuando su actuación produce una limitación singular y específica; no, en cambio, cuando se trata de una carga social (que no da derecho a indemnización).*

*En el presente caso, no se trata de que se haya dictado una prohibición concreta y específica que afecte exclusivamente a uno o a varios administrados determinados, como, por ejemplo, podría acaecer si la prohibición de cazar afectara sólo a un predio o predios determinados, sino que se trata de una medida general que afecta a todos los ciudadanos, aun cuando, como se dice, en la práctica la intensidad de tal carga no repercuta –ni pueda repercutir normalmente– de idéntica manera para todos ellos.*

*En este sentido, ..., igual que los demás administrados, está obligada a soportar los efectos derivados de la prohibición de cazar sisonos, de tal forma que, los perjuicios que la Sociedad reclamante dice haber tenido por tal circunstancia (aparte de no probados suficientemente), no son consecuencia de una prohibición concreta y específica que le afecte directamente y con singularidad a tal Sociedad, sino que –se insiste– constituye una medida general, que como tal no da lugar, en principio, a responsabilidad de la Administración, y que impone a los administrados la carga de soportar sus efectos.»*

No debe olvidarse que la atribución del daño se realizó originariamente en la doctrina clásica tradicional a los «*animales salvajes*» los cuales pasaron luego en parte a considerarse «*especies protegidas*» en la medida en que fueron objeto de una calificación administrativa especial por exclusión de las «*especies cinegéticas*» (susceptibles de caza), respecto a los cuales el único problema consistía en atribuir la responsabilidad de los daños que generaban a los titulares de los cotos en que se encerraban o a los propietarios de las fincas de las que procedían.

Un sintético resumen de la doctrina tradicional puede verse en el Dictamen 1185/1998, de 2 de abril de 1998:

*«En cuanto al fondo de la consulta, conforme viene siendo doctrina constante y reiterada de este Cuerpo Consultivo, la presencia incontrolada de animales en la calzada de las carreteras constituye un factor ajeno a las exigencias de seguridad viarias, y no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público, sino como un supuesto que enerva la relación de causalidad exigible para generar la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que su acceso a la carretera puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden acceder a la calzada (dictámenes núms. 1.453/93, de 3 de febrero de 1994; 1.867/94, de 3 de noviembre de 1994; 1.360/95, de 22 de junio de 1995; 1.809/95, de 27 de julio de 1995; 1.869/95, de 5 de octubre de 1995; 2.672/95, de 30 de noviembre de 1995; 2.587/96, de 18 de julio de 1996; y 2.907/96, de 19 de septiembre de 1996).*

*Cuando los perjudicados por accidentes acaecidos con motivo de la irrupción de animales en la carretera deducen pretensiones de resarcimiento frente a la Administración titular de la vía pública en que acontece el accidente, este Consejo –conforme a los razonamientos que anteceden– no aprecia la indispensable relación de causalidad para generar la responsabilidad administrativa. Sin embargo, en tales casos, el propio Consejo de Estado entiende que ello no obsta para que aquéllos puedan promover, conforme previene el artículo 1905 del Código Civil, las acciones de resarcimiento a que hubiere lugar contra los poseedores de los animales supuestamente causantes de los daños.*

*Por tanto, si bien no cabe imputar a la Administración viaria responsabilidad alguna por los perjuicios sufridos al invadir un animal la calzada de la carretera, nada impide, según resulta de los razonamientos anteriormente expuestos, que el sujeto perjudicado pueda obtener la adecuada reparación de la propia Administración, cuando ésta sea la titular del aprovechamiento cinegético o poseedora de los animales eventualmente causantes de los daños.»*

No se olvide que en la actualidad se halla prácticamente superada la vieja consideración de los animales salvajes como «*res nullius*» que declara que las piezas de caza son una *res nullius* cuya propiedad se adquiere por ocupación (en la línea tradicional del artículo 610 del Código Civil), y no un bien accesorio a la propiedad de

los terrenos por los que libremente transitan, lo que conduciría a que nadie sea responsable de los daños causados por la fauna silvestre.

Plantear –como es del caso– la eventualidad de una responsabilidad patrimonial del estado legislador resulta solo en la medida en que no exista otra posible vinculación específica de la responsabilidad a una persona jurídica pública, lo que bien se podía lograr por la vía de la «publicación» de tales daños, considerándolos como causados por algo (las especies protegidas) que parece tener la consideración de dominio público, algunas de cuyas más acusadas características convergen en tales cualificados semovientes. Tutelar la fauna silvestre no deja de ser una forma de tutelar el medio ambiente. No se ha dado tal paso, sin embargo, en el caso del derecho español.

Como respuesta frente a la situación creada (la declaración de especies animales como protegidas y la causación de daños a particulares por tales especies junto a la carencia de un título concreto de imputación de esos daños suponían un desajuste en el sistema general de la responsabilidad patrimonial, por ser difícilmente subsumibles en él) se arbitraron diversas vías, también en función de los diversos supuestos.

Para los casos de **Parques Nacionales y Reservas Regionales de Caza**, cuando los daños no se derivan de una prohibición general, sino de una limitación singular y específica, se declaró hace más de 30 años que la Administración está obligada a indemnizarlos (dictamen 45.862, de 1 de diciembre de 1983). Se trataría aquí de una aplicación de las previsiones específicas de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza que contenía una regulación especial de la responsabilidad por daños (título V), según la cual, incluso en el ámbito de las relaciones privadas, «*los titulares de aprovechamientos cinegéticos... serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados*» (artículo 33) y del Código Civil, que, en su artículo 1906, prevé que el «*propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla*». Por consiguiente, el Consejo de Estado considera (de forma analógica a la doctrina general del daño objetivo generado por la Administración Pública) que concurren los requisitos exigidos por el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En aplicación de tal doctrina se informaron favorablemente (en muchos de los casos para la Comunidad Autónoma de Castilla y León) la indemnización de daños causados en colmenares por osos procedentes de la Reserva Regional de Caza de Fuentes Carrionas (Dictamen 6301/1997, de 22 de enero de 1998), los cuales no podían ser cazados por formar parte de la fauna protegida.

Con similar argumentación de fondo, con apoyo jurídico analógico pero no idéntico, se informaba favorablemente otra indemnización debida a los osos (animal muy administrativo a juzgar por su activa presencia en la vida consultiva del Conse-

jo de Estado), en este caso pardos, también para Castilla y León y en la misma reserva. Se decía allí (Dictamen 14/1998, de 22 de enero de 1998) no solo que conforme previene el artículo 33 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, «*los titulares de aprovechamientos cinegéticos (...) serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados*». «*Subsidiariamente –afirma dicho precepto– serán responsables los propietarios de los terrenos*». En sentido análogo, el artículo 35.1 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza, aprobado por Decreto 506/1971, de 25 de marzo, dispone que «*los propietarios u otros titulares de terrenos constituidos voluntariamente en cotos de caza serán responsables de los daños originados por la caza procedente del coto*» (apartado a). A su vez, el artículo 1905 del Código Civil señala que «*el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe*». De conformidad con los preceptos transcritos, los titulares de aprovechamientos cinegéticos o propietarios de terrenos acotados, y por tanto poseedores de animales, son civilmente responsables de los perjuicios que éstos causaren a terceros. Y por ello, en aplicación de las previsiones específicas de la Ley de Caza (artículo 33) y del Código Civil (artículo 1905), de los daños producidos por la caza procedente de reservas y parques nacionales responderá la Administración como titular de tales cotos o aprovechamientos cinegéticos. Tal criterio ya había sido reconocido por el Consejo de Estado en consultas análogas (Dictámenes 2.050/97 y 2.052/97, de 24 de abril de 1997; 2.522/97, de 14 de mayo de 1997; 3.190/97, de 5 de junio de 1997; 4.197/97, de 18 de septiembre de 1997; 4.219/97, de 16 de septiembre, entre otros). Quedando acreditadas la realidad y certeza de los daños invocados, así como que éstos fueron ocasionados a consecuencia de la acción de animales –osos– procedentes de la Reserva de Caza «*Fuentes Carrionas*», se considera por el Consejo de Estado que concurren los requisitos exigidos para reconocer el derecho de los peticionarios a ser indemnizados por los daños sufridos. Otros supuestos similares a este, igualmente procedentes de osos, se encuentran en los Dictámenes 1377/1998, de 24 de marzo de 1998.

En otros casos de daños producidos por osos la indemnización ya pasaba a estar regida por un título jurídico específico correspondiente a un lugar de protección especial. Es el caso (Castilla y León) del Dictamen 2337/2001, de 31 de julio de 2001: «*Acreditada la existencia del daño resulta que el origen del mismo se halla en una aparición del oso pardo en Brañosera (Palencia), siendo dicho animal una especie catalogada, por lo que existe obligación por parte de la Administración de indemnizar cualesquiera daños causados por él, a tenor del Decreto 108/1990, de 21 de junio, cuyo artículo 3º, apartado 7º establece la obligación de indemnizar; previo expediente incoado al efecto, los daños y perjuicios que ocasionalmente pueda causar esta especie en todo el territorio de la Comunidad, una vez hayan sido debidamente comprobados.*»

Llevado al caso de lobos (que matan terneros, ovejas y cabras) o jabalíes (que provocan hozaduras y daños en cultivos de particulares), procedentes en tal caso del Parque Nacional de los Picos de Europa (cuya gestión en tal fecha correspondía en exclusiva a la Administración General del Estado) son similares los casos recogidos en Dictamen 189/1998, de 13 de enero de 1998.

Similar argumentación en casos de lobos procedentes de la Reserva Regional de Riaño (Castilla y León: Dictamen 4852/1998, de 14 de enero de 1999 y Dictamen 4855/1998, de 21 de enero de 1999, junto a otros muchos de fechas cercanas). La singularidad del caso de los lobos procedía de la ubicación territorial donde se producía el daño, puesto que al sur del río Duero el animal no se consideraba especie protegida: *«acreditada la existencia del daño resulta, sin embargo, que el origen del mismo se halla en la mordedura de un lobo producida al sur del río Duero, lugar en el que ni dicho animal es una especie cinegética ni una especie catalogada, por lo que no existe obligación alguna de indemnizar los daños causados por él, sin perjuicio de autorizarse (como consta que se ha hecho en dos ocasiones) la celebración de batidas para acabar con el mismo.»* (Dictamen 1028/2001, de 26 de abril de 2001). En similar sentido el caso de lobos que irrumpen en la carretera causando daños a vehículos particulares (Dictamen 2525/2001, de 27 de septiembre de 2001).

Frente a lo anterior, en los casos en que no se prueba que se trate de especies protegidas no procede el otorgamiento de la protección especial. Tal es el caso de los perros asilvestrados, los cuales no generan una lesión por la que deba indemnizar la Administración puesto que *«el Consejo de Estado, a la vista de los hechos alegados y probados, estima que no concurren en el presente caso los requisitos exigidos por el artículo 12 de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza de Castilla y León y, en consecuencia, que no procede indemnizar a la reclamante por inexistencia de título imputable a la Administración Autónoma de la Junta de Castilla y León»* (Castilla y León: Dictamen 212/2001, de 22 de febrero de 2001).

En el caso de las cigüeñas, también su irrupción sorpresiva en una carretera puede motivar la causación de daños que no son indemnizables, acreditándose de modo indirecto en la fundamentación del supuesto que existe una carencia específica en relación a las especies protegidas o catalogadas: *«la petición debe desestimarse, ya que la solicitud del representante de ..., examinada desde el referido punto de vista, aunque no manifiestamente, carece de fundamento, pues el mero hecho de que se produzca un accidente en una carretera por impacto de un vehículo con un animal, no es de por sí título suficiente para exigir una indemnización, ya que “ad impossibilia nemo tenetur”. Las Administraciones Públicas no están en condiciones de vigilar la conducta de toda clase de animales por las vías públicas, y menos aún de constituirse en una entidad que, so capa de una omnimoda e irrefrenada extensión de las obligaciones del servicio público, conviertan a las Administraciones Públicas en una suerte de asegurador universal, que más bien garantice la indemnidad de los usuarios que el buen funcionamiento de un servicio, que consiste mucho más en tener las vías abiertas al tráfico que en precaver cualquier eventualidad en el tránsito, siempre arriesgado como consecuencia de la velocidad.»* (Castilla y León; Dictamen 378/2002, de 15 de febrero de 2002).

Para el caso del águila ratonera tampoco se halló un título de imputación claro, manifestándose *«Teniendo en cuenta los hechos descritos por el propio interesado en su reclamación, resulta que el daño trae causa del choque de su*

vehículo, por motivos fortuitos, con un ave rapaz. No se dan las circunstancias previstas en el artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León para que haya lugar a indemnización ninguna, puesto que el águila ratonera (*Buteo buteo*), no solo no es una pieza de caza, sino que está incluida entre las especies de interés especial en el catálogo nacional de especies amenazadas (Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo).

*El único fundamento, pues, para que pudiera procederse al resarcimiento de los daños sufridos por D. \*\*\*\*\* en su vehículo, podría ser la eventual existencia de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, por su competencia en la conservación de la carretera sobre la que se produjo el accidente. Pero no se da la necesaria relación de causalidad. Como indica la propuesta de resolución, la conservación de las carreteras no incluye la vigilancia del vuelo de las aves.»* (Castilla y León; Dictamen 1394/2002, de 4 de julio de 2002).

Respecto a las avutardas, resulta a veces difícil probar que en ellas –aunque especialmente protegidas– resida el daño (Castilla y León: Dictamen 3849/2000, de 1 de febrero de 2001):

*«En el presente caso, el interesado no ha probado que el daño padecido en sus cultivos, patente en las fotografías, se haya debido a la acción de las avutardas, ni tampoco que haya tenido la intensidad que alega (veinte por ciento del valor de la potencial cosecha). No sólo no se ha probado en origen, sino que, puesto en duda por el Jefe de la Sección de Espacios Naturales y Especies Protegidas que las avutardas hubiesen sido precisamente las causantes del daño, no ha acudido el interesado al trámite de audiencia, habiendo quedado, por tanto, sin justificar, la mencionada relación de causalidad. Lo que excusa entrar en el examen de si, además, la Junta de Castilla y León resultaría responsable de la acción de las avutardas (*Otis tarda*, especie catalogada como amenazada de interés especial) pues, al no existir la prueba necesaria, resulta imposible estimar la reclamación.»*

Los buitres también se encuentran presentes de modo continuado en la doctrina del Consejo de Estado sobre especies protegidas, hallándose vinculados a otros géneros de acción administrativa por su trascendencia en otras parte de la cadena alimentaria animal, bien que protegidos directamente por algunas Comunidades Autónomas y sin que pueda derivarse otro supuesto que el específico de responsabilidad: *«En resumen, no puede predicarse un resultado lesivo con fundamento en una actuación directamente residenciable en los referidos buitres (de los que, por ser animales protegidos, respondería la Junta de Castilla y León), por lo que procede desestimar la reclamación.»* (Castilla y León; Dictamen 324/2002, de 9 de febrero de 2002).

## **II. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEGISLACIÓN GENERAL.**

Sucedida la fase anterior por la aparición de la doctrina de los Consejos Consultivos autonómicos, el Consejo de Estado ha seguido examinando la cuestión más desde la óptica de la legislación general aplicable a todo el Estado (singularmente en los casos en que reviste la condición de legislación básica), sin perjuicio de algunos otros casos en que los enclaves en que se ha generado el daño siguen vinculados –de forma continua o hasta tiempo reciente– a la competencia de la Administración General del Estado.

Del modo indicado, sobre la propia noción de «especies protegidas» se realizaron aportaciones en el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Medioambiental (Dictamen 2627/2006, de 22 de febrero de 2007):

*«No se entiende bien por qué las “especies silvestres” se definen como las “protegidas por la legislación estatal o autonómica” para a continuación referirse “en particular” a “las especies protegidas por la normativa comunitaria”. Sería mejor que en la primera oración se hablara de las especies “protegidas por la legislación comunitaria, estatal, y autonómica”, añadiendo, quizá, “así como por los tratados internacionales en que España sea parte”. La justificación de este último inciso es que determinadas especies sólo encuentran protección en dichos tratados, y no en la normativa nacional ni en la comunitaria europea.»*

Muy interesantes consideraciones sobre el derecho de propiedad y especies protegidas se realizaron con ocasión del Dictamen del Consejo de Estado 913/2007 (de 17 de mayo de 2007) sobre el Anteproyecto de Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. En este caso, tras señalar que el anteproyecto es respetuoso con los límites que la conservación del medio natural puede suponer al derecho de propiedad, sin que plantee problemas de constitucionalidad la regulación de la utilidad pública a efectos de expropiaciones (párrafo segundo del artículo 4 del entonces proyecto) y del uso del tanteo y retracto (artículo 37) y que son constitucionales los límites que la planificación de los recursos (artículos 16.c), 27 y artículos específicos de cada categoría de espacio natural protegido) puede establecer al derecho de propiedad, entre otras cosas porque es relativamente reducido, como corresponde a un Estado social de derecho, el ámbito del derecho de propiedad delimitado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (principalmente en la STC 170/1989, que examinó la constitucionalidad de las limitaciones impuestas en la regulación por Ley de la Asamblea de la Comunidad de Madrid del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, y en la STC 28/1997, en el asunto relativo a las limitaciones establecidas en las Leyes del Parlamento de las Illes Balears 1/1984, de 14 de marzo, de ordenación y protección de áreas naturales de interés especial, y 3/1984, de 31 de mayo, de declaración de «Es Trenc-Salobrar de Campos» como área natural de especial interés). Continúa el dictamen señalando:

*«El que se haya mantenido en el texto la regulación de las áreas de influencia socioeconómica (artículo 36.2) obedece a la conveniencia de garantizar que se puede –y quizás debe– ir más allá de lo exigido legalmente como compensa-*

*ción por privación de propiedad en las posibles afecciones económicas que la protección de los espacios supone. Es de sobra conocida la práctica de las ayudas económicas de diverso tipo en las áreas de influencia de los Parques Nacionales, ahora en otra ley, mientras que en el derecho autonómico no ha hecho, ni mucho menos, un uso no ya generalizado sino ni siquiera mínimo de este precepto que sigue estando configurado como potestad de las Administraciones (“podrán establecerse”) y no como obligación. Al tratarse no de compensaciones sino de instrumentos de fomento cuya finalidad es reorientar la economía de la zona para que ésta se dote de un entramado económico más acorde con la finalidad última del uso del territorio (es decir, para potenciar la biodiversidad como mecanismo que en muchos casos puede ser proveedor de economías de alto rendimiento, tanto terciarias como primarias o secundarias –tecnologías verdes, agricultura tradicional o ecológica de alta calidad... etc.–), nada hay que objetar a que se mantengan estas ayudas como opción y no como derecho ya que son las Comunidades Autónomas, caso por caso, las que tienen que decidir qué instrumentos económicos son de utilización preferible (puro mercado, ayudas de la PAC, etiquetados, marcas de calidad... o ayudas directas de las previstas en este artículo).»*

Se realiza luego una reflexión sobre el hecho de que, frente a lo que hacía la Ley 4/1989, no se aborden por el proyecto aspectos garantísticos del derecho de propiedad que hoy en día, debido a la jurisprudencia constitucional y de legalidad ordinaria, están mucho más claros que en 1989, resultando que una lectura apresurada del texto puede, equivocadamente, dar la impresión de que el anteproyecto, en su conjunto, es excesivamente intervencionista.

*«Así, aunque en la práctica ello suele ser corriente hoy en día, nada se establece para la planificación de especies, cuando las indemnizaciones por daños derivados de la protección de predadores que son, a la vez, especies protegidas (como puede ser, por ejemplo, la limitación de los derechos de caza cuando estos están consolidados por su uso tradicional o las compensaciones por daños producidos por lobos) son totalmente usuales en la casi totalidad de las Comunidades Autónomas; y llama la atención el hecho de que, desconociéndose criterios internacionales que acentúan la conveniencia de utilizar mecanismos de acuerdos con los propietarios y usuarios de los espacios, no se prevea en ningún artículo el principio jurídico de que “se permitirán los acuerdos particulares y generales con los propietarios y usuarios de los espacios” para adquirir derechos consolidados (o dudosamente consolidados) e incluso como criterio inicial a tener en cuenta en la planificación y gestión de los espacios naturales protegidos (la Directiva Hábitats lo menciona expresamente como se recoge explícitamente, aunque sólo para la Red, en el artículo 43.1.b) del anteproyecto y la Directriz 3.1.e) del Real Decreto 1803/1999, de 26 de noviembre, por ejemplo, lo prevé con carácter general para la gestión de los Parques Nacionales).»*

Centrada la cuestión en tales términos, se realizan interesantes aportaciones sobre la materia:

*«Por ello, más por el silencio que acerca de estas cuestiones guarda el texto del anteproyecto que por lo que sí dice, podría considerarse la oportunidad de:*

*1) señalar que, como regla general, el mero sometimiento a comunicación, autorización y seguimiento y control de las actividades privadas en espacios protegidos o sus zonas de amortiguación no dará lugar a indemnización sin perjuicio de que en cada caso concreto proceda o no ésta;*

*2) reconocer que será indemnizable la privación, sin compensación alternativa, de los usos tradicionales, incluidos los derechos de caza y pesca consolidados por su uso tradicional, que pudiera producirse en casos concretos (la referencia al caso concreto y específico es esencial para la aplicación correcta de la doctrina del Tribunal Constitucional), cuando dichos usos en general estuvieran permitidos fuera del ámbito territorial afectado por la planificación no habiendo sido prohibidos con carácter general por normas internacionales, de Derecho comunitario europeo o por leyes o reglamentos generales –que es el mínimo de contenido del derecho de propiedad reconocido por el citado intérprete supremo de la Constitución–;*

*3) recoger que las limitaciones indemnizables de la propiedad por alteración de planeamiento o de cualquier otro tipo que en teoría podrían derivarse de los planes de ordenación de los recursos naturales (en adelante PORNs), y que sólo darán lugar al derecho a ser indemnizado, en su caso, con motivo de la emisión de los actos, normas o planes que lleven a la práctica dichos PORNs, y en función del caso concreto;*

*4) introducir algo similar a los criterios de los apartados 1) a 3) anteriores en la regulación que se hace de los planes de conservación o restauración de hábitats y de los planes de conservación o recuperación de especies amenazadas. En la práctica, como ya se ha dicho, viene aplicándose este criterio (indemnizaciones por daños emergentes –no el lucro cesante– que puedan presumirse o demostrarse como producidos por ejemplares de especies amenazadas sean o no predadores carnívoros, como pueden ser, por ejemplo, el caso anteriormente citado de las compensaciones por daños producidos por lobos donde éstos son especie amenazada o las compensaciones por daños producidos por grullas a las cosechas);*

*5) puede incluso considerarse la conveniencia de repetir cuanto se dice en la regulación de las áreas de influencia socioeconómica de los espacios naturales protegidos en la regulación de los planes de conservación o restauración de hábitats o planes de conservación o recuperación de especies amenazadas, en especial para las denominadas áreas críticas– y prever la posibilidad de establecer ayudas también para estos otros supuestos o, lo que sería más realista y de hecho se podría hacer de manera relativamente sistemática, el que se podrán concentrar preferentemente en los propietarios, agricultores y ganaderos en ámbitos territoriales afectados por los planes de hábitats o de especies*

*amenazadas las técnicas de fomento de economías alternativas típicas del desarrollo rural;*

*6) prever, también expresamente, que los acuerdos generales con propietarios y usuarios de los recursos naturales serán, en principio, de aplicación preferente en la planificación y en la gestión de los espacios protegidos y especies amenazadas, en especial en lo que a la adquisición de terrenos u otros derechos reales se refiere.*

*Todos ellos son principios que el Derecho comparado ha encontrado de gran utilidad para aliviar las reclamaciones que, al amparo del derecho de propiedad, se realizan sin base jurídica suficiente pero con riesgo de ser aceptadas por los tribunales dada la equidad de fondo a que a veces responden al crearse situaciones sociales (aunque no jurídicamente relevantes) de desigualdad.*

*Ello podría hacerse en un artículo introductorio o, respectivamente, en los artículos 16 (PORNs), 25 (para las estrategias y planes de hábitats), 54.2 y/o 55 (para los planes y estrategias de especies amenazadas) y 27 (acuerdos generales para la gestión de espacios naturales protegidos) y/o 37 (si se quiere limitar sus efectos a la adquisición de terreno o derechos reales, como hace la citada Directriz). El principio de vinculación de la propiedad a los fines sociales que supone la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad sin perjuicio del derecho a indemnización por la privación de los usos tradicionales, si no se hubiera establecido compensaciones individuales o generales alternativas, podría incluirse en el artículo 4.*

*En cualquier caso, son sugerencias de mejora que pueden ser consideradas cada una de ellas en virtud de su propia naturaleza y que no necesitan ser acogidas en su conjunto. Lo que sí sería importante, tanto si se incorporan al anteproyecto algunas de las más generales como si no, es que la exposición de motivos expresamente señale que la ley no trata de innovar ni de ampliar la delimitación legal del derecho de propiedad sino de plasmar en la ley lo que el Tribunal Constitucional ha venido configurando como su contenido en esta materia.»*

Nuevamente se vuelve sobre el propio concepto de «*especies protegidas*» con ocasión del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Dictamen 1404/2009, de 29 de octubre de 2009):

*«Se debe corregir en el Anteproyecto la mención que contiene su artículo 334.1 a las “especies amenazadas”. Esta denominación, propia de nuestro ordenamiento, no se corresponde con la empleada en la Directiva, que en sus artículos 2.b) (Definiciones) y 3.f) (Delitos) trata de las “especies protegidas de fauna o flora silvestres”, ni tiene su misma extensión. El Consejo de Estado considera que la adecuada transposición de la mencionada norma comunita-*

*ria pasa por la correcta delimitación del ámbito de aplicación de esta figura, por lo que quizá sería preferible que el Código Penal contuviera, en este punto, una remisión a los anexos mencionados en el artículo 2 de la Directiva.»*

### III. LOS CASOS SINGULARES QUE SE SIGUEN EXAMINANDO.

Con posterioridad a la asunción de las competencias consultivas respecto a los animales protegidos por parte de cada uno de los Consejos Consultivos (con la excepción de Cantabria, que sigue consultando al Consejo de Estado por no haber creado un órgano consultivo autonómico), ha disminuido sensiblemente el número de consultas relativo a este tipo de supuestos, habiéndose previsto regulaciones singulares que han venido a colmar tales lagunas anteriores (al menos en parte), haciéndose eco de ellas el Consejo de Estado con ocasión de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de partes del dominio público (por ejemplo las autovías y autopistas que le siguen atribuidas en responsabilidad). Es el caso del Dictamen 1216/2011, de 21 de julio de 2011:

*«En modo alguno queda acreditado que pudiera haberse tratado de un accidente causado por un animal de especie protegida, como es el oso (en cuyo caso habría de estar al régimen derivado de la especial protección de estas especies de animales conforme al artículo 12 de la Directiva 92/43/CE y el sistema dispuesto actualmente por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, y el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre). Tal y como resulta de las actuaciones practicadas, el animal que pudo ocasionar el accidente habría sido o un corzo o un jabalí, especie abundante en la zona. De haberse podido tratar de un oso, en tanto que especie protegida, habría constancia de ello, en razón de la protección de que son objeto y del debido cumplimiento de los deberes públicos al respecto. Por esta razón ha de estar a la apreciación manifestada por el órgano autonómico competente para dicha protección, y en consecuencia entender que el accidente se habría ocasionado por uno de los animales habituales en la zona, no un oso.»*

Madrid, 12 de mayo de 2014

# COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA

**Isabel Pont Castejón**

*Miembro de la Comisión Jurídica Asesora*

## Sumario:

- I. LAS RECLAMACIONES OBJETO DE DICTAMEN EN EL PERIODO 2000-2007.**
  - a) Existencia de norma sectorial.**
  - b) Las especies objeto de protección en los dictámenes de la Comisión.**
  - c) La vinculación entre especies protegidas y espacios objeto de protección especial.**
  - d) Acreditación del daño e imputabilidad a la Administración. La relevancia de las actuaciones de la Administración y del reclamante en el examen del nexo causal.**
  - e) Régimen jurídico general aplicable a la responsabilidad patrimonial de la Administración vs. Previsión específica en norma sectorial.**
- II. EL PERIODO A PARTIR DE 2007.**

Son diversos los dictámenes en los que la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya ha tenido que pronunciarse sobre la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración por daños originados a causa de la convivencia entre especies que son objeto de protección especial y la actividad humana. En base a la función dictaminadora que la Comisión ejerce sobre las Reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ha ido generándose un cuerpo doctrinal del que a continuación se dará cuenta. Debe advertirse sin embargo que los pronunciamientos a los que se aludirá se producen básicamente a partir del año 2000 y que desaparecen totalmente llegado el año 2007. La aprobación de normas que tenían precisamente por objeto la materia referida, unida al hecho de que la Comisión actualmente interviene únicamente emitiendo su parecer preceptivamente sobre reclamaciones por cuantía igual o superior a 50.000 euros (artículo 5.3 a) Ley 5/2005, de 2 de mayo) explican seguramente la inexistencia de dictámenes recientes de este órgano consultivo. No significa en ningún caso la ausencia de reclamaciones de esta índole, que todo indicaría que son ahora resueltas directamente por parte la Administración catalana. De todos modos, por las razones que también se

expondrán, se considera que todavía tiene sentido concretar cuál ha sido la doctrina de la Comisión y cuáles han sido sus diversos matices.

## **I. LAS RECLAMACIONES OBJETO DE DICTAMEN EN EL PERIODO 2000-2007.**

### **a) Existencia de norma sectorial.**

Tal como ya estableció en su día el dictamen 367/03 «*en supuestos particulares, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene especificada por razón de las peculiaridades en la causación del daño*». La peculiaridad detectada entonces consistía en la causación de daños no sobre especies sobre las que se había declarado que merecían ser preservadas de su extinción (daños que, como es sabido, son objeto de especial atención desde la Directiva de responsabilidad ambiental y las normas que la transponen y desarrollan<sup>1</sup>) sino que se refería a que los daños sobre los que se dictaminaba habían sido causados al reclamante o a sus bienes precisamente por parte de aquellas especies. A tales efectos, la Comisión ya precisó en aquel momento que el dictamen, como buena parte de los que posteriormente fueron emitidos, se enmarcaba necesariamente en la previsión contenida en el artículo 9.3 de la Ley catalana 12/1985, de 13 de junio, de Espacios Naturales, desde donde se declara que «*los posibles daños causados por especies animales protegidas en bienes privados pueden ser objeto de indemnización siempre que sean debidamente justificados y no imputables, directa o indirectamente, a acciones u omisiones previas a la producción del daño de quien lo reciba o de terceros*».

Son varios los dictámenes de la Comisión que han ido desgranando el sentido y alcance de los requisitos mencionados en tal precepto y precisando y resolviendo las singulares cuestiones que iban siendo planteadas. Los perjuicios por los que se ha reclamado consistían en daños a vehículos al irrumpir especies en la calzada, daños a cultivos, limitaciones impuestas a agricultores, daños a viviendas...

### **b) Las especies objeto de protección en los dictámenes de la Comisión.**

La Comisión ha analizado en sus dictámenes a qué concretas especies protegidas se asignaba por el reclamante el daño objeto de su reclamación. Ha considerado singularmente relevante que hubiesen sido explícitamente designadas como especies objeto de protección por parte del legislador o de la Administración catalana. Concretamente, se trata de las especies siguientes:

-Dictamen 367/03, picot garser petit (pico menor, *Dendrocopos minor*) y, núm. 41/04, picot verd pájaro carpintero Picidae (*Picus viridis*). Ambas eran consideradas especies protegidas de la fauna salvaje autóctona por la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de protección de los animales (actualmente, por el Decreto legislativo 2/2008 de 15 de abril).

---

<sup>1</sup> Art. 2.1a) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

-Dictamen 86/04, cigonya (cigüeña común, *Ciconia ciconia*), y Dictamen 220/04, flamenc (flamenco, *Phoenicopterus roseus*) especies ambas protegidas por la Ley 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales (actualmente, por el Decreto legislativo 2/2008 de 15 de abril).

-Dictamen 221/04, polla blava (Calamón común Rallidae, *Porphyrio porphyrio*) actualmente protegida desde el Decreto legislativo 2/2008 de 15 de abril.

-Dictámenes 357, 358, 359, 374, 375, 376 de 2014, relativos al esparver cendros, arpella cendrosa o arpellot cendrós (aguilucho cenizo cenizo Accipitridae, *Circus pygargus*) actualmente protegido desde el Decreto legislativo 2/2008 de 15 de abril pero previamente objeto de alusión directa por parte del Decreto 123/1987, de 12 de marzo. En aquella norma, que declaraba, entre otras, la reserva natural parcial de Mas de Melons para la protección de especies animales en peligro de desaparición en Catalunya, fueron establecidas medidas de protección que permitirían proteger su nidificación.

-También se ha atendido en el Dictamen 92/00 a daños eventualmente producidos por el cabirol corzo, *capreolus capreolus*), constatándose en tal pronunciamiento que esta especie estaba siendo objeto de reintroducción en un espacio natural de protección especial de la Comunidad Autónoma.

-Por último, en los Dictámenes 72/03, 90/04, 165 a 169/05 la especie causante de los daños era el porc senglar (jabalí, *Sus scrofa*), que no es especie protegida. La Comisión ha desestimado tales reclamaciones.

En el análisis de los daños ocasionados por parte de las especies protegidas mencionadas (objeto de dictamen) la Comisión no ha discriminado ni atendido al hecho de si la protección ofrecida a la especie en cuestión por parte de la legislación en cada momento vigente era de mayor o menor intensidad (especies protegidas de la fauna salvaje autóctona, en peligro de extinción, vulnerables, de interés especial.). La constatación de que la especie concreta estaba siendo objeto de protección por una norma o plan sectorial ha sido suficiente a los efectos pretendidos<sup>2</sup>. Tampoco ha diferenciado la Comisión sobre los eventuales efectos que podría tener sobre la estimación de la responsabilidad el hecho de que la protección de la especie había sido decidida en el ámbito catalán o por el contrario, cuando su protección ya había sido previamente contemplada y exigida desde otras normas de ámbi-

---

<sup>2</sup> Este automatismo no es exclusivo de la interpretación que se ha realizado en la Comunidad Autónoma de Catalunya. Un ejemplo reciente de estas características se explica en fecha 27 de marzo de 2014 como noticia en la web del Gobierno de Holanda. La declaración del lobo como especie protegida abre el camino para que un Fondo de compensación (Wildlife Compensation Fund) cubra directamente cualquier daño que puedan causar estas especies. De todos modos, nótese que los Estados de la Unión Europea, en relación a daños que pueden considerarse del todo asimilables, aplican instrumentos jurídicos que ofrecen soluciones bien distintas, como ya demostró en su día el resultado del proyecto LIFE *Compensation for damage caused by bears and wolves in the European Union European Commission*, DG ENV (LIFE Unit), 1999.

to territorial más amplio (convenios internacionales, directivas europeas o instrumentos jurídicos de carácter estatal)<sup>3</sup>

**c) La vinculación entre especies protegidas y espacios objeto de protección especial.**

La mayoría de reclamaciones planteadas a la Comisión se han referido a daños sufridos en el interior de espacios que habían sido declarados objeto de protección especial. También se ha dictaminado sobre daños producidos en zonas próximas a tales espacios por parte de especies protegidas procedentes de aquellos.

Tanto es así que en alguno de los pronunciamientos emitidos la Comisión ha entendido que esta tipología de daños se enmarcaban en el funcionamiento de un servicio público, interpretando que la Administración presta, por ejemplo, a través de la figura del parque natural, un servicio que consiste (en ocasiones) en reintroducir una población viable de una especie ya extinguida en la zona. Esta actuación (en aquel supuesto relacionada con el cabirol) la Comisión ha declarado que se insería en un conjunto más amplio de actuaciones públicas destinadas a preservar y a recuperar la biodiversidad del Parque Natural. En aquel caso, la colisión del vehículo del reclamante en el interior del Parque Natural de la Zona Volcánica de la Garrotxa con un ejemplar de la especie que era objeto de reintroducción se consideró que era consecuencia directa de la prestación de servicio público y se trató como responsabilidad de carácter objetivo (Dictamen 92/00). La Comisión ha considerado relevante el hecho de que la Administración a la que se reclama sea la encargada de la gestión del Parque natural entendiendo también que en ese caso es también la titular y responsable de los animales que se encuentran en tal lugar. Interpreta que su responsabilidad ha de extenderse a los daños que causen tales animales a persona o bienes, en el sentido expresado por el artículo 1905 del Código Civil.

La ubicación en el interior del espacio natural afectado por los daños que están siendo reclamados también ha sido parte de la fundamentación en su día adoptada por los dictámenes 357/04, 358/04, 359/04 374, 375, 376/04. En todos ellos se decidió que era procedente estimar la reclamación porque las limitaciones impuestas a cultivos para evitar daños al esparver cendrós se producían todas ellas en zona declarada como reserva natural parcial (Mas de Melons) por parte del Decreto 123/1987, de 12 de marzo.

En el dictamen 367/03 la Comisión hubo de pronunciarse sobre un caso en que los bienes del reclamante que padecía el daño estaban ubicados precisamente en una zona protegida, pero en una zona en la que se remarcaba que abundaban las especies protegidas causantes del daño. Por tanto, tuvo que dictaminar sobre la relevan-

---

<sup>3</sup> Consideraciones de esta índole pueden fundamentar la desestimación de la responsabilidad de la Administración a la que se reclama. Ejemplos de ello fueron los Dictámenes 945/97 y 2657/2001 del Consejo de Estado, 372/2000 del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana y 534/2006 del Consejo Jurídico de Castilla-León.

cia que eventualmente había de darse en este contexto al hecho de que en aquella localización las especies se encontraban, por tanto, en su hábitat natural. La Administración había puesto especial énfasis en este aspecto, fundamentando que la obligación de respetar especies protegidas constituía un deber impuesto de forma general a todos, independientemente de que afectase a bienes y derechos, es decir, que operaba sin distinguir la situación individualizada del bien o derecho del afectado. Pues bien, en su pronunciamiento, la Comisión Jurídica Asesora respondió, en doctrina posteriormente afianzada en ulteriores dictámenes (por ej. 41/04) que una cosa es que se deba «*respetar y proteger la especie protegida*» que en puridad es cierto que constituye un deber impuesto con carácter general a todos, pero que otra bien distinta, es que propietarios como el que en aquel caso había sido dañado hubiera de sufrir los daños que provocaban las especies protegidas. Concluyó que había de ser indemnizado, según establece el artículo 9.3 de la Ley 12/1985, de 13 de junio, por parte de la Administración. La Comisión consideró, en tal dictamen, que no procedía exonerar a la Administración de los daños provocados por el picot garser petit a la plantación de chopos del reclamante simplemente por la circunstancia de que los bienes dañados estuviesen situados en un espacio que era y es hábitat natural para el ave mencionada. Mantener tal argumentación supondría, de acuerdo con la Comisión, que ningún daño provocado por un animal protegido en su propio hábitat podría llegar a ser nunca objeto de reparación, entendiendo que una consecuencia de tal calado era del todo irrazonable. Aun con ello, la Comisión matizó también que los propietarios han de tomar todas las medidas adecuadas y posibles para evitar el daño. Interpretaba así que el repetidamente aludido artículo 9.3 de la Ley 12/1985, de 13 de junio, se movía precisamente en esa concreta dirección cuando expresamente aludía a que no han de ser objeto de indemnización los daños imputables a omisiones previas a la producción del daño que se reciba.

Como ya se ha avanzado, la Comisión reitera este pronunciamiento en el dictamen 41/04. En tal supuesto el daño había sido ocasionado por parte del picot *verd* a las mamparas o biombos de madera protectores de las puertas y ventanas de la vivienda del reclamante en el municipio de Bellver. La Administración postulaba de nuevo que la obligación de respeto a las especies incumbía a todos y reiteraba que la especie en cuestión se encontraba precisamente en su hábitat natural y, por tanto, que los titulares de los bienes ubicados en la zona eran quienes debían efectuar controles adecuados para evitar cualquier acontecimiento dañosos. Argumentaba la Administración que solo debería estimarse la reclamación en el caso que al reclamante le fuesen impuestas determinadas medidas adicionales o que le hubiesen estado específicamente prohibidas algunas actuaciones. La Comisión, en igual sentido que el expuesto en el dictamen 367/03, entendió, por iguales razones que las mencionadas hace un instante, que sí que procedía estimar la reclamación.

En el dictamen 220/04 el pronunciamiento se refiere precisamente a daños efectuados por especies protegidas, pero en este supuesto estamos ante de especies que proceden de un espacio natural objeto de protección. Así, tratándose de daños producidos por flamencos que se había declarado que procedían del Parque Natural del Delta de l'Ebre y que dañaron unos cultivos del reclamante, la Comisión estimó

asimismo la reclamación y afirmó, siguiendo la doctrina anterior, que: «a la Administración autonómica corresponde la gestión de este área sometida a reglamentación especial, el cuidado de las aves protegidas y la prevención de los daños que estas pueden causar».

En el dictamen 221/04 también la especie causante del daño (*polla blava*) procedía de las reservas y refugios de aquel Parque Natural. En el dictamen se hace referencia de nuevo al 9.3 de la Ley catalana 12/1985, de 13 de junio, de Espacios naturales, afirmándose que: «Y es que, en definitiva, la protección de especies animales, desde la perspectiva de la Administración, implica el funcionamiento de un servicio público, en sentido amplio, y casi coincide con el de toda la actividad administrativa, que le ha dado la jurisprudencia». El mismo parecer se reproduce posteriormente en los dictámenes 357, 358, 359, 374, 375, 376/04 relacionados con el *esparver cendros*.

Es singular el supuesto objeto del dictamen 86/04. En este caso el daño por el que se reclamaba se refería a la caída de un nido de cigüeña, especie también objeto de protección, como se ha señalado. La Comisión alude de nuevo en su pronunciamiento a la circunstancia de que el nido se encuentra en lo alto de un campanario, en el seno de una población. En dictamen también de carácter estimatorio reconoció que «Debe tenerse en cuenta que la peculiar ubicación de los nidos de cigüeñas sobre unas superficies elevadas (normalmente campanarios) conlleva un riesgo adicional que no es fácilmente controlable por la Administración medioambiental, ni siquiera en condiciones atmosféricas ordinarias. Los daños derivados de la caída de un nido pueden provenir de causas, no sólo de carácter extrínseco (mal tiempo, mal estado del campanario), sino también de carácter intrínseco (del ave misma). Y aún más, el mismo nido –sin que llegue a caer– puede causar daños a los propietarios de los lugares que ocupa, como suciedad o mal olor, por ser su hábitat natural de obligada preservación».

En aquel caso la Comisión afirmó también que «Desde la perspectiva del marco normativo citado se puede inferir, por tanto, que al efecto de responsabilidad patrimonial, el servicio público el funcionamiento del cual se cuestiona, residen la obligación de la Administración medioambiental de permitir la reproducción, el descanso y la nidificación de esta especie, en el régimen de vida en libertad propio de su condición de ave salvaje y de preservar el hábitat natural. Y también se indica que: «además, debe tenerse en cuenta que el elemento teleológico del servicio público en cuestión debe ser situado en la obligación que recae sobre la administración de evitar, en definitiva, la extinción del ave protegida y, en consecuencia, en el deber de favorecer su hábitat natural».

La *ratio decidendi* en los dictámenes 165 a 169/05 de la Comisión, todos ellos relativos a reclamaciones de daños ocasionados por porc senglar –además de atender a que no es esta una especie protegida– remarcaba especialmente que el daño por el que se reclamaba no se produjo en el radio de un espacio natural protegido. La legislación de aplicación era la legislación de caza, resaltaba la Comisión porque el

daño se producía en zona de aprovechamiento cinegético común cuyo titular, por lo demás, era una empresa eléctrica. La Comisión insiste en tal dictamen en que no constaba que la Administración fuese titular del espacio ni que, en consecuencia, tuviese encomendada ninguna tarea de gestión ni de control de aquel. Tampoco intervenía en su gestión cinegética. Además, podía acreditarse que la Administración, con objeto de evitar daños, ya había promovido batidas, cacerías, instalado repelentes, vallado terrenos para poder controlar las poblaciones, aunque sin resultados efectivos. En una dirección similar se mueve la decisión que se adopta en la sentencia 1014/2013 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. En la reclamación se alegaba que desde hacía tiempo los patos procedentes del espacio natural protegido «El Remolar» dañaban los cultivos del recurrente. La sentencia fundamenta la desestimación del recurso afirmando que, además de no conocerse ni acreditarse su procedencia, los patos reales no constituyen especies protegidas ni han sido objeto de reintroducción por parte de la Administración en aquella área. Tampoco precisan vivir en zonas protegidas. Además la Sala considera que la Administración ha podido probar que ha realizado algunas actuaciones tendentes a evitar perjuicios, tales como otorgar permisos excepcionales de caza, limpiar marismas. Se concluye por tales razones que no concurre la necesaria causalidad, que el daño no es antijurídico, que tampoco se acredita una conducta omisiva de la Administración y que todo indicaría que su actuación había sido del todo proporcionada y razonable.

Se observa por tanto, que la mayoría de reclamaciones planteadas a la Comisión se han referido a daños sufridos por quien reclamaba en el interior de espacios objeto de protección especial o en sus cercanías. No ha sido relevante para el pronunciamiento la concreta tipología de espacio de protección especial concernida, ni la titularidad pública o privada de los terrenos que integraban tal espacio, ni cuál era el órgano de gestión o su composición. Tampoco ha sido significativo, como ha podido constatarse, que el daño sobre el que se dictaminaba hubiese sido ocasionado en zona que constituía en puridad el hábitat natural para la especie objeto de protección.

**d) Acreditación del daño e imputabilidad a la Administración. La relevancia de las actuaciones de la Administración y del reclamante en el examen del nexo causal.**

En los dictámenes referidos aquel que reclamaba ha tenido que probar que sufría un daño que había sido causado por una especie protegida. Ha sido a menudo también relevante para imputar el daño a la Administración que se dedujese el animal procedía de un espacio natural de protección especial. Ante las dificultades de acreditación precisa, tan comunes en estos eventos, se observa que la Comisión ha otorgado especial consideración a las afirmaciones o declaraciones vertidas en el procedimiento por parte de representantes de los órganos gestores del espacio natural en cuestión o por parte de la propia Administración con competencias sectoriales. Así, ha sido suficiente a efectos de justificación de que el daño se había causado por una especie protegida el que los servicios de la propia Administración considerasen que

era probable que la causa del daño fuese precisamente la que estaba siendo declarada por parte del reclamante (Dictamen 41/04). La Comisión ha considerado suficientemente acreditado que el daño se había producido por una especie protegida cuando, en un supuesto de colisión de un automóvil con un cabirol, resulta que el concreto ejemplar se constató que ni había sido marcado por la Administración, que no se podía probar tampoco el punto concreto en que el accidente se había producido, y que faltaba asimismo el correspondiente atestado policial puesto que la especie, una vez atropellada, había sido trasladada por el propio conductor a su domicilio, desde donde fue posteriormente recogida. Este órgano consultivo consideró en tal ocasión que concurrían indicios suficientes para entender que el accidente había sucedido del modo que estaba siendo indicado por el reclamante y para entender también que la especie protegida o bien procedía del espacio natural protegido o bien había que entender que se trataba de un ejemplar que se había introducido en el parque desde una zona cercana a este y que, por tanto, podía tratarse de un ejemplar joven y todavía sin identificar (Dictamen 92/00). Ante las dificultades de acreditación del daño y su causalidad, la aportación por parte de quien reclama de un informe pericial y la factura de la reparación de vehículo también se ha considerado suficiente (Dictamen 86/04).

Se constata también que la Comisión, en los diversos dictámenes, ha prestado especial atención a las circunstancias que concurrían en el supuesto concreto y ha analizado especialmente qué concretas actuaciones había llevado a cabo la Administración y cuales había realizado aquel que reclamaba.

-Con respecto a la Administración, debe volverse de nuevo la vista al dictamen 41/04. En él se constata que la ausencia de actuación administrativa es determinante para pronunciarse en sentido estimatorio. La Comisión, para establecer si estábamos o no ante una lesión, preconizaba también en este caso que se llevase a cabo un examen caso a caso. Una vez analizada la actividad de la Administración y la del propio particular concluye que, *«Dependerá de la actividad de la propia Administración (que no puede permanecer pasiva respecto a medidas que, además de proteger las especies, eviten que causen daños) y de la actividad de los particulares (que deberán utilizar los medios admitidos por la legislación de protección para evitar los daños). En el caso que nos ocupa la Administración activa no ha acreditado ningún tipo de actividad orientada a impedir daños como los que ha sufrido el reclamante, y éste sí que ha probado la aplicación de los medios legales a su alcance para impedirlos. En consecuencia, procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial»*.

En ocasiones ha apuntado la Comisión que son las características propias de la concreta especie de la que deriva el daño las que ya podrán ya ofrecernos ciertas pistas de lo que debiera o no debiera hacerse, partiéndose por tanto de que no toda actuación puede ser exigible a la Administración a la que se reclama. Así, en el dictamen 86/04, relativo a la caída del nido de cigüeñas, la Comisión, en relación a la Administración afirmaba que: *«la singularidad que presenta la cigüeña, en cuanto a su hábitat, no nos debe llevar a interpretar que existe una obligación de mantener y*

*atender directamente todos los nidos de cigüeñas, uno por uno, ya que existe una imposibilidad física de efectuar una actuación administrativa de este orden».*

De otro lado, las actuaciones que debieron llevarse a cabo por parte de quien padecía el daño, se observa que han sido objeto de fundamentación en el dictamen 367/03. En este supuesto la reclamación sobre la que se dictaminaba era por daños a una plantación de chopos jóvenes ocasionados por una especie protegida. La Comisión interpretó que el artículo 9.3 de la Ley catalana mencionada, cuando alude a las omisiones, debe interpretarse en el sentido de que se refiere necesariamente a la falta de acciones que habrían podido adoptar el reclamante y no a la falta de acciones que no es posible realizar de forma razonable. Por tal razón la Comisión decidió que *«no sería razonable esperar para que no haya omisión del interesado que el propietario de los chopos los tenga que proteger cubriéndolos totalmente con una sustancia impermeable, con una tela o tejido o de otra manera para evitar que en ningún momento puedan ser afectados por el picot garser»*. Eso le llevo a concluir que en tal supuesto no concurría la causa omisiva exonerativa a que hace referencia específica al art. 9.3 de la ley, y por tanto, que era procedente estimar la reclamación solicitada.

También en el dictamen 220/04 se abunda en la consideración de que el reclamante no podía permanecer pasivo ni hacer caso omiso a las sugerencias y advertencias de la Administración. En aquel momento se reclamaba por perjuicios producidos por unos flamencos en cultivos ubicados en un Parque Natural. La falta de actuación de quien ahora alega el daño, de acuerdo con nuestro órgano consultivo, fue determinante para desestimar la reclamación. Pese a que se acreditase que la recolección de arroz en la finca se había visto negativamente afectada por los flamencos, se constató también que las medidas que podían haber sido adecuadas para evitar los no habían sido adoptadas. Se trataba de medidas expresamente sugeridas por el órgano gestor del Parque Natural y expresamente rechazadas por quien posteriormente reclamaba. Además, la Comisión considero que el expediente acreditaba adecuadamente que desde la Administración se proveyó, en cuanto fueron solicitados, de los dispositivos adecuados para espantar las aves.

**e) Régimen jurídico general aplicable a la responsabilidad patrimonial de la Administración vs. Previsión específica en norma sectorial.**

Constituye también este un aspecto sobre el que se ha pronunciado la Comisión. Y que se origina por causa de la previsión específica contenida en el artículo 9.3 de la Ley catalana 12/1985, de 13 de junio, de Espacios naturales, desde donde se declara, como se ha dicho, que *«los posibles daños causados por especies animales protegidas en bienes privados pueden ser objeto de indemnización siempre que sean debidamente justificados y no imputables, directa o indirectamente, a acciones u omisiones previas a la producción del daño de quien lo reciba o de terceros»*.

Se trata por tanto de determinar qué relevancia se ha otorgado a tal mención en la doctrina de la Comisión. Pues, bien, en el dictamen 41/04 este órgano consul-

tivo ha afirmado que lo dispuesto en el art. 9.3 de la Ley 12/1985 *«no hace sino aplicar a un caso concreto los principios institucionales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Publicas»*. Y esa consideración le lleva a afirmar que no todo daño es automáticamente indemnizable y que por tanto, debe necesariamente analizarse caso a caso para discernir si estamos ante una lesión, es decir ante un daño que no se tenga el deber de soportar. La Comisión interpreta, como ya ha sido avanzado, que debe necesariamente atenderse a las circunstancias presentes, y más concretamente, observar cual ha sido la actividad de la Administración y cuál ha sido la de los propios particulares reclamantes. Y se afirma al respecto que, *«Efectivamente, todas las personas deben respetar las especies protegidas y este es un deber impuesto con carácter general. Pero no todas las personas sufren daños como consecuencia de este hecho. El problema se desplaza por tanto a determinar si todas las personas que sufren aquellos daños deben ser indemnizadas. Y la respuesta es clara. Deberán ser reparados los daños antijurídicos, es decir los constitutivos de “lesión” en sentido técnico, que son aquellos que el interesado no tiene el deber de soportar. Y para tal fin será necesario un discernimiento caso a caso y por tan, obliga a atender, como se verá, a cual ha sido la actividad de la Administración y la del propio particular»*.

También en el dictamen 86/04 se abunda en esta dirección y se tienen también presentes las características concretas que concurren en la especie causante del daño. En este pronunciamiento se declaraba que *«una vez producido los daños a los particulares en un supuesto como el que nos ocupa, la Administración debe responder basándose en el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, que incluye los daños derivados del funcionamiento normal del servicio público, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC y del artículo 9.3 de la Ley 12/1985, de 13 de junio, al no concurrir, como en este caso, causas de exoneración de la responsabilidad que hagan decaer la obligación indemnizar. En consecuencia, pues, en este caso concreto la valoración jurídica de los hechos nos permite determinar que el origen de los daños fue una cigüeña, especie salvaje protegida, lo cual nos lleva a concluir, en aplicación del artículo 9.3 de la Ley 12 / 1985, de 13 de junio, que corresponde a la Administración medioambiental la obligación de indemnizar el particular que ha sufrido los daños»*.

Por su parte, en el dictamen 221/04 vuelve aparecer la relación entre lo dispuesto en el régimen jurídico general aplicable a la responsabilidad patrimonial de la Administración y aquello que literalmente se prescribe por parte del artículo 9.3 de la Ley 12/1985 de Espacios Naturales. La Comisión, después de reproducir el contenido del precepto de la ley catalana dice: *«Y es que, en definitiva, la protección de especies animales, desde la perspectiva de la Administración, implica el funcionamiento de un servicio público, en sentido amplio, y casi coincide con el de toda la actividad administrativa que le dado la jurisprudencia. y cuando el hecho de esta protección causa unos daños, como consecuencia de que no se pueden utilizar unos medios (frente a la especie causante del daño, se entiende) que se podrían utilizar si no existiera tal protección legal, es necesario indemnizarlos, siempre que el nexo causal no se rompa o debilite a consecuencia de los hechos de la misma víctima o de*

*terceros. La norma de la Ley de espacios naturales, pues, no es más que una aplicación explícita y para un supuesto determinado de los principios generales que rigen la responsabilidad patrimonial».*

En los dictámenes 357/04, 358 y 359, tal como nos hemos referido, el caso también era singular. Los agricultores, como se ha dicho, habían visto limitada su actividad porque en la zona cultivada donde nidificaba la especie de *esparver cen-dros*. El objetivo perseguido era el de que dejaran de segar en un espacio de media hectárea alrededor de los nidos de esta especie, para de esta forma proteger su hábitat. La Comisión, estimando la reclamación, afirma que en este caso *«Se trata de una situación peculiar, con una evidente dimensión convencional, ya que la protección preceptiva del aguilucho cenizo, en todos aquellos supuestos que no se ajusten a los límites del Decreto 123/1987, de 12 de marzo, deberán regirse por el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, que también prevé la indemnización en caso de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar, «cuando así lo establezcan los mismos actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos».*

## II. EL PERIODO A PARTIR DE 2007.

El año 2007 fue singularmente relevante a efectos del tema que nos ocupa porque fue aprobado el Decreto 176/2007, de 31 de julio, regulador de los procedimientos de compensación de daños y perjuicios causados a la agricultura y la ganadería por especies animales protegidas de la fauna salvaje autóctona. En su elaboración pesaba la casuística que ofrecían las múltiples reclamaciones presentadas a la Generalitat de Catalunya en los años anteriores. Ya se dio oportuna cuenta del contenido del mencionado Decreto en el núm. 9 de esta misma revista<sup>4</sup>.

En resumen, de modo similar al que había sido adoptado por parte de otras Comunidades Autónomas, se procedía a partir de entonces a aprobar una norma singular desde la que se establecía un procedimiento específico para la materia, adoptándose concretas formulas compensatorias para este tipo de reclamaciones, ofreciéndose un baremo y listando además cuales serían las concretas especies protegidas que podrían fundamentar la solicitud de compensación. Respecto a estas últimas, nótese que se trataba precisamente de aquellas concretas especies que se había probado que ocasionaban la mayor parte de daños a bienes privados, y más concretamente, daños a la agricultura y ganadería intensiva<sup>5</sup>.

---

4 Revista Española de la Función Consultiva núm. 9, enero-junio (2009), págs. 185-188.

5 El establecimiento de un mecanismo singular de compensación para resolver problemáticas que pueden originar las especies protegidas y que afectan más intensamente a determinadas actividades o zonas es un modelo de los diversos que son utilizados en el derecho comparado y cuya implantación ha tenido resultados no del todo uniformes, tal como nos da cuenta Nyhus, P. J., S. A. Osofsky, P. Ferraro, F. Madden, and H. Fischer. 2005. *Bearing the cost of human-wildlife conflict: The challenges of compensation schemes*. In R. Woodroffe, S. Thirgood and A. Rabinowitz (Eds.). *People and wildlife: Conflict or coexistence?*, págs. 107-121. Cambridge University Press, Cambridge, UK.

Hace pocos días ha sido aprobada la Orden AAM/147/2014, de 8 de mayo, de modificación de los anexos del Decreto 176/2007. Se han actualizado las cuantías de las compensaciones que pueden ser otorgadas y también las especies que posibilitan la utilización de este mecanismo de compensación, habilitado únicamente para cuando se provocan daños o se imponen limitaciones a explotaciones ganaderas y agrícolas. Por comparación al amplio anexo de especies protegidas de la fauna salvaje autóctona contenido en la Ley 22/2003, de 4 de julio, se observa que solo han sido extraídas, a efectos de que pueda utilizarse este mecanismo de compensación, los daños ocasionados por las siguientes especies: oso pardo, lince, azor, gavián, águila real, águila perdicera, buitre común, flamenco, calamón común, cururca capirotada, aguilucho cenizo, aguilucho lagunero, aguilucho pálido, alcaudón chico, ganga ortega, sisón y ganga común. También se adicionan dos especies adicionales: el lobo y el cuervo.

La Comisión, en dictamen emitido sobre el proyecto de Decreto 176/2007 ya apuntaba que *«El Proyecto de Decreto regula básicamente dos aspectos distintos que responden a dos situaciones también diferentes. Una, que deriva de los daños que las especies protegidas pueden producir a la ganadería ya la agricultura, y la otra, que deriva de las limitaciones impuestas a los agricultores para no perturbar las nidificación de las aves protegidas»*. Pero la Comisión remarca que el procedimiento que está siendo regulado no es en ningún caso sustitutivo del propio de la responsabilidad patrimonial, afirmando concretamente que *«Esta Comisión Jurídica Asesora estima que los procedimientos previstos en el Proyecto, tanto en el capítulo segundo como en el tercer capítulo, son independientes del procedimiento de responsabilidad patrimonial. No hay que olvidar que la institución de la responsabilidad patrimonial está constitucionalizada (artículo 106.2). Tampoco se puede interpretar la regulación examinada como una modificación del sistema de responsabilidad (artículo 149.1.18 CE y 159.5 Estatuto)»*.

Una vez establecido que estamos ante procedimientos compatibles la Comisión remarca entonces que lo que se está construyendo es un procedimiento que pretende ofrecer la agilidad que requiere el resarcimiento de los daños contemplados. La propia Exposición de motivos de la noma no ofrece duda alguna cuando individualiza el objetivo perseguido, que no es otro que el de proveer de un mecanismo de compensación eficaz y eficiente dirigido a aquellas personas afectadas en sus explotaciones agrícolas y ganaderas. Se resalta pues que este mecanismo constituye una vía alternativa a la de la reclamación por responsabilidad patrimonial.

Todo parecía indicar, como así ha sido, que a partir de la aprobación del Decreto 176/2007 disminuirían las reclamaciones de responsabilidad cuyo conocimiento alcanzase a este órgano consultivo. Así ha sido. Ningún supuesto más ha sido sometido a parecer de esta Comisión desde entonces. También habrá constituido consecuencia, como se ha dicho al inicio, el hecho de que la Ley 5/2005, de 2 de mayo, reguladora de la Comisión Jurídica Asesora, establezca que solo es preceptivo el dictamen de este órgano cuando las reclamaciones de responsabilidad patrimonial dirigidas a las Administraciones públicas lo sean por cuantía igual o superior a 50.000

euros. En este sentido, es útil recordar también que las reclamaciones dictaminadas por la Comisión se habían referido siempre a cuantías sensiblemente inferiores a la que acaba de ser mencionada.

Aun con ello, y ya para finalizar, el ámbito de aplicación al que se circunscribe el Decreto 176/2007 y el propio régimen jurídico aplicable a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en tanto que constituye un instrumento alternativo, que no sustitutivo, como se ha dicho, del establecido por aquel, garantizan todavía la intervención de este órgano consultivo en los supuestos mencionados y dan sentido por tanto a la doctrina acabada de referir.



# CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA

**Artur Fontana i Puig**

*Letrado del Consejo Jurídico Consultivo  
de la Comunitat Valenciana*

## Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LOS INTERESES JURÍDICOS QUE HAN DETERMINADO DIVERSAS REGULACIONES DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES.
- III. LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LOS ANIMALES CON DUEÑO.
  - a) La regulación jurídica general.
  - b) La responsabilidad de la Administración Pública:
    - 1. Como propietaria o poseedora de animales.
    - 2. Por el ejercicio de sus competencias.
- IV. LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS ANIMALES DE CAZA TRANSITORIAMENTE PROTEGIDOS:
  - a) La definición de piezas de caza.
  - b) Los terrenos susceptibles de aprovechamiento cinegético.
  - c) El régimen de reparación de los daños causados por las piezas de caza.
- V. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LOS ANIMALES SILVESTRES PROTEGIDOS:
  - a) Las características principales del régimen de los animales protegidos.
  - b) Hacia un régimen inteligente de reparación de los daños que ocasionen.

## I. INTRODUCCIÓN.

La preocupación del hombre moderno por el medio ambiente ha conducido a la preservación de aquellos espacios naturales que se consideran merecedores de algún grado de protección, en los que se restringe notablemente tanto su grado de ocupación por el hombre y las actividades económicas que se puedan desarrollar como la regulación, ordenación y, en ocasiones, la protección ciertas especies de ani-

males silvestres, en la medida que se aprecia que puedan hallarse en una situación de peligro más o menos remoto de extinción, lo que termina planteando la posible responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como autora de estas disposiciones normativas de ordenación y protección, ya que se impide que los terrenos puedan ser objeto de ciertos aprovechamientos urbanísticos, como también que los ejemplares de estos animales protegidos puedan ser molestados, perturbados o cazados.

En cuanto los animales protegidos se declaran *extra commercium*, se excluye que puedan ser poseídos o que pertenezcan a un particular, y por ello se sostiene que se declaración atrae hacia sí el régimen singular y privilegiado de los bienes de dominio público, lo que jurídicamente justificaría que se presenten reclamaciones de los perjudicados por los daños y perjuicios causados por los animales que la Administración excluyó de cualquier posible aprovechamiento o tráfico privado.

Desde esta perspectiva se plantea la hipotética responsabilidad administrativa por los daños que puedan causar estos animales protegidos, por decisión normativa y con la efectiva vigilancia de los servicios de la Administración medioambiental, debiendo especificarse que estos daños pueden proyectarse tanto hacia otras especies animales, como también respecto de las cosechas y cualquier otro bien cuya titularidad corresponda a otra persona, que sería precisamente la “víctima”, la persona que sufre el detrimento patrimonial que, por ello, quedaría legitimada para reclamar los daños irrogados frente a la Administración.

Sin embargo, no creemos que se pueda analizarse adecuadamente la posible responsabilidad por los daños causados por los animales catalogados, sean terrestres, marinos, anfibios o aves, de forma completamente separada de la responsabilidad que pueda derivar de los daños causados por animales, por los ejemplares de cualquier otra especie animal no catalogada, ya que esta condición jurídica se configura como una cualidad contingente, que en principio tendría un carácter temporal y, en todo caso, que legalmente solo se mantendrá en cuanto continúe siendo necesaria su conservación y protección.

En efecto, los artículos 52 y siguientes de la Ley estatal 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, regulan los mecanismos oportunos para garantizar la conservación de la biodiversidad que vive en estado libre y que, en cuanto concierne a las especies animales, se concreta en el Catálogo Español de Especies Amenazadas y en los Catálogos que puedan aprobar las Comunidades Autónomas en su respectivo ámbito territorial, pudiendo acordarse la inclusión en el Catálogo respectivo en la medida que la especie animal de que se trate se halle «amenazada» en su territorio, lo que habilita u obliga a los servicios de la Administración medioambiental para aprobar su catalogación como especie animal «en peligro de extinción» o como especie «vulnerable» (artículo 55), pero debiendo resaltar ahora que igualmente procederá su cambio de categoría e, incluso, su descatalogación, si procede, cuando exista información científica o técnica que «*así lo aconseje*», esto es, principalmente cuando desaparezca el peligro que justificó su protección para garantizar el mantenimiento de la especie.

Dicho con otras palabras, de forma análoga al hecho de que no existe una distinción insalvable entre los animales domésticos y los animales silvestres, ya que muchos animales silvestres pueden ser domesticados, como también los animales de compañía ser asilvestrados, para volver a ser reintroducidos en la naturaleza, tampoco debe entenderse que los animales catalogados pertenecen a una categoría jurídica inmutable. Precisamente, cuando las políticas públicas de protección de la naturaleza y conservación de la biodiversidad alcancen sus objetivos, las especies animales protegidas deben ser objeto de descatalogación, retornando al régimen jurídico general, al no hallarse en peligro de extinción ni ser vulnerables ante su futuro, en cuanto a su viabilidad como especie.

## **II. RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LOS INTERESES JURÍDICOS QUE HAN DETERMINADO DIVERSAS REGULACIONES DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES.**

Históricamente, el criterio que ha presidido la regulación de los daños ocasionados por animales ha sido el principio de indemnidad, esto es, la necesidad de proteger a la víctima de los ataques o agresiones de las fieras y, en ocasiones, de los animales mansos. Además, la articulación técnica de la acción exige que exista una víctima, como también otra persona frente a la que ejercer la acción de resarcimiento, lo que presupone que nos estamos refiriendo a que el animal agresor tenga dueño, poseedor o tenedor conocido.

Por ello, entendemos que el planteamiento de la responsabilidad patrimonial de los daños causados por animales obedece a una progresiva evolución que, partiendo de su titularidad o posesión (artículo 1905 CC), como semovientes o bienes y cosas *–res intra commercium–*, tenía por finalidad primordial proteger y salvaguardar la indemnidad de aquellos que sufrieran daños por sus ataques, pero luego aparecieron una pluralidad de fines de interés público, que se manifiestan en un principio básico de respeto a la naturaleza, pasando además por el fomento y desarrollo sostenible de la actividad ganadera, el fomento de la riqueza cinegética nacional y, más actualmente, la conservación de la biodiversidad, e incluso desde una perspectiva complementaria, la proscripción de toda forma de maltrato o de crueldad para con los animales y la protección de los animales de compañía.

Resulta capital valorar que, a partir del dato de que los animales tengan dueño conocido o tengan la consideración de *res nullius*, según el principio y el interés público que presida e inspire la legislación específica respectiva, la regulación se verificará desde puntos de vista diversos, variando tanto la densidad normativa como las soluciones que legalmente se adopten, como si el principio jurídico aplicable determinara una suerte de escala gradual de intervención de los poderes públicos y del grado de responsabilidad que se le pueda atribuir, siempre en relación con los daños causados por unos u otros animales, según se trate de animales con dueño, de compañía, susceptibles desde la caza, ejemplares de la cabaña ganadera, llegando así a las especies protegidas.

Además, aunque a continuación nos refiramos de un número acotado de supuestos, en la medida que valoremos que sean significativos a los efectos de este trabajo, sin embargo existe una legislación sobre los animales –a los que no hace muchos años se les designaba como «seres irracionales»– que sin duda puede calificarse como muy dispersa, diversa y variopinta, ya que han sido objeto de regulación jurídica no sólo los animales protegidos o catalogados, en cuanto se halle en peligro su pervivencia futura, como especie, sino que a estos deben añadirse: las alimañas; los animales cinegéticos, en cuanto piezas que pueden ser objeto de caza; los animales domésticos o de compañía; los perros guía; los perros de razas potencialmente peligrosas; el cerdo ibérico; las especies de la cabaña ganadera, incluyendo su explotación, tratamiento de enfermedades y sacrificio; los animales de laboratorio o los ensayos clínicos con animales, los animales del circo (las fieras), los gallos de lucha; los palomos deportivos, las carreras de galgos o de caballos; los animales exóticos; y, desde luego, los animales en general (en el citado precepto del Código Civil), sin que ello excluya otras regulaciones sectoriales, como las que inciden en los núcleos zoológicos; el transporte de los animales; las corridas de toros, “els bous al carrer” y otros espectáculos con animales; su sacrificio en matadero, la manipulación genética de animales, los aditivos permitidos en los alimentos cárnicos envasados destinados al consumo humano, etc. etc.

Ahora bien, tan abundante regulación normativa sobre los animales no impide afirmar que la evolución legislativa de los daños causados por los animales a cualquier bien o elemento de la naturaleza que, por disponer de un titular, pueda generar que se invoque la responsabilidad extracontractual en general, o la responsabilidad administrativa en particular, puede articularse a partir de ciertos supuestos que podemos considerar como particularmente significativos.

Como ya se ha sugerido, en primer lugar centraremos nuestra atención en los daños ocasionados por los animales con dueño conocido o poseedor, a la que seguirá el análisis de la regulación de los daños causados por los animales susceptibles de aprovechamiento cinegético y, en tercer y último lugar, esta evolución nos permitirá afrontar con cierta perspectiva la cuestión de los daños ocasionados por los animales protegidos.

Además, tampoco resulta indiferente el aprovechamiento que los dueños de los animales realicen respecto de cada uno de los ejemplares del reino animal, puesto que los animales con dueño o poseedor conocido pueden servir tanto para su aprovechamiento económico (la cabaña ganadera, los espectáculos festivos con ciertos animales), como para su utilización deportiva (perros, caballos, palomos), y también el simple disfrute o compañía (gatos, perros, periquitos, loros), e incluso como elemento educativo, para afrontar ciertos tratamientos sanitarios (animales de compañía) o como recurso financiero (caballos de raza), pudiendo ello influir en la graduación y alcance del principio de indemnidad.

Conviene tener en cuenta que, en la regulación histórica y en la visión de nuestro Código Civil, a los animales se les considera que son bienes, cosas de la naturaleza –*natura rerum*–, y más en concreto frutos naturales –*fructus naturalis*–, al

haber recibido la noción de fruto elaborada de antiguo por el Derecho Romano, considerándose fruto las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales (artículo 355 CC), siendo los frutos completamente separables de la fuente de riqueza que los produce, y con total abstracción de cualquier clase de intervención humana, que en cambio sí será decisiva en la producción de frutos industriales o civiles.

A tal efecto, son *fructus naturalis* todos los productos de los árboles (las frutas, la leña, las hojas), de los animales (las crías, aunque aun estén en vientre de la madre, la carne, la leche, los huevos, la lana, la caza, etc.), o los productos de la tierra (los áridos, las rocas, los minerales), por lo que para el Código Civil los animales, siendo «semovientes», no tienen una entidad o naturaleza jurídica distinta de los demás elementos que constituyen el reino vegetal o el reino mineral, pudiendo tener propietario –*dominus*– o no –*res nullius*–, lo que permitirá su tráfico jurídico e influirá en demás aspectos de su régimen jurídico.

Por otro lado, los animales no solo son *fructus naturalis*, sino que su vida solo se puede desenvolver en determinados espacios o ambientes, que puede tratarse de Parques o de Espacios Naturales protegidos, entre los que se incluyen diversas figuras de protección estatales y autonómicas, como también en el campo o, más genéricamente, en terrenos rústicos, en sentido amplio, e igualmente en superficies boscosas y forestales, por lo que estos animales silvestres a veces son designados como *fructus fundi*, como frutos del terreno, de las zonas y de las parcelas en las que habitan, crecen y desarrollan su vida como *natura rerum*, reproduciéndose para asegurar el futuro de la especie.

### III. LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LOS ANIMALES CON DUEÑO.

Los supuestos más antiguos de reparación de los daños causados por los animales se generaron en el Derecho Romano, que reconoció la acción pertinente, la conocida como «*actio de pauperie*», a favor de los perjudicados por la agresión de un animal para poder exigir a su propietario una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiera irrogado (reparación en dinero, como compensación), o bien la entrega del animal (reparación en especie, para su posterior aprovechamiento por la víctima).

#### a) La regulación jurídica general.

Esta antigua regulación fue la que dio lugar a la versión vigente de nuestro artículo 1905 CC, que dispone que: «*El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravía. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiere sufrido*».

Se trata de uno de los supuestos más antiguos de responsabilidad objetiva que se conocen, ya que el responsable no será el propietario de los animales, sino su

poseedor o la persona que se aprovecha o se sirve del animal, simplemente por el riesgo que deriva de su tenencia, en cuanto se trata de un ser no racional.

Esta responsabilidad surge al margen de la diligencia en la vigilancia o en el control del animal, puesto que el poseedor diligente no queda eximido de la responsabilidad legal que se le atribuye, sin que el CC distinga entre unas u otras clases de animales, ni entre unos poseedores u otros, por lo que será responsable tanto la persona física como la persona jurídica o la comunidad de bienes que posea o se sirva de un animal, de la misma forma que resultará indiferente que se trate de una persona jurídico-privada o una persona jurídico-pública.

Como puntualiza VICENTE DOMINGO, el CC solo responsabiliza a quien tiene o debería tener el control del animal, al poseedor, lo que no debe confundirse con el propietario ni con el simple servidor de la posesión, resultando problemático que se regule una hipotética responsabilidad subsidiaria del propietario del animal.

El reconocimiento de esta responsabilidad objetiva exige que el daño se halle en la debida relación causal con el riesgo específico del animal, ya que el poseedor responderá por el riesgo típico que comporta su tenencia, pudiendo quebrar dicha relación de causalidad la conducta de la víctima, un evento de fuerza mayor o una conjunción de hechos fortuitos, pero no la romperá que el animal se escape de su poseedor o se extravíe.

### **b) La responsabilidad de la Administración Pública.**

Como cualquier otro particular, la Administración Pública también puede ser propietaria de animales, por lo que deberá responder de los daños y perjuicios que estos puedan irrogar, cuando los hechos se subsuman en el citado artículo 1905 del CC.

Además, determinadas regulaciones sectoriales –como la legislación sobre ganadería– comportan que determinados los servicios de la Administración, en el ejercicio de sus competencias, influyan en el desarrollo diario de la actividad, pudiendo presentarse supuestos en los que el dueño de los animales o terceras personas reclamen daños y perjuicios que entiendan están directamente relacionados en el funcionamiento anormal o en la inactividad de estos servicios de la Administración, debiendo referirnos brevemente a estos casos en los que la propia Administración, bien por ser propietaria, o bien por ejercer ciertas competencias, puede resultar responsable de daños o molestias causados por animales.

#### ***1. Como propietaria o poseedora de animales.***

Aunque en tiempos pasados el Ejército de Tierra utilizaba un gran número de caballos, como era el caso de las unidades de la caballería, sin que ello suponga el olvido de otros animales, como los palomos mensajeros, en la actualidad tanto la Administración militar como la Administración policial y algunos Ayuntamientos

siguen teniendo caballos a su servicio, de su respectiva titularidad y que se incluyen en el propio Inventario General de Bienes, debiendo disponer de los locales para su estancia y mantenimiento, así como del oportuno personal cuidador a su servicio.

Sin embargo, hoy en día el supuesto más conocido seguramente son los perros-policía que los agentes de la Policía Nacional adiestran, dirigen y utilizan asiduamente en puestos fronterizos, de personas o de mercancías, como también cuando los servicios y agentes policiales, en las actuaciones que acometen para salvaguardar la salud pública, investigan o practican registros de personas, de locales, bienes o instalaciones, con la finalidad de descubrir y decomisar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Por ello, un perro que auxilie a los agentes de la Policía Nacional o que haya sido acogido en un cuartel policial (Sentencia de la Audiencia Nacional, de 28 de mayo de 2002) y que ataque o realice una agresión a un ciudadano, provocándole daños, podrá generar un supuesto de esta responsabilidad específica, si concurren todos los requisitos legales que someramente se han examinado.

De forma análoga, si un animal protegido –un águila o un lobo herido– recibe cuidados en un Centro de recuperación de animales, de titularidad pública, donde es vigilado, también podrá ocasionar un caso de este género de responsabilidad objetiva específica, en hipótesis, si se escapa y ocasiona daños en el patrimonio de otro sujeto o particular, tratándose claramente de dos supuestos concretos de responsabilidad civil o patrimonial de la Administración Pública, en el primer caso por ser la Administración policial la poseedora del perro acogido en un Cuartel de la Policía Nacional, y en el segundo porque los servicios de conservación y protección de la naturaleza de la Administración actúan como tenedor del animal herido, de un animal catalogado y protegido que, por defecto de vigilancia, se escapó de su control y causó determinados daños a un patrimonio particular.

En estos casos, la responsabilidad deriva del control que el propietario o el poseedor ejerce o debe ejercerse sobre el animal, con independencia de que el responsable sea una persona privada o los servicios de una Administración Pública.

## **2. Por el ejercicio de sus competencias.**

Por otro lado, pueden existir casos en que los animales con dueño causen daños a particulares en circunstancias tales que pueda acontecer que concurren con competencias administrativas, sobre todo en aquellos casos en los que nuestro ordenamiento jurídico contemple actividades económicas reguladas (como la actividad ganadera), o cuando organice o participe en la organización de ciertos actos festivos tradicionales con animales (como los «bous al carrer»), o deba ejercer competencias que comprueben el estado de salud y el grado de cuidado y de bienestar de algunos animales, prohibiendo toda manifestación de maltrato o abandono (en la regulación tan peculiar y específica de los animales de compañía), e incluso cuando no recoge perros vagabundos en el casco urbano, lo que puede conducir a supuestos de respon-

sabilidad de la Administración, exclusiva o solidaria con el propietario, por los daños ocasionados a terceros por animales con dueño.

En el ámbito del ejercicio de la actividad ganadera, la Ley 6/2003, de 4 de marzo, de Ganadería de la Comunitat Valenciana, tiene por finalidad la promoción del desarrollo sostenible de la actividad ganadera, la modernización de sus instalaciones, la protección de la sanidad animal, la promoción de la mejora de la calidad de los productos de origen animal, así como la garantía del bienestar de los animales, debiendo subrayar que esta ley no sólo se aplica a los animales de producción, incluidos los de peletería, sino también a los animales de compañía, a los animales de experimentación, a los animales «de carácter deportivo-cinegético» y a los animales de la fauna salvaje, marina y fluvial «*cuando comprometan la sanidad de la cabaña ganadera o la seguridad alimentaria de los consumidores*» (artículos 2 y 4).

El bienestar animal se proyecta en aspectos tan minuciosos como la imposición de las obligaciones siguientes: suministrar agua y alimento según las necesidades de la especie, ubicar a los animales en ambientes adecuados con áreas de descanso y con suficiente espacio, luz y ventilación, prevenirles daños y heridas y, cuando aparezcan, proceder a su oportuno tratamiento, como también facilitar la expresión de los comportamientos de la especie y evitar que los animales tengan sufrimientos o daños inútiles (artículo 44), y todo ello sin perjuicio de otras obligaciones relativas a su identificación, transporte, vacunación, producción ganadera y reproducción (Título III de la citada Ley 6/2003).

En este apartado podemos referirnos a ciertos supuestos, como los analizados por este Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, por la muerte de diversas reses con motivo de su marcado por los servicios veterinarios (Dictamen 529/1998), por la indebida inmovilización de ganado (Dictamen 381 y 459/2006), por las reacciones adversas a las vacunas administradas por los servicios veterinarios dentro del Plan Nacional de Vacunación Masiva (Dictamen 441/2011), así como por no haber evitado el contagio de la brucelosis, que es una enfermedad animal (Dictámenes 124/1999 y 598/2007), y también por las molestias y olores ocasionados en las viviendas colindantes de un núcleo zoológico de equinos autorizado e inspeccionado por la Administración ganadera (Dictamen 324/2014).

Además, con cierta frecuencia se plantean reclamaciones contra los Ayuntamientos en relación con la celebración de los actos festivos tradicionales de los «bous al carrer», ya que aquéllos suelen ser los promotores o participar en la organización de los festejos y los mozos u otros participantes aparecen como reclamantes cuando sufren las embestidas y demás incidentes con estos animales (Dictámenes 100/2000, 325/2005, 3/2008, 135/2008, 415/2008, 621/2008, 638/2008, 307/2010, 331/2010, 427/2010, 599/2010, 1225/2010, 380/2011, 1212/2011, 301/2014 y 308/2014, entre otros).

Ciertamente, nos estamos refiriendo a una actividad que protagonizan los toros y las vaquillas, que tienen un dueño conocido que no es la Administración y que se realiza bajo la cobertura de un seguro obligatorio, pero las compañías de seguros suelen rechazar estos siniestros con diversos argumentos que van desde el estado previo con el que los mozos participan en estos festejos hasta la conducta que muestran ante las vaquillas los futuros lesionados, lo que explica que las aseguradoras rechacen estos siniestros, quedando derivados a la Entidad pública promotora u organizadora del festejo, a veces distinto a los tradicionales «bous al carrer», como es el caso de los daños causados por un caballo en la Feria Equina que se celebra en la Fiesta de Todos los Santos (Dictamen 1502/2011).

Como esta enumeración no pretende ser exhaustiva, pueda apreciarse un grado de notable intensidad normativa no solo en la regulación de la actividad ganadera y de ciertos festejos tradicionales, sino también en otros ámbitos de la legislación sobre animales, como es el caso de los llamados animales de compañía y en la más reciente normativa sobre animales potencialmente peligrosos.

En estos casos, regulados en Ley valenciana 4/1994, de 8 de julio, sobre protección de los animales de compañía y en la Ley estatal 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos, las funciones de control, de prevención, de supervisión y de vigilancia o represión administrativa son tan incisivas, que no nos parece exagerado que en el futuro puedan plantearse reclamaciones por la deficiente vigilancia o actuación de los servicios de la Administración Pública, sean autonómicos o municipales, según el ámbito de sus respectivas competencias.

#### **IV. LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS ANIMALES DE CAZA TRANSITORIAMENTE PROTEGIDOS.**

La Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, ya se elaboró con la perspectiva de «modernizar los preceptos cinegéticos vigentes, con el fin de procurar que el ordenado aprovechamiento de esta importante riqueza proporcione las máximas ventajas, compatibles con su adecuada conservación y su deseable fomento» (en palabras de la Exposición de Motivos, si bien el criterio rector que prevaleció fue «la protección, conservación y fomento de la riqueza cinegética nacional» (como dice el artículo 1), habida cuenta que la variable ambiental solo se hallaba en sus estadios iniciales, tributaria de proclamaciones algo ambiguas, aunque favorables a la «conservación de la naturaleza».

Con este preámbulo parece oportuno centrarnos sintéticamente en tres aspectos: la restricción de la amplitud del concepto de piezas de caza, la íntima conexión existente entre el ejercicio de la caza y la existencia de piezas de caza en los terrenos susceptibles de aprovechamiento cinegético, lo que condicionará el tema central de nuestro análisis, esto es, el régimen de reparación de los daños ocasionados por las piezas de caza.

**a) La definición de piezas de caza.**

La Ley estatal de Caza se caracteriza por la gran amplitud de los animales que entiende apropiados para ser cazados, por cuanto engloba en la definición de piezas de caza no sólo los animales salvajes, sino que a estos se añaden los animales domésticos que pierdan esta condición (artículo 4), por lo que son animales de caza todos los animales silvestres o salvajes, mientras no sean domesticados, y los animales domésticos que sean asilvestrados, por lo que es evidente la amplitud de las especies animales cuyos ejemplares van a para engrosar el número y cantidad de especies y piezas que serán susceptibles de formar parte del expresado «fomento de la riqueza cinegética nacional».

Esta amplitud contrasta con la Ley valenciana 13/2004, de 27 de diciembre, de Caza de la Comunitat Valenciana, que en su Anexo contiene una relación o un listado de nuestros «recursos cinegéticos», lo que incluye las especies cinegéticas y las aves fringilidas susceptibles de captura en vivo, determinando el artículo 14.2 que el resto de aves y mamíferos silvestres serán considerados «no cinegéticos», por lo que en la Comunitat Valenciana solo una parte de los animales silvestres que hay en la naturaleza serán «recurso cinegético».

Además, como indica el mismo artículo 14, en su apartado 1, las especies cinegéticas son aquellas aves o mamíferos que en estado de normalidad poblacional son capaces de mantener un crecimiento poblacional significativo y que, siendo susceptibles de un aprovechamiento concreto, tienen atractivo para los cazadores deportivos gracias a su capacidad de defensa, a las que se añaden aquellas especies que se crían en granjas o explotaciones cinegéticas y sean susceptibles de naturalización en el medio natural.

Un número mayor o menor de especies cinegéticas repercute directamente en el número de ejemplares animales que será o no susceptibles de ser cazados, pero este aspecto también depende de otro dato de gran importancia, los terrenos que son aptos para el ejercicio de la caza.

**b) Los terrenos susceptibles de aprovechamiento cinegético.**

Podemos afirmar que la actividad de cazar no existiría en el caso de que no se hubiera regulado la existencia de terrenos susceptibles de aprovechamiento cinegético, puesto que en la regulación sectorial de la caza adquiere una singular relevancia la consideración de las animales *fructus naturalis* como *fructus fundi*, de suerte que sin terrenos cinegéticos simplemente no existiría la actividad venatoria.

La Ley estatal 1/1970 clasifica los terrenos cinegéticos en terrenos de aprovechamiento cinegético común, en claro contraste con los terrenos de aprovechamiento cinegético especial, que son: los Parques Nacionales, los Refugios de Caza, las Reservas Nacionales de Caza, las Zonas de Seguridad, los Cotos de Caza, los Cercados y los adscritos al Régimen de Caza Controlada (artículos 8 y siguientes), afir-

mando positivamente ESTEVE PARDO que las reservas y los cotos nacionales han cumplido sobradamente sus objetivos.

Por su parte, la Ley valenciana 13/2004 considera que son espacios cinegéticos: las Reservas Valencianas de Caza, los Cotos de Caza, las Zonas de Caza Controlada y las Zonas Comunes de Caza, resultando significativo que se excluyen de aprovechamiento cinegético las Zonas de Seguridad y los Refugios de Caza cuando deba primar la conservación y fomento de especies no cinegéticas con especiales problemas de conservación (según sus artículos 18 y siguientes).

Por otro lado, ambas clasificaciones no son incompatibles entre ellas, si bien la proximidad de las competencias autonómicas comportará que normalmente prevalega la clasificación y aplicación de las categorías previstas en la legislación autonómica, siendo uno de los principales efectos de la existencia de terrenos cinegéticos su sometimiento a las técnicas propias de la planificación, como son las directrices de ordenación cinegética, los planes técnicos de ordenación cinegética, las memorias y los planes anuales de gestión, incumbiendo a las directrices de ordenación, entre otros aspectos, el establecimiento de *«las vedas generales para las distintas especies y modalidades de caza por zonas cinegéticas»*, con la directa finalidad de facilitar el incremento de los ejemplares de aquellas piezas de caza cuya especie esté beneficiada por la veda.

Como precedente, el artículo 23 de la Ley estatal de Caza no solo reguló las vedas como mecanismo efectivo de protección de los animales, sino que hace décadas ya incluyó una referencia explícita a las especies de interés científico, e igualmente a las especies «en vías de extinción», admitiendo a estos efectos los convenios internacionales suscritos por el Estado, pero estas especies se regulaban junto con los animales susceptibles de ser cazados, a los efectos de que fueran objeto de «especial protección».

La diversidad de espacios susceptibles de aprovechamiento cinegético, algunos de ellos directamente vinculados a los servicios públicos de caza, antes de ámbito estatal y actualmente de índole autonómico, nos conduce directamente al planteamiento del régimen jurídico aplicable a los daños producidos por los ejemplares de caza.

### **c) El régimen de reparación de los daños causados por las piezas de caza.**

Con carácter general, el peso de la obligación de indemnizar los daños ocasionados por los animales de caza se atribuye directamente a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, al ser los principales beneficiados por la existencia del propio aprovechamiento cinegético y, subsidiariamente, a los propietarios de los terrenos de donde procedan estos animales, lo que revela el criterio aplicado por el legislador estatal de considerar los animales de caza como *fructus fundi*.

Cuestión diversa ocurre cuando el daño lo causa el propio cazador, supuesto en el que será él mismo quien deba afrontar los daños y perjuicios que deriven del

ejercicio de una actividad legalmente peligrosa, lo que se demuestra con la obligación del aseguramiento obligatorio, para el ejercicio de la caza, siempre y cuando concurren todos y cada uno de los requisitos que caracterizan la responsabilidad extracontractual, la indispensable relación de causalidad, que el accidente no fuera consecuencia de un suceso de fuerza mayor, y que la relación de causalidad no quiebre por el hecho de que la causación del daño se atribuya a la propia víctima.

La tercera regla atiende la procedencia de la pieza de caza de terrenos cinegéticos sometidos a una supervisión y control intenso por parte de los servicios de la Administración, como es el caso de los Refugios de Caza, de las Reservas Nacionales y de los Parques Nacionales, en los que la normativa atribuye igualmente la responsabilidad al titular del aprovechamiento cinegético, pero subsidiariamente, a la «Administración cinegética», al referirse el precepto que a continuación se transcribe al «Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales», lo que hoy en día debe reputarse los servicios de la Administración que gestionen la caza o los aprovechamientos cinegéticos.

En efecto, el artículo 33 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, que luego reitera con pocos matices el artículo 41 de la Ley valenciana 13/2004, establece el siguiente régimen de «Responsabilidad por daños»:

*«1. Los titulares de aprovechamientos cinegéticos definidos en el artículo 6 de la esta Ley (los propietarios o los titulares de otros derechos reales que lleven el aprovechamiento cinegético), serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos.*

*2. La exacción de estas responsabilidades se ajustará a las prescripciones de la legislación civil ordinaria, así como la repetición de responsabilidad en los casos de solidaridad derivados de acotados constituidos por asociación.*

*3. De los daños producidos por la caza procedente de Refugios, Reservas Nacionales y Parques Nacionales, y de los que ocasione la procedente de terrenos de caza controlada, responderán los titulares de los aprovechamientos de caza y subsidiariamente el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.*

*4. En aquellos casos en los que la producción agrícola, forestal o ganadera de determinados predios sea perjudicada por la caza, el Ministerio de Agricultura, a instancia de parte, podrá autorizar a los dueños de las fincas dañadas, y precisamente dentro de estas, a tomar medidas extraordinarias de carácter cinegético para proteger los cultivos.*

*5. Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daños causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza».*

Desde este punto de vista, resultan significativos los expedientes en los que periódicamente suelen estimarse las reclamaciones por los daños ocasionados por las especies cinegéticas en las fincas agrícolas y explotaciones ganaderas de la «Muela de Cortes», que comprende terrenos de los términos municipales de Bicorp, Cofrentes, Cortes de Pallás, Jalance, Jarafuel, Millares y Teresa de Cofrentes, en los que suele recordarse el régimen de las Reservas Nacionales de Caza, previsto en el Real Decreto 2612/1974, de 9 de agosto, y cuyo artículo 10 atribuye la responsabilidad por daños del artículo 33 de la Ley de Caza al Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza (ICONA) «*por los daños producidos por la caza existente en las Reservas Nacionales de Caza*», así como que el Real Decreto 2365/1984, de 8 de febrero, que transfirió las funciones y servicios del Estado, en relación con el ICONA, a la Comunitat Valenciana, que los asumió a través de los correspondientes servicios administrativos (Dictámenes 135/1997, 484/1998, 164/1999, 264/2000, 4/2001, 20/2003 y 294/2006).

Otra serie de supuestos examinados por esta Institución Consultiva no se refiere a los Refugios o a las Reservas Nacionales de Caza, sino a los daños ocasionados por la colisión de piezas de caza cuando cruzan terrenos que simplemente son coto de caza, colisionando contra vehículos a motor, en los que la parte reclamante atribuye una responsabilidad administrativa a los servicios de la Administración cinegética autonómica, siendo los supuestos más frecuentes cuando los vehículos a motor, circulando por vías convencionales, colisionan con ejemplares de cabras, venados, jabalíes, etc., que cruzan la calzada, pudiendo citarse en este sentido los Dictámenes de este Consell Jurídic Consultiu 385/2006, 185/2007, 712/2007 y 1481/2011, entre otros, que normalmente desestiman la reclamación por daños en atención a la falta de verosimilitud de la reclamación, la falta de debida probanza sobre la relación de causalidad, la señalización de la carretera y si el atropello se produjo cuando el vehículo atravesaba o no un coto de caza.

Con mayor grado de realismo, la Ley 17/2005, de 19 de julio, añadió la Disposición Adicional novena al Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que en relación con los accidentes de tráfico ocasionados por el atropello de especies cinegéticas y los daños materiales que causen, puntualiza que la responsabilidad puede incumbir, según las circunstancias que concurren en cada caso concreto, tanto al conductor del vehículo por incumplir las normas de circulación rodada como a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos o, subsidiariamente, a los propietarios de los terrenos, por falta de diligencia en su mantenimiento, y finalmente a la Administración titular de la vía pública de circulación en función de su estado de conservación y la señalización.

Aunque este precepto parece recopilar disposiciones normativas vigentes y de plena aplicación, en la práctica ha conducido a una reducción de los supuestos en los que se admite la responsabilidad pública por los daños causados por piezas de caza al cruzar las carreteras, ya que intentar intenta discriminar y aclarar al aplicador del Derecho que, en función de las circunstancias concurrentes, la responsabilidad puede imputarse tanto al conductor del vehículo como al titular del aprovechamien-

to cinegético y, subsidiariamente, al propietario de los terrenos, y, en su caso, a la respectiva Administración titular de la carretera, según se trate de carreteras nacionales, de carreteras autonómicas o locales.

## **V. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LOS ANIMALES SILVESTRES PROTEGIDOS.**

### **a) Las características principales del régimen de los animales protegidos.**

Dando un paso más, la protección temporal y transitoria de los animales objeto de caza que haya en terrenos acotados se convierte en indefinida cuando la protección de los animales deriva de su catalogación precisa de «vulnerables» o bien de especies «en peligro de extinción».

En estos casos, el interés público que justifica la catalogación ya no es «el fomento de la riqueza cinegética nacional», sino otro principio jurídico que actúa en sentido diverso, como es «la conservación, la mejora y la restauración de la biodiversidad» (artículo 1 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad), por lo que el motivo que justifica la protección también es el aumento del número de ejemplares de estos animales silvestres, pero no para su posterior aprovechamiento por el hombre, sino mantener, restaurar o mejorar la biodiversidad animal y con ello, el propio futuro de la vida en el planeta Tierra, tal y como la conocemos.

La protección que se otorga a estos animales silvestres es contingente, como ocurre con la caza, siendo una finalidad en parte análoga: el aumento del número de individuos o ejemplares de una especie animal, de suerte que el éxito de la política pública que aplique la Administración comporta, en buena teoría, que se levante la veda o que se descatalogue la especie, pero mientras la duración temporal de las vedas absolutas o relativas de la caza normalmente será de unos pocos meses, sin embargo la prohibición de matar especies protegidas será de bastante mayor duración, normalmente de años, al cuestionarse la viabilidad de la propia especie y pugnarse su recuperación biológica, por lo que su protección será indefinida, lo que no debe confundirse con permanente, puesto que la recuperación de la especie debe conducir a su descatalogación, al desaparecer el peligro de extinción.

Por otro lado, de forma análoga a que en el mundo de la caza existen unos terrenos cinegéticos sobre los que se aplican las restricciones conservacionistas, también la consecución del criterio de conservación de la biodiversidad presupone la existencia de unos terrenos o espacios naturales protegidos, siendo los previstos en la Ley estatal 42/2007 los siguientes: los Parques, las Reservas Naturales, las Áreas Marinas Protegidas, los Monumentos Naturales y los Paisajes Protegidos (artículos 27 y siguientes).

También las técnicas de planificación operan ampliamente para la conservación de la biodiversidad, mediante los Planes de Ordenación de los Recursos Natu-

rales (artículos 15 y siguientes), que deberán definir y señalar el estado de conservación de los componentes del patrimonio natural, así como señalar los regímenes de protección que procedan.

En el ámbito autonómico, la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunitat Valenciana, atiende a la protección, la conservación, restauración, mejora y uso sostenible de nuestros espacios naturales (artículo 1), estableciéndose las categorías de espacios naturales siguientes: los Parques Naturales, los Parajes Naturales, los Parajes Naturales municipales, las Reservas Naturales, los Monumentos Naturales, los Sitios de Interés y los Paisajes Protegidos (artículos 3 y siguientes), si bien también son objeto de cierta protección las zonas húmedas, las cuevas o simas, así como las vías pecuarias.

También la regulación autonómica contempla diversos instrumentos de planificación de los recursos naturales, aplicables o no en función de la figura de protección, a cuyos efectos se prevén: los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, los Planes Rectores de Uso y Gestión, los Planes Especiales y las Normas de Ordenación (artículos 30 y siguientes), en cuyo detalle no parece necesario aventurarnos, pero que en todo caso incluirán «los recursos, espacios y especies a proteger»(apartado d, del artículo 34.1 de la Ley 11/1994).

Además, el artículo 20 de la Ley valenciana 11/1994 sienta una regla general de no indemnización de las limitaciones a la utilización de los bienes derivada de la declaración del espacio protegido, ya que tales limitaciones solo deberán ser indemnizables cuando concurren estos requisitos: que el derecho ya estuviera patrimonializado, que el derecho se ejerciera efectivamente en el momento de imponerse la limitación, que ocasione una lesión patrimonial efectiva y que se trate de limitaciones singulares no susceptibles de reparto entre los diversos titulares de los terrenos incluidos en el espacio natural protegido.

Desde luego que algunos autores defienden dominialización parcial de los animales protegidos, al prohibirse tanto darles muerte como perseguirlos, poseerlos e, incluso, molestarlos, de donde infieren que la lógica desemboca en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial pública, aunque muchas de las especies de animales protegidos no deban su protección a la legislación estatal o autonómica, sino que la mayor parte de los animales salvajes están protegidos por disposiciones internacionales, en virtud de Tratados, de Convenios o de normas de Derecho internacional cuyos instrumentos hayan sido válidamente ratificados por el Reino de España.

De hecho, la extensión del dominio público para incluir determinados recursos naturales ha sido una técnica aprovechada por nuestra legislación, lo que ha analizado LOZANO CUTANDA, pero esta técnica ha actuado sobre todo en materia de aguas, de costas, de montes, a los que pueden añadirse ciertos elementos del patrimonio cultural (los restos arqueológicos), pero ¿puede decirse que los animales silvestres se integran verdaderamente en el dominio público de la Administración cuando son catalogados o protegidos?

**b) Hacia un régimen inteligente de reparación de los daños que ocasionen.**

Para ESTEVE PARDO, la protección de ciertas especies de la fauna silvestre, mediante su *publicatio*, las excluye de su aprovechamiento y disposición por parte de los particulares, lo que recuerda las concepciones regalianas y entiende que debe conducir a la responsabilidad administrativa cuando ocasionen daños y perjuicios a los propietarios de cultivos, de otros animales y demás bienes susceptibles de menoscabo patrimonial.

A este respecto, ya hemos expresado que el principio jurídico que preside la normativa estatal sobre protección del patrimonio natural y de la biodiversidad, que actúa como legislación de mínimos e incorpora el Derecho Comunitario en la materia es el principio de conservación, mejora y restauración de la biodiversidad (artículo 1 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad), lo que la Exposición de Motivos justifica en el artículo 45 de la misma Constitución, en cuanto reconoce que «todos» tenemos derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, debiendo los poderes públicos velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, y reconociendo que se ha convertido *«en motivo de seria preocupación para los ciudadanos, que reivindican su derecho a un medio ambiente de calidad que asegure su salud y bienestar»*, y que en todo caso se *«ha incrementado sensiblemente la preocupación por los problemas relativos a la conservación de nuestro patrimonio natural y de nuestra biodiversidad. La globalización de los problemas ambientales y la creciente preocupación de los efectos del cambio climático; el progresivo agotamiento de algunos recursos naturales; la desaparición, en ocasiones irreversible, de gran cantidad de especies de flora y fauna silvestres, y la degradación de los espacios naturales de interés, se han convertido en motivo de seria preocupación para los ciudadanos»*, tal y como reconoce el encabezamiento la referida Exposición de Motivos de la Ley estatal 42/2007.

LA BASTILLE resalta que los científicos consideran que el hombre ha exterminado entre los siglos XVII y XIX hasta 75 especies, especialmente aves y mamíferos, mientras que otras 75 especies han desaparecido entre 1900 y 1960, pero que desde entonces el ritmo de destrucción de la naturaleza se ha acelerado, por diversas causas pero siempre contando con el protagonismo de las actuaciones del hombre, esto es, del *homo sapiens*.

Actualmente existen en el planeta 500 especies y subespecies de mamíferos que están clasificadas como «en peligro de extinción», lo que incluye los grandes felinos, los primates (excepto los humanos) y todos los cetáceos. En España se hallaron en el Parque Nacional de Doñana, durante el mes de julio de este año 2014, diversos lazos de alambre colocados para cazar y dar muerte al lince ibérico, del que se estiman apenas quedan 60 individuos, seguramente menos, y ello aunque el Parque Nacional de Doñana sea una Reserva de la Biosfera y esté declarado Patrimonio de la Humanidad. Por otro lado, existen datos que revelan que el 17 % de las especies animales que hay en España se hallan amenazadas, tanto estén en peligro de extin-

ción o en una situación vulnerable, representando este porcentaje en la Comunitat Valenciana un 18 %. Se afirma que con las actuales tasas antrópicas de extinción y su avance tan rápido, en los próximos decenios podrá extinguirse la cuarta parte de las especies animales, e incluso una mayor proporción, en el caso de que no adopten medidas energéticas.

Las causas del descrito estado biológico de nuestro planeta parte de la explosión demográfica del hombre, ya que la población mundial en el año 1000 era de 310 millones de seres humanos, en el año 1900 estaba constituida por 1.650 millones de personas, en el año 1965 alcanzábamos los 3.334 millones, continuando la progresión: en el año 2000, 6.070 millones, y en el año 2014, 7.200 millones.

Si los datos numéricos representan el triunfo descarado del hombre sobre el reino animal, puesto que somos los mamíferos más astutos, más astutos y más hábiles, los que hemos desarrollado todo género de armas, y además somos los seres más explotadores de los que habitan la Tierra, cuya superficie ocupamos, modificamos, contaminamos y, muchas veces, destruimos. Y especialmente la fauna animal, con cacerías y matanzas organizadas desde el comienzo de la humanidad (lobos, zorros, osos, bisontes, ballenas), además del orgullo de disponer de ciertos trofeos de caza (cabezas de ejemplares de caza mayor, colmillos de elefante, cuernos de rinocerontes, manos de primates), etc.

Cuando una especie animal se halla catalogada porque su supervivencia ha sido puesta en peligro por la acción y las actividades del hombre: ¿Quién es el sujeto más beneficiado? ¿Cuáles son los seres humanos más perjudicados? ¿Es la Administración Pública el propietario de los animales protegidos y el primer beneficiario de su protección? ¿Destruimos los hábitats de los animales silvestres y luego solicitamos la reparación por los daños que causan los supervivientes?

Para nosotros, la protección de la biodiversidad nos beneficia a «todos», en el sentido del artículo 45 de la Constitución, por lo que si la protección de una especie determinada se encuentra debidamente justificada, por su propio estado biológico, no siendo sus ejemplares susceptibles de caza, ni pueden ser muertos, poseídos ni molestados –*fructus luxus*–, los daños que puedan ocasionar no deben ser directamente resarcidos con cargo a los presupuestos públicos o los servicios administrativos, lo que no excluye que la Administración pueda habilitar una respuesta inteligente para estos problemas, ya que los animales protegidos se comen a otros animales, frutos, cosechas, plantas, sitios en determinados ámbitos y zonas geográficas, por lo que la búsqueda de un equilibrio razonable debe conducir a que seamos capaces de hallar respuestas inteligentes, no tanto como una especie de responsabilidad patrimonial que deba actuarse por impulso de parte, sino como una forma de contribución al mantenimiento de la propia biodiversidad.

Un claro ejemplo puede ser el Decreto castellano-leonés 108/1990, de 21 de junio, por el que se establece un estatuto de protección del oso pardo en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, para lo que se aprobó el llamado Plan de recupe-

ración del oso pardo, a cuyos efectos se prevé que: «Serán indemnizables, previo expediente incoado al efecto, los daños y perjuicios que ocasionalmente pueda causar esta especie (sic) en todo el territorio de la Comunidad (sic) y que sean debidamente comprobados» (artículo 10), pudiendo resaltar de esta norma que lo relevante ya no son los terrenos en los que se producen los daños, dejando los animales de ser considerados como «*fructus fundi*», situándose en primer lugar la especie protegida «*fructus luxus*» y la necesidad de su preservación y conservación, que se entiende necesaria para el mantenimiento de la biodiversidad, en beneficio de «todos», lo que no equivale ni requiere la presencia de un titular o propietario.

Dicho con otras palabras, a nuestro entender el artículo 20 de la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunitat Valenciana, contiene una respuesta lógicamente negativa para el problema de los daños ocasionados por los animales silvestres en terrenos de espacios naturales protegidos que no debe generalizarse ni ser de directa aplicación para todos los daños causados por especies protegidas en cualquier clase de terrenos, sino que deben ponderarse todos los intereses en conflicto y, cuando proceda, habilitar mecanismos de reparación de los daños cuando el resultado de dicha ponderación lo aconseje, valorando a tal efecto las obligaciones impuestas a los titulares de terrenos o de actividades económicas para que el deber de protección de los animales silvestres protegidos sea viable, el grado del interés público que concurra para el mantenimiento, recuperación o conservación de la biodiversidad, y los perjuicios ocasionados a los habitantes de ciertas zonas geográficas.

En nuestro Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana hasta la fecha hemos localizado hasta cuatro expedientes relativos a daños causados por animales protegidos, respecto de los cuales la conclusión fue estimatoria en dos supuestos y desestimatoria en los otros dos casos.

En el Dictamen 372/2000, se concluyó que debía desestimarse la reclamación de daños deducida por la mercantil titular de la piscifactoría de unas salinas, habida cuenta que no podía adoptar ningún mecanismo de defensa o de protección frente a los cormoranes, que es un ave protegida y declarada de “interés especial” por un Convenio Internacional de 1979 y por el Real Decreto 3181/1980, de 30 de diciembre, que declaró la protección de diversas especies de cormoranes, incluyendo entre ellas los ejemplares de que se aprovechan de los frutos industriales de la piscifactoría, como carga que se impone a todos los ciudadanos para la supervivencia de esta especie protegida.

También consideró esta Institución Consultiva que debía desestimarse la reclamación presentada por una empresa de energía renovable por el lucro cesante que comporta paralizar el funcionamiento de los aerogeneradores que explota un cierto número de días al año, para evitar la muerte o la causación de heridas graves a los ejemplares de buitres leonados (Dictamen 997/2010).

Por el contrario, se entendió que procedía estimar la reclamación que se había formulado por el titular de una explotación ganadera por la muerte de una res

de vacuno que estaba pariendo y que fue atacada por buitres leonados, que se comieron una parte de la cría y mató a la res vacuna por las graves heridas que le infligió (Dictámenes 666 y 903/2007), por considerar el «sacrificio especial» que se le impuso a los ganaderos y a los titulares de explotaciones de esta naturaleza por la prohibición de abandonar animales muertos o moribundos en el campo, obligándoles a la destrucción higiénica de los animales muertos, para no facilitar la propagación de la enfermedad de las vacas locas, con lo cual se elimina una de las principales fuentes de alimentación de los buitres, que son aves catalogadas y necrófagas.

Por ello, una de las principales conclusiones que debe sostenerse consiste en la oportunidad de defender, a nuestro juicio, que los daños que puedan causar unos animales tan preciados como los animales silvestres catalogados, para su futura preservación, tienen ser resarcidos en algunos casos por la Administración de medio ambiente, según una ponderación de los intereses en conflicto y su grado de intensidad, lo que exige superar las limitaciones legales ahora establecidas en la legislación autonómica, de suerte que esta permita dicha reparación, que en cada caso concreto fijarían las disposiciones reglamentarias, especificando las especies protegidas, el criterio territorial y las condiciones que deban concurrir.

## VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- DELGADO PIQUERAS, F.: «Los Espacios Naturales Protegidos», en «Lecciones de Derecho del Medio Ambiente», ORTEGA ÁLVAREZ, L., (director), Lex Nova, Valladolid, 2005.

- ESTEVE PARDO, J.: «La protección de la fauna: el caso de los llamados animales dañinos», en «Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí», Gómez-Ferrer Morant, R., (coord.), Civitas, Madrid, 1989.

- LA BASTILLE, ANNE: «Especies en peligro», en la «Enciclopedia de los Animales», de Weldon Owen Pty Limited, Prensa Alicantina, 1996.

- LOZANO CUTANDA, B.: «Derecho Ambiental Administrativo», La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

- NIETO GARRIDO, E.: «La Flora y Fauna silvestre», en «Lecciones de Derecho del Medio Ambiente», ORTEGA ÁLVAREZ, L., (director), Lex Nova, Valladolid, 2005.

- PARDO ÁLVAREZ, M.: «Los Sectores objeto de protección medioambiental», en el Tomo VI «Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente», de «Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo», Iustel, Madrid, 2009.

- TOLA RÚA, M.A.: «La responsabilidad por los daños ocasionados por las especies de la fauna protegida», en la Revista «Medio Ambiente de Castilla y León», núm. 11, 1999.

- VICENTE DOMINGO, E.: «Los daños causados por animales», en «Tratado de Responsabilidad Civil», REGLERO CAMPOS, L.F., (coord.), Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

## CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA

**Ignacio Granado Hijelmo**  
*Letrado Secretario General*  
*Consejo Consultivo de La Rioja.*

### Sumario:

- I. **ÁMBITO MATERIAL Y TEMPORAL DEL ANÁLISIS.**
- II. **RESUMEN DE LA DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA EN ESTA MATERIA.**
  - a) **Naturaleza jurídica de los animales silvestres: no son *res nullius*, sino *res communes*.**
  - b) **Competencia: La existencia de un título competencial para la protección de las especies es condición necesaria, pero no suficiente, para la imputación a la Administración de la responsabilidad por daños causados por especies protegidas.**
  - c) **Imputación: Necesidad adicional, para imputar, de la existencia de una o unas concretas y previas medidas administrativas de protección.**
  - d) **Insuficiencia, como medida específica para imputar los daños a la Administración, de las disposiciones por las que se declara una especie como protegida y se prohíbe su caza o captura.**
  - e) **Exoneración de la Administración por fuerza mayor o por efecto reflejo de la falta de título de imputación del daño a un sujeto concreto distinto del dañado.**
- III. **RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR CAÍDA DE NIDOS DE CIGÜEÑA.**
- IV. **RESPONSABILIDAD EN CASO DE COLISIÓN O ATAQUE DE BUITRES.**
  - a) **Incremento de estos accidentes tras la epizootia bovina de 1996.**
  - b) **Doctrina de la fuerza mayor en caso de colisión de buitres con vehículos automóviles.**
  - c) **Distinción entre el resarcimiento por daños y las subvenciones compensatorias.**
  - d) **Recomendación sobre la compensación económica de estos accidentes.**
  - e) **Inaplicación del baremo de epizootias.**
  - f) **Ataque de buitres a reses vivas.**

## I. ÁMBITO MATERIAL Y TEMPORAL DEL ANÁLISIS.

La responsabilidad patrimonial de la Administración pública por daños derivados de especies animales protegidas es una submateria de la responsabilidad por daños causados por animales, sean éstos domésticos o salvajes y, en este último caso, susceptibles o no de caza.

En un anterior número de esta Revista<sup>1</sup>, expuse la doctrina emanada del Consejo Consultivo de La Rioja (CCR), entre 1996 y 2008, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de animales de caza.

Ahora trataré de completar aquel estudio, analizando la doctrina formulada, entre 1996 y 2014, por el CCR sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños ocasionados por fauna objeto de protección, es decir, aquellos cuya caza o captura está prohibida.

Es de advertir, no obstante, que el último dictamen analizado en mi citado estudio anterior era el D.144/08 y, desde entonces, el CCR sólo ha emitido diez más en esta materia<sup>2</sup>, todos ellos referidos a ejemplares cinegéticos y ninguno a especies protegidas, por lo que la doctrina consultiva que expondré ahora sobre fauna objeto de protección corresponde también al periodo 1996 a 2008.

Tal penuria consultiva se debe a la drástica elevación a 50.000 euros de la cuantía requerida para elevar al CCR reclamaciones de daños y perjuicios.

En efecto, el art. 11 g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, reguladora del CCR (LCC, vigente desde 23 de junio de 2001), que atribuye al CCR competencia para dictaminar sobre reclamaciones de daños y perjuicios que se formulen ante la Administración pública, no contenía límite alguno para elevarle consultas en dicha materia, lo que permitió el acceso al Consejo de múltiples asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por especies animales.

El 7 de septiembre de 2005, entró en vigor la redacción dada a dicho precepto por la D.A. 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, que fijó la cuantía mínima para consultar en 600 euros. Esta medida, si bien eliminó la consulta sobre reclamaciones de pequeña cuantía, especialmente en el ámbito docente, no supuso una disminución apreciable en materia de daños causados por la fauna, ya que generalmente éstos superaban dicha cantidad.

Una disminución más apreciable en el número de asuntos supuso la elevación de la cuantía consultiva mínima a 6.000 euros desde el 31-12-08, en que comenzó a regir el art. 36. 2 de la Ley 5/2008, de 29 de diciembre.

---

<sup>1</sup> REFC, 9, 2008, págs. 207 a 215.

<sup>2</sup> DD. 155/08, 2 y 19/09, 34 y 84/10 y 33, 34, 67, 68 y 69/11.

La práctica desaparición de las consultas en esta materia ha tenido lugar tras la elevación de la cuantía consultiva mínima a 50.000 euros desde el 1 de enero de 2012, en que entró en vigor el art. 44 de la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, con la idea de equipararla a la establecida para el Consejo de Estado en el art. 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción dada al mismo por la DF 40ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, vigente desde 6 de marzo de 2011.

En suma, la progresiva elevación de la *cuantía gravaminis* ha provocado una correlativa contracción en el número de dictámenes del CCR sobre responsabilidad patrimonial de la Administración ya que, afortunadamente, tanto los accidentes de tráfico por colisión con piezas de caza, como los daños de otro tipo ocasionados por las mismas o por especies protegidas, no suelen generar reclamaciones superiores a 50.000 euros.

Esto dicho, la doctrina formulada por el CCR entre 1996 y 2014 sobre daños causados por especies protegidas se contiene en siete dictámenes relativos a cigüeñas (D.9/98), buitres (D.63/00, D.15/01, D.19/01 y D.99/06), garzas (D.75/07) y tejonos (D.76/08).

Así pues, no consideraremos ahora los dictámenes D.126/07, 132/07, D.9/08 y D.27/08, que se refieren a lobos y zorros, que son especies cinegéticas en La Rioja.

Tampoco aludiremos a los dictámenes D.46/03, D. 47/03 y D.48/03, que contemplan daños causados en «*encierros y otros festejos taurinos populares*» por reses que, si bien son bravas, no pueden reputarse especies salvajes protegidas en sentido estricto y, además y sobre todo, se trata de supuestos en que el servicio público en cuestión, no es el autonómico de conservación de la naturaleza, sino el municipal de organización de festejos populares, con la consiguiente obligación administrativa de preservación del orden y seguridad de los participantes quienes también asumen el riesgo inherente a participar<sup>3</sup>.

Todos los demás dictámenes emanados del CCR en esta materia se refieren a daños ocasionados por piezas de caza mayor (corzos, ciervos o jabalíes), que son muy abundantes en La Rioja donde, no olvidemos que se encuentra la gran Reserva Regional (antes Nacional) de Caza de Los Cameros-La Demanda y varias decenas de cotos de diversa tipología.

Finalmente, es de destacar que ninguno de los asuntos que han sido objeto de los siete dictámenes precitados sobre especies protegidas ha devenido contencioso, por lo que no puede aportarse jurisprudencia directa de contraste.

---

3 Cfr. SS TS de 30 de abril de 1984 (Ar. 1974), de 31 de diciembre de 1996, y 13 de abril de 1997 (Ar. 701) sobre daños causados por reses bravas en encierros populares.

## II. RESUMEN DE LA DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA EN ESTA MATERIA.

En los siete dictámenes expresados, el CCR mantiene, en esencia, la doctrina que se sintetiza en los siguientes apartados:

### a) Naturaleza jurídica de los animales silvestres: no son *res nullius*, sino *res communes*.

Para el CCR (cfr. D. 9/98), ha quedado superada la vieja concepción civilista que daba a los animales silvestres una concepción de *res nullius*<sup>4</sup>, que conduce a la exoneración de la Administración por los daños que causen; pues hoy deben más bien ser considerados como *res communes*<sup>5</sup>, cuya protección y tutela incumbe a los poderes públicos, en particular a las Administraciones autonómicas en su respectivo ámbito territorial, al corresponder a las mismas competencias en materia de protección de las especies.

El CCR ha llegado a afirmar (D.9/98) que incluso sería aplicable, en su sentido actual, el art. 1.905 del Código Civil, entendiendo que ese «poseedor del animal o quien se sirve de él» a que se refiere el precepto, es, en el caso de las especies protegidas, la entera colectividad cuyo interés ha dado origen a la legislación protectora; en consecuencia, es esa colectividad, a través de la Administración pública, quien debe pechar, en principio, con las consecuencias dañosas derivadas de la protección dispensada a la especie, sin que quepa imponer, sin más, un deber singular de soportar los perjuicios que se causen.

El CCR ha empleado en D.9/98 las expresiones *res nullius* y *res communes* por su tradición histórica, pero siendo consciente de que las mismas encierran una referencia al problema de la propiedad de los animales que ha desenfocado mucho la imputación de la responsabilidad por los daños que causen<sup>6</sup>, siendo así que, ya en las fuentes romanas, lo decisivo no era el dominio sino la posesión de los animales.

---

<sup>4</sup> Esta consideración parte de Gayo (*Inst.*, 2.1, 11 y 16); de donde la toma Justiniano (*Inst.* 2.1.12) para los animales salvajes. En el *Digesto* (D.41.1.5.5), figura la distinción gayana entre animales (*bestiae*) fieros (*ferae*), domesticados (*mansuetae*) y domésticos (*mansuetactae*), que recoge el art. 465 Cc.

<sup>5</sup> La categoría de las *res communes omnium*, que el Derecho Internacional Público ha extendido como *res communes humanitatis*, aparecía ya en el *Corpus Iuris Civilis* (*Instituta* 2.1), aunque Marciano (D.1.8.2. y 45) aludía con ella sólo a los elementos de la naturaleza, como el aire, el mar o la lluvia.

<sup>6</sup> Tan es así que, en Derecho administrativo italiano, la fauna silvestre (*selvaggina*), incluso la migratoria, es reputada un bien de *dominio público*, indisponible, sustraído a la libre ocupación y vinculado a su destino ecológico, del cual no puede ser desafectada, salvo en los casos previstos expresamente por la Ley (cfr. art. 1 Ley italiana 157/1992, de 11 de febrero, de Caza). Aunque esta *demanialización* implique una opción doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la institución, sino una expresión *breviloqua* para acotar un estatuto normativo aplicable, lo cierto es que ha conllevado la imputación a la Administración territorial competente, *iure domini* y ex art. 2052 del *Código Civile* (semejante al art. 1905 Cc español), de los daños causados por la fauna silvestre, siempre, obviamente, que concurren los demás requisitos necesarios para exigir la responsabilidad civil, incluida la culpa del sujeto público por falta de señalización o de control de la proliferación de la especie; y recayendo sobre el reclamante el *onus probandi* (cfr. entre otras, Sentencias de 13 de enero de 2009 y 4 de enero de 2001, de la *Suprema Corte di Cassazione*).

Los juristas romanos concebían a los *semovientes* como cosas dotadas de vida, aunque irracional; y, por tanto, no completamente asimilables a las cosas muebles o inmuebles inertes (*res*). De ahí que la jurisprudencia romana se centrara más en la posesión (que es una *quaestio facti*), que en la propiedad que es una *quaestio iuris*), de los animales vivos.

En efecto, incluso en los animales domésticos, el criterio general de imputación de los daños que produzcan (cfr. art. 1905 Cc) no era el dominio o titularidad, sino la posesión material de los mismos. Por eso, en las acciones para reclamar el resarcimiento de cualquier daño causado por una persona, animal o cosa (*actio Legis Aquiliae*, D.9.2.1.1), o, en concreto, por un perro que muerde (*actio Legis Pesolaniae*), por un rebaño que irrumpe en pasto ajeno (*actio de pastu pecoris*) o por un ganado propio que devasta fundos del vecino (*actio de pauperiae*), la legitimación pasiva correspondía al dañado en cuanto tal y no en cuanto que propietario. Es cierto que podían coincidir ambas cualidades, especialmente cuando la responsabilidad se reconducía al dueño por derivar el daño de una persona, animal o cosa sujeta a su potestad (*in potestate*). Sin embargo, el ancestral mecanismo de la noxalidad permitía al *dominus* exonerarse entregando al dañado (*datio in nexum*) la persona, animal o cosa que directamente había generado el daño, la cual quedaba así, no en propiedad, sino *in potestate sua*. También es cierto que, entre los animales *in potestate*, destacaban los cuadrúpedos de tiro y carga (bueyes, asnos, mulas y caballos), ya que, en una sociedad agraria como la romana, eran esenciales para el cultivo y, por ello, eran considerados *res mancipi*, como los fundos itálicos (Ulpiano *Regulae* 1, 19). Pero repárese en que, incluso en este caso, lo crucial no era tanto la propiedad quirritaria de los mismos, en cuanto que accesorios vinculados al fundo familiar, sino el hecho de su sometimiento posesorio por el hombre al trabajo agrícola mediante su unción dorsal por el yugo o collera que les atenaza (*animalia quae dorso collove domantur*).

La relevancia de la posesión se aprecia igualmente en el caso de los animales amansados, donde es crucial la prueba del *animus revertendi*, esto es, la de «*si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor*»; en el bien entendido de que no se trata con ello de afirmar una subjetividad animal jurídicamente relevante, sino de un hecho-indicio de domesticación que puede fundamentar la presunción de que se ha retenido su posesión *animo tantum*; pues el *animus* aquí buscado no es del animal, sino del domador que logró adiestrarlo para regresar. Pero el fondo salvaje se mantiene en el animal y, por ello, el art. 612.3 Cc limita a 20 días la reclamación posesoria del animal perdido cuya posesión corresponderá ahora a quien lo hubiere capturado. Con esta relevancia de la posesión se pone fin a las dudas que algunos fragmentos del Digesto presentaban para clasificar a los elefantes y camellos, que fueron reputados *ferae mixtae*, aunque, para Ulpiano (*Regulae* 1, 19), predominaba su componente salvaje. Algo parecido sucedía con las abejas ya que, si bien no se dudaba de su carácter silvestre (cfr. D.1.41.6.2), sin embargo se reconocía el *ius persequendi* en fundo ajeno para recuperar el enjambre que ha abandonado la propia colmena, aunque, con buen criterio, el art. 612 Cc lo limita a 48 horas y con indemnización de los daños causados en la persecución.

Pues bien, la relevancia posesoria es aún más clara, si cabe, en el caso de los animales puramente salvajes que, como establece el art. 465 Cc, «*sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder*». Por ello, el art. 613 Cc sólo permite recuperar la posesión de las palomas, conejos y peces que se nos hayan escapado, cuando hubieren sido extraídos dolosamente de sus criaderos mediante algún artificio o engaño. Y lo mismo se deduce del art. 1906 Cc, que imputa los daños causados por animales cinegéticos a los dueños de las heredades, pero no *iure domini*, como si la caza fuese un fruto o accesorio del terreno (*fructus fundi*) de la que se deba responder en virtud del criterio *qui est commodum et incommodum*<sup>7</sup>, sino por la culposa omisión o prohibición de actos posesorios tendentes a impedir la proliferación de ejemplares. Esta centralidad de la posesión del animal vivo hace que la *propiedad* de las fieras salvajes sólo interesara a los juristas clásicos y medievales a propósito de la ocupación de las mismas por los medios violentos de la caza (*venatio*) o la pesca (*piscatio*), es decir, cuando el animal ya está muerto o a punto de morir (cfr. art. 610 Cc); y ello con objeto de resolver algunos problemas de adjudicación de piezas abatidas en lances cinegéticos disputados. Se acuñaron así criterios de aprehensión *longa manu*, como el de adjudicación al cazador que produjo la primera sangre (cobro por *ius primae sanguinis*), al que efectuó el disparo decisivo (*ius ex letale iactu*) o el que realizó la persecución más tenaz (*ius ex persecutione*), todos los cuales relevan igualmente un trasfondo posesorio, que aún luce en las leyes estatal y autonómicas reguladoras de la caza.

Por todo ello, el CCR entiende que ahora la posesión sobre la fauna salvaje se predica no del individuo (*uti singuli*), sino de la colectividad humana (*uti universi*), que, en el ámbito español, la ejercita especialmente a través de las Administraciones públicas competentes, en cuanto que gestoras del interés general consistente en la conservación de la naturaleza y, en particular, de la bio-diversidad de los ecosistemas en que los animales salvajes se integran<sup>8</sup>.

De ahí que el CCR (D.9/98) no haya dudado en afirmar, con base en el art. 45 CE, que el interés público en la protección de las especies naturales configura, con la importante limitación que se expone en los epígrafes que siguen, la función administrativa protectora como servicio público a los efectos de la responsabilidad patri-

<sup>7</sup> El criterio jurídico, recogido por Justiniano (*Instituta*, 3.23.3), de que quien percibe el fruto (*utilitas*) de algo o se beneficia de la ventaja (*commoditas*) que comporta, debe soportar (*sentire*) también (*et*) las cargas (*onera*) y riesgos (*pericula*) correspondientes, tiene su origen en Paulo (D.50.17.10), pero su conversión en brocardo jurídico, con diversas formulaciones, se debe a la glosa de Azón (*Brocarda*, 45,108) y, especialmente, al canonista Dino de Pistoya (*Regulae*, 65.2), de donde pasó al *Liber Sextus* de las *Decretales* (VI, 5.13.55) y, entre nosotros, a las *Partidas* (P.7.34.29), siendo citado por la STS de 1 de junio de 1979 y 23 de diciembre de 1995, entre otras muchas, como principio general del Derecho.

<sup>8</sup> La consideración de la fauna salvaje como bien ambiental protegible tiene reflejo en diversos instrumentos internacionales, como la *Declaración de Estocolmo* de 16 de junio de 1972, la *Convención sobre protección del patrimonio mundial, cultural y natural*, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en París el 23 de noviembre de 1972, la *Carta mundial de la naturaleza* adoptada por la Asamblea General de la ONU el 28 de octubre de 1982, o la *Declaración de Río de Janeiro* aprobada el 14 de junio de 1992 al término de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo.

monial de la Administración pública, advirtiendo que tal consecuencia es la única que permite una protección real de las especies, puesto que sólo así puede materializarse una política que, al perseguir fines generales lícitos, puede conllevar una lesión individual de bienes y derechos de los particulares.

Aunque a primera vista pudiera parecerlo, esta doctrina del CCR no es contradictoria con alguna jurisprudencia que ha afirmado justo lo contrario, esto es, que no puede hablarse en estos casos de la existencia de un servicio público<sup>9</sup>. Y no hay contradicción porque, como hemos advertido, la afirmación del CCR sobre el carácter de servicio público que tiene la actividad pública en protección de la fauna silvestre (o, como señala el D.75/07, el que se presta en relación con la preservación del medio natural), debe ser limitada y matizada inmediatamente con la que se contiene en los epígrafes que siguen, en el sentido de que sólo existe tal servicio público, a efectos de imputación de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios, cuando la Administración tenga un título competencial suficiente para llevarlo a cabo y lo haya hecho efectivamente mediante la adopción de una o varias medidas específicas, de carácter administrativo, económico o de otra índole, para la protección de una determinada especie animal, distintas de la mera declaración de la misma como protegida y no susceptible de caza o captura. Examinemos, pues, esas matizaciones.

**b) Competencia: La existencia de un título competencial para la protección de las especies es condición necesaria, pero no suficiente, para la imputación a la Administración de la responsabilidad por daños causados por especies protegidas.**

El CCR (cfr. D.9/98) restringe, en efecto, su doctrina en el sentido de que la imputación objetiva a la Administración autonómica de la responsabilidad patrimonial derivada de daños generados por la fauna protegida, no se puede fundamentar en la mera existencia de un título estatutario (cfr. arts 149.11 CE y 9.1 EAR'99) que atribuya a la Comunidad Autónoma la competencia para la conservación de la naturaleza, la protección de las especies salvajes o, en general, el cuidado del medio ambiente natural; sino que, supuesta, obviamente, dicha competencia estatutaria, se requiere algo más, un *plus*, consistente en que la Administración pública competente haya adoptado, en ejercicio de sus competencias de preservación del medio natural y de las especies salvajes, alguna concreta medida, de carácter económico, administrativo o de otra índole, distinta a la mera decisión genérica de proteger a la especie dañante y prohibir su caza o captura.

Como señala el D.75/07, para poder imputar a la Administración el daño causado por especies protegidas, sería necesario, primero, que aquélla hubiera adoptado medidas concretas que permitan hablar de la existencia de un servicio público; y, segundo, que, suprimidas mentalmente tales medidas, se alcanzara la inequívoca conclusión de que el daño no se habría producido, pues sólo así podría imputarse éste al funcionamiento normal o anormal de un servicio público.

---

<sup>9</sup> Así, la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 30 de junio de 2004 (Ar. 2005, 193867).

En suma, a juicio del CCR, no cabe imputar daños a los servicios públicos por el mero hecho de existir genéricas políticas públicas de carácter protector de la fauna silvestre, pues, como señala el D.19/98, en materia de daños causados por los animales de caza, pero en afirmación generalizable a cualquier otro caso:

*«...en ningún caso la responsabilidad de la Administración autonómica puede inducirse, sin más, de que la misma tenga atribuidas por su Estatuto competencias en materia de caza o de protección del medio ambiente». Como dice la STS. (Sala 3ª, Sección 6ª) de 7 de febrero de 1998, «la asunción por la Administración autonómica de competencias transferidas por el Estatuto de Autonomía no liberaba a las empresas... de soportar los riesgos..., pues no cabe considerar que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad de éstos, por el hecho de que ejerzan competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización, porque, de lo contrario, como pretende la representación procesal de la recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado por nuestro ordenamiento jurídico»(...) Para que tenga lugar la responsabilidad administrativa, no basta la mera competencia en la materia (lo que es, desde luego, condición necesaria pero no suficiente), sino que es preciso que, de hecho, el daño causado sea imputable al funcionamiento de un servicio público a cargo de la Administración de que se trate. En este orden de cosas, no nos parece que pueda considerarse como un servicio público a cuyo funcionamiento pueda imputarse una responsabilidad administrativa (salvo, por supuesto, que la ley lo prevea expresamente, como ha ocurrido, a nuestro juicio y según hemos ya indicado, en el caso que contempla el segundo párrafo del art. 13 de la Ley 9/1998, de 2 de julio, de Caza de La Rioja), la genérica existencia de políticas autonómicas en materia de caza o de preservación de especies de valor cinegético».*

Las precedentes conclusiones resultan aún más claras cuando, como ocurre en estos casos, las políticas públicas de índole protectora que cabría traer a colación no se deben a la Comunidad Autónoma, sino al Estado, que aprobó el *Catálogo de especies amenazadas de interés especial* por RD 439/1990, de 30 de marzo, en desarrollo de la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres. En la actualidad, ambas normas han sido sustituidas, respectivamente, por el R.D. 139/2011, de 4 de febrero, que aprueba el *Listado de especies silvestres en régimen de protección especial* y el *Catálogo español de especies amenazadas*, y por la vigente Ley estatal 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio natural y de la biodiversidad. Tal normativa, por otra parte, tan sólo impide la caza o la captura de tales aves, de modo que difícilmente puede inducirse de la misma la existencia de relación de causalidad entre la aplicación de la misma, tanto por la Administración cuanto por cualesquiera otros sujetos de derecho, y los daños producidos.

**c) Imputación: Necesidad adicional, para imputar, de la existencia de una o unas concretas y previas medidas administrativas de protección.**

En otras palabras, para el CCR (cfr. D.9/98), no cabe imputar al servicio público de conservación de la naturaleza los daños causados por especies protegidas en base al mero hecho de existir unas genéricas políticas públicas de carácter protector de la fauna silvestre, puesto que, además de dicha competencia, es necesario que la Administración haya adoptado alguna o algunas medidas específicas de protección de la especie o de su concreto hábitat natural. Textualmente, el CCR requiere en sus dictámenes (cfr. D.76/08, p.e.) que se haya adoptado alguna «específica medida administrativa, protectora, autorizadora o de otra índole, sea de alcance general o limitada a ciertas especies o a determinado ámbito territorial o personal».

Entre las posibles medidas específicas, el CCR ha contemplado (aunque no en todos los casos las haya considerado decisivas para imputar la responsabilidad a la Administración): haber implantado una línea de ayudas económicas para compensar los estragos provocados por especies depredadoras (cfr. D. 99/06, D.63/00 y D. 19/01); haber efectuado una convocatoria pública de subvenciones para preservar nidos de aves zancudas a consecuencia de la medida administrativa de prohibición de eliminarlos (D.9/98); o haber habilitado comederos para aves necrófagas durante las campañas de retirada obligatoria, por motivos sanitarios, de reses muertas en el campo (cfr. D.13/14 sobre una disposición administrativa en ese sentido).

La doctrina consistente en exigir adicionalmente alguna medida administrativa específica fue formulada por el CCR para casos de daños producidos por las especies susceptibles de caza, (cfr. , y, especialmente). Concretamente, el CCR había estimado como medidas administrativas especialmente relevantes a estos efectos la aprobación, en el marco de la legislación cinegética vigente, de los Planes Técnicos de Caza del coto correspondiente (D.19/98), así como diversas determinaciones y omisiones detectadas en los mismos y en sus documentos antecedentes complementarios (D.90/08, D.127/08), que fueron detalladas por el CCR, a partir del D. 49/00, tales como el reconocimiento de la existencia o no de hábitats adecuados para una especie o la petición y la autorización o no de batidas para cazar o regular determinada especie<sup>10</sup>.

De esta manera, para el CCR, las respectivas actuaciones u omisiones, por un lado, de los administrados al presentar el Plan, y, por otro, de la Administración al supervisarlos, pueden constituir sendos títulos de imputación de responsabilidad: en el primer caso, como actos propios concluyentes; y, en el segundo, como medidas administrativas específicas (D.62/08, D.90/09 y D.94/08). En este orden de ideas, resultan reprochables (y por tanto responsabilizantes) actitudes como no solicitar la caza de una especie que se sabe que existe en el acotado (D.3/08 y D.127/08) o no autorizar o prohibir batidas solicitadas de una especie que se sabe que ha proliferado excesivamente en el mismo

---

<sup>10</sup> Cfr. D.82/07, D.91/07, D.92/07, D.96/07, D.97/07; D.1/08, D.2/08, D.3/08, D.12/08, D.19/08, D.23/08, D.29/08, D.41/08, D.52/08, D.61/08, D.81/08, D.82/08, D.83/08, D.89/08, D.94/08, D.95/08, D.97/08, D.101/08, D.126/08, D.127/08, D.141/08 y D.143/08.

(D.5/07, D.77/07 y D.97/07). En suma, en los cotos, el Plan Técnico de Caza y sus documentos complementarios tienen una doble función, limitante y responsabilizante

El efecto limitante es claro ya que estos instrumentos administrativos limitan la facultad de cazar todas las especies cinegéticas que existan en él, aunque se trata, en cierto sentido, de una autolimitación que los propios titulares del coto se imponen, puesto que, aunque los Planes han de ser redactados por técnico competente, son tales titulares los que los proponen y presentan, correspondiendo a la Administración únicamente su aprobación o rechazo, pero sin adoptar una posición meramente pasiva ya que puede indicar las correcciones que proceda introducir y en casos tasados puede obligar a cazar todas o algunas especies.

En cuanto al efecto responsabilizante es también obvio pues las actitudes y medidas adoptadas en los Planes y documentos complementarios tanto por los titulares de los acotados como por la Administración cinegética, como son las batidas autorizadas (DD 41 y 43/03) o denegadas (D.80/04 y 56/05), pueden responsabilizarles, en todo o en parte y de forma exclusiva o concurrente, de los daños causados por especies cuya presencia esté prevista en el Plan (D.62/08 y D.94/08).

Pues bien, en la CAR y para los animales protegidos, obviamente, no existen instrumentos reguladores de su caza, pero sí *Planes Técnicos de Protección* y otras medidas administrativas de catalogación<sup>11</sup>, zonificación<sup>12</sup>, fomento, preservación y recuperación de concretos hábitats<sup>13</sup> o especies (como el águila-azor perdicera<sup>14</sup>, el aguilucho cenizo<sup>15</sup>, la cigüeña común<sup>16</sup>, el visón

---

11 Decreto 59/1998, de 9 de octubre, por el que se crea y regula el *Catálogo regional de especies amenazadas de la flora y fauna silvestre de La Rioja* (B.O.R. núm. 123, del 13; ce. B.O.R. núm. 129, del 27).

12 Orden 35/1999, de 17 de marzo, de la Consejería de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente, de *medidas agro-ambientales en Zonas de especial protección para las aves y espacios naturales protegidos de La Rioja* (B.O.R. núm. 34, del 20); y Resolución 1548/2011, de 10 de noviembre, de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, por la que se delimitan las *Áreas prioritarias de reproducción, alimentación, dispersión y concentración local, de las especies de aves catalogadas como amenazadas, y se dispone la publicación de las Zonas de protección existentes en la CAR, en las que serán de aplicación las medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en las líneas eléctricas de alta tensión* (B.O.R. núm. 157, de 9 de diciembre).

13 Resolución 489/2012, de 22 de mayo, de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, por la que se delimitan las *Zonas de protección para la alimentación de especies necrófagas de interés comunitario* (B.O.R. núm. 67, de 1 de junio); modificada por Resolución 12/2014, de 9 de enero, de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (B.O.R. núm. 4, del 10).

14 Decreto 19/1999 de 28 de mayo por la que se aprueba el *Plan de recuperación del águila azor-perdicera en La Rioja* (B.O.R. núm. 67, de 1 de junio, modificado por Decreto 19/2009, de 27 de marzo, B.O.R. núm. 42, de 1 de abril). Cfr. también Orden 25/1996, de 21 de mayo, de la Consejería de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas, y Medio Ambiente, que *regula el régimen de concesión de subvenciones para la realización de actividades en materia de caza, incentivando actuaciones de mejora del hábitat para el águila azor-perdicera* (B.O.R. núm. 72, de 11 de junio); modificada por la Orden 16/2000, de 23 de mayo, de la Consejería de Turismo y Medio Ambiente (B.O.R. núm. 66, del 25).

15 Orden 16/2006, de 12 de septiembre, de la Consejería de Turismo, Medio Ambiente y Política Territorial, por la que se aprueban las *Bases reguladoras de las ayudas para la protección de las zonas de nidificación del aguilucho cenizo (Circus pygargus) en La Rioja*, durante la época de cría (B.O.R. núm. 128, del 28 /Ar. 235; ce. B.O.R. núm. 132, de 7 de octubre de 2006).

16 Orden 17/2006, de 12 de septiembre, de la Consejería de Turismo, Medio Ambiente y Política Territorial,

común<sup>17</sup> y europeo<sup>18</sup>, el cangrejo de río autóctono<sup>19</sup>, la perdiz pardilla<sup>20</sup>, el murciélago<sup>21</sup>, las aves fringílicas<sup>22</sup> o los anfibios<sup>23</sup>), que podrían ser susceptibles de que el CCR las apreciase o analizase como título de imputación a la Administración de daños generados por las especies objeto de las mismas.

Especial mención merecen en este sentido las medidas de compensación económica por daños causados por algunas de ellas, como el buitre<sup>24</sup>, que tenían su antecedente en medidas similares adoptadas para daños generados por especies cinegéticas<sup>25</sup>.

Alguna jurisprudencia ha considerado otras medidas específicas, como la insuficiencia de provisiones encaminadas a detener o controlar la proliferación de la especie<sup>26</sup>.

En suma, como declara el D.19/01, aunque se haya probado la existencia de una relación de causalidad entre la acción de una especie protegida y el daño producido, no por ello puede reconocerse la existencia de responsabilidad de la Administración autonómica. Para ello sería necesario: primero, que esta última hubiera adoptado medidas concretas que permitan hablar de la existencia de un servicio público; y,segundo, que, suprimidas mentalmente tales medidas, el daño no se hubiera produ-

---

por la que se aprueban las *Bases reguladoras de las ayudas para la protección y el mantenimiento de nidos de cigüeña común en La Rioja* (B.O.R. núm 128, del 28).

**17** Decreto 8/2000, de 18 de febrero, por el que se aprueba el *Plan de recuperación del visón común en La Rioja* (B.O.R. núm. 26, del 24).

**18** Decreto 14/2002, de 1 de marzo, por el que se aprueba el *Plan de recuperación del visón europeo en La Rioja* (B.O.R. núm. 28, del 5).

**19** Decreto 47/2000, de 7 de septiembre, por el que se aprueba el *Plan de recuperación del cangrejo autóctono de río en La Rioja* (B.O.R. núm 114, del 12 de septiembre).

**20** Orden 48/2001, de 9 de noviembre, de la Consejería de Turismo y Medio Ambiente, por la que se aprueba el *Plan de recuperación de la perdiz pardilla en La Rioja* (B.O.R. núm. 136, del 13).

**21** Orden 15/2006, de 12 de septiembre, de la Consejería de Turismo, Medio Ambiente y Política Territorial, por la que se aprueban las *Bases reguladoras de las ayudas para la protección de murciélagos* (B.O.R. núm 128, de 28 de septiembre).

**22** Orden 4/2008, de 12 de junio, de la Consejería de Turismo, Medio Ambiente y Política Territorial, por la que se fijan las *condiciones necesarias para la captura y/o tenencia de aves fringílicas en La Rioja* (B.O.R. núm. 83, del 21).

**23** Resolución 65/2012, de 28 de febrero, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Gobierno de fecha 24 de febrero de 2012, por la que se aprueba el *Plan de Conservación de los Anfibios de La Rioja* (B.O.R. núm. 29, de 7 de marzo).

**24** Orden 18/2006, de 13 de octubre, de la Consejería de Turismo, Medio Ambiente y Política Territorial, por la que se aprueban las *Bases reguladoras de las ayudas para compensar económicamente los daños producidos en el ganado por la acción de los buitres* (B.O.R. núm. 145, de 4 de noviembre).

**25** Orden 9/2003, de 22 de mayo, de la Consejería de Turismo y Medio Ambiente, por la que se aprueban las *Bases reguladoras de las ayudas a la suscripción de pólizas de seguro para hacer frente a las indemnizaciones de los daños ocasionados por accidentes de tráfico provocados por la fauna cinegética procedente de terrenos cinegéticos de La Rioja* (B.O.R. núm. 65, del 27).

**26** Cfr. Sentencia TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 22 de abril de 2008 (Ar. 282) en un caso de daños causados por colonias de cigüeña blanca que renuncian a sus costumbres migratorias en pagos repletos de alimento.

cido. Sólo así podría imputarse éste al funcionamiento normal o anormal de un servicio público (D.76/08). Es decir, la medida ha de ser tal que, racional y necesariamente, explique la producción del daño concreto considerado (D.76/08).

En suma, el CCR ha construido, en estos casos, la doctrina de la necesidad de una medida administrativa específica con la técnica de la *condicio sine qua non* para la imputación de daños a la Administración<sup>27</sup>.

Además, como también precisa el CCR (D.19/01 y D.76/08), es necesario cumplir un segundo y esencial requisito, esto es, la demostración del enlace preciso y directo entre el daño producido y las concretas medidas administrativas adoptadas.

**d) Insuficiencia, como medida específica para imputar los daños a la Administración, de las disposiciones por las que se declara una especie como protegida y se prohíbe su caza o captura.**

Así pues, el CCR, en contra de alguna jurisprudencia<sup>28</sup>, rechaza que la mera declaración oficial de una especie como protegida, aunque se realice mediante una disposición general debidamente publicada, constituya una *publicatio* que conlleve la imputación a la Administración declarante de los daños que cause la especie protegida y la correlativa exoneración del dañado por no tener obligación legal de soportar el daño irrogado.

Así, el D.75/07, en un caso de colisión de vehículo automóvil contra una garza, señala que no puede valorarse como medida administrativa concreta la simple inclusión de la garza real (*ardea cinerea*) en el Catálogo de especies amenazadas —como «de interés especial»—, pues ninguna de las consecuencias jurídicas que ello

---

<sup>27</sup> El CCR ha formulado la técnica de la *condicio sine qua non* en los siguientes términos: i) consiste en que un hecho es causa de un resultado cuando, suprimido mentalmente, el resultado, en su configuración totalmente concreta, no se habría producido (D.82/05; y D.21/06, D.92/06 y D.97/06; D.4/07, D.8/07, D.29/07, D.31/07, D.34/07, D.36/07, D.41/07, D.50/07, D.60/07, D.84/07, D.113/07, D.115/07, D.120/07, D.121/07, D.124/07, D.129/07; D.5/08, D.6/08, D.17/08, D.18/08, D.30/08, D.32/08, D.33/08, D.36/08, D.38/08, D.57/08, D.102/08, D.108/08, D.114/08, D.116/08, D.123/08, D.129/08, D.130/08, D.133/08, D.142/08, D.146/08, D.152/08; D.1/09, D.5/09, D.10/09, D.11/09, D.18/09, D.20/09, D.30/09, D.32/09, D.36/09, D.41/09, D.47/09, D.51/09, D.54/09, D.55/09, D.63/09, D.69/09, D.73/09, D.74/09, D.77/09, D.84/09, D.4/10, D.16/10, D.18/10, D.22/10, D.25/10, D.26/10, D.28/10, D.32/10, D.36/10, D.45/10, D.47/10, D.69/10, D.79/10, D.97/10, D.103/10, D.2/11, D.5/11, D.8/11, D.24/11, D.25/11, D.43/11, D.42/11, D.45/11, D.47/11, D.53/11, D.58/11, D.65/11, D.66/11, D.77/11, D.79/11, D.4/12, D.16/12, D.17/12, D.36/12, D.38/12, D.46/12, D.40/12, D.59/12, D.12/13, D.22/13, D.24/13, D.44/13, D.53/13); ii) exige examinar y decidir de cuáles, entre todos los hechos causantes que han concurrido en el caso concreto, y tal y como han concurrido, no se puede prescindir para explicar la producción del daño (D.45/09); y iii) caso de existir varias causas concurrentes, el criterio de la *condicio sine qua non* no implica que otra u otras causas puedan explicar todos o parte de los daños, los cuales serían imputables a las mismas, o a sólo a una de ellas, de modo exclusivo o suficiente, atendiendo a un análisis racional de la relación de causalidad en sentido estricto (D.77/11).

<sup>28</sup> Cfr. Sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo con sede en Valladolid, Sección 1ª, de 13 de octubre de 2004 (Ar. 303524), en un caso de colisión de vehículo con un lobo (*canis lupus*) que, en Castilla y León, es especie protegida, a diferencia de lo que sucede en La Rioja y demás regiones situadas al norte del Duero.

acarrea a tenor de la legislación de protección de la fauna silvestre (cfr. art. 31 de la Ley 4/1989) resulta susceptible de ser anudada de manera mínimamente relevante, con enlace preciso de relación de causa a efecto, al daño concreto cuya indemnización se reclama; aparte de que tal inclusión se debe al R.D.o 439/1990, de 30 de marzo, dictado en desarrollo de la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, por lo que, ni siquiera entendiéndolo otra cosa, la eventual responsabilidad podría exigirse a la Administración autonómica que, en ningún caso, es autora de la medida.

En suma, para imputar el daño a la Administración autonómica, el CCR exige un *plus* consistente en la existencia de medidas administrativas específicas de protección, autorizadoras, prohibitivas o de otra índole, aunque su contenido sea económico (ayudas, subvenciones) o material (habilitación de comederos o provisión de hábitats adecuados).

No se ha planteado, pues, el CCR la hipotética existencia de una responsabilidad del legislador derivada de la declaración normativa de que una concreta especie queda protegida y, por tanto, no es susceptible de ser capturada ni cazada. Y no se ha planteado el CCR esa hipótesis por la sencilla razón de que, como hemos indicado antes, la legislación protectora que ha contemplado ha sido siempre estatal y, por tanto, al no emanar la misma de la CAR, dicha eventual responsabilidad del Estado legislador quedaba fuera de la competencia consultiva del CCR. Y la insistencia del CCR en que la medida ha de ser «administrativa» y «concreta» o «específica» parece sugerir una exclusión de las medidas «legislativas» que, por su propia naturaleza jurídica, bien son de procedencia parlamentaria o, en todo caso, disposiciones «generales».

Además, es difícil mantener que la alusión legislativa a una concreta especie convierta a la norma en cuestión en una disposición «de caso único» que permitiera equipararla a una medida administrativa concreta, ya que la «especie» animal, pese a que le atribuyamos esa denominación biológica por influjo de los criterios clasificatorios acuñados por Linneo, es siempre, desde el punto de vista de la lógica jurídica, heredera en esto de los criterios categoriales formulados por Porfirio, un género (*genus*), aunque biológicamente se trate de una «especie» amenazada de extinción, pues, incluso entonces, seguiría siendo un *genus*, aunque *limitatum*, es decir, de número cuantitativamente reducido. Otra cosa sería que la limitación de ejemplares de la «especie» fuera tal que estuviéramos prácticamente ante una legislación «de caso único» de suerte que la declaración constituyera de por sí una medida específica de protección.

Pero, prescindiendo de hipótesis teóricas, por ahora la doctrina del CCR en esta materia se limita a afirmar que no es suficiente la existencia de un título competencial en materia de conservación de las especies, ni tampoco la mera declaración oficial de una especie como protegida y de caza y captura prohibida, sino que, además, es precisa la existencia de una concreta medida administrativa de protección.

Ahora bien, no cabe duda de que, en el futuro, la legislación podría imputar *ex lege* a la Administración medio-ambiental los daños ocasionados por especies protegidas, como, respecto a las especies cinegéticas, han hecho algunas leyes autonómicas de caza o como se ha efectuado en otros sectores, como el de la indemnización de daños corporales por actos terroristas. Para que eso pueda llevarse a cabo, se requeriría una modificación de la normativa correspondiente, aunque esta fuera meramente reglamentaria, que diera así cobertura a un resarcimiento de daños a costa de la Administración (D.15/01).

Se trataría de una medida de asunción de riesgos determinada por el legislador, una vez ponderada la sostenibilidad económica de la misma, en función del volumen de siniestros ocurridos en su ámbito territorial de competencias. Obviamente estas cuestiones *de lege ferenda*, al implicar nada menos que una decisión sobre los límites del Estado del Bienestar en un sector concreto, como es la protección de las especies salvajes, se sitúan al margen de la función jurídica del CCR, si bien éste ha declarado con reiteración que la Administración no puede convertirse en una especie de aseguradora universal de todos los riesgos sociales, pues ello la obligaría a garantizar siempre la indemnidad de todo siniestro, cuando nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración no es providencialista ni constituye una especie de seguro social a todo riesgo para cubrir cualquier eventualidad dañosa para los particulares derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones públicas<sup>29</sup>.

**e) Exoneración de la Administración por fuerza mayor o por efecto reflejo de la falta de título de imputación del daño a un sujeto concreto distinto del dañado.**

Por todo lo expuesto, el CCR exonera a la Administración autonómica cuando no aprecia la existencia de ninguna medida administrativa concreta, adoptada por la misma que tenga por objeto a la especie protegida dañante y que pueda incidir en la relación de causalidad de modo tal que, sin ella, los daños que se produjeron no se hubieran racionalmente producido.

---

<sup>29</sup> El CCR ha formulado esta doctrina en múltiples dictámenes. Cfr: D.1/03, D.15/03, D.21/03, D.22/03, D.26/03, D.51/03, D.59/03, D.63/03, D.87/03 y D.94/03; D.13/05, D.38/05, D.65/05, D.74/05, D.83/05, D.91/05, D.101/05, D.117/05; y D.16/06, D.42/06, D.77/06, D.90/06 y D.91/06; D.8/07, D.12/07, D.25/07, D.26/07, D.30/07, D.37/07, D.43/07, D.62/07, D.68/07, D.78/07, D.89/07, D.102/07, D.104/07, D.108/07, D.109/07, D.121/07, D.123/07, D.124/07, D.134/07; D.15/08, D.16/08, D.25/08, D.26/08, D.35/08, D.45/08, D.56/08, D.58/08, D.53/08, D.96/08, D.104/08, D.107/08, D.110/08, D.113/08, D.114/08, D.118/08, D.123/08, D.128/08, D.129/08, D.133/08, D.154/08, D.159/08; D.8/09, D.13/09, D.14/09, D.24/09, D.25/09, D.27/09, D.28/09, D.36/09, D.37/09, D.41/09, D.42/09, D.48/09, D.54/09, D.56/09, D.58/09, D.62/09, D.69/09, D.73/09, D.74/09, D.75/09, D.77/09, D.78/09, D.90/09, D.92/09, D.93/09, D.1/10, D.4/10, D.7/10, D.18/10, D.21/10, D.45/10, D.47/10, D.55/10, D.56/10, D.63/10, D.64/10, D.67/10, D.69/10, D.70/10, D.72/10, D.74/10, D.82/10, D.83/10, D.85/10, D.7/11, D.9/11, D.21/11, D.25/11, D.27/11, D.37/11, D.43/11, D.51/11, D.54/11, D.58/11, D.66/11, D.70/11, D.74/11, D.75/11, D.76/11, D.80/11, D.81/11, D.8/12, D.10/12, D.11/12, D.16/12, D.21/12, D.29/12, D.41/12, D.44/12, D.50/12, D.51/12, D.54/12, D.57/12, D.59/12, D.61/12, D.12/13, D.20/13, D.24/13, D.25/13, D.30/13, D.37/13, D.40/13, D.43/13, D.44/13, D.46/13, D.48/13, D.49/13, D.51/13, D.54/13, y D.65/13.

Los dictámenes D.75/07 y D.76/08 explican con nitidez el fundamento de esta doctrina, al señalar que la eventualidad de que las especies animales no cazables causen daños —a diferencia de lo que ocurre cuando éstos procedan de una especie cinegética— es un riesgo que, en principio, recae sobre quienes puedan sufrirlos o efectivamente los sufran, pero no porque los mismos tengan deber jurídico de soportarlos, sino por la sencilla razón de que nuestro ordenamiento jurídico no prevé ningún criterio positivo de imputación de tales daños a ningún sujeto en particular y, por tanto, el dañado no puede exigir la responsabilidad a nadie.

Pero, naturalmente, esta regla general —advierten los citados dictámenes D.75/07 y D.76/08— no impide que pueda exigirse responsabilidad cuando, en un caso concreto, concurra un genérico criterio de imputación (por ejemplo, el criterio objetivo de la posesión del animal del art. 1.905 Cc. o, en su caso, incluso, el criterio subjetivo o de la culpa del art. 1.902 Cc.). Mediante esta vía de excepción, procede la exigencia de responsabilidad a la Administración cuando concurra el genérico criterio positivo de imputación del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Ahora bien, para apreciar tal funcionamiento servicial público, no basta con que la Administración haya declarado protegida a la especie causante del daño, sino que es necesario que, además, haya adoptado una concreta medida —prohibitiva, autorizadora o de cualquier otra índole— en relación con dicha especie, que explique la producción del daño en su configuración totalmente concreta, esto es, de un modo tal que exista certeza racional de que, de no haberse adoptado la medida, dicho daño concreto no se habría producido. No cumpliéndose tales requisitos, la reclamación de responsabilidad patrimonial ha de ser desestimada.

Repárese en la sutileza con la que el CCR margina, en estos casos de daños causados por animales salvajes, el criterio legal de exoneración conocido como «deber de soportar el daño», para precisar que, si el dañado termina soportando el daño causado por la fauna salvaje, no es porque exista un preciso deber jurídico que así se lo imponga, sino como natural consecuencia de la imposibilidad jurídica (por inexistencia de un título jurídico habilitante) de imputarlo a otro sujeto y, singularmente, a la Administración.

Esta doctrina ha sido especialmente aplicada por el CCR al caso de responsabilidad sanitaria, donde el requisito de la antijuridicidad del daño no tiene un papel relevante, pues no existe propiamente «deber de soportar el daño», sino, en su caso, imposibilidad de imputarlo a una mala práctica de la Administración<sup>30</sup>.

En efecto, como señala reiteradamente el CCR, la doctrina general sobre el «deber de soportar el daño» (D.2/06 y D.87/06): i) debe atemperarse a las circunstancias del caso (D.2/06); ii) debe interpretarse estrictamente (D.55/05, D.65/05 y D.86/05); iii) incluye casos en que el deber viene establecido directamente por la

---

<sup>30</sup> Cfr. D.99/04; D.55/05, D.65/05 y D.86/05; y D.27/06, D.46/06, D.57/06 y D.83/06; D.1/07, D.3/07, D.4/07, D.26/07, D.49/07, D.50/07, D.89/07, D.102/07, D.104/07, D.108/07, D.111/07, D.117/07; D.15/08, D.16/08, D.25/08, D.45/08, D.58/08, D.59/08, D.104/08, D.110/08, D.128/08 y D.17/11.

norma o deriva indirectamente de su aplicación (D.55/05); iv) incluye también deberes generados por el propio interesado con su conducta inadecuada (D.50/00); v) pero no concurre cuando (como sucede en los daños causados por especies salvajes que no cuenten con más medidas específicas de conservación que la mera declaración de su protección y la prohibición de su caza y captura) no se trata propiamente de «soportar el daño», sino del efecto reflejo de no concurrir ningún criterio positivo que permita imputarlo a la Administración (D.55/05, D.66/05, D.86/05, D.28/11).

### III. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR CAÍDA DE NIDOS DE CIGÜEÑA.

Entrando ya en la casuística, el *leading case* en esta materia puede cifrarse en el D.9/98, donde el CCR analizó una reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida contra la CAR, por daños ocasionados al caer un nido de cigüeñas blancas sobre un automóvil que estaba, correcta y legalmente, aparcado bajo una de las torres de la Colegiata de San Miguel de Alfaro, templo parroquial que se caracteriza por albergar en su techado una de las mayores colonias europeas de aves cícónidas. Es de advertir que estos nidos pueden ser muy voluminosos y pesar en torno a una tonelada<sup>31</sup>.

Además de las peculiaridades a que luego aludiré, concurría en el caso la triple circunstancia de que: i) la CAR no había intervenido en el mantenimiento de los nidos de cigüeña blanca en la referida parroquia ; ii) pero había publicado una Orden (entonces la núm. 38/1997, de 22 de abril) para subvencionar las medidas que hubieren de adoptar los propietarios de edificaciones en las que se asentase algún nido de la señalada especie; y iii) si bien la parroquia correspondiente no se había acogido a la referida Orden de subvenciones cuando sucedió el siniestro.

La Administración autonómica propuso denegar la reclamación por entender que, si bien, como alegaba el reclamante, existía en el Estatuto de Autonomía de La Rioja (EAR) un título competencial relativo a la protección, conservación y fomento de la riqueza de la fauna en la CAR, ello no podía suponer para la dicha Administración la obligación de atender y mantener directamente los nidos que las cigüeñas hicieran en La Rioja. En consecuencia, aunque reconocía que era evidente la relación de causalidad entre el desprendimiento del nido y el daño producido, afirmaba que ello no implicaba que el daño fuera imputable a la CAR, por lo que faltaba el requisito esencial de la responsabilidad patrimonial, consistente en una conexión de causa a efecto entre la actuación u omisión administrativa y el daño producido.

El CCR se vio, pues, en la tesitura de dictaminar sobre si podía o no imputarse a un funcionamiento normal o anormal de algún servicio público la caída material de un nido de cigüeñas que había originado un daño perfectamente determinado,

---

<sup>31</sup> Al redactar estas líneas, se publica en la prensa local riojana (cfr. Diario *La Rioja* de 27-05-2014) la noticia del desprendimiento, a causa de un vendaval, de un nido de cigüeña de los 56 que actualmente alberga la Colegiata de Alfaro, esta vez junto con la parrilla metálica de sustentación que había facilitado la Administración autonómica. Al pesar más de una tonelada, ha causado daños en la cubierta del templo, aunque, afortunadamente, sin lesiones personales.

sin culpa alguna de la víctima. Para ello, comenzó el CCR exponiendo el régimen jurídico entonces vigente sobre la protección de la cigüeña blanca.

En primer término, destacó el CCR a este respecto que la CAR, en ejercicio de sus facultades estatutarias en esta materia, había aprobado su propia, y todavía vigente, Ley 5/1995, de 22 de marzo, de Protección de los animales, que dedica su título III a la fauna silvestre.

Añadió el CCR, en segundo lugar, que dicha normativa autonómica se mantenía en el marco del art. 45 CE y del régimen estatal, que entonces estaba contenido en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Espacios naturales protegidos, protección de animales y plantas (actualmente derogada por la vigente Ley estatal 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio natural y de la biodiversidad), cuyo art. 26.1 ya ordenaba a las Administraciones públicas adoptar las medidas necesarias para garantizar la conservación de las especies de la flora y la fauna que vivía en estado silvestre en el territorio español; para lo que el art. 26.2 prevenía sobre la preservación de sus hábitats; y el art. 24.4 establecía drásticas prohibiciones, incluso de molestar o inquietar a los animales silvestres, «especialmente los comprendidos en alguna de las categorías enunciadas en el art 29», que, a su vez, determinaba los animales o plantas cuya protección requería medidas específicas, mediante su inclusión en los *Catálogos de especies amenazadas* a que se refería el art. 30. Resaltó el CCR que, para garantizar la efectividad de tales preceptos conservacionistas, se fijaba en la misma Ley un completo régimen sancionador, con imposición de severas sanciones, a la vez que se procuraba la reparación de los daños causados.

En el mismo ámbito estatal, se destacó también que *Catálogo general de especies amenazadas* (entonces era el aprobado por RD 439/1990, ahora RD 139/2011) incluía, en su Anexo II, relativo a las especies y subespecies catalogadas «de interés especial», a la cigüeña blanca (*ciconia ciconia*), y tipificaba, en su art. 9, como infracciones, de conformidad con lo previsto en los arts. 26.4 y 38-13ª de la Ley 4/1989 (entonces vigente, ahora Ley 42/2007), entre otras conductas, «el acto de molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres pertenecientes a especies catalogadas» incluidas, como queda dicho, las cigüeñas blancas.

El CCR concluyó que el interés público en la protección de las especies naturales configura la función administrativa protectora como servicio público a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, con cita de sendos dictámenes del Consejo de Estado (de 21 de enero de 1.982 y 1 de diciembre de 1.983) referidos a daños sufridos a consecuencia de una resolución administrativa que prohibió la caza menor en determinado término municipal, y a daños causados por ánsares procedentes de un parque nacional, respectivamente, indicando en el primero de los citados que el daño causado «excede de lo que puede considerarse cargas comunes de la vida social».

Además, el CCR no vio razón alguna para no seguir en estos casos el mismo criterio que la vigente Ley riojana 5/1995, de 22 de marzo, contiene en su artículo

26.2 respecto de las especies amenazadas en terrenos de aprovechamiento cinegético común, respecto de las que se «*declara obligatoria y prioritaria para el Gobierno de La Rioja, la compensación de los daños causados*», pues revela la consciencia que la Administración autonómica tiene de la más que posible producción de esos daños a consecuencia de la nidificación de las cigüeñas blancas.

En consecuencia, el CCR dictaminó que el daño producido en un vehículo particular por la caída de un nido de cigüeña blanca debía ser resarcido por la Administración autonómica encargada de su protección, como daño derivado del funcionamiento del servicio público de protección de la especie dañante, rechazando así los argumentos que dicha la Administración alegaba para exonerarse

En efecto, frente al argumento de que la competencia protectora no suponía para la Administración autonómica una obligación de atender y mantener directamente los nidos de cigüeña, el CCR adujo que, la casi imposibilidad física de una completa actuación administrativa en tal sentido, (al igual que sucede con la mayoría de los daños derivados, por ejemplo, por caída de obstáculos en una vía pública, que son de imposible prevención absoluta), es ajena al hecho de que, producidos unos daños, tenga que responder de los mismos la Administración, sobre la base del criterio objetivo imperante en la exigencia de su responsabilidad, pues ésta no se fundamenta en que el daño se haya producido por una imprevisión administrativa, sino que impone su resarcimiento por el mero hecho de haberse producido ese daño y ser imputable a la Administración (D. 14/97, con cita de la STS de 16-04-96).

Y, respecto al argumento de que la parroquia de la que cayó el nido no se había acogido a los beneficios derivados de la precitada disposición sobre subvenciones para el mantenimiento de nidos de cigüeña común, el CCR declaró que una medida de fomento de solicitud facultativa no puede, sin más, alterar el régimen general de responsabilidad administrativa, desplazándola hacia quienes, por azares de la naturaleza, tienen un edificio en que se aposentan tales aves, pues la carga de soportar esos nidos sobre sus edificios, que la sociedad y la legislación les impone, no puede ir más allá de exigirles el que no alteren la situación existente, pero sin llegar a hacerles responsables de los daños que se produzcan a terceros. Añadió el CCR que, aunque tales titulares puedan beneficiarse de subvenciones, la existencia de estas últimas no implica que el no acogerse a ellas les sitúe en lugar de la Administración responsable, haciendo una especie de aplicación de los preceptos del Código Civil, singularmente, convirtiéndolos en poseedores de unos animales que, *ex lege*, no sólo no son susceptibles de tal apropiación, sino a los que, incluso, no pueden molestar.

Entendió el CCR que, a lo sumo, y sólo si una norma legal así lo impusiera, podría declararse responsables a los titulares de los edificios, siempre que, paralelamente, se acompañaran suficientes medidas de ayuda y colaboración obligatoria por parte de la Administración; o podría, incluso, en la actual situación, hacerseles responsables de los daños propios sufridos por descuidar la conservación de nidos, pudiendo contar con una ayuda con que costear—o ayudar al menos— a dicha conservación, considerando esos daños propios como un sacrificio singular legalmente

impuesto al propietario del edificio, supuesto de exoneración de responsabilidad administrativa, que les obligaría a soportar las consecuencias perjudiciales, al menos las normales, (limpieza, por ejemplo,) derivadas de la existencia de nidos en sus edificios. Pero lo que, para el CCR, no cabía, en modo alguno, al menos en la situación legal existente al emitir su D. 9/98, era considerar ajustado a Derecho el que se les pueda imponer la carga añadida de indemnizar los daños causados a terceros.

Es de destacar que, en el caso concreto, concurrían, además, otras circunstancias peculiares:

-En primer lugar, los plazos de tramitación del procedimiento de concesión previstos en el art. 6 de la Orden de subvenciones citada, determinaban que, aunque se hubiera solicitado en plazo, la subvención no hubiera podido estar concedida en el momento del siniestro y tampoco hubiera podido realizarse labores de mantenimiento de los nidos, entre otras cosas, por hallarse las cigüeñas en plena época de cría, cuando está legalmente vedada la posibilidad de molestarlas.

-En segundo lugar, la circunstancia, notoria y pública, del elevadísimo número de nidificaciones en la Parroquia de San Miguel de Alfaro hacía ilusorio pensar en que las ayudas previstas (que eran entonces de 10.000 pts. por nido, desde el 6 al 20; y 5.000 pts por nido, del 21 en adelante; aunque fueran incrementadas en un 20% por ser el edificio de interés cultural) permitieran dar una definitiva seguridad a los nidos, que podían y pueden ser, tanto de cierta persistencia temporal, como de nueva instalación por las cigüeñas.

-En tercer lugar, el singular atractivo de una colonia como la establecida en Alfaro, a cuya contemplación acuden muchos ciudadanos, por ser de las más importantes de Europa, reafirmó al CCR en su criterio de que es el interés público en su conservación y mantenimiento el que debe ser correspondido, como regla general, con una responsabilidad de la colectividad en la producción de los daños que ocasiona tal circunstancia.

En conclusión, el CCR estimó procedente el pago de la indemnización solicitada por su total importe.

#### **IV. RESPONSABILIDAD EN CASO DE COLISIÓN O ATAQUE DE BUITRES.**

##### **a) Incremento de estos accidentes tras la epizootia bovina de 1996.**

En segundo grupo de casos, a los que el CCR se ha enfrentado en la materia que nos ocupa, se refiere a reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica encargada de la conservación de la naturaleza por daños ocasionados a vehículos automóviles por colisión con buitres en vuelo rasante (D. 99/06), o a ganados vivos por el ataque directo de estas aves necrófagas (D. 63/00, D. 15/01 y D. 19/01).

Estos incidentes se incrementaron especialmente durante la crisis sanitaria llamada «de las vacas locas» de 1996<sup>32</sup>, que desencadenó una campaña de recogida y destrucción de los materiales de riesgo de animales muertos o sacrificados por esa u otras enfermedades infecto-contagiosas, como la fiebre aftosa.

Las medidas sanitarias no sólo afectaron gravísimamente a la cabaña ganadera, sino que también alteraron el equilibrio ecológico al interrumpir la cadena alimentaria de los buitres, pues sustrajeron del medio natural un volumen no cuantificado de desechos cármicos y cadáveres de animales que constituía el alimento propio de las especies carroñeras que, como los buitres, desempeñan una función medioambiental de primer orden. El desequilibrio incrementaba por la disminución de los animales de tiro y carga tradicionalmente empleados en las tareas agrícolas.

Surgió así la hambruna entre las colonias de aves necrófagas, que incentivó la aparición de comportamientos anormales y extraordinarios en estas especies, como vuelos rasantes en busca de alimento, con riesgo de provocar accidentes de tráfico por colisión de los ejemplares con mayor envergadura contra vehículos en circulación; e incluso ataques a todo tipo de seres vivos que se encontraran a campo abierto, especialmente en momentos de indefensión, como es el caso de las reses enfermas o recién paridas.

Este nuevo escenario exigía una reconsideración o ajuste, aunque fuera coyuntural, de las políticas públicas de protección de especies no cinegéticas, declaradas en peligro de extinción y especialmente protegidas, que podían convertirse en animales dañinos por alteración de sus instintos naturales.

La Administración autonómica competente no estimó necesario adoptar medidas drásticas de control, reducción, traslado a otros territorios o, en su caso, eliminación de poblaciones de aves afectadas, y se limitó, por un lado, a la habilitación de muldars para estas especies (cfr. las antes citadas Resoluciones 489/2012 y 12/2014), política que se mantiene al redactar estas líneas (cfr. D.13/14 sobre una disposición administrativa proyectada al respecto); y, por otro, a abrir líneas de compensación económica para los damnificados (cfr. la precitada Orden 18/2006).

Tales medidas no evitaron que la Administración medioambiental tuviera que afrontar diversas reclamaciones por daños y perjuicios, si bien en el CCR sólo se residenciaron las que excedían de la cuantía mínima legal para consultar.

#### **b) Doctrina de la fuerza mayor en caso de colisión de buitres con vehículos automóviles.**

---

<sup>32</sup> La *encefalopatía espongiiforme bovina* (EEB) o «enfermedad de las vacas locas» es una rara patología animal detectada en el Reino Unido, que se convirtió en epidemia cuando, en 1996, comenzó a afectar a seres humanos como una variante de la *Enfermedad de Creutzfeldt-Jakob*. Hasta, inclusive, se declararon 336.770 reses enfermas de EEB, en la Unión Europea; y 516 más, en el resto del mundo; casi todas (el 98,3 %) en el Reino Unido, lo que provocó una hecatombe mundial de ganado. Solo en Gran Bretaña, fueron sacrificadas más de 2 millones de reses.

El CCR abordó en su D.99/06 una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración pública por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del impacto causado por un buitre leonado (*Gyps fulvus*) en un vehículo.

Para que un resultado dañoso sea imputable a la Administración pública por funcionamiento del servicio público es necesario –recordó el CCR, en reiteración de su doctrina antes expresada– que la Administración haya adoptado específicas medidas administrativas de protección de las especies animales (D. 9/98 y D.19/98); por lo que no cabe imputar daños a los servicios públicos por el mero hecho de existir genéricas políticas públicas de carácter protector de la fauna silvestre.

Aplicando dicha doctrina, advirtió el CCR que la inclusión de los buitres en el *Catálogo de especies amenazadas de interés especial*<sup>33</sup>, únicamente impide la caza o la captura de tales aves, prohibición que se había aplicado en el ámbito riojano<sup>34</sup>. De esta normativa, según el CCR, difícilmente podía inducirse un criterio para la imputación jurídica a la Administración regional de los daños causados.

Precisó el CCR que las políticas públicas genéricas de índole protectora que cabría traer a colación en el caso examinado no se deben, como ya advirtió el D.63/00, a la CAR, sino al Estado, puesto que la protección de los buitres deriva de las precitadas disposiciones estatales que los incluyen en el *Catálogo*, de modo que no es imputable tampoco dicha política protectora de carácter genérico a la CAR.

Además, a juicio del CCR, no existía ninguna medida administrativa específica relacionada con la protección del buitre que permitiera imputar los daños y perjuicios causados por la colisión de un ejemplar de gran envergadura con el vehículo del reclamante. El vuelo libre de una especie salvaje que concluye con la colisión referida, no es –puntualizó el CCR– sino un típico caso de fuerza mayor que excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, en cuanto factor ajeno y externo al funcionamiento del servicio público, aun entendiendo éste en sentido amplio.

A la misma conclusión ha llegado el TSJ de Castilla-León<sup>35</sup>, que, en un caso de colisión de un vehículo con un buitre leonado, ha declarado que la inclusión de dicha especie en el *Catálogo* de las protegidas, aprobado por RD 439/1990 (hoy RD 139/2001), no es título bastante para imputar sus daños a la Administración autonómica, cuando no es pieza de caza ni la legislación castellano-leonesa prevé indemnizar estos accidentes.

---

<sup>33</sup> Aprobado por el RD 439/1990, de 30 de marzo (hoy RD 139/2001, de 4 de febrero), en desarrollo de la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres (hoy Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio natural y la biodiversidad), y transposición de la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, en cuyo Anexo I se incluye al buitre como especie protegida.

<sup>34</sup> Orden 10/2005, de 21 de julio, por la que se fijaron las limitaciones y períodos hábiles de caza en la CAR, sin incluir al buitre entre las especies cinegéticas.

<sup>35</sup> Cfr. STJ de Castilla León, Sala de lo Contencioso-administrativo, con sede en Burgos, de 7 de mayo de 2004 (Ar. 173116).

A la misma conclusión exoneradora de la Administración ha llegado el CCR en casos de colisión de vehículos automóviles con garzas (D.75/07) y tejones (D.76/08), aplicando en ambos casos a los daños causados por estas especies genéricamente protegidas y no susceptibles de caza, la doctrina general de los dictámenes D. 9/98 y D.19/98, en el sentido de que, para imputar tales daños a la Administración, no basta con la competencia estatutaria de conservación de la naturaleza o con medidas genéricas de protección, sino que es preciso que exista una concreta medida administrativa responsabilizante.

**c) Distinción entre el resarcimiento por daños y las subvenciones compensatorias.**

En el caso del D.99/06, el reclamante alegaba como precedente una Sentencia del TSJ de La Rioja<sup>36</sup>, que había condenado a la Administración autonómica a indemnizar a un ganadero cuyas reses habían sufrido ataque de buitres.

Sin embargo, el CCR observó que dicha Sentencia se había limitado a aplicar la Orden 25/01<sup>37</sup>, que había establecido subvenciones para compensar económicamente a los ganaderos de los daños que la acción de los buitres pudiera ocasionar en su cabaña al atacar animales vivos de renta. Es decir, se trataba de una medida de fomento dictada en el marco de una política medio-ambiental de concienciación social dirigida a no crear una alarma injustificada en el sector ganadero y a paliar la tradicional fobia social hacia las especies necrófagas. Por tanto, tales compensaciones o ayudas económicas tenían un carácter de promoción de la cultura de conservación de la naturaleza, diferente al resarcimiento de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial.

En consecuencia, el CCR entendió que el fallo judicial alegado no podía ser traído a colación como precedente análogo al caso dictaminado, ya que no versaba sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños irrogados al vehículo de un particular al chocar contra unos buitres, sino sobre una infracción de legalidad ordinaria por la injusta exclusión de un ganadero en la convocatoria de las referidas subvenciones, sin que la Orden reguladora de las mismas previera su posible aplicación extensiva a personas que no fueran ganaderos y por daños no irrogados a reses vivas de su cabaña.

En suma, el CCR se ratificó en la doctrina de que, en el caso dictaminado, no se trataba de paliar los daños producidos a un ganadero por una especie que, forzada por las consecuencias de una epizootia bovina, se lanza contra reses vivas, sino de

---

<sup>36</sup> Sentencia del TSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 10 de noviembre de 2003 (Ar. 2004, 01610).

<sup>37</sup> Orden 25/2001, de 13 de julio, de la Consejería de Turismo y Medio Ambiente de La Rioja, sobre ayudas para compensar económicamente los daños producidos por la acción de buitres, en desarrollo del Decreto 31/1999, de 21 de julio, relativa a sensibilización social en materia de medio ambiente, protección de las especies y conservación de la naturaleza en un entorno de desarrollo sostenible.

daños producidos a un conductor por el vuelo libre de unas aves salvajes, que constituye un supuesto de fuerza mayor que exonera a la Administración.

**d) Recomendación sobre la compensación económica de estos accidentes.**

Ahora bien, el D. 99/06, tras constatar que no existía en el caso un criterio positivo de imputación del daño a la Administración, recuerda cómo ya, en el D. 15/01, el CCR había sugerido la conveniencia de establecer algún tipo de ayudas, entonces exclusivamente circunscritas a los ganaderos, para hacer frente a esta clase de daños. Es más, precisamente en asunción de tal sugerencia, se había dictado la Orden 25/01 a la que se refiere la STSJR alegada como precedente por el reclamante.

Constata el CCR que la citada Orden 25/01 tenía una clara motivación compensatoria, no resarcitoria, en el marco de la entonces declarada epizootia de encefalopatía espongiforme bovina, que obligó al sacrificio de múltiples cabezas de ganado, privando así de carroña a los buitres, que se vieron constreñidos a subsistir mediante la depredación de ganado vivo, lo que supone un comportamiento biológico excepcional entre las especies necrófagas, que la Administración quiso paliar con la referida disposición administrativa.

Esto dicho, reconoce el CCR que el sistema de ayudas por daños producidos en el ganado por la acción de buitres ha tenido continuidad<sup>38</sup> y, por ello, sugirió en el D.99/06 la oportunidad de ampliar las ayudas que compensan daños producidos por buitres en la cabaña de La Rioja, haciéndolos extensibles, incluso de forma retroactiva, a los accidentes de circulación causados por tales animales.

La recomendación es reiterada en el D.63/00 y en D.19/01.

**e) Inaplicación del baremo de epizootias.**

El D. 19/01, tras afirmar que, en el caso, no existía, a juicio del CCR, responsabilidad de la Administración, advierte sobre la propuesta de resolución (a la sazón, estimatoria), que no resulta de recibo el criterio seguido en la misma para fijar la indemnización. En efecto, para el CCR, no era admisible, por de pronto, utilizar el baremo de la Orden de 15 de marzo de 1993, siendo así que éste había sido derogado por el R.D. 1328/2000, de 7 de julio, que actualizó las cuantías y que ya estaba en vigor al dictarse la propuesta de resolución. Pero, en segundo lugar y sobre todo, observa el CCR que el criterio seguido contradice lo dispuesto en el artículo 141.2 de la Ley 30/1992, que ordena seguir los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa y fiscal, *«ponderándose, en su caso, las valora-*

---

<sup>38</sup> En efecto, la citada Orden 25/2001, fue continuada con la Orden 39/2005, de 21 de enero, y luego con la Orden 18/2006, de 13 de octubre, pero siempre con idéntica configuración jurídica (ayudas para compensar económicamente los daños producidos en el ganado por la acción de buitres, siendo beneficiarios los titulares de explotaciones ganaderas). Cfr. también el D. 13/14 sobre una disposición administrativa proyectada en el mismo sentido.

*ciones predominantes en el mercado»*; mientras que el baremo utilizado, que se refiere al sacrificio obligatorio de animales en campañas de saneamiento ganadero, no se adapta al caso de daños causados por fauna silvestre. En suma, la aplicación de tal baremo de sanidad veterinaria sería en todo caso analógica y, además, en defecto de prueba del valor del daño producido, que, en el caso examinado en el D.19/01, había quedado plenamente acreditado mediante la oportuna factura de compra de la res por el ganadero perjudicado.

#### **f) Ataque de buitres a reses vivas.**

Los ataques a seres vivos son contrarios a la naturaleza de las especies necrófagas, por lo que sólo se explican en circunstancias excepcionales de supervivencia, como las generadas a los buitres durante la crisis sanitaria ganadera antes descrita. El CCR intervino en reclamaciones de daños derivadas de tres de estos ataques.

El D.63/00 contempla un caso de ataque de buitres a reses vivas que conlleva la muerte de una vaca y de su ternero recién parido. El CCR dictaminó en el sentido de que la reclamación debía ser desestimada por falta de una suficiente prueba pericial veterinaria de que la causa de la muerte de las reses fuera la acción depredadora de aves necrófagas, aunque aprovecha la consulta para reiterar su doctrina de la necesidad de «específicas medidas administrativas» de protección de las especies animales (D. 9/98 y D. 19/98).

Otro ataque de buitres a una vaca y su ternero recién parido es objeto del D. 15/01, pero con la diferencia de que, en esta ocasión, la prueba pericial veterinaria era concluyente en el sentido de que la vaca murió por las graves heridas ocasionadas por los buitres. En cuanto al ternero, era dudoso si había muerto por el mismo ataque de los buitres o si había nacido muerto y los buitres sólo se cebaron luego en sus despojos. Pero el CCR, vista la irrefutable prueba del ataque a la vaca, estimó que exigir una probanza completa respecto a la causa de la muerte del ternero hubiera entrañado una *probatio diabólica*, al tratarse de reses de ganadería extensiva que pastan libremente por el campo, por lo que, dando por suficientemente acreditada la relación de causalidad, entró a conocer sobre la imputación. Ahora bien, a este respecto, el CCR dictaminó a favor de la desestimación de la reclamación, reiterando su doctrina de la necesidad de específicas medidas administrativas de protección de las especies animales (D. 9/98 y D. 19/98), por la que no cabe imputar daños a los servicios públicos por el mero hecho de existir genéricas políticas públicas de carácter protector de la fauna silvestre.

En el D. 19/01 vuelve a plantearse una reclamación por muerte de una vaca atacada por buitres leonados cuando estaba pariendo, si bien, en esta ocasión, el ternero resultó ileso. El CCR vuelve a dictaminar en el sentido de que la reclamación debe ser desestimada, en aplicación de su doctrina de la necesidad de medidas administrativas específicas.

Dictámenes



# CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA

## Dictamen 135/2014

*Recaído en el procedimiento de revisión de oficio instruido por la Conselleria de Governación y Justicia respecto de la Orden de clasificación de 8 de marzo de 1935 del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión, de la Fundación «XYZ», como de beneficencia particular mixta, de 12 de marzo.*

De conformidad con la comunicación de V. H. de 26 de diciembre de 2013 (Registro de entrada del día 20 de enero) el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana ha examinado el procedimiento instruido por la Conselleria de Governación y Justicia relativo a la revisión de oficio de la Orden de clasificación de 8 de marzo de 1935 del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión, de la Fundación “XYZ”, como de beneficencia particular mixta.

### I ANTECEDENTES

Del examen del expediente remitido se desprende lo siguiente:

**Primero.-** El Presidente de la Fundación «XYZ» presentó escrito el 30 de enero de 2012 en el que significó lo siguiente:

*«Primero.- Que por medio de la Resolución de fecha 29 de noviembre de 2011, del Ilmo. Sr. Secretario Autonómico de Justicia de la Conselleria de*

*Justicia y Bienestar Social (cuya fotocopia se adjunta) se acordó la inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana de la actualización del Patronato de la Fundación.*

*Dicha actualización consistió en el nombramiento por el Excmo. y Rvdmo. Sr. Arzobispo de Valencia de dos patronos: uno, el Rvdo. D. ...., que aceptó el cargo en fecha 23 de noviembre de 2011; y el Rvdo. D. ...., que aceptó el cargo en fecha 7 de noviembre de 2011. Los dos fueron nombrados por el Excmo. y Rvdmo. Sr. Arzobispo de Valencia D. Carlos Osoro Sierra como Vicarios Parroquiales de la Parroquia de Santa María de ....., precisamente para poder constituir el Patronato de la Fundación XYZ, ya que hasta la fecha el único patrono era el Rvdo. D. ...., Cura-Párroco de la Parroquia de Santa María de .....*

*La necesidad de constitución de este Patronato únicamente lo era a efectos de poder acordar la solicitud de baja de la Fundación en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana.*

*La Fundación está inoperante desde hace muchísimos años. Es una Fundación sin ningún tipo de actividad, y por tanto era una cuestión de mera formalidad y trámite la regularización de esta situación.*

[...]

*El Patronato por unanimidad acordó constituirse como tal, procediendo al nombramiento de los siguientes cargos:*

*Presidente: Rvdo. D. ....*

*Vicepresidente: Rvdo. D. ....*

*Secretario: Rvdo. D. ....*

**Segundo.-** *La ‘Manda Pía de Don Juan y de Don Francisco’ fue erigida canónicamente mediante concesión expresa del Excmo. y Rvdm. Señor Doctor Don Prudencio Melo y Alcalde, según decreto especial de fecha 23 de enero de 1934. (Se adjunta documento).*

*Desde el momento de su constitución, y dado que fue erigida canónicamente antes de la entrada en vigor del Concordato de 27 de agosto de 1953 entre el Estado Español y la Santa Sede (Canje de instrumentos de ratificación de 27 de octubre de 1953 y publicado en el Acta Apostolicae Sedis de 27 de octubre de 1953 y en el Boletín Oficial del Estado de 19 de octubre de 1953), por aplicación del artículo IV.1 del Concordato, el Estado español le había reconocido la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes. Así lo estipulaba también el artículo 41 del Concordato de 16 de marzo de 1851, al recoger que ‘la Iglesia Católica tendrá el derecho*

*de adquirir por cualquier título legítimo, y su propiedad en todo lo que posee ahora o adquiriera en adelante será solemnemente respetada. Por consiguiente en cuanto a las antiguas y nuevas fundaciones eclesiásticas, no podrá hacerse ninguna supresión ni unión sin la intervención de la Santa Sede, salvo las facultades que competen a los Obispos, según el santo Concilio de Trento’.*

*Tanto es así que desde el primer momento de su constitución canónica, los bienes que constituyeron la fundación fueron inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de dicha fundación, concretamente en los años 1920 y 1928.*

*Automáticamente, y en virtud del artículo I.4 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 (instrumento de ratificación de 4 de diciembre y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 15 de diciembre), le será reconocida la personalidad jurídica civil, aunque a tenor de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera del mismo Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, pasados tres años desde la entrada en vigor del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos para justificar dicha personalidad jurídica civil debe estar inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.*

**Tercero.-** *Con fecha 24 de octubre de 2003, el Ilmo. Sr. Director General de Acuerdos Religiosos por delegación del Excmo. Sr. Ministro de Justicia acuerda inscribir la mencionada Fundación en el Registro de Entidades Religiosas con el número 245-SE/F. (Se adjunta documento).*

*Cuarto.- Como consecuencia de lo expuesto, el Patronato de la Fundación, en sesión celebrada el día 27 de enero de 2012, con la asistencia de todos los patronos y por unanimidad, adoptó el acuerdo de solicitar la baja de la Fundación XYZ en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana (se adjunta acta de la reunión y certificado del Secretario de la Fundación).*

*En virtud de lo expuesto, SOLICITA de V.H. que teniendo por presentado el escrito con los documentos que lo acompañan, se digne admitirlo, y tras los trámites pertinentes, acceda a la solicitud del Patronato de la Fundación, procediendo a la baja de la mencionada Fundación en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana».*

**Segundo.-** En fecha 10 de octubre de 2012, el Presidente de la referida Fundación presentó solicitud interesando la revisión de oficio a la que se refiere el presente Dictamen significando, entre otros extremos, lo que sigue:

*«Que en fecha treinta de enero de dos mil doce presentó en la Conselleria de Justicia i Benestar Social-Fundaciones el escrito que se adjunta como Anexo I, solicitando la baja de la Fundación en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana.*

*Las razones de dicha solicitud eran las siguientes:*

(...)

## II

*Que siguiendo nuevamente indicaciones del Protectorado de Fundaciones de la Comunitat Valenciana, [...] se estima que la solicitud de baja de la Fundación en el Registro de Fundaciones no aclara completamente el problema originado en su día por la Orden de Clasificación. Por consiguiente se estima más conveniente, a tenor del artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo solicitar de la Administración competente, en este caso la Conselleria de Justicia y Benestar Social, la revisión de oficio de la Orden de Clasificación, declarándola nula, toda vez que la Orden ha incurrido en nulidad de pleno derecho tal como establece el artículo 62.1 de la misma Ley 30/1992.*

*Para dar cumplimiento a las indicaciones del mismo Protectorado de Fundaciones, se reunió nuevamente el Patronato de la Fundación XYZ, con el único punto del Orden del Día de 'Solicitud de Revisión de Oficio de la Orden de Clasificación de la Fundación como de Beneficencia Particular Mixta, de 15 de marzo de 1935, considerando Nula dicha Orden de Clasificación'. El Patronato de la Fundación acordó por unanimidad dicha solicitud, rogando a la Administración competente la máxima celeridad en el proceso, toda vez que dos de los tres miembros de este Patronato fueron nombrados por el Excmo. Sr. Arzobispo de Valencia D. Carlos Osoro Sierra como Vicarios Parroquiales de la Parroquia de Santa María de ..., precisamente para poder constituir el Patronato de la Fundación. Este nombramiento como Vicarios Parroquiales desde 7 y 23 de noviembre de 2011*

*está entorpeciendo la posibilidad de ser destinados estos sacerdotes a otros oficios pastorales en la Archidiócesis de Valencia. (Se adjunta Certificado del Patronato como Anexo II).*

(...)

*Las CONCLUSIONES son las siguientes:*

*En fechas circundantes a 1931 determinadas Alcaldías republicanas exigían la entrega de toda la documentación referente a las fundaciones (en este caso una Manda Pía) con el solo objeto, decían, de ‘examinarla y formar juicio acerca de la resolución que en su día se adopte por este Ayuntamiento’; se producía un verdadero agobio en los oficios; cada semana se producía un nuevo requerimiento; actuaciones que dejaban de ser meros requerimientos y pasaban a ser ya órdenes, aún en los años 1931 o 1932, de cambiar incluso la finalidad de las fundaciones restringiendo las actividades docentes y con la obligación de dedicarse a las puramente benéficas. Llegando, en los años 1934-1935, a requerir a los Presidentes de las Fundaciones, ‘para que en el plazo más breve posible presente en esta Junta Provincial de Beneficencia todos los documentos necesarios para formular el expediente de clasificación... y si no se hiciese así se obraría en consecuencia, de acuerdo con el art. 16 de la Instrucción de 24 de abril de 1913’.*

*Previamente en muchas de estas Fundaciones, se habían producido nombramientos de representantes o ‘comisarios’ de los Ayuntamientos republicanos, que formarían parte de los patronatos de estas Fundaciones.*

*En aquella época los patronos no podían actuar de otra manera, porque de lo contrario la maquinaria de la suspensión, destitución y remoción de los patronos se ponía en funcionamiento. De hecho los patronos sí actuaron de otra manera, solicitando del Sr. Arzobispo de Valencia la erección canónica de la Fundación con anterioridad. LOS PATRONOS EN AQUEL MOMENTO NO PODÍAN ACTUAR DE OTRA MANERA. NO TIENEN, POR TANTO, NINGUN TIPO DE RESPONSABILIDAD, PERO INCLUSO EN EL SUPUESTO DE QUE LA TUVIERAN, HUBIERA PRESCRITO. Recordemos que estamos hablando de los años 1931-1935.*

*Pero incluso en el supuesto que fuere el mismo Patronato sin ningún tipo de presiones quien solicitare la clasificación (QUE NO ES EL CASO, COMO SE HA VISTO), ésta no sería válida, pues el PATRONATO, SI LA FUNDACIÓN YA HABÍA SIDO ERIGIDA CANÓNICAMENTE, y tenía personalidad jurídica civil, NO TIENE COMPETENCIA PARA HACER ESA PETICIÓN, SIN LA CORRESPONDIENTE AUTORIZACIÓN DE LA AUTORIDAD ECLESIASTICA. En este sentido la SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 6 de octubre de 1969 (RA 4481) afirma que en cuanto a la capacidad de disponer y administrar de estos Entes morales de inferior categoría ‘no cabe olvidar en cambio que este precepto dispone que el régimen jurídico a que la expresada materia debe someterse se regirá por lo concordado y que el art. 43 del Protocolo de 1851 agrega que lo referente a personas o cosas eclesiásticas ‘será dirigido y administrado según la disciplina canónicamente vigente...’. En*

*idéntico sentido la SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 22 de noviembre de 1962 (RA 4302).*

*A mayor abundamiento, la nulidad de la clasificación si hubiera sido forzada u obligada por la Junta Provincial de Beneficencia.*

*Por consiguiente, UNA SOLICITUD DE CLASIFICACIÓN QUE NO FUERA REALIZADA O AUTORIZADA POR LA AUTORIDAD ECLESIASTICA COMPETENTE (si la fundación ya hubiere sido erigida canónicamente), A TENOR DE LAS NORMAS CANÓNICAS NO ESTARIA VÁLIDAMENTE CURSADA, SIENDO DE LA MISMA MANERA NULA LA 'CLASIFICACIÓN' POR LA ADMINISTRACIÓN, SI MANTENEMOS EL RESPETO A LOS CONCORDATOS COMO VERDADEROS TRATADOS INTERNACIONALES.*

*Y si hubiera habido algún problema al respecto, los posibles conflictos suscitados por motivo de la erección canónica y por la posterior clasificación de una fundación debían haberse sujetado a la solución prevista en 'la fuente cimera de tal 'ius inter potestates', que es cabalmente el Concordato de 27 de agosto de 1953'. Así decía el DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO de 18 de noviembre de 1966 (Expediente número 34669). Hoy hubiera hecho referencia a los arts. VII del Acuerdo Jurídico, XVI del Acuerdo sobre Enseñanza, VII del Acuerdo sobre Asistencia Religiosa o VI del Acuerdo Económico, disponiendo todos ellos que 'La Santa Sede u el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran sur-*

*gir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, Inspirándose para ello en los principios que lo informan'.*

*El tema de la 'clasificación NULA' no es baladí, ya que por una parte SE HA DESNATURALIZADO LA PERSONA JURÍDICA CANÓNICA, SUS-TRAYÉNDOLA DE UN ORDENAMIENTO CANÓNICO Y PASÁNDOLO AL CIVIL, SE HA DICTADO UNA ORDEN DE CLASIFICACIÓN Y UNA NORMATIVA QUE POCO O NADA TIENEN QUE VER CON LO QUE LOS FUNDADORES O DONANTES HABÍAN PREVISTO, Y FINALMENTE TODA ESTA INCAUTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TIENE SU REFLEJO EN LA ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DE DICHAS ENTIDADES, O LO QUE ES LO MISMO, EN EL REGIMEN JURIDICO AL QUE ESTAN SUJETOS".*

Dicha solicitud se acompaña de XXXV anexos que contienen copia de las vicisitudes ocurridas desde el 2 de mayo de 1916, en que D. Pedro, Presbítero, otorgó testamento, hasta la actualidad.

**Tercero.-** La Jefa del Servicio de Entidades Jurídicas de la Conselleria consultante emitió Informe el 16 de julio de 2013 en el que se refiere, entre otros extremos, lo siguiente:

*(...) Por tanto, la competencia que, en materia de fundaciones, pudiera ostentar el Ministerio era la relativa a las denominadas fundaciones benéfico-asistenciales, no sobre las fundaciones canónicas (por mucho que estas últimas realizaran actuaciones benéficas o caridad), por lo que el presupuesto fác-*

*tico, para proceder a dicha clasificación, esto es, la constitución por voluntad del fundador de una fundación benéfico-asistencial de carácter civil, parece no existir.*

*Por último, como contenido de este informe, cabe referirse a la alegación por la interesada, asimismo, de la causa de nulidad contenida en el apartado f) del artículo 62.1 Ley 30/1992, acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquirieron facultades o derechos careciendo de los requisitos para su adquisición.*

*Si bien la Fundación interesada alega que fue el Estado el que adquirió derechos, al sustraer a la Fundación de su ordenamiento propio, que era el canónico, este Servicio de Entidades Jurídicas considera que, para que pueda proceder esta causa de nulidad, la adquisición de derechos, como consecuencia de la infracción al ordenamiento jurídico del acto administrativo, debería generar beneficio o provecho para el interesado, es decir, para la Fundación, lo que no parece que fuera así, sino todo lo contrario.*

*A mayor abundamiento, cabe decir que esta causa de nulidad fue introducida por la Ley 30/1992, para prevenir los efectos perniciosos del silencio administrativo positivo, introduciendo en los casos en los que se carece de los requisitos esenciales para adquirir facultades o derechos, la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, como límite infranqueable frente a la falta de emisión de una resolución expresa en plazo.*

*Por todo ello, se informa favorablemente la tramitación de la solicitud de*

*revisión de oficio, instada por D. Ricardo Díaz de Rábago y Verdeguer, en representación de la Fundación XYZ, por posible concurrencia de varias causas de nulidad de pleno derecho: las previstas, al menos, en las letras a), b) y c) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*En consecuencia, sirva el presente informe como propuesta de adopción de la correspondiente Resolución, por la que se acuerde la iniciación del procedimiento de revisión de oficio de la Orden de Clasificación de 8 de marzo de 1935, del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión, de la Fundación XYZ, como de beneficencia particular mixta».*

**Cuarto.-** Mediante Resolución del Secretario Autonómico de Justicia emitida en la misma fecha que aquel Informe (16 de julio de 2013) se acordó lo siguiente:

*«PRIMERO.- Iniciar el procedimiento de revisión de oficio, previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respecto de la Orden de fecha 8 de marzo del 1935, del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión, de Clasificación de la Fundación XYZ, como de beneficencia particular mixta.*

*SEGUNDO.- Remitir copia del expediente de revisión de oficio y del informe jurídico de 16 de julio de 2013, emitido por el Servicio de Entidades Jurídicas, al Registro de Enti-*

*dades Religiosas, del Ministerio de Justicia, a efectos de solicitar del mismo copia de la documentación que, en relación con la Fundación 'Manda Pía Don Juan y Don Francisco en la Villa de ..., se halle en su poder; así como solicitar su informe, conforme a los citados artículos 82 y 83, de la mencionada Ley 30/1992, en relación con cuantas cuestiones considere de interés en el presente asunto y, en particular, respecto de:*

- *La doble inscripción registral, en cuanto a sus competencias y consecuencias jurídicas.*
- *Los fundamentos de hecho y de derecho que le llevaron a la inscripción de la Fundación en el citado Registro de Entidades Religiosas.*
- *La solicitud de revisión de oficio, planteada por la Fundación, y la posible existencia causa de nulidad de pleno derecho de la Orden de fecha 8 de marzo del 1935, del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión, de Clasificación de la Fundación XYZ, como de beneficencia particular mixta.*

*TERCERO.- Notificar a la Fundación interesada la presente Resolución, de apertura del procedimiento de revisión de oficio, junto con el informe de 16 de julio de 2013 citado, del Servicio de Entidades jurídicas.*

*Asimismo, recibido el correspondiente informe del Registro de Entidades Religiosas, se pondrá una copia del mismo en conocimiento de la Fundación, con objeto de que alegue lo que a su derecho convenga, sin perjuicio de cuantos argumentos pueda aducir a lo largo de este procedimiento.*

*CUARTO.- Recibida la documentación correspondiente del Registro de Entidades Religiosas, así como el informe del mismo y las alegaciones oportunas por parte de la Fundación interesada, o cumplido el plazo que se otorgue para la emisión de las mismas, y una vez formulada la oportuna propuesta de resolución, se remitirá copia completa del expediente al Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, a los efectos de recabar el informe preceptivo, suspendiendo en ese momento, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.5.c y 102.5 de la Ley 30/1992, el plazo máximo legal para resolver el procedimiento de revisión de oficio, por el tiempo que medie entre la petición y la recepción de dicho informe, debiendo comunicarse tal circunstancia a los interesados».*

**Quinto.-** El Subdirector de Relaciones con las Confesiones del Ministerio de Justicia informó el 18 de septiembre de 2013 lo que sigue:

*«1º. Que en la solicitud de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia de la fundación XYZ no se hizo referencia, en ninguno de los documentos presentados, a la circunstancia de su inscripción en el Registro de Fundaciones de la Generalitat Valenciana ni a la Resolución de 8 de marzo de 1935, de clasificación de la entidad como de beneficencia particular mixta, por lo que no se ha tenido noticia en este Registro de la doble inscripción.*

*2º. Que la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas se practicó en atención a la solicitud recibida de manera que, examinada la documentación presentada, y cumplimentados*

los requisitos exigidos en la normativa aplicable, se acordó la inscripción. Según consta en su ficha registral, no se ha producido desde entonces modificación alguna en la entidad susceptible de anotación registral.

3º. *Que atendida la erección canónica de la fundación y la naturaleza religiosa de sus fines, esta Subdirección entiende que lo procedente es mantener la inscripción de la Fundación Manda Pía de XYZ en el Registro de Entidades Religiosas.*

4º. *Se adjunta copia del expediente de la entidad obrante en este Registro y de su Ficha registral.*

*En consecuencia, no procede formular objeciones al procedimiento de revisión de oficio de la Orden de Clasificación de 8 de marzo de 1935, del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión a fin de permitir la baja de la mencionada fundación en el Registro correspondiente de la Generalitat Valenciana».*

**Sexto.-** La Propuesta de Resolución remitida, fechada el 26 de diciembre de 2013, lo es en el sentido de revisar de oficio el acto administrativo de referencia aduciendo, entre otros extremos, lo siguiente:

*«Atendiendo al informe del Servicio de Entidades Jurídicas de fecha 16 de Julio de 2013, cuyo contenido se incorpora a la presente propuesta de resolución por remisión (motivación 'in alliuinde'), en el presente caso concurren como causas de nulidad de pleno derecho las previstas en los párrafos a), b) y c) del citado artículo 62 de la Ley 30/1992.*

*Según la literalidad del informe citado, se trataría de un:*

*'1ª.- Acto administrativo que lesiona derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (letra a) del artículo 62.1).*

*Si se concluye, como hace la interesada, que la verdadera voluntad del Fundador fue la constitución de una Fundación canónica, violando así el principio clave del ordenamiento fundacional, de que 'la voluntad del fundador es ley de la fundación', el hecho de la 'obligatoriedad de la clasificación', con sometimiento por parte de la Fundación a un régimen jurídico distinto al propio de Derecho Canónico (y por tanto a la supervisión y control de autoridades distintas a las eclesiásticas), supondría vulnerar el derecho fundamental a la libertad religiosa consagrado en el artículo 16 de la Constitución Española, en su versión subjetiva externa, siendo la constitución de las fundaciones canónicas expresión del ejercicio de tal derecho, reconocido y garantizado por la Constitución.*

*El Tribunal Constitucional ha señalado (entre otras, Sentencia 34/2011, de 28 de marzo de 2011) que, en cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así 'esta libertad incluye también una dimensión externa agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros', que se traduce "en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno*

religioso (STC 46/2001, de 15 de febrero FJ4), tales como las que se relacionan en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa, relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades’.

Y aunque el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, no menciona expresamente el derecho de fundación en el ámbito del derecho de libertad religiosa, podría el mismo entenderse implícito en el derecho de asociación, de culto, de enseñanza y de formación religiosa, que la Ley señala expresamente dentro de dicho ámbito, y al que alude el Tribunal Constitucional en cuanto instrumento para el ejercicio de los mismos.

(...)

En todo caso, el artículo 6.2 de dicha Ley Orgánica señala que ‘las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas podrán crear y fomentar para la realización de sus fines, asociaciones, fundaciones e instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general’.

Dentro de dicho ordenamiento, se encuentra el Acuerdo sobre Asuntos jurídicos entre el Estado y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, así como el Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, sobre Fundaciones Religiosas de la Iglesia Católica.

Dicho esto, a efectos de valorar si realmente la voluntad del fundador fue la de crear una fundación religiosa, en

ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, resultan claves:

a) La literalidad de las disposiciones testamentarias del fundador (y de las demás personas que acrecentaron la dotación).

b) El propio dato de la inscripción de la Fundación en el Registro de Entidades Religiosas, del Ministerio de Justicia, en el año 2003, dado que para proceder a la inscripción, el citado Registro hubo de concluir que se trataba indubitablemente de una Fundación religiosa, bajo la denominación ‘Manda Pía de Don Juan y Don Francisco en la Villa de ..., con el número 245-SE/F’.

(...)

2ª.- Acto administrativo dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia (apartado b) del artículo 62.1) y, por congruencia, acta de contenido imposible (apartado c) del artículo 62.1).

Se postula que, tratándose de una Fundación canónica, no debía haberse procedido, por las autoridades gubernativas, a su clasificación, como Fundación benéfico-asistencial.

La Fundación, tras su erección canónica, quedaba sometida al Derecho Canónico, siendo ‘jurídicamente imposible’ su sometimiento a dos regímenes distintos; expresión utilizada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de diciembre de 1999 en un supuesto similar cuya mención se hará en adelante.

Igualmente, las propias resoluciones del Registro de Entidades Religiosas

utilizan la expresión de 'sustraerse al régimen jurídico general' (Resolución del Registro de Entidades Religiosas antes citada, salida 11 abril 1988).

Hoy es clara, a este respecto, la Disposición Adicional Segunda de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones, conforme a la cual, 'lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación, para las fundaciones creadas o fomentadas por las mismas'.

Las consecuencias que de ello se derivarían serían las siguientes: De un lado, pudo tratarse del ejercicio de una potestad, por parte de la Administración del Estado, sin que tuviera atribuida la misma; y, de otro, de cualquier forma, de lo hasta aquí expuesto, se deriva que la Orden de clasificación fue, en consecuencia y congruentemente, un acto de contenido imposible, al recaer sobre un sustrato fáctico inexistente.

El artículo 62.1.b) de la citada Ley 30/1992 recoge, como causa de nulidad de pleno derecho, la falta de competencia por razón de la materia o del territorio. En este sentido, la doctrina no ha dudado en afirmar que la incompetencia *ratione materiae* puede predicarse cuando el ejercicio de la potestad corresponda a otras instituciones del Estado.

(...)

Este argumento es trasladable al presente caso, pues no era competente la autoridad gubernamental para 'decidir cuestiones eclesiásticas', esto es, para dictar actos relativos a una Fundación erigida canónicamente, que tenían como consecuencia someter a dicha Fundación a la legislación civil fundacional pues, en virtud del propio ordenamiento del Estado (ex artículo 96 Constitución Española y la naturaleza de Tratados Internacionales de los Acuerdos concordatarios), dicha fundación se encontraba dentro de la esfera de competencia de las autoridades eclesiásticas, conforme al Concordato del año 1851, gozando de personalidad jurídica civil conforme al Artículo IV.1 del Concordato del año 1953, lo que fue reconocido por el Acuerdo de Asuntos Jurídicos con la Santa Sede de 1979.

El Concordato del año 1953 reconoció la personalidad jurídica a las fundaciones existentes a la entrada en vigor del mismo, 'constituidas según el derecho canónico' (Artículo IV.1).

Posteriormente, el citado Acuerdo del año 1979 reconocía la personalidad jurídica civil a las fundaciones, que gozaran de ella, a la fecha de su entrada en vigor, comprendiendo las erigidas canónicamente antes de la entrada en vigor del Concordato de 1953, sin perjuicio de la exigencia de hallarse inscritas en el correspondiente Registro del Estado, a los meros efectos de 'justificar' dicha personalidad jurídica civil de la que ya gozaban (Disposición Transitoria del Acuerdo de 1979).

Por tanto, erigida canónicamente la Fundación en el año 1934, y conforme

*al Concordato de 1851, era necesaria la intervención en todo caso de la autoridad eclesiástica competente para todo lo que atuviere a las Fundaciones canónicas (artículos 41 y 43 del Concordato).*

*De este modo, la intervención de las autoridades gubernativas en el año 1935 sería nula.*

*La Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, de Fundaciones de la Iglesia Católica, relativa a la adquisición de personalidad jurídica civil por las fundaciones erigidas canónicamente, dispuso: ‘Las Fundaciones religiosas de la Iglesia Católica que gozan de personalidad jurídica sin hallarse inscritas en ningún Registro del Estado podrán solicitar su inscripción en cualquier momento, pero transcurrido el plazo de tres años desde la entrada en vigor del presente Real Decreto sólo podrán acreditar su personalidad jurídica mediante la correspondiente certificación de hallarse inscritas en el Registro de Entidades Religiosas’, y, precisamente, conforme con los acuerdos y normas citados, la Fundación fue inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia mediante Resolución del 24 de octubre de 2003, del Director General de Asuntos Religiosos, por delegación del Ministerio de Justicia.*

(...)

*En todo caso, la imposibilidad de someter a dos regímenes distintos a la Fundación, de lo que se deriva la incompetencia material expuesta, y el carácter de tales Acuerdos concordatarios, como integrantes de ordena-*

*miento jurídico español, han sido reflejados con toda claridad en la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, de 9 de diciembre de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, cuyos fundamentos pueden resultar de aplicación, al presente caso:*

*‘Las entidades canónicamente erigidas no se inscriben en el Registro General de Asociaciones, ni en los propios de las Comunidades Autónomas, surtiendo plenos efectos la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas’.*

(...)».

## II CONSIDERACIONES

[...]

**Segunda.-** El presente procedimiento tiene por objeto la revisión de oficio del acto administrativo dictado el 8 de marzo de 1935 por el Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión por el que se inscribió a la Fundación “XYZ” como fundación de beneficencia particular mixta.

Según la interesada, dicho acto administrativo estaría viciado de nulidad de pleno Derecho por haber lesionado el derecho fundamental a la libertad religiosa (letra a del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre); por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente (letra b de aquel precepto) y por ser de contenido imposible (letra c de dicho artículo 62.1)

El argumento por el que se aprecian dichas causas de nulidad de aquella Resolución ministerial vendría dado por la circunstancia de que la referida Fundación había sido erigida canónicamente en 1934. Y, por tanto, estaba sometida al Concordato con la Santa Sede a la sazón vigente (el de 1851).

**Tercera.-** El artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, citada, establece que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma «*declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1*».

Dicha potestad revisora de la Administración ha de ser interpretada restrictivamente, ya que como ha manifestado el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 20 de mayo de 2013 «*El procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho que regula el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite la revisión de oficio por parte de las Administraciones Públicas, a iniciativa propia o a solicitud del interesado, sin límite de plazo prescriptivo, de los actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1 de la misma Ley, esto es, en los casos de nulidad de pleno derecho. La doctrina sentada por este Tribunal, [contenida en sentencias de 18 de mayo de 2010 (casación*

*3238/2007), 28 de abril de 2011 (casación 2309/2007), 5 de diciembre de 2012 (casación 6076/2009) y 7 de febrero de 2013 (casación 563/2010), entre las más recientes], configura dicho procedimiento como un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva. Como tal, se trata de un cauce subsidiario de los otros instrumentos procedimentales ordinarios de impugnación de actos administrativos...».*

O, como también ha referido la Doctrina legal, la revisión de oficio de los actos administrativos es una potestad exorbitante de la Administración que deriva de sus poderes de autotutela y que, por su propia naturaleza, queda reservada para los casos más graves de violación del ordenamiento jurídico, cuya interpretación debe además ser estricta (Dictámenes del Consejo de Estado n. 43.976, de 15 de julio de 1982 y 729/1991, entre muchos otros)

Así, como refiere el Consejo de Estado, dicha potestad revisora de la Administración «...*de efectos tan graves y sin limitación alguna temporal para su ejercicio... cuidó de precisar muy bien que su ejercicio quedaba limitado a 'los actos enumerados en el artículo 47'* [hoy artículo 62 de la Ley 30/1992, citado] *Solo a ellos y precisamente con la limitación que les atribuye su propio enunciado, se contrae la posibilidad reviso-*

ria...la propuesta de nulidad... ha de alegar y probar la concurrencia de uno o varios de esos supuestos, con una técnica semejante, 'mutatis mutandis', a la que preside el 'rigor formal' de la casación» (Dictamen n. 43.976, de 15 de julio de 1982)

Y también ha declarado que «La vía de revisión de oficio... exige que concurra una infracción 'manifiesta' de ley, es decir, clara y fácilmente detectable con la simple comparación del acto con la ley» (Dictamen n. 49.522, de 24 de julio de 1986)

**Cuarta.-** Entre los principios garantizados constitucionalmente se encuentra el de seguridad jurídica (artículo 9.3 de nuestra Carta Magna), que debe inspirar la interpretación del ordenamiento jurídico español.

Principio de seguridad jurídica que puede verse resentido si se adopta una interpretación amplia de la revisión de oficio. En efecto, en palabras del Tribunal Supremo, «La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto.

La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De

ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros...» (STS, Sala 3ª, de 17 de enero de 2006).

**Quinta.-** Precisamente ante esa pugna entre el principio de legalidad (también integrado como principio constitucional en el artículo 9.3 de la Constitución) y el de seguridad jurídica, el artículo 106 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece el «tiempo transcurrido» entre los límites de la revisión de oficio: «Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando... por el tiempo transcurrido... su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

Y en esa línea el Tribunal Supremo ha declarado que «a tenor de la jurisprudencia, se debe poner de manifiesto '(...) el carácter restrictivo con el que debemos afrontar la cuestión que nos ocupa, referida a la revisión de oficio de una determinada actuación administrativa, que, de una u otra forma, ha devenido firme en dicha vía. Así, dijimos que 'el artículo 102 LRJPA tiene como objeto, precisamente, facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su inatacabilidad definitiva. Se persi-

*gue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia' (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001, 27 de diciembre de 2006 y 18 de diciembre de 2007).*

*Pero, si bien, la revisión de oficio se puede realizar en cualquier momento y, por tanto, se trata de una acción imprescriptible, en principio sin límite temporal alguno, hay que tener en cuenta los límites previstos en el art. 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que prevé que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulta contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, que es lo que ocurre en el caso de autos ya que la solicitud de revisión se plantean 10 años después de producido el acto administrativo cuya nulidad se pretende». (STS 3ª- 15/10/2012)*

De este modo, y como concreción de aquel principio constitucional de seguridad jurídica, uno de los límites de la potestad revisora de la Administración es el del «tiempo transcurrido», y que en la Sentencia que se acaba de citar se estimó que diez años era excesivo para declarar la nulidad del acto administrativo.

**Sexta.-** El presente procedimiento tiene por objeto la revisión de oficio de la Orden de clasificación de 8 de marzo de 1935 del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión, de la Fundación «XYZ», como de beneficencia particular mixta.

Aunque se trata de una «Orden» ministerial, sólo su ropaje formal es reglamentario, ya que se trata de un genuino acto administrativo, que no tiene aquella naturaleza reglamentaria por su consunción (a diferencia de los reglamentos que, como toda norma jurídica, no solo tienen carácter general sino además y sobre todo vocación de permanencia).

Se trata, por tanto, de la eventual revisión de un acto administrativo dictado por un órgano de la Administración del Estado. La regla general es que la competencia para ello correspondería a dicha Administración, por ser la autora del acto (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009, entre muchas otras).

Sin embargo, en el presente caso la potestad revisora corresponde ahora a la Administración autonómica, por haberse transferido la competencia en la materia en que se dictó aquél, lo que se hizo mediante Real Decreto 303/1985, de 23 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunitat Valenciana en materia de Fundaciones Benéficas y Laborales. Transferida la competencia en la materia a la Comunitat Valenciana, dicha transferencia incluye todas las potestades a ella referidas, incluida la de revisión de oficio. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo, al significar que *«aunque la potestad de revisión de oficio corresponde en principio a la propia Administración de la que ha emanado el acto, sin embargo, el ejercicio de esta facultad revisora corresponderá a la Administración de la Comunidad Autónoma cuando se hayan transferido las competencias en la materia objeto de la petición de revisión de oficio, al incluirse sin distinción todas las potestades administrati-*

*vas inherentes a dicha atribución...»* (Sentencia de 24 de febrero de 2009, reiterada en las de 5 de julio y 10 de diciembre de 2012).

**Séptima.-** En el presente caso el acto administrativo que se pretende revisar se dictó hace 88 años: en 1935.

Se afirma que es nulo porque un año antes, en 1934, se había producido la erección canónica de la Fundación a la que se refiere el presente procedimiento.

Se argumenta que a la sazón estaba vigente el Concordato con la Santa Sede de 1851 y, por ello, el acto unilateral del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión fue nulo.

Dicha interpretación, siendo posible, no toma en consideración que cuando se produjo aquella erección canónica de la Fundación estaba vigente la Constitución española de 1931, cuyo artículo 26 establecía lo siguiente:

*«El Estado, las regiones, las provincias y los Municipios, no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las Iglesias, Asociaciones e Instituciones religiosas.*

*Quedan disueltas aquellas Órdenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado. Sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes.*

*Las demás Órdenes religiosas se someterán a una ley especial votada por estas Cortes Constituyentes y ajustada a las siguientes bases:*

*1ª. Disolución de las que, por sus actividades constituyan un peligro para la seguridad del Estado,*

*2ª. Inscripción de las que deban subsistir, en un Registro especial dependiente del Ministerio de Justicia.*

*3ª. Incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por persona interpuesta, más bienes que los que, previa justificación, se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos.*

*4ª. Prohibición de ejercer la industria, el comercio o la enseñanza.*

(...)».

Dicha Fundación se constituyó con la finalidad de constituir una “Fundación de Monjas o Religiosas Trinitarias Descalzas o de Paulas», y tenía un doble objeto: el de caridad y el de enseñanza o instrucción.

Cuando se constituyó canónicamente mediante Decreto especial del Arzobispo de Valencia de 23 de enero de 1934, en esa segunda faceta estaba prohibida constitucionalmente su actividad, con lo que tal vez también cabría plantearse la regularidad de la decisión de erigir canónicamente la Fundación con esa faceta educativa que la Constitución a la sazón vigente prohibía expresamente.

La cual, además, preveía expresamente la inscripción registral que ahora se refiere que es nula de pleno Derecho.

Por otra parte, no fue hasta el 9 de abril de 2003 cuando se elevó a público el Decreto de 23 de enero de 1934, de constitución de la Fundación

Sea como fuere, lo cierto es que aplicar el marco normativo actualmente vigente a un acto administrativo dictado hace ochenta y ocho años bajo otro distinto supone indudables problemas que descontextualizan la eventual nulidad del acto que se analiza. Así, sin ir más lejos, se pretende la revisión de oficio por parte de una Administración autonómica que a la sazón no existía.

Y se alega como primera causa de nulidad que aquella Resolución ministerial de 1935 vulneró el derecho fundamental a la libertad religiosa que recogió la Constitución de 1978.

Por no hacer referencia al ambiente prebélico en que se dictó aquel acto administrativo y en el que la cuestión religiosa fue precisamente una de las cuestiones que llevaría poco después al horror de la Guerra Civil española.

**Octava.-** A dichas consideraciones que ya forman parte del ámbito de estudio de la Historia del Derecho español cabe añadir, muy significativamente, que la Fundación de referencia ha conocido durante décadas el tratamiento que la Administración pública le daba como fundación de beneficencia particular mixta, sin que instara revisión ni modificación alguna durante tantos años.

Ya antes de su erección canónica (que se produjo, como se ha dicho, en 1934), el 13 de marzo de 1928 el Director General de Administración del Ministerio de la Gobernación se dirigió al Gobernador Civil y Presidente de la Junta Provincial de Beneficencia de Alicante con la finalidad de *«averiguar y conocer, con toda exactitud, los motivos que haya tenido esa Junta para prescindir del carácter mixto de esta Fundación...»*.

El 2 de noviembre de 1928 se reiteró dicho requerimiento, que tampoco fue atendido. Por lo que se reiteró nuevamente el 13 de marzo y 29 de septiembre de 1942.

Fue atendido el 4 de noviembre de 1942, manifestando el Gobernador Civil de Alicante que *«...la fundación de referencia, fue clasificada por Orden del entonces Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión de 8 de marzo de 1935, como de beneficencia mixta y no ha dejado de estar sujeta al Protectorado de V. I. a quien ha ido rindiendo anualmente sus cuentas y presupuestos y sujetando su acción a las órdenes emanadas de esa Dirección General [de Beneficencia y Obras Sociales]. El fin benéfico, para el que carece de fondos, lo cumple el Patronato mediante la intervención de la Superiora de la Comunidad de Religiosas en la dirección de las instituciones benéficas de aquella localidad... conforme fue resuelto por V. I. en comunicación de 4 de junio de 1935...»*.

Un escrito análogo a éste se reiteró el 13 de junio de 1962.

El 18 de octubre de 1944 el Gobernador Civil de Alicante (y Presidente de la Junta Provincial de Beneficencia) hace referencia a la aplicación a la Fundación «XYZ» de la Orden de 1935 que ahora se pretende revisar y a la necesidad de aprobación por aquel Centro Directivo *«sobre la forma en que por dicha fundación se practica la protección a enfermos»*, así como la propuesta que a la sazón formuló el Patronato de la Fundación. Nótese que fue el propio Patronato de la Fundación el que atendió el requerimiento aceptando aquella condición.

Ya en la década de los '80, el Protectorado de Fundaciones de Alicante (ya dependiente entonces de la Generalitat) realizó determinadas indicaciones a la Fundación «XYZ» con ocasión de la presentación de las cuentas de 1983 y el presupuesto de 1984, significando, entre otros extremos, que *«era necesario desglosar las dos fundaciones y clarificar la situación jurídica de cada una de ellas»*.

No fue hasta el año 2003 en que obviando toda circunstancia relativa a su consideración como de beneficencia particular mixta según la Resolución ministerial que ahora se quiere revisar, la Fundación interesó su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, en el que consta desde el 24 de octubre de 2003.

Procedimiento administrativo que instó la Fundación y en el que no hizo ninguna mención ni al acto administrativo que ahora se quiere revisar, ni tampoco al hecho de que constaba inscrita en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana, lo que originó su doble inscripción registral que ahora se aduce como problema a resolver mediante la revisión de oficio de la Resolución ministerial de 1935.

Del mismo modo que actuó aceptando pacíficamente su inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana solicitando el 25 de noviembre de 1996 una prórroga para adaptar sus Estatutos. Los cuales fueron aprobados por el Arzobispado el 30 de octubre de 2002.

De hecho, no fue hasta el 30 de enero de 2012 en que solicitó la baja en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana, siendo al parecer la Admi-

nistración autonómica la que le sugirió instar la presente revisión de oficio que solicitó el 30 de agosto de ese año 2012.

**Novena.-** La Fundación de referencia se encuentra inscrita en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana porque mediante Real Decreto 303/1985, de 23 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunitat Valenciana en materia de Fundaciones Benéficas y Laborales se traspasaron a la Comunitat Valenciana *«las funciones y servicios que en la actualidad ostente el Estado respecto de las Fundaciones benéficas y laborales que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Valenciana»*.

Disponiendo también dicha norma que *«En el plazo de tres meses a partir de la fecha de publicación del presente Acuerdo en el 'Boletín Oficial del Estado', se publicará el listado de Fundaciones, quedando mientras tanto encomendadas las funciones de tutela sobre éstas al Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular, ejercido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a través de la Dirección General de Acción Social...»*.

En cumplimiento de dichas previsiones, la Fundación «XYZ» se incluyó entre aquellas fundaciones benéfico-asistenciales y laborales objeto de traspaso.

Inscrita en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana desde entonces, el Patronato de la Fundación no solo no realizó actividad impugnatoria o revisora alguna, sino que en tres ocasiones se dirigió a la Administración autonómica para actualizar el asiento relativo a la composición de su Patronato: en octubre

de 2004, junio y septiembre de 2011. Y en los tres casos, por cierto, ya estaba inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio.

**Décima.-** En definitiva, y como hemos manifestado anteriormente, la revisión de oficio de los actos administrativos es una potestad exorbitante de la Administración que deriva de sus poderes de autotutela y que, por su propia naturaleza, queda reservada para los casos más graves de violación del ordenamiento jurídico, cuya interpretación debe además ser estricta. Y está sometida, entre otros límites, al plazo transcurrido desde la adopción del acto que se pretende revisar. Según refiere el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, citada: «*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*».

En el presente caso se pretende revisar un acto administrativo dictado hace 88 años (en 1935), y que ha sido consentido por la Fundación que ahora interesa su revisión. No solo no lo impugnó en plazo bajo la normativa vigente en la II República. Sino que tampoco interesó su revisión al amparo de la normativa posterior a la Guerra Civil, como expresamente le habilitaba la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Como tampoco la instó cuando entró en vigor la Constitución de 1978, en la que basa parte de su argumentación para sostener la procedencia de la revisión de oficio.

De hecho, como se ha significado en la Consideración octava, la Fundación no

solo no impugnó la inscripción registral que ahora quiere revisar, sino que actuó en consecuencia con la naturaleza que aquélla le otorgaba, manifestando en 1942 el Presidente de la Junta Provincial de Beneficencia de Alicante al Ministerio que la Fundación «*no ha dejado de estar sujeta al Protectorado de V. I. a quien ha ido rindiendo anualmente sus cuentas y presupuestos y sujetando su acción a las órdenes emanadas de esa Dirección General [de Beneficencia y Obras Sociales]*». Lo que se reiteró en términos análogos en 1962.

El artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, citada, fija como uno de los límites de la potestad de revisión de oficio de la Administración «el tiempo transcurrido» cuando «su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe o al derecho de los particulares o a las leyes».

El mero transcurso de tan dilatado lapso temporal (88 años) hace difícilmente concebible que la declaración de nulidad no pueda tener efecto sobre algún tercero que, durante dicho periodo, haya entablado algún tipo de relación jurídica con la Fundación. La cual, como hemos señalado anteriormente, ha actuado en el tráfico jurídico durante todo ese tiempo sin que conste haber reaccionado contra el acto de inscripción registral que ahora quiere revisar.

Cabe recordar que en 1928 el Ministerio de la Gobernación se dirigió a la Junta Provincial de Beneficencia de Alicante para que averiguara por qué se había prescindido del carácter mixto de la Fundación. Requerimiento que no fue atendido (por dos veces) en aquel año 1928. A pesar de lo cual se decretó la erección canónica de la Fundación en 1934, bajo

la vigencia de una Constitución que exigía la inscripción en un «Registro especial del Ministerio de Justicia», lo que se hizo mediante Orden de 8 de marzo de 1935, que es el acto que ahora se pretende revisar.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo (Sentencia de 20 de febrero de 2008, FJ 6º), «...La seguridad jurídica es un valor fundamental del ordenamiento jurídico, tanto desde el punto de vista constitucional (artículo 9.3 de la C.E.) como desde el punto de vista legal (v.g. artículo 106 de la Ley 30/92, que, aunque referido a las facultades de revisión, expresa sin duda un valor general); se trata de un valor social, y no puramente individual, de forma que es la colectividad misma la que está involucrada en ella, y no sólo los intereses particulares; y los Jueces y Tribunales, que tienen encomendada la tutela judicial efectiva, también han de salvaguardar la seguridad jurídica a fin de que no se pongan en tela de juicio situaciones jurídicas consolidadas por el transcurso del tiempo, las cuales, en otro caso, podrían ser cuestionadas «ad eternum»; en la tensión dialéctica entre tutela judicial y seguridad jurídica, los Jueces y Tribunales no pueden, como pretende la parte recurrente, atender sólo a la primera con olvido manifiesto de la seguridad.» [el subrayado es del Dictamen].

O también ha declarado el Alto Tribunal (STS de 17 de enero de 2006, FJ 6º), «Dada la fecha en que se adjudicó el Monte al Estado, que determinó una primera inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad, así como otra posterior inscripción en 1945, la improcedencia del ejercicio de la acción de nulidad, por el tiempo transcurrido entre los actos impugnados y el momento en que

se promovió dicha acción, era patente, pues aunque lo que por el Ayuntamiento recurrente se instó fue la revisión de oficio, al amparo del art. 102 de la Ley 30/92, que señala que las Administraciones Públicas, «en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado... declarará de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 62.1», el art. 106 de la propia Ley (antiguo art. 112 de la Ley de 1958) como se ha dicho, fija claramente límites, con la finalidad de dar prevalencia al principio de seguridad sobre el de legalidad, concurriendo en el presente caso el supuesto de prescripción de las acciones, pues el Ayuntamiento perdió su derecho sobre el monte en marzo de 1925, cualquiera que fuese su calificación en el momento del inicio del expediente y, por tanto, con independencia del carácter que hubiera ostentado con anterioridad, resultando, asimismo, intrascendente, ante la nueva inscripción de todo el monte en 1945, las dudas que pudieran existir sobre si lo embargado y adquirido en 1925 por la Administración estatal fue la totalidad del monte o sólo una de sus partes, concretamente la que mereció en su día su calificación como dehesa boyal. El Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 11 de mayo de 1981, 7 de junio de 1982 y 7 de mayo de 1992, no ha dudado en dar prevalencia al principio de seguridad sobre el de legalidad...».

Y, en la misma línea de velar por el principio de seguridad jurídica constitucionalmente proclamado, el Tribunal Supremo ha declarado (Sentencia de 23 de octubre de 2000, FJ 3º), que «La seguridad jurídica exige que se mantengan las

*situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Ello no quiere decir que la acción de nulidad no pueda ejercitarse contra los actos firmes de la Administración. Puede promoverse contra actos firmes, pero su ejercicio es improcedente cuando con ello se vulneran las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares, expresamente mencionado por el artículo 112 de la L.P.A. como límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración establecida en el artículo 109».*

En el presente caso, tomando en consideración el carácter restrictivo con el que debe interpretarse la potestad de revisión de oficio que ostenta la Administración, que solo debe ejercerse en casos patentes de vulneración radical del ordenamiento, no se estima procedente revisar de oficio un acto administrativo adoptado hace 88 años durante los cuales la Fundación lo ha consentido y los terceros con los que ha entablado diversas relaciones jurídicas han tenido o han podido tener conocimiento de su carácter fundacional gracias a aquella inscripción registral. Y ello porque cuando se elevó a público el Decreto de 23 de enero de 1934, de erección canónica de la Fundación, fue el 9 de abril de 2003.

**Decimoprimer.-** Si se admitiera a efectos dialécticos que en el presente caso no es un límite a la revisión de oficio el largo lapso temporal transcurrido desde que se adoptó el acto administrativo que

se pretende revisar (en 1935), es opinión de este Consell que no concurre ninguna de las causas de nulidad alegadas en los términos exigibles para el ejercicio de una potestad tan exorbitante como la de revisión de oficio.

En efecto, se señala en primer lugar en la Propuesta de Resolución (aunque no lo ha explicitado la Fundación interesada en sus detallados escritos) que aquel acto adoptado en 1935 lesiona el contenido esencial de los derechos fundamentales especialmente protegidos, en concreto el de libertad religiosa.

Dicha libertad religiosa es, en efecto, un derecho fundamental recogido en la Constitución vigente de 1978 con el máximo grado de protección, susceptible incluso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

No obstante, cuando se adoptó el acto administrativo que se pretende revisar (en 1935) se encontraba en la cúspide del ordenamiento jurídico español otra Constitución, la de 1931. La cual también reconocía (en su artículo 27) el «derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión».

Pero la propia Constitución sometía a las Entidades religiosas a su Inscripción en un Registro especial dependiente del Ministerio de Justicia (artículo 26), que es lo que precisamente se hizo en este caso y ahora se quiere revisar.

No se trata, por tanto, de una infracción manifiesta de un derecho fundamental que, por otra parte, la Conselleria consultante analiza desde la perspectiva de la Constitución actual, lo que pugna con el principio de seguridad jurídica al que nos hemos referido anteriormente.

Nótese que desde la perspectiva de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución de 1978 podría plantearse la nulidad de muchos actos jurídicos adoptados en aquel Régimen de la II República, pero también con el que le siguió. Parece evidente que la seguridad jurídica quebraría si las Administraciones públicas no hicieran el uso restrictivo de su potestad de revisión de oficio que hemos reiterado en Consideraciones anteriores.

No se estima, en definitiva, que en el presente caso concurra la causa de nulidad contemplada en el apartado a) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, citada. Máxime cuando la Fundación de referencia no ha sufrido indefensión, habiendo podido impugnar hace muchos años su inscripción registral, como se ha razonado en las Consideraciones precedentes.

Cabe recordar en este punto el carácter restrictivo con que ha venido interpretando la jurisprudencia esta causa de nulidad, extremando el rigor en su aplicación (SSTS de 6 de febrero y 13 de marzo de 1987, entre muchas otras).

**Decimosegunda.-** Hace referencia también la Fundación «XYZ» a que el acto administrativo cuya revisión pretende fue dictado por órgano manifiestamente incompetente.

El acto que se pretende revisar es una Orden ministerial por la que se acordó la inscripción de dicha Fundación en un Registro específico.

Y como hemos reiterado, era la propia Constitución a la sazón vigente la que preveía que se realizara dicha inscripción, y precisamente por el Ministerio que la llevó a cabo.

Como recuerda el Tribunal Supremo, «*el término de incompetencia ha de reconducirse a su carácter manifiesto, no sólo por razón de la materia y territorio, sino por razón de la jerarquía*» (Sentencia de 13 de junio de 2000).

No resulta, por tanto, “manifiesto” que el Ministerio fuera incompetente para dictar el acto administrativo y, por ello, teniendo en cuenta el carácter restrictivo de la potestad revisoria a que se ha hecho referencia detallada anteriormente, tampoco se aprecia que concurra dicha causa de nulidad de pleno Derecho.

**Decimotercera.-** En fin, por último, se alega también como causa de nulidad de pleno Derecho del acto administrativo impugnado que éste tiene un contenido imposible, habida cuenta la «*imposibilidad de someter a dos regímenes distintos a la Fundación*».

Según la jurisprudencia, «*actos nulos por tener un contenido imposible son los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable..*» (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2004).

Circunstancias que no concurren en el presente caso, en el que la Fundación realiza una interpretación posible del ordenamiento a la sazón vigente (la preponderancia de la aplicación del Concordato con la Santa Sede de 1851) con otra distinta (la de la aplicación de la Constitución entonces vigente).

No es éste el procedimiento para analizar cuál de ambas interpretaciones es la más adecuada. Sino que ahora se trata de analizar si el acto administrativo impugnado es nulo de pleno Derecho por concurrir alguna de las circunstancias expresamente previstas al efecto.

Y tomando en consideración el carácter restrictivo de la potestad revisora que ahora pretende ejercerse, cabe concluir que ello no se ha producido en este caso. Máxime por lo que respecta a esta concreta causa de nulidad: como hemos reiterado, la erección canónica de la Fundación se produjo en 1934, bajo la vigencia ya de una Constitución que exigía su inscripción registral como fundación de carácter mixto. Cuando al menos seis años antes (en 1928), ya había sido requerida por las autoridades gubernativas con tal cualidad de fundación de carácter mixto, sin que conste reacción alguna por su parte.

Como tampoco la hubo durante el Régimen de Franco, ni tampoco durante más de treinta años de vigencia de la Constitución de 1978.

Por todo ello, en definitiva, y con independencia del largo tiempo transcurrido desde que se dictó el acto administrativo impugnado, tampoco se aprecia la existencia de causa de nulidad de pleno Derecho en los términos exigidos para ejercer la revisión de oficio.

**Decimocuarta.-** Dicho cuanto antecede sobre la no procedencia de la revisión de oficio instada, y de nuevo, a efectos puramente dialécticos, cabe significar que si la Conselleria consultante estima que al no existir en la legislación sectorial de fundaciones causa específica de cancelación registral por duplicidad con el del Registro de Entidades Religiosas, y que dicha

ausencia de previsión expresa no queda enervada por aquel pronunciamiento del Tribunal Supremo y la normativa de aplicación en materia de libertad religiosa, podría eventualmente plantearse la revocación del acto administrativo de referencia. Siempre que quedara acreditado que, de conformidad con lo establecido en el artículo 105.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, citada, aquella inscripción registral del año 1935 fue un acto de gravamen o desfavorable, y que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

### III CONCLUSIÓN

Por cuanto queda expuesto, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana es del parecer:

Que no procede la revisión de oficio de la Orden de clasificación de 8 de marzo de 1935 del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión, de la Fundación «XYZ», como de beneficencia particular mixta.

# CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA

## Dictamen 154/2014

*Relativo a la consulta facultativa formulada por el Ayuntamiento de Benicasim sobre la posibilidad legal de llevar adelante, dentro de la legislación actual, planes de empleo para contratos temporales por razones sociales, de 26 de marzo.*

[...]

### I ANTECEDENTES

Del examen del expediente administrativo remitido se desprende que:

**Primero.-** Por escrito de 29 de enero de 2014 el Conseller de Presidencia y Agricultura, Pesca, Alimentación y Agua remitió a este Consell Jurídic consulta facultativa sobre la posibilidad legal de llevar adelante, dentro de la legislación actual, planes de empleo para contratos temporales por razones sociales.

Junto al referido escrito se adjunta escrito de la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Benicasim justificando la consulta, de fecha 9 de enero de 2014, del siguiente tenor:

«ANTECEDENTES.-

*1º.- Este municipio de Benicasim tiene previsto incluir en el Presupuesto municipal para el 2014 una partida*

*por importe de 200.000 euros aproximadamente con destino a políticas de empleo en la localidad.*

*2º.- Estas políticas municipales de empleo tendrían un carácter eminentemente social encaminadas a contratos temporales de corta duración a familias en desempleo o situaciones de exclusión social.*

*3º.- A estos efectos se aprobarían unas bases y se realizaría una selección a través de un tribunal o comité de selección previa convocatoria pública.*

*4º.- Los servicios jurídicos del Ayuntamiento (Secretaría General y Jefe de Sección de Recursos Humanos) discrepan entre si sobre la competencia del Ayuntamiento para llevar adelante estos planes. La Intervención Municipal también se pregunta por la competencia del Ayuntamiento para la celebración de contratos de trabajo de interés social.*

*5º.- Las discrepancias son fundamentalmente por la competencia del Ayuntamiento en materia de empleo.*

*La Secretaria General y la Intervención entiende que la Ley 56/2003 de 16 de Diciembre de Empleo, de la G.V., atribuye las competencias sobre políticas de empleo a la Administración Autonómica o Estatal.*

*Por su parte el Jefe de Sección de Recursos Humanos, con una visión más social entiende que:*

*a) La Constitución Española consagra como un derecho fundamental el derecho al trabajo, siendo accidental la distribución de competencias entre Administraciones Públicas.*

*b) Que en lo que respecta al Ayuntamiento la posibilidad legal de llevar a cabo estos planes de empleo social se basarían en lo siguiente: a') Artículo 25.2.k) de la Ley 7/85 de Bases de Régimen Local sobre prestación de servicios sociales por parte de los Ayuntamientos; y b') Artículo 26.1 de la Ley 7/85 cuando obliga a los municipios de más de 20.000 habitantes a disponer de servicios sociales.*

*Esta Alcaldía tiene interés en conocer con certeza la posibilidad legal de llevar adelante planes de empleo para contratos temporales por razones sociales, teniendo en cuenta que la incorporación al mercado de trabajo de los colectivos más desfavorecidos es uno de los objetos esenciales de la política social. Acceder al mercado de trabajo no solo aporta al individuo un empleo, una mejora económica, sino también la integración en la sociedad, lo que conlleva la superación de una serie de obstáculos inherentes a la situación de exclusión relacionada con la autoestima, las relaciones sociales, etc... Todo ello*

*contribuye a la integración social del individuo. Por el contrario el factor del desempleo está íntimamente relacionado con el incremento de la marginación social».*

Asimismo se adjuntó, Informe de Intervención de 5 de abril de 2012, desfavorable a la aprobación de las bases para la contratación al ser competencia de la Generalitat Valenciana el desarrollo de la política de empleo y el fomento del empleo a través del SERVEF, Informe de Secretaria de 11 de abril de 2012 en el que concluye afirmando que el Ayuntamiento actúa como un contratador en situación de ofrecimiento de empleo estando sujeto al Estatuto Básico del Empleado Público, Informes favorables de la Jefa de Sección de Personal de 15 de marzo de 2012 y de 27 de marzo de 2012 y las bases de carácter social para la celebración de los contratos, de las que destaca lo siguiente:

*«Primera.- Objeto de las bases.- Es objeto de las presentes bases ayudar a las personas sin trabajo y con escasos recursos económicos, mediante la celebración de contratos de trabajo de interés social y para la realización de tareas que afectan a servicios públicos esenciales, dando prioridad al colectivo de atención prioritaria que se cita en la base quinta.*

*Segunda.- Selección.- La selección se hará presentando al Servef las correspondientes Ofertas de Empleo y, posteriormente, entre los/as candidatos/as remitidos/as por el Servef, una Comisión de Valoración procederá a baremar la documentación presentada por los mismos de acuerdo con los criterios establecidos en estas bases.*

*Tercera.- Contratos, tareas y retribuciones.- Se prevé la celebración de 10 contratos, a jornada completa de 40 horas semanales, con una duración de 3 meses, y 20 contratos a media jornada, de 20 horas semanales, con una duración de 3 meses, destinados todos ellos a la realización de tareas comunitarias, cuyo objeto se determina en el Anexo I de estas bases.*

*El personal contratado a jornada completa percibirá unas retribuciones brutas mensuales de 1.203,48 €, más la parte proporcional de paga extra e indemnización que se abonará al finalizar el contrato y el personal contratado a media jornada, percibirá unas retribuciones brutas mensuales de 601,74 €, más la parte proporcional de paga extra e indemnización que se abonará al finalizar el contrato.*

*Cuarta.- Requisitos de los/as aspirantes. Los/as aspirantes se seleccionarán entre las personas remitidas por el Servef, previa presentación de Oferta de Empleo, debiendo reunir los siguientes requisitos:*

*a) Poseer la nacionalidad española, ser ciudadanos/as de países de la Unión Europea y en el supuesto de extranjeros/as no comunitarios, tener el permiso de residencia legal en España.*

*b) Tener cumplidos dieciséis años de edad y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa.*

*c) Ser desempleado inscrito como demandante de empleo.*

*Quinta.- Colectivo de atención prioritaria.*

*Tendrán prioridad en la selección los parados/as de larga duración, considerando como tales a aquellas personas desempleadas, en edad laboral, que siendo menores de 25 años superen la duración de 6 meses inscritas como demandantes de empleo o de 12 meses en el caso de que sean mayores de 25 años.*

(...)».

Por lo expuesto se solicita dictamen no preceptivo del Consell, en cuanto a la posibilidad de llevar adelante, dentro de la legislación actual, planes de empleo para contratos temporales por razones sociales.

Y encontrándose el procedimiento en el estado descrito, el Hble. Conseller de Presidencia y Agricultura, Pesca, Alimentación y Agua, por oficio de 29 de enero de 2014, que se registró de entrada en este Consell Jurídic el día 17 de febrero de 2014, remitió el expediente para dictamen por este Consell Jurídic Consultiu, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, de la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de Creación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

## II CONSIDERACIONES

[...]

**Segunda.-** El asunto estudiado versa acerca de la consulta realizada por la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Benicasim, en relación a la posibilidad de que el Ayuntamiento lleve adelante, dentro de la legislación actual, planes de empleo para contratos temporales por razones sociales.

Así, el Ayuntamiento plantea la posibilidad de incluir una partida en sus presupuestos destinada a políticas de empleo en la localidad, mediante contratación temporal de corta duración con familias en desempleo o situaciones de exclusión social, si bien se plantea la competencia del Ayuntamiento en materia de empleo y en concreto la competencia municipal para llevar a cabo contratos de trabajo de interés social.

En concreto la Intervención del Ayuntamiento en el Informe de 5 de abril de 2012 se pronuncia de forma desfavorable a la aprobación de las bases para la contratación de personal en la modalidad de contratos de duración determinada de interés social al tratarse de una materia de desarrollo de la política de empleo y fomento del empleo que la normativa vigente atribuye a las Comunidades Autónomas y por tanto excluida del ámbito competencial municipal.

El Informe del Jefe de la Sección de Personal de 27 de marzo de 2012, señala la posibilidad de aprobación de las bases de carácter social, basándose en la competencia municipal en la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social, prevista en el artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local.

Y el Informe de Secretaría de 11 de abril de 2012 concluye afirmando que el Ayuntamiento carece de competencia en materia de empleo, actuando en el presente caso como un contratador en situación de ofrecimiento de contratos laborales temporales con arreglo al Estatuto Básico del Empleado Público.

Dada la problemática planteada en los tres informes transcritos, la primera

cuestión que debe abordarse es la relativa a la diferencia existente entre la competencia municipal en materia de servicios sociales y la competencia en materia de política de empleo.

Antes de la reforma de la Ley de Bases de Régimen Local efectuada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, el artículo 25 incluía en su número 2, letra K), la competencia municipal en materia de servicios sociales, si bien tras la referida reforma el citado artículo atribuye a los municipios en el número 2 letra c) la «*Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social*».

Por tanto la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, modifica el artículo 25 de la Ley de Bases de Régimen Local, suprimiendo la competencia municipal en materia de servicios sociales, limitándola a la evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.

Queda claro, tras la referida reforma, que la celebración de un contrato, aunque su objeto sea social, no puede enmarcarse dentro de la competencia municipal de atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.

La celebración de contratos por el Ayuntamiento a personas en situación de desempleo y con escasos recursos económicos no puede englobarse de forma expansiva en la competencia municipal de atención a personas en situación de riesgo de exclusión social,

ya que existe la competencia específica en materia de política de empleo dentro de la que debe enmarcarse la celebración de este tipo de contratos.

**Tercera.-** La Constitución Española dedica a la política de empleo los siguientes preceptos:

- Artículo 40

*«1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.*

*2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados».*

- Artículo 149

*«1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:*

*1ª) La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.*

(...)

*7ª) Legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.*

(...)

*13ª) Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.*

(...)

*17ª) Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.*

(...))».

Y el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana atribuye competencia exclusiva a la Generalitat Valenciana, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado, en materia de Gestión de las funciones del servicio público de empleo estatal en el ámbito de trabajo, ocupación y formación (artículo 49.3.8ª) y la ejecución de la legislación del estado en materia Laboral, asumiendo las facultades, competencias y servicios que en este ámbito y a nivel de ejecución ostenta el Estado con respecto a las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección de éste, y el fomento activo de la ocupación (artículo 51.1.1ª).

Por otra parte la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, expresa en su artículo 3.2 lo siguiente:

*«De conformidad con la Constitución y sus Estatutos de Autonomía, corresponde a las comunidades autónomas en su ámbito territorial el desarrollo de la política de empleo, el fomento del empleo y la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas que les hayan sido transferidas».*

La Ley de Empleo descentraliza el sistema nacional de empleo hacia las Comunidades Autónomas, organizando el sistema diferenciando entre el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, siendo el Servicio Público Estatal quien gestionará las políticas activas de empleo en el ámbito nacional, y en el caso de que se hayan asumido competencias por las Comunidades Autónomas, como es nuestro caso, serán ellas quienes lo gestionen.

De acuerdo con la citada Ley corresponderá al Estado la coordinación de la política de empleo, su gestión y control, y a las Comunidades Autónomas el fomento del empleo y la ejecución de la legislación correspondiente.

El artículo 4 de la Ley de Empleo contempla la dimensión local de la política de empleo, señalando lo siguiente:

*«Las políticas de empleo, en su diseño y modelo de gestión, deberán tener en cuenta su dimensión local para ajustarla a las necesidades del territorio, de manera que favorezcan y apoyen las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local.»*

*De conformidad con la Constitución, con los Estatutos de Autonomía y con la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, en ejecución de las acciones y medidas de políticas activas, podrán establecer los mecanismos de colaboración oportunos con las entidades locales.*

*Las entidades locales podrán participar en el proceso de concertación territorial de las políticas activas de*

*empleo, mediante su representación y participación en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico.*

*Los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas serán los responsables de trasladar al marco del Sistema Nacional de Empleo la dimensión territorial de las políticas activas de empleo y de determinar, en su caso, la representación de las entidades locales en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico».*

Por tanto, en esta materia la legislación reconoce el papel de las Entidades Locales en la gestión y ejecución de las políticas de empleo, si bien no existen competencias legales de carácter concreto en relación a ellas, por lo que debe llegarse a la conclusión de que en materia de empleo la competencia se distribuye entre el Estado y las Comunidades autónomas.

**Cuarta.-** En el supuesto estudiado el Ayuntamiento de Benicasim plantea la posibilidad llevar adelante planes de empleo para contratos temporales por razones sociales.

Atendiendo a la finalidad de los contratos temporales que pretende realizar el Ayuntamiento, parece que los planes de empleo se enmarcan dentro de la política de promoción del empleo, ya que van dirigidos, como establece la Base Primera de los contratos, a ayudar a las personas sin trabajo y con escasos recursos económicos, por lo que debe llegarse a la conclusión de que atendiendo a la distribución competencial descrita en los preceptos transcritos, el Ayuntamiento carece de competencia en esta materia.

Efectivamente la finalidad de la contratación pretendida por el Ayuntamiento es ayudar a personas sin empleo y de escasos recursos económicos, por lo que la utilización de los planes de empleo como instrumento para la contratación temporal debe enmarcarse dentro de las políticas de promoción del empleo que, como establece el artículo 3.2 de la Ley de Empleo citada, es competencia autonómica.

De acuerdo con lo dicho, al carecer el Ayuntamiento de competencias en materia de empleo, para poder llevar a cabo políticas de empleo debería existir algún mecanismo de colaboración entre la Comunidad Autónoma, titular de la competencia objeto de estudio, y la Entidad Local, como prevé el artículo 4 de la ley de Empleo ya transcrito anteriormente.

Al respecto, como señala el Informe de la Interventora del Ayuntamiento de 5 de abril de 2012, se podría realizar una delegación de funciones prevista en el artículo 27 de la Ley de Bases de Régimen Local en su redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Por su parte, la Ley 8/2010, de 23 de junio de Régimen Local de la Comunitat Valenciana, dedica a la delegación de competencias los artículos 146 a 149, situados dentro del Título VIII, Capítulo II.

También se podría habilitar al Ayuntamiento en esta materia mediante la realización de una encomienda de gestión prevista en el artículo 150 de la citada Ley de Régimen Local de la Comunitat Valenciana.

Por último la modificación del artículo 7.4 de la Ley de Bases de Régimen Local, realizada por las citada Ley

27/2013, de 27 de diciembre, prevé la posibilidad del ejercicio por las Entidades Locales de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación «*cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias*».

Según consta con el Informe de la Intervención del Ayuntamiento de Benicasim, de 5 de abril de 2012, no existe en el presente caso habilitación alguna de la Comunitat Valenciana, titular de la competencia en materia de promoción del empleo, por lo que careciendo el Ayuntamiento de competencia propia en esta materia, cabe concluir la imposibilidad de adoptar los planes de empleo siempre que éstos, atendiendo a su finalidad, se enmarcan dentro de las políticas de promoción del empleo, como ocurre en el presente caso.

**Quinta.-** De acuerdo con todo lo dicho se extraen las siguientes conclusiones:

1.- La celebración de contratos temporales por razones sociales por el Ayuntamiento se engloba dentro de la competencia en materia de política de empleo y no dentro de la competencia municipal de evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención

inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.

2.- La competencia en materia de política de empleo, es estatal y autonómica, de acuerdo con los artículo 149.1.1ª, 7ª.

# CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA

## Dictamen 15/2014

*Sobre el Proyecto de Decreto por el que se regulan el documento, el expediente y el archivo electrónico en el Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de 28 de abril.*

[...]

### ANTECEDENTES DEL HECHO

[...]

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

[...]

#### *Segundo*

#### ***Cumplimiento de los trámites del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.***

Este Consejo Consultivo viene insistiendo con reiteración en la necesidad de cumplir, no sólo formal sino sustantivamente, el procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales que, tras su aprobación y publicación pasan a integrarse en el ordenamiento jurídico. Ese procedimiento tiene por finalidad encauzar adecuadamente el ejercicio de una de las potestades de efectos más intensos y permanentes de la Administración, la reglamentaria.

Es, por ello, necesario examinar si se han cumplido los trámites establecidos en los artículos 33 a 41 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que son los siguientes:

#### **1. Resolución de inicio del expediente.**

Según el artículo 33.1 de la Ley 4/2005, «*el procedimiento para la elaboración de los reglamentos se iniciará mediante resolución del órgano administrativo competente por razón de la materia*».

En el presente caso, la Resolución de inicio, de 19 de septiembre de 2013, la ha dictado el órgano competente, que es el Secretario General Técnico de la Consejería. De acuerdo con el Decreto 46/2011, de 6 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Administración Pública y Hacienda, corresponde a la Secretaría General Técnica «*con relación a los servicios y actividades exclusivos de su competencia, el ejercicio de las funciones genéricas atribuidas a las Direcciones Generales*» (art. 10.1.3), entre las que se encuentra la de dictar la «*Resolución del inicio de la tramitación de las*

*disposiciones de carácter general»* 10.1.4 g).

Por razón de la materia, entre las funciones del Secretario General Técnico, se encuentra la de *«impulsar la mejora del uso de los sistemas de información en los procesos administrativos para la implantación de la e-Administración»* (art. 10.1.2.3 g), d), y, entre las atribuciones de la Secretaría General Técnica, se halla el *«impulso y dirección en la implantación de servicios de Administración electrónica»* (art. 10.2.2 d), *«dirección y coordinación del Registro de documentos»* (art. 10.2.2 g) y la *«dirección y gestión del Archivo General de la Comunidad Autónoma de La Rioja, así como la implantación del Archivo electrónico»* (art. 10.2.2 m).

Desde el punto de vista del contenido, el artículo 33.2 de la Ley 4/2005, dispone que *«la Resolución de inicio expresará sucintamente el objeto y finalidad de la norma, las normas legales que en su caso deba desarrollar, así como el fundamento jurídico relativo a la competencia ejercida»*.

En este caso, la Resolución de inicio resultaba mejorable, pues se limita a hacer referencia a las normas legales que la proyectada viene a desarrollar y guarda silencio en lo relativo al objeto y finalidad de la misma (cuestión que puede entenderse subsanada con el contenido de la Memoria de 18 de septiembre de 2013); y en relación con el fundamento jurídico relativo a la competencia ejercida, aspecto que, como ya ha señalado este Consejo Consultivo, es referible tanto a la competencia administrativa del órgano que aprueba la Resolución de inicio como a la competencia estatutaria de la Comunidad Autónoma desde el

punto de vista material (D.98/10 y D.8/14, por todos).

La competencia de la Comunidad Autónoma constituye un presupuesto esencial para la validez de cualquier norma reglamentaria autonómica, por lo que parece de razón —y así lo contempla el art. 33 Ley 4/2005— que el acto administrativo que da principio al procedimiento de elaboración de la disposición general identifique con precisión el título competencial que sustenta el dictado del reglamento que se proyecta.

Las irregularidades advertidas, con serlo, carecen de eficacia invalidante del procedimiento tramitado. Ciertamente, la Comunidad Autónoma tiene competencia para dictar la norma proyectada (cuestión que ha abordado acertadamente el informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos) y la Resolución de inicio ha sido dictada efectivamente por el órgano competente.

No obstante, sugerimos la conveniencia de que, en sucesivos expedientes, a fin de completar la conformación de las Resoluciones de inicio, se indiquen los preceptos estatutarios que amparan la tramitación —y ulterior aprobación— de la disposición general de que se trate; y las disposiciones que atribuyan la competencia administrativa para iniciar el procedimiento de elaboración.

## **2. Elaboración del borrador inicial.**

A tenor de lo establecido en el artículo 34 de la Ley 4/2005:

*«1. El órgano del que emane la resolución de inicio elaborará un borrador inicial integrado por un preámbulo y por el texto articulado del reglamento que*

*incluirá, en su caso, una disposición derogatoria de las normas anteriores que resulten afectadas.*

*2. El borrador inicial irá acompañado de una memoria justificativa acerca de la necesidad de la aprobación de la nueva norma, de su adecuación al objeto y finalidad fijados en la resolución de inicio, la incidencia que habrá de tener en el marco normativo en que se inserte, una relación de las disposiciones afectadas y la tabla de vigencias de las disposiciones anteriores sobre la misma materia, así como una valoración de los efectos previsibles que puedan seguirse de su aplicación. Finalmente, incluirá, en su caso, también los estudios e informes previos que le sirvan de fundamento, así como una relación de aquellos informes o trámites que se consideren necesarios en la tramitación del expediente.*

*3. En los casos de creación de nuevos servicios o de modificación de los existentes, o aquellos en los que de la aplicación del reglamento se prevea que van a derivar derechos y obligaciones de carácter económico, deberá adjuntarse al expediente un estudio del coste y financiación».*

En el expediente consta, junto con el primer borrador del texto de la disposición proyectada, una Memoria inicial de 18 de septiembre de 2013 que, por su contenido, permite entender adecuadamente cumplidos los requisitos anteriormente transcritos.

Respecto del estudio económico del Proyecto de Decreto, exigido por el art. 34.3 de la referida Ley, como ya hemos tenido ocasión de señalar en diversos dictámenes, el objetivo que persigue la exigencia de una Memoria económica es

que luzca en los proyectos normativos el eventual coste de la ejecución y puesta en práctica de las medidas que en los mismos se prevean, así como la financiación prevista para acometerlos, en suma, programar, planificar y racionalizar la actuación de la Administración en sus consecuencias presupuestarias y de gasto, como hemos reiterado en diversos dictámenes (D.39/09, D.40/09, D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.73/10, D.92/10, D.93/10, D.22/11, D.73/11 y D.18/12).

A tal efecto, hemos recordado también que la falta de la Memoria económica puede determinar la nulidad de la norma proyectada, como ha declarado, entre otras, la Sentencia núm. 600/2000, de 17 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. (D. 5/14)

De la trascendencia de verificar un adecuado examen de los aspectos de orden presupuestario en la tramitación de las disposiciones de carácter general, da cuenta el art. 40.1 de la Ley 11/2013, de 21 de octubre, de Hacienda pública de La Rioja, a cuyo tenor *«las disposiciones legales y reglamentarias, en fase de elaboración y aprobación (...) deben valorar sus repercusiones y efectos y supeditarse de forma estricta a las disponibilidades presupuestarias y a los límites del marco presupuestario a medio plazo»*; añadiendo el art. 40.2 que: *«con carácter previo a la aprobación de cualquier actuación con incidencia en los límites establecidos en el punto anterior, la dirección general con competencias en materia de planificación presupuestaria deberá emitir informe sobre las repercusiones presupuestarias que se deriven de su aprobación»*.

*En el caso presente, si bien la Memoria inicial afirma que «la aplicación de la presente norma no genera coste económico adicional al que esté previsto en materia de tecnologías de la información en las partidas correspondientes», se han recabado —y obran en el expediente— tanto un «informe económico» de la DGTIC como el informe de la Oficina de Control Presupuestario al que se refiere el art. 10.2.4 i) Decreto 46/2011.*

El primero de ellos concluye que, para el cumplimiento de lo previsto por el Proyecto de Decreto, «se requiere de la contratación de determinados servicios productos a empresas externas a la propia Dirección General TIC, estimando estas actuaciones en 350.000 euros, más IVA», toda vez que no todas las actividades y servicios necesarias para la aplicación de la norma están comprendidas ya en los correspondientes capítulos de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

La Oficina de Control Presupuestario, que viene a aceptar ese estudio económico, informa que, para «completar la Memoria económica», sería preciso detallar una serie de aspectos apuntados por el informe económico de la DGTIC: determinar qué parte del montante total previsto estaría previsto ejecutar este año 2014 y en los siguientes, detallar los conceptos de gasto, e incluso estimar qué ahorros va a permitir la norma proyectada.

Respecto a esta última cuestión, resulta ilustrativo el Dictamen del Consejo de Estado de 7 de enero de 2010 (emitido con ocasión del futuro RD 4/2010, de 8 de enero), que recoge cómo, «según estudios en diversos países y en la Unión Europea», la generalización de la Admi-

nistración electrónica «incrementa el PIB entre un 0,23% y un 0,35% de media al año durante su periodo de efecto».

Sea como fuere, la Secretaría General Técnica, en la Memoria final de 24 de marzo de 2014, reitera que «no está previsto ningún desembolso económico fuera del presupuesto de funcionamiento de dicho Centro Directivo», en referencia a la propia DGTIC, de la que no recaba el informe adicional interesado por la OCP.

Como es de ver, al expediente si se ha adjuntado, como requiere el art. 34.3 un «estudio de coste y financiación», si bien, para que el Consejo de Gobierno pudiera adoptar una decisión más ponderada en torno a los efectos económicos y presupuestarios de la norma y disponer de todos los elementos de juicio precisos, parecería oportuno completar ese estudio con un informe ampliatorio de la DGTIC, en los términos señalados por la Oficina de Control Presupuestario.

Desde una óptica cronológica, ha de notarse que el «estudio económico» (art. 34.3) ha de preceder en el tiempo a la declaración de quedar formado el expediente (art. 35.1). El espíritu que subyace a esta ordenación temporal del procedimiento radica en la necesidad de que el estudio económico pueda ser conocido y valorado, tanto en el trámite de información pública y audiencia corporativa, en su caso, como por los órganos de asesoramiento e informe preceptivos.

[...]

### **Tercero**

**Competencia de la Comunidad Autónoma para dictar la norma proyectada y cobertura legal de la misma.**

1. Como ya hemos adelantado, la competencia de la Comunidad Autónoma para dictar la norma proyectada resulta del art. 8.1.2 de nuestro Estatuto de Autonomía (EAR'99), que atribuye a la Comunidad Autónoma «la competencia exclusiva en las siguientes materias: 2 Procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de La Rioja».

En relación con este título competencial –y con su conexión con el art. 149.1.18<sup>a</sup> CE, que confía al Estado la competencia exclusiva en materia de «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (...) que en todo caso garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas» y “procedimiento administrativo común sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas» – nos hemos pronunciado ya, entre otros, en el D.7/05, relativo a la que sería la Ley 4/2005, de 1 de Junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Como entonces dijimos (F.J.3):

*«Del juego de dichos dos títulos competenciales, el constitucional y el estatutario, se infiere que nos hallamos ante competencias compartidas, pues, de un lado, el Estado goza de exclusividad para definir “lo básico” del régimen jurídico de las Administraciones Públicas; y, por otro lado, nuestra Comunidad, dentro de sus potestades de autogobierno, goza de competencia para el desarrollo de dichas “bases estatales” y para singularizarlas en orden a un mejor ajuste a las especialidades de la organización propia de nuestra Administración Autonómica, que es, en definitiva, lo que pretende el Anteproyecto de Ley de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la*

*Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja que ahora se dictamina.*

*Nos hallamos ante la fórmula “bases más desarrollo”, que asigna al Legislador estatal la tarea de producir la normativa básica, y a las Comunidades Autónomas que así lo hayan asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía, la de dictar la legislación de desarrollo; en este caso, así lo ha previsto para la materia que se informa el artículo 8.Uno.1 y 2 del Estatuto de Autonomía de La Rioja. De esta forma lo expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC), dictada por el Legislador estatal en el ejercicio de la competencia atribuida por el artículo 149.1.18<sup>a</sup> CE:*

*“El artículo 149.1.18<sup>a</sup> de la Constitución distingue entre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas que habrán de garantizar al administrado un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, y el régimen de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.*

*La delimitación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas se engloba en el esquema “bases más desarrollo” que permite a las Comunidades Autónomas dictar sus propias normas siempre que se ajusten a las bases estatales. Sin embargo, respecto al procedimiento administrativo común y al sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas, aunque su formula-*

*ción jurídica sea la manifestación expresa y la traducción práctica para los ciudadanos de la aplicación regular del propio régimen jurídico, la Constitución las contempla como competencia normativa plena y exclusiva del Estado».*

*Bajo estos presupuestos constitucionales, hemos de analizar sustantivamente el Anteproyecto de Ley, pues ha de ser, por un lado, respetuoso con la norma básica del Estado, en materia de régimen jurídico y cumplidor de la normativa de aplicación plena para todo el Estado en lo tocante a las normas procedimentales. Por ello, hemos de distinguir las normas de régimen jurídico y funcionamiento de la Administración, de las propias de los procedimientos administrativos, todo ello al amparo de los títulos constitucionales y estatutarios expuestos, y como no, de la propia Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dictada en interpretación del artículo 149.1.18ª CE, en conjunción con las potestades de autoorganización administrativa de las Comunidades Autónomas.*

#### **A) Normas de régimen jurídico.**

*Nuestra Comunidad, en el Anteproyecto de ley elevado a consulta, pretende la regulación mediante una norma con el suficiente rango, del régimen jurídico y del funcionamiento de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja, dadas las necesidades expuestas en la primera Memoria, de distinguir el Gobierno de la Administración, como ya lo ha plasmado el Legislador estatal.*

*En efecto, es evidente el título competencial ostentado por la Comunidad Autónoma, pues, aunque el Estado pueda establecer, desde la competencia sobre*

*las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18ª CE), los principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones Públicas, ello no significa que, en palabras de la Sentencia del TC 227/1988, de 29 de noviembre, «la potestad organizatoria (autonómica) para determinar el régimen jurídico de la organización y funcionamiento de su propia Administración, 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, como veremos de inmediato, 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». Es constante y reiterada la Jurisprudencia del Supremo garante constitucional en esta materia, intentando en todo momento compaginar los dos títulos competenciales concurrentes, el estatal y el autonómico. Sirva como ejemplo la Sentencia 50/1999, de 6 de abril, por la que se declaran contrarios al texto constitucional varios preceptos de la LRJPAC, en particular, en lo referente al régimen jurídico de los órganos colegiados. En esta se recoge toda la línea jurisprudencial anterior; SS TC32/1981; 35/1982; 76/1983; 227/1988 y 214/1989, entre otras.*

*Desde esta interpretación jurisprudencial y reiterando el título constitucional y estatutario atribuido a la Comunidad Autónoma, ésta ostenta competencia suficiente para la regulación de su régimen jurídico interno y de su funcionamiento, respetando las normas básicas contenidas en la propia LRJPAC, en su concepción de «bases», y considerando además las reformas que el Legislador estatal ha introducido en aquella por la Ley 4/1999, de 13 de enero.*

**B) Normas de procedimiento administrativo:**

*Resultan de competencia plena y exclusiva del Estado las normaciones del procedimiento administrativo común y del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. El adjetivo «común» empleado en el artículo 149.1.18ª CE, lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar al Estado es, la determinación de los principios y normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental (iniciación, ordenación, instrucción y terminación) que ha de seguirse para la realización de la actividad de las Administraciones y que permitan un tratamiento igualitario o común para todos los ciudadanos; y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, los modos de revisión de dichos actos y los modos de ejecución de los mismos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno de los procedimientos administrativos.*

*Pero, como también ha precisado el TC, no podemos disociar las normas sustantivas de las procedimentales, por lo que también ha de hacer posible que las*

*Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su propio Derecho sustantivo, «pues lo reservado al Estado no es todo el procedimiento, sino aquel que deba ser común y haya sido establecido como tal» (Exposición de Motivos de la LRJPAC).*

*Con ello, se da entrada también a las normas de las Comunidades Autónomas que, cumpliendo con las determinaciones del procedimiento administrativo común –de competencia estatal–, pueden establecer normas procedimentales para adecuar aquéllas, no sólo a las singularidades de su Derecho sustantivo autonómico, sino incluso a las especialidades derivadas de su propia organización, pudiendo adaptar para ello las reglas comunes a sus necesidades e intereses particulares respecto de los procedimientos especiales que aprueben en materia de su competencia «ratione materiae». Así, deslindó la competencia compartida, estatal y autonómica, en materia de procedimientos administrativos y, en particular, de los especiales, la Sentencia del TC 227/1988, de 28 de noviembre; y, por su claridad, hemos de traer a colación uno de sus pasajes:*

*«Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a los principios y reglas del procedimiento administrativo común, que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia, –lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio artículo 149.1.18ª–, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad ratione materiae. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de*

*estos procedimientos especiales. Ahora bien, hay que entender que esta es una competencia conexas a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dictan las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, como la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro de su ámbito de sus competencias» (F. J. 32).*

En definitiva, es claro que la Comunidad Autónoma de La Rioja puede dictar la norma proyectada, pues ostenta competencia, tanto para desarrollar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas que establezca el Estado, como para aprobar aquellas normas de procedimiento administrativo que, respetuosas con las establecidas por el Esta-

do dentro de su ámbito competencial, deriven las especialidades de su organización propia.

Para ello, goza además de una cobertura legal específica pues, tanto el Estado como la Comunidad Autónoma de La Rioja, han dictado disposiciones legales en ejercicio de sus competencias respectivas sobre la materia.

2. En el Fundamento de Derecho Primero ya hemos identificado la principal norma básica estatal que enmarca el ejercicio de la potestad reglamentaria que, con la norma proyectada, ha de ejercer del Gobierno de La Rioja. Esa disposición es la Ley 11/2007, de 11 de junio, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, cuya Exposición de Motivos, tras motivar el título competencial en el que se ampara (art. 149.1 18 CE), razona que:

*«En esta perspectiva, la regulación del Estado debe abordar aquellos aspectos en los que es obligado que las previsiones normativas sean comunes, como es el caso de la interoperabilidad, las garantías de las comunicaciones electrónicas, los servicios a los que tienen derecho los ciudadanos, la conservación de las comunicaciones electrónicas y los demás temas que se abordan en la ley para garantizar que el ejercicio del derecho a relacionarse electrónicamente con todas las Administraciones forme parte de ese tratamiento común que tienen.*

*La Ley 30/1992 se limitó a abrir la posibilidad, como se ha dicho, de establecer relaciones telemáticas con la Administración, pero la hora actual demanda otra regulación que garantice, pero ahora de modo efectivo, un tratamiento*

*común de los ciudadanos ante todas las Administraciones: que garantice, para empezar y sobre todo, el derecho a establecer relaciones electrónicas con todas las Administraciones públicas. Las nuevas realidades, exigencias y experiencias que se han ido poniendo de manifiesto; el propio desarrollo de la sociedad de la información, la importancia que una regulación clara, precisa y común de los derechos de los ciudadanos y el cambio de circunstancias tecnológicas y sociales exige actualizar el contenido, muy diferente al de 1992, de la regulación básica que esté hoy a la altura de las nuevas exigencias. Esa regulación común exige, hoy, por ejemplo, reconocer el derecho de los ciudadanos –y no sólo la posibilidad– de acceder mediante comunicaciones electrónicas a la Administración».*

La Ley proclama, entre otras finalidades, las de «facilitar el acceso por medios electrónicos de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo», «facilitar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones por medios electrónicos» y «contribuir a la mejora del funcionamiento interno de las Administraciones públicas mediante el uso de las tecnologías de la información» (art. 3).

Obvia recordar en este punto que la Ley 11/2007 está inevitablemente vinculada a la Ley 30/1992 (LPAC), de la que resulta complementaria. Y ello porque la Ley 11/2007 disciplina el modo en el que ha de desenvolverse la actividad administrativa cuando se utilicen instrumentos electrónicos, así como las posibilidades de uso de estas tecnologías en las relaciones que vinculan a los ciudadanos con las Administraciones públicas o a éstas entre sí. Cuestiones (régimen jurídico de la actividad administrativa, rela-

ciones jurídico-administrativas...) que, en sus aspectos materiales o sustantivos, vienen reguladas por la LPAC y sus disposiciones de desarrollo.

Así lo explicita el art. 33.1 de la Ley 11/2007 al señalar que «la gestión electrónica de la actividad administrativa respetará la titularidad y el ejercicio de la competencia por la Administración pública, órgano o entidad que la tenga atribuida y el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos en las normas que regulen la correspondiente actividad». En parecidos términos, los arts. 1.1 y 6.1. A tenor de este último, el derecho de los ciudadanos al uso de medios electrónicos para relacionarse con las Administraciones públicas se ordena «al ejercicio de los derechos previstos por el art. 35 de la Ley 30/1992...»

Por tener relación más directa con el contenido de la norma proyectada, merecen reseñarse, como aspectos contemplados por la Ley 11/2007, los principios a que ha de sujetarse el uso por las Administraciones de los medios electrónicos (art. 4), los derechos que se reconocen a los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración (art. 6), los sistemas de identificación electrónica de los ciudadanos y las Administraciones (arts. 13 y ss), los documentos, archivos, expedientes y copias electrónicos (arts. 29 a 32), así como los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y Seguridad (art. 42).

La Ley –en un glosario anexo al que se remite su art. 5, básico– define la interoperabilidad como la «capacidad de los sistemas de información y por ende de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos posibilitar

*el intercambio de información y conocimiento entre ellos.»*

En desarrollo de la Ley 11/2007, el Estado ha dictado, entre otros, los Reales Decretos 3/2010 y 4/2010, de 8 de enero, que, respectivamente, regulan los Esquemas Nacionales de Seguridad e Interoperabilidad en el ámbito de la Administración electrónica.

Conforme al art. 1 RD 3/2010, «*el Esquema Nacional de Seguridad está constituido por los principios básicos y requisitos mínimos requeridos para una protección adecuada de la información. Será aplicado por las Administraciones públicas para asegurar el acceso, integridad, disponibilidad, autenticidad, confidencialidad, trazabilidad y conservación de los datos, informaciones y servicios utilizados en medios electrónicos que gestionen en el ejercicio de sus competencias.*» Y, con arreglo al art. 1.2 RD 4/2010, «*el Esquema Nacional de Interoperabilidad comprenderá los criterios y recomendaciones de seguridad, normalización y conservación de la información, de los formatos y de las aplicaciones que deberán ser tenidos en cuenta por las Administraciones públicas para asegurar un adecuado nivel de interoperabilidad organizativa, semántica y técnica de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias y para evitar la discriminación a los ciudadanos por razón de su elección tecnológica.*»

Ambas normas reglamentarias, que cuentan con su correspondiente Anexo de definiciones técnicas, se dictan por el Estado en ejercicio de las competencias que le atribuye el art. 149.1.18ª CE (D.F.1ª de los dos reglamentos citados).

En particular, el RD 4/2010 regula aspectos, como las condiciones para la recuperación y la conservación de los documentos durante su ciclo de vida y las exigencias técnicas y organizativas para que ello sea posible, en los que también incide la norma sometida a nuestro dictamen.

En el ámbito autonómico, hemos citado ya el art. 8.1 la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Régimen jurídico y funcionamiento de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que prevé que «*la tramitación de los procedimientos administrativos se apoyará en la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos, con respeto de las garantías y en cumplimiento de los requisitos previstos en cada caso por el ordenamiento jurídico.*»

La implantación del uso de los medios electrónicos en el funcionamiento ordinario de la Administración pública de la CAR es una realidad consolidada, y, en desarrollo de las Leyes 4/2005 y 11/2007, se han dictado numerosos reglamentos en materias como: sede electrónica de la CAR (Decreto 57/2006, de 27 de octubre, modificado por el Decreto 2/2010, de 15 de enero), registro electrónico (Decreto 58/2004, de 29 de octubre, modificado por Decreto 19/2010, de 5 de marzo), Boletín Oficial de La Rioja (Decreto 36/2013, de 25 de octubre), o comunicaciones y notificaciones electrónicas (Decreto 69/2012, de 14 de diciembre).

Será a la luz de las anteriores consideraciones como habremos de examinar el contenido de la norma proyectada.

**Cuarto**

**Observaciones al Anteproyecto de Decreto.**

Como ya hemos señalado anteriormente, el Anteproyecto de Decreto sometido a dictamen viene a desarrollar la normativa básica estatal y, en particular, la Ley 11/2007, de 22 de junio y los Reales Decretos 3 y 4/2010.

El texto proyectado satisface las finalidades previstas por la normativa básica en cuanto regula las cuestiones atinentes al documento (arts. 4 y ss), el expediente (arts. 11 y ss) y el archivo electrónicos (arts. 14 y ss.), así como el régimen de las copias auténticas (arts. 18 y ss).

En la medida en que el texto sometido a nuestra consideración es sustancialmente respetuoso con el marco normativo en el que se desenvuelve, debe juzgarse favorablemente, sin perjuicio de las consideraciones que se realicen a continuación en relación con algunos preceptos del mismo:

**1º.-** Debe eliminarse la expresión «Preámbulo», por ser propia de normas constitucionales; tampoco debe emplearse la expresión «Exposición de motivos», por ser más propia de leyes; por lo que se sugiere emplear la expresión «Parte expositiva» o incluso no utilizar ninguna para denominar a la introducción de los reglamentos en la que se explique su contenido; todo ello según hemos expresado en dictámenes anteriores (cfr. D.76/09, D.39/10, D.29/11 o D.46/11).

**2º.-** El **art. 2.2** enumera los principios a los que está sujeta la gestión de los documentos y los expedientes electrónicos, materia que ya aparece regulada en los arts. 4 y 6 de la Ley 11/2007. Estos pre-

ceptos tienen carácter básico y definen los principios generales del uso por las Administraciones de las tecnologías de la información, así como los derechos de los ciudadanos. El precepto proyectado guarda ciertas diferencias con aquéllos en cuanto no recoge la totalidad de los principios y derechos, define de forma parcialmente distinta –al menos en su literalidad– algunos de esos principios, y se remite a apartados concretos de la Ley 11/2007 (6.2j), f), o i) con exclusión de otros.

Dado que los arts. 4 y 6 de la Ley 11/2007 tienen rango legal y carácter básico, resultaría procedente que el art. 2.2 del Anteproyecto se remitiera en bloque a ellos, con lo que se evitarían, además, posibles distorsiones o dudas interpretativas.

**3º.-** El **art. 3.3**, tras disponer en su inciso primero que «*los expedientes y documentos electrónicos se almacenarán en los repositorios o unidades de almacenamiento corporativo controlado ...*» se refiere en su inciso segundo a la conservación de documentos en soportes extraíbles.

La conservación de documentos y expedientes en soportes extraíbles es una posibilidad adicional, no una alternativa, a su conservación en repositorios electrónicos, pues éste último es el sistema de conservación contemplado por el RD 4/2010 (arts. 21.1 j), 21.2 y Anexo), que define repositorio como el «*archivo centralizado donde se almacenan y administran datos y documentos electrónicos, y sus metadatos*». Parece adecuado que la norma proyectada lo aclare así.

A partir de ahí, dado que el documento se ha de conservar necesariamente en un

repositorio electrónico, a lo que parece referirse el inciso segundo no es tanto a la conservación a largo plazo de los documentos, sino a la de los soportes extraíbles a los que los documentos pueden incorporarse. En tal caso, sí tiene lógica que la conservación de esos soportes se condicione a que «*estén sujetos a una adecuada gestión documental y a una política sistemática de control...*».

Por el contrario, la conservación de los documentos a largo plazo no puede estar condicionada a que se provean esa adecuada gestión documental y esa política de control. La lógica es la inversa: la conservación de los documentos debe tener lugar durante todo su ciclo de vida cuando así lo justifiquen motivos sustantivos («*de acuerdo con la legislación en vigor, las normas administrativas y obligaciones jurídicas que resulten de aplicación en cada caso*», en los términos del art. 21.1 f) RD 4/2010). Y, para garantizar su conservación y recuperación en condiciones de seguridad, la Administración autonómica habrá de adoptar las medidas organizativas y técnicas que sean necesarias a tal fin (art. 21.1 y 21.1 h) RD 4/2010).

En este punto, en línea con lo señalado en el Fundamento Tercero.<sup>2</sup> sobre la relación entre la Ley 11/2007 y la LPAC, no ha de perderse de vista, por más que pueda parecer una obviedad, que el soporte (papel o electrónico) al que se incorpora una información derivada o resultante de la actuación de los sujetos intervinientes en una relación jurídico-administrativa es *instrumental* y *accesorio*. Lo *principal* o *sustantivo* es la información misma, en tanto expresión de esa actuación que se documenta de una u otra forma.

Reflejo de ese carácter instrumental de la documentación de las actuaciones administrativas, es el art. 55.1 LPAC, a cuyo tenor «*los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia*». Y es que, efectivamente, la incorporación de las actuaciones administrativas a uno u otro soporte se ordena a facilitar su expresión (exteriorización, conocimiento por terceros de su contenido) y constancia (constatación de su existencia, del momento de producción, del sujeto que las realiza, mantenimiento en el tiempo de su contenido...).

**4º.-** El **art. 3.5** resultaría más preciso si identificara a qué unidad u órgano se refiere cuando menciona a los «*responsables tecnológicos*» y si precisara a quien «*propondrán*» la sustitución de soportes que el precepto regula.

**5º.-** El **art. 5.1** define la noción de metadato de modo parcialmente distinto a como lo hace el Anexo del RD 4/2010, que además, distingue entre «*metadato*» y el concepto más específico de «*metadato de gestión de documentos*». Por ello, a fin de evitar problemas interpretativos, se considera preferible reiterar el contenido de la normativa básica, con indicación de cuál sea ésta (fórmula que tal vez facilite la comprensión sistemática del artículo y que se utiliza, por ejemplo, en el art. 4.1 del Anteproyecto) o bien remitirse, sin más, a ella.

**6º.-** Las expresiones «*órgano actuante*» u «*órgano gestor actuante*», que se contienen en los **arts. 5.2** y **5.3**, pueden resultar imprecisas, por lo que resulta aconsejable sustituirlas por la de órgano encargado de la tramitación del procedimiento (si esa es la intención del Centro Directivo pro-

motor del proyecto) u otra similar. O incluso, acotar en cada caso si el órgano «*actuante*» es el órgano encargado de la tramitación del procedimiento o el competente para su resolución, que eventualmente pueden ser distintos. Piénsese, a título de mero ejemplo, en un procedimiento de elaboración de una disposición de carácter general con forma de Decreto, cuya tramitación corresponde a una Consejería, pero cuya aprobación corresponde al Consejo de Gobierno.

7º.- La descripción que el **art. 8.1** hace del «ciclo de vida» de los documentos electrónicos es disonante con la que contiene el RD 4/2010. Mientras el Anexo del RD 4/2010 dispone que el ciclo vital del documento principia con su «*identificación en un sistema de gestión de documentos*», el texto proyectado considera que ese ciclo comienza con la «generación» del documento.

Esta segunda dicción resulta enteramente lógica desde el punto de vista semántico (el documento nace cuando se genera). También es coherente con el hecho de que los documentos electrónicos pueden tener procedencias diversas (las que regula el art. 7), algunas de ellas externas al sector público autonómico.

Sin embargo, desde una óptica jurídica, el «ciclo de vida» del documento es el periodo temporal durante el cual pesa sobre la Administración que lo genera o recibe «*la obligación de garantizar la interoperabilidad en relación con la recuperación y conservación de los documentos*» (art. 21 RD 4/2010). Por ello, a efectos de la Administración que lo genera o que lo recibe, el ciclo de vida del documento electrónico comienza con su identificación en su sistema de gestión documental.

A esta misma idea (y en cierta contradicción con el art. 8.1) parece responder el **art. 8.2 a)** del Anteproyecto, que hace coincidir el inicio de la primera fase del ciclo de vida del documento (etapa de tramitación) con la «*apertura ... del expediente*». Apertura que –al menos en los casos a los que se refiere el art. 11.3 a) del Decreto proyectado– tendrá lugar con el inicio del procedimiento administrativo en el que ese expediente se encarna.

Con todo, la previsión del art. 8.2 a) sólo acontecerá cuando el documento se genere o se aporte al principio del procedimiento (v gr, una solicitud de un interesado, un acuerdo de incoación de oficio...), pero no cuando se genere o aporte durante la tramitación del procedimiento (v gr, un informe que haya de recabarse y emitirse en su seno). Por ello mismo, la redacción del art. 8.2 a) debería ser también matizada en el sentido expuesto.

En definitiva, el ciclo de vida del documento electrónico comienza, para la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja y su sector público (ámbito de aplicación del Decreto proyectado, *ex* su art. 1) cuando aquel se integre e identifique en su sistema de gestión de documentos, ya sea porque con ello se inicie un procedimiento administrativo, o porque el documento se incorpore a un procedimiento administrativo en tramitación, o porque se integre en los expedientes electrónicos a los que se refiere el art. 11.3 b).

En cuanto al «*cierre definitivo del expediente*», por razones de claridad sistemática, nos remitimos a las observaciones que formularemos en relación con el **art. 12**.

**8º.-** El **art. 10.2** prevé que los ciudadanos autoricen al órgano competente a recabar del catálogo de datos y documentos electrónicos, *«los datos específicos o la documentación concreta que fuera necesaria en lugar de que sea presentada por el propio interesado»*. Esta disposición es plenamente coherente con el derecho que el art 6.2 b) de la Ley 11/2007 reconoce a los ciudadanos a no aportar a la Administración datos y documentos que ya obren en su poder.

El inciso siguiente regula el supuesto en que el órgano administrativo verifique *«la ausencia de datos o de la documentación autorizada, (que) ésta no esté vigente o existieran dudas acerca de su autenticidad o vigencia»*, en cuyo caso el órgano *«requerirá al interesado su aportación»*.

La norma parece prever así un trámite de subsanación de solicitudes a instancia de la Administración semejante al que contempla el art. 71.1 LPAC. Pero obsérvese que el texto legal contrae esa obligación de la Administración a la falta de aportación, no de cualquier documento sino de *«los documentos preceptivos»* que hayan de acompañar a la solicitud, concepto que, en palabras de la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14-11-1989 (EDJ 1989/10157), *«tampoco debe identificarse con aquellos en los cuales la parte o partes interesadas funden su derecho, esto es, sean constitutivos de la pretensión deducida»*.

El art. 10.2 parece querer ajustarse al alcance del art. 71.1 LPAC, pues se refiere a la documentación concreta *«que fuera necesaria»*, motivo por el que se considera conforme a Derecho. Pero en todo caso, y con el fin de armonizar el tenor de la norma con las especialidades

de los distintos procedimientos (en los que puede preverse que la aportación de cierta documentación en plazo sea preclusiva, y su falta no subsanable), parecería oportuno incorporar a su texto una cláusula del estilo *«en los términos que en cada caso dispongan las disposiciones reguladoras de los procedimientos administrativos»* u otra similar.

**9º.-** Con la redacción que luce en el texto sometido a dictamen, el **art. 11.1** merece un juicio desfavorable a este Consejo pues determina que los documentos electrónicos integrantes de los expedientes electrónicos han de ser *«documentos oficiales, originales y definitivos»*, con lo que parece excluir los documentos privados y los distintos tipos de copias.

En línea con lo señalado por el SOCE en su informe de 5-11-2013, debemos advertir que esa exclusión no tiene amparo en las disposiciones reguladoras de los procedimientos administrativos, señaladamente en la Ley 30/1992 (LPAC). Bastará recordar que, de acuerdo con el art. 80.1 LPAC *«los hechos relevantes para la resolución de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho»* de modo que a un procedimiento administrativo pueden aportarse –de hecho, sucede con frecuencia habitual en la práctica– documentos privados, tal como los definen los arts. 317 y 324 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), *a contrario*.

Igualmente, a un procedimiento administrativo pueden incorporarse copias, ya lo sean de documentos públicos o privados, y ya tengan la consideración de auténticas o constituyan meras *«copias reprográficas»* (art. 334.1 LEC). Cuestión distinta será la valoración probatoria

que merezcan en punto a su «*validez y eficacia*» (materia regulada por el art. 46 LPAC); pero, *a priori*, no puede excluirse su incorporación a un procedimiento administrativo y su constancia y permanencia en el expediente electrónico que lo documente.

Por otra parte, debiera precisarse qué sea un documento «definitivo». A modo de ejemplo, el hecho de que un interesado en un procedimiento administrativo presente en él varios escritos (v gr, una solicitud inicial seguida luego de las alegaciones previstas por el art. 79.1 LPAC) no convierte necesariamente en provisionales a los primeros y en definitivo al último, de modo tal que todos aquellos hayan de quedar excluidos del expediente electrónico. Igual sucede en el caso de que otro particular o un órgano administrativo, o incluso otra Administración, intervenga en el procedimiento aportando medios de prueba o informes y presente varios documentos sucesivos sobre una misma cuestión.

Si el precepto se refiere al supuesto en el que el texto de una resolución administrativa u otro documento originado por la Administración que tramita el procedimiento (v gr, propuesta de resolución) sea el resultado de varios estadios sucesivos de elaboración, debiera precisarlo así, y, en todo caso, hacerlo dejando a salvo las especialidades que puedan concurrir en los distintos procedimientos administrativos. Véase, por ejemplo, cómo en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, los arts. 34.1, 40.1, 40.3 y 41 de la Ley 4/2005 prevén la sucesión de diversos textos de la norma propuesta, previos al que finalmente haya de aprobar, en su caso, el Consejo de Gobierno o los Consejeros (art. 42.1).

El mismo reproche cabe hacer al **art. 14.1**, en cuanto emplea la misma expresión.

**10º.-** El **art. 12** regula el «*cierre del expediente*», que constituye el momento final de la «*etapa de tramitación*» a la que se refiere el art. 8.2 a).

Según el texto proyectado (inciso primero del art. 12.1), ese cierre se producirá «*a partir de la fecha de su resolución o forma de terminación definitiva en vía administrativa con la eficacia que prevea la normativa vigente.*»

El inciso tercero es nítido al señalar que «*los recursos o reclamaciones que deban resolver instancias ajenas al sector público implicarán la existencia de un nuevo expediente que deberá ser relacionado con el expediente o expedientes en los que tiene su origen*» Cabe pensar en las reclamaciones económico-administrativas promovidas ante los órganos económico administrativos del Estado, o en los recursos contencioso administrativos.

Sin embargo, el precepto no aclara qué haya de suceder con los recursos y reclamaciones que deba resolver la propia Administración (v gr, un recurso de alzada o un recurso de reposición).

Sobre esta cuestión ha de notarse, de una parte, que el inciso primero utiliza la expresión «*terminación definitiva*». Esta expresión es equívoca porque, como categoría jurídica, un «*acto definitivo*» es aquel «*que pone fin al procedimiento y resuelve las cuestiones planteadas*». (STS de 25 de junio de 2010 RC 4513/2009 y y 30 de junio de 2010 RC 4614/2009). Pero el acto definitivo (art. 107.1 LPAC), no tiene porqué suponer la terminación de la vía administrativa, ya

que contra él pueden haber –o no– recursos administrativos (arts. 109, 114, 116 LPAC y sus concordantes). De otra parte, el inciso segundo no determina, en los casos de expedientes ya cerrados, cuándo hayan de generarse nuevas versiones del expediente o nuevos expedientes relacionados con el anterior, ni si esta previsión se aplica o no a los supuestos de recursos administrativos, que darían lugar a nuevos expedientes relacionados con los anteriores.

Por todo ello, el art. 12.1 precepto ha suscitado las dudas tanto del SOCE (informe de 5-11-2013) como de la Dirección General de los Servicios Jurídicos (informe de 7-3-2014), que ponen de manifiesto la necesidad de precisar si el expediente electrónico al que se incorpora un procedimiento administrativo incluye o no los recursos administrativos que puedan interponerse contra el acto (resolución) que ponga fin al procedimiento. A criterio del SOCE, habría de dejarse claro que *«el expediente no se cierra hasta transcurridos los plazos de recursos administrativos y hasta la resolución de los recursos administrativos que hayan podido presentarse, de lo contrario habría que abrir nuevo expediente con los recursos administrativos.»* En parecidos términos, los Servicios Jurídicos consideran que *«el expediente no podrá cerrarse cuando sea definitivo en la vía administrativa, sino cuando éste sea consentido y firme por no haber reclamaciones o recursos frente al mismo».*

Esas observaciones son objeto de valoración en la Memoria final de 24-3-2014, que distingue entre *«el mundo del procedimiento administrativo»* y *«el corpus de normas sobre administración electrónica».*

Como hemos hecho al examinar el art. 3.3, debemos insistir en el carácter puramente instrumental del uso de las tecnologías y medios electrónicos, por formidables que sean las posibilidades que su uso abre para el funcionamiento de las Administraciones públicas. Un expediente electrónico –igual que el soportado en papel– sigue siendo la expresión documentada de las actuaciones a que da lugar un procedimiento administrativo y de los trámites que lo integran, idea expresada con nitidez por el art. 32.1 Ley 11/2007. Y así, lejos de ser realidades extrañas entre sí, la *«administración electrónica»* y el *«mundo del procedimiento administrativo»* tienen la indisociable relación que media entre lo accesorio y lo principal.

Por ello, la conformación de los expedientes electrónicos debe corresponderse con las diversas incidencias que pueden acontecer en el curso del procedimiento administrativo y con las que puedan afectarle *a posteriori* (reclamaciones, recursos...).

Dada la trascendencia de la cuestión en el funcionamiento cotidiano de la Administración autonómica, sugerimos –en aras a la seguridad jurídica– la pertinencia de extremar el rigor técnico del precepto analizado y advertimos la procedencia de que el texto proyectado guarde coherencia terminológica y sistemática con las categorías y conceptos propios del Derecho Administrativo, y que son los utilizados entre otras, por la Ley 30/1992 (LPAC) y la Ley riojana 4/2005.

Así, se formulan las siguientes sugerencias:

-Si la intención del Centro Directivo es que se recojan en un expediente electróni-

co único tanto el procedimiento administrativo como los recursos ordinarios que contra él se tramiten en la vía administrativa y por el propio sector público autonómico, debería sustituirse la expresión «*terminación definitiva*» por otra que haga referencia a la firmeza en vía administrativa, que es el concepto manejado por los arts. 108, 115.1 o 118.1 LPAC.

-Siguiendo la sistemática de los arts. 48 a 57 Ley 4/2005, podría precisarse qué traducción tendrán en el expediente electrónico (nueva versión del expediente o apertura de uno nuevo vinculado a los anteriores) supuestos como los de revisión de oficio (art. 48), declaración de lesividad (art. 49), revocación de actos administrativos (art. 50), rectificación de errores materiales o aritméticos (art. 51), recurso extraordinario de revisión (esto es, contra actos firmes en vía administrativa, art. 54), reclamaciones previas a las vías civil y laboral (arts. 55 y 56) o recursos alternativos a los de alzada o reposición (art. 57).

-E incluso podría darse respuesta al fenómeno, frecuente en la práctica, en el que pendiente de resolverse un procedimiento o recurso y habiéndose producido ya el silencio administrativo (v gr, art. 43.1 LPAC), el interesado recurre el acto presunto y es preciso remitir el expediente a otra instancia, lo que no exonera a la Administración de su obligación de dictar resolución expresa (arts. 42.1 y 43.4 LPAC), que habrá de incorporarse a aquel expediente electrónico, pues formará parte del procedimiento en él soportado.

**11°.-** El art. 12.2 señala que se excluirán del expediente «*los documentos que no sean definitivos ni relevantes para el mismo*».

Sin embargo, un documento puede no ser relevante para el órgano administrativo que tramita un procedimiento y sí serlo para el órgano administrativo o jurisdiccional que fiscaliza *a posteriori* su actuación. Precisamente por ello, tanto la LPAC como la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa (LJCA), determinan que los expedientes administrativos que se remitan a las instancias revisoras han de estar completos (arts. 114.2 LPAC y 48.4 LJCA), previsiones con las que pugna la norma reglamentaria proyectada.

**12°.-** El art. 16 (1 y 3) utiliza la expresión «*órganos productores de documentos electrónicos*», que debiera precisarse, como ya hemos señalado en relación con el art.5.2 y 5.3.

**13°.-** El art. 16.4 podría completarse con una referencia a las normas generales y sectoriales reguladoras de los procedimientos administrativos, puesto que son éstas de modo primordial, y no sólo «*el calendario de conservación documental y acceso*», las que determinan el tiempo en el que hayan de conservarse los documentos electrónicos en los archivos de gestión, ya que son las que regulan los aspectos que condicionan la duración de los procedimientos administrativos.

**14°.-** El art. 19.1 *inciso primero* señala que «*las copias electrónicas generadas que, por ser idénticas al documento electrónico original, no comportan cambio de formato ni de contenido tendrán la eficacia jurídica de documento electrónico original*».

Por el contrario, el art. 30.1 Ley 11/2007 –básico– parifica en sus efectos jurídicos

«las copias realizadas por medios electrónicos de documentos electrónicos... manteniéndose o no el formato original». En los dos casos «tendrán inmediatamente la consideración de copias auténticas con la eficacia prevista por el art. 46» LPAC, siempre que se cumplan los requisitos que el precepto expresa.

La disposición proyectada es así discordante con la norma básica. De un lado, porque, conforme a ésta, una copia electrónica sin cambio de formato de un documento electrónico previo tiene la condición de copia auténtica, no de «documento electrónico original». Y de otra, porque la eficacia de las dos copias auténticas (se produzcan con o sin cambio de formato) es la misma en ambos casos, y es la prevista por el art. 46 LPAC: esto es, la propia del documento original.

Con su actual redacción, el precepto analizado contravendría la normativa básica por lo que habría de modificarse.

**15°.-** El art. 21 constituye, en lo esencial, una reproducción del art. 30.5 Ley 11/2007, que tiene carácter básico. Por ello, a fin de evitar problemas interpretativos, se considera preferible reiterar el contenido de la normativa básica, con indicación de cuál sea ésta (fórmula que tal vez facilite la comprensión sistemáti-

ca del artículo y que se utiliza, por ejemplo, en el art. 4.1 del Anteproyecto) o bien remitirse, sin más, a ella.

**16°.-** El art. 4.1 inciso segundo parece contener una errata. Parece más correcta la expresión «...como evidencia del cumplimiento de obligaciones legales...»

## CONCLUSIONES

### *Primera*

La Comunidad Autónoma de La Rioja tiene competencia para dictar la norma proyectada.

### *Segunda*

En el procedimiento de elaboración de la disposición general se han observado los trámites establecidos.

### *Tercera*

El Proyecto de Reglamento sometido a dictamen se considera ajustado a Derecho, sin perjuicio de las observaciones contenidas en el Fundamento Jurídico Cuarto, en especial las relativas a los arts. 8.1, 8.2 a), 11.1, 12.2, 14.1 y 19.1 del Anteproyecto.

# CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA

## Dictamen 20/2014

*En relación con una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la Junta de Compensación de una unidad de ejecución del Plan Parcial de cierto municipio, por los daños y perjuicios que entiende causados al haber tenido que abonar gastos de urbanización (acometidas eléctricas y de agua) que se entiende corresponden a otra unidad de ejecución del mismo sector, de 28 de abril.*

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Antecedentes del asunto

##### *Primero*

Mediante escrito de 13 de diciembre de 2013, que tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento de Arnedo ese mismo día, D. J. M. M.-L., Presidente de la Junta de Compensación de la UE-2 del SR-3, en nombre y representación de la citada Junta, solicita al Ayuntamiento:

«1º **El reconocimiento** de que la Junta de Compensación que represento ha soportado gastos de urbanización correspondientes a la UE-1 de este Sector en la cuantía de 44.869,79 euros de presupuesto de ejecución material (...), importes que deberán verse incrementados con los correspondientes gastos generales, beneficio industrial e IVA».

2º **El ejercicio inmediato de las potestades urbanísticas** «por parte de ese Ayuntamiento para que se lleve a cabo el desarrollo de la UE-1 en cumpli-

*miento de lo establecido en el Plan Parcial del Sector SR-2, y, que, en dicho desarrollo, se ordene a la UE-1 el abono a la Junta de Compensación de la UE-2 de los gastos de urbanización indicados, realizados y pagados por mi representada».*

3º Y, mediante otrosí, añade): «*Que sólo para el hipotético caso de que el Ayuntamiento se negara al ejercicio inmediato de las potestades urbanísticas para el desarrollo de la UE-1, o al reconocimiento de los gastos de urbanización realizados por la Junta de Compensación de la UE-2 en beneficio de la UE-1, se ejercita por este escrito la correspondiente **reclamación de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento**, con base en los siguientes Fundamentos: (...)*»

En su escrito, el reclamante expone que el 5 de marzo de 2004 la Comisión de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (en adelante, COTUR) aprobó definitivamente el Plan General Municipal (PGM) de Arnedo (BOR de 23 de marzo).

Dicho PGM delimita un sector de suelo urbanizable de uso residencial, SR-2, cuyo Plan Parcial fue aprobado definitivamente por la COTUR el 8 de abril de 2009 (BOR de 17 de agosto).

[...]

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

[...]

### *Segundo*

#### *Naturaleza jurídica de la reclamación ejercida.*

1. A fin de acotar debidamente el objeto de nuestro análisis, la primera cuestión que debemos examinar es la relativa a la naturaleza jurídica de la reclamación presentada por la Junta de Compensación de la UE-2-SR2.

En su escrito de reclamación de 13-12-2013 –y posteriormente al evacuar el trámite de audiencia– el actor formula tres peticiones (dos de ellas a título principal, y la tercera con carácter subsidiario). Las principales son: i) que el Ayuntamiento ejercite de modo inmediato sus potestades en orden a la ejecución de la UE-1, y que en ese desarrollo ordene a los propietarios de la UE-1 el abono a la Junta de Compensación de la UE-2 de la cantidad reclamada de 44.869,79 euros, más IVA y otros conceptos; ii) y que, entre tanto, el Ayuntamiento reconozca que la Junta ha soportado gastos de urbanización que correspondería haber sufragado la UE-1.

Sólo subsidiariamente, se formula reclamación de responsabilidad patrimonial

contra el Ayuntamiento, interesándose de él que se declare responsable del retraso en la ejecución de la UE-1 y que asuma la consecuencia patrimonial de ese retardo, que habría generado un daño a la UE-2.

2.- En los Antecedentes de Hecho de este dictamen, hemos expuesto que el Plan Parcial del SR-2 de Arnedo prevé la existencia en él de tres Unidades de Ejecución. La UE-2 y la UE-3 habrían de ejecutarse mediante el sistema de compensación urbanística, mientras que la UE-1 seguiría el de cooperación.

Es cosa sabida que en el sistema de cooperación urbanística «los propietarios aportan el suelo de cesión obligatoria y la Administración ejecuta las obras de urbanización con cargo a los mismos» (art. 143.1 LOTUR<sup>1</sup>). Naturalmente, «*los gastos de urbanización se distribuirán entre los propietarios en proporción al aprovechamiento que les corresponda, de acuerdo con lo establecido en el artículo 134*», pero quien asume la obligación de acometer las obras de urbanización –a costa de los propietarios– es la Administración actuante.

Adicionalmente, «*la aplicación del sistema de cooperación exige la reparcelación de los terrenos comprendidos en la Unidad de Ejecución, salvo que ésta sea innecesaria por resultar suficientemente equitativa la distribución de los beneficios y cargas*» (art. 143.2 LOTUR). La reparcelación, cuyos fines son los contemplados por el art. 145 LOTUR, constituye la primera fase del procedimiento de cooperación (art. 146.2 LOTUR). La formulación del Proyecto de reparcelación puede realizarse por los propietarios

<sup>1</sup> (Nota de la REFC): LOTUR: Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja.

que representen más de la mitad de la superficie reparcelable (en los términos del art. 146.2 a) o «*por el Ayuntamiento, de oficio o a instancia de alguno de los propietarios afectados, cuando éstos no hubieran hecho uso de su derecho o no hubieran subsanado, dentro del plazo que se les marcara, los defectos que se hubieran apreciado en el proyecto que formularan*» (art. 146.2 b).

En suma, en el procedimiento de cooperación, la Administración actuante asume las obligaciones (*de hacer*) de ejecutar las obras de urbanización y de promover la aprobación del Proyecto de reparcelación en el caso de que no lo hicieran los propietarios de los terrenos comprendidos en la Unidad de Ejecución; mientras que los propietarios asumen primordialmente la obligación (*de dar*) de costear los gastos de urbanización.

Como es de ver, y a diferencia de lo anterior, en el procedimiento de compensación, los propietarios «*aportan los terrenos de cesión obligatoria y realizan, a su costa, la urbanización en los términos y condiciones que se determinen en el plan*». Pero, además, deben «*constituirse en Junta de Compensación, salvo que todos los terrenos pertenezcan a un solo titular*» (art. 135 LOTUR), con las obligaciones de promover la aprobación de los estatutos y bases de la Junta de Compensación (art. 136 LOTUR), formular el Proyecto de compensación y promover su aprobación (art. 138 LOTUR), y asumiendo frente a la Administración competente la responsabilidad directa de la urbanización completa de la Unidad de Ejecución (art. 142.1 LOTUR).

3.- Atendido lo anterior, el ámbito de nuestro dictamen se ciñe a examinar si es imputable a la Administración municipal

una responsabilidad patrimonial. Esto es –y en los términos en que el reclamante formula su petición subsidiaria–, se contrae a determinar si, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que el sistema de cooperación urbanística hace pesar sobre el Ayuntamiento de Arnedo, los propietarios de la UE-2 se han visto obligados a soportar unos gastos de urbanización que, de haberse ejecutado la UE-1, no habrían tenido que abonar.

Por el contrario, y en rigor, quedan fuera de nuestro análisis las dos primeras peticiones, por ser ajenas a la institución de la responsabilidad patrimonial y a los presupuestos de hecho y de derecho que en que tal responsabilidad se fundamenta de acuerdo con los arts. 106.2 CE y 139 y ss LPAC.

Así, este Consejo no ha de pronunciarse sobre si el Ayuntamiento debe ejercer o no de modo inmediato sus “*potestades urbanísticas*” (como le reclama la Junta reclamante), sino –en rigor– examinar si la conducta observada por el Ayuntamiento (acción u omisión) está vinculada o no causalmente con el daño que el interesado afirma habersele deparado (y que ha de probar), de un modo tal que la consecuencia de ese resultado dañoso deba imputarsele objetivamente a la Administración y traducirse en una obligación de indemnizar al administrado.

Tampoco es objeto de este dictamen examinar si el Ayuntamiento ha de reconocer o no el derecho de los propietarios de la UE-2 a ser resarcidos por los de los terrenos comprendidos en la UE-1, reclamación que se despliega en una relación *inter privatos*, aunque esté intensamente publicada, como ya tuvimos ocasión de razonar en nuestro

dictamen D.53/12, emitido en un caso semejante al presente.

En ese dictamen D.53/12, analizamos las diferentes naturalezas de la reclamación de responsabilidad patrimonial contra un Ayuntamiento, por un lado, y la petición de que éste reconociera el derecho de una Junta de Compensación a ser resarcida por otra, en razón a gastos que aquella habría asumido en solitario, por otra. Como en él afirmamos:

*«Ambas reclamaciones o peticiones tienen un fundamento jurídico común, que no es otro que la función pública urbanística de la que es titular el Ayuntamiento en cuanto al desarrollo urbano del municipio («la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general», art. 3.1 del Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y, en el mismo sentido, el art. 4 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja (LOTUR).(...)*

*La naturaleza jurídica de los derechos ejercitados (la acción), el procedimiento a tramitar y los efectos son distintos si lo planteado es una reclamación de responsabilidad patrimonial, estricto sensu, o el cumplimiento de una obligación inter privados, pero intensamente «publicada», tanto por los sujetos intervinientes (naturaleza administrativa de la Junta de Compensación y los propietarios que deberían haberse constituido en Junta de Compensación), como por el origen y contenido (deber de costear las obras de*

*urbanización, ad intra de la Unidad de Ejecución y, en su caso, ad extra, si un Sector asume más gastos que beneficia a otro Sector.(...)*

*Lo que pretende la Junta de Compensación es el reintegro de los mayores gastos de urbanización de obras de conexión a las redes generales correspondientes a los Sectores SI-2 y SI-4 que –a su parecer– ha soportado y le ha impuesto el Ayuntamiento, en el ejercicio de sus funciones públicas, bien por la vía de la responsabilidad patrimonial municipal (primeros escritos), bien por una orden municipal de pago, a cargo de estos Sectores, de la parte proporcional de los gastos que les correspondan (escrito de alegaciones). Pero es obvio que, ambas vías procedimentales, se asientan sobre realidades materiales distintas.*

*En resumen, la Junta de Compensación ha ejercitado, según el Ayuntamiento, una acción de responsabilidad, tramitada como tal y con Propuesta de resolución desestimatoria, solicitando nuestro dictamen, que es preceptivo por razón de la cuantía».*

Como en aquella ocasión sostuvimos, hemos de entrar, en consecuencia, en el tema de fondo (si hay o no responsabilidad patrimonial de la Administración municipal), no sin antes advertir que debe diferenciarse la realidad material de los derechos (y obligaciones) de la Junta de Compensación, derivados de su acción urbanizadora, de las vías jurídicas para el ejercicio y defensa de tales derechos. Y es que, al margen de la posible responsabilidad patrimonial de la Administración, que no concurre –lo adelantamos ya– en el presente caso, no cabe negar la potencial posición acreedora de

la Junta de Compensación: bien respecto a los propietarios de la UE-1, en el caso hipotético de que estos aprovecharan en el futuro las conexiones a las redes generales financiadas por dicha Junta y que superaran las instalaciones que ya previera su proyecto de urbanización; bien respecto a las Compañías suministradoras, de acuerdo con los arts. 134.2 a) LOTUR y 59.2 RGU para, también en hipótesis, «reintegrarse de los gastos ... en la parte que, según la reglamentación de tales servicios, no tenga que correr a cargo de los usuarios».

4.- En el caso que ahora nos ocupa, la Junta de Compensación formuló, aun a título subsidiario, una petición de reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. Y la Corporación local, en coherencia con ese *petitum*, ha tramitado el procedimiento contemplado por el RD 429/1993, de 26 de marzo, en desarrollo de los arts. 139 y ss LPAC. De ese procedimiento, se ha dado traslado a este Consejo Consultivo –por ser ello preceptivo en razón a la cuantía reclamada– a los efectos de los arts. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993 y 11 g) de nuestra Ley reguladora 3/2001.

Delimitado así el objeto de nuestro análisis, cumple examinar los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

### **Tercero**

[...]

### **Cuarto**

#### **Prescripción de la acción para reclamar.**

Como acabamos de exponer, un requisito general para la prosperabilidad de cualquier reclamación de responsabili-

dad patrimonial es que la acción se ejercite en el plazo de un año desde la producción del daño.

Este Consejo Consultivo comparte la interpretación hecha por el Secretario General del Ayuntamiento en el examen de esta cuestión en su Propuesta de resolución de 27 de marzo de 2014, y no cree necesario reiterar la argumentación que conduce a la propuesta de inadmisión por prescripción de la acción. El criterio sostenido por el Secretario General es, por lo demás, coherente con el que este Consejo mantuvo ya en su dictamen D.53/2012, antes reseñado.

En la lógica de la reclamación de responsabilidad presentada por sostenerse la afirmación de haber soportado el reclamante unos determinados gastos de conexión a los sistemas generales, el nacimiento de la acción (la «*actio nata*») se produjo antes de la recepción de las obras por la Administración (14-12-2012), que es la fecha a la que parece atender la reclamante, que presentó su escrito el 13-12-2013. La acción nace con anterioridad, cuando se pone de manifiesto la realización de esos gastos considerados indebidos, que es en lo que se traduce la lesión patrimonial.

Y, como bien razona en la Propuesta de resolución el Secretario General del Ayuntamiento de Arnedo, el propio reclamante aporta un certificado suscrito por la Dirección de obra según el cual, el 19 de junio de 2012, ya había quedado terminada la urbanización y había concluido la ejecución material de la obra urbanizadora. En ese momento –si no antes– ya es conocida y sabida tanto la realidad del gasto (daño que se afirma) como su cuantía (*quantum* indemnizatorio), lo que habilitaba al reclamante ex

art. 1969 Cc en relación con el art. 142.5 LPAC a afirmar su acción.

Y la reclamación no se presentó hasta el 13 de diciembre de 2013, con fecha de registro de ese mismo día, cuando había transcurrido con creces el plazo de un año para reclamar. La conclusión no puede ser otra que la prescripción de la acción.

En conclusión, la acción se ha ejercitado fuera de plazo, lo que, ya de por sí, conlleva que la reclamación ha de ser desestimada por ese motivo, aunque no inadmitida, ya que la prescripción implica siempre examinar el fondo del asunto para poder apreciar si concurre o no.

### Quinto

#### ***Inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración municipal.***

Entrando, no obstante, como también lo hace la Propuesta de resolución, en el resto de aspectos que conforman el fondo del asunto, podemos efectuar las siguientes consideraciones, todas ellas conducentes también a la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Arnedo:

#### **1. Inexistencia de lesión antijurídica.**

El daño alegado por la Junta de Compensación de la UE-2 del Sector SR consiste en los mayores gastos de urbanización de obras de conexión a las redes generales (abastecimiento de agua y electricidad), que afirma haber realizado para dar servicio a la UE-1 del mismo Sector, y que cuantifica en 44.869,79 euros, más *«los correspondientes gastos generales, beneficio industrial e IVA»*.

En modo alguno se discute el deber de los propietarios de la Unidad de Ejecución, constituidos en Junta de Compensación de asumir los costes de urbanización de la misma [deber legal impuesto por el art. 60.1.e) LOTUR] y, específicamente, las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación [arts. 60.1.f) y 134.2.a) LOTUR]. Este último precepto incluye como gastos de urbanización:

*«el coste de las obras de ... abastecimiento y evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica, alumbrado público, conducciones de gas, conducciones de telefonía y comunicaciones ... y demás dotaciones locales que estén previstas en los planes y proyectos, incluidas, en su caso, las obras de conexión con los sistemas generales y de ampliación y refuerzo de los mismos, todo ello sin perjuicio del derecho a reintegrarse de los gastos de instalaciones de las redes de suministro con cargo a las empresas o entidades suministradoras, conforme a las correspondientes reglamentaciones».*

El contenido de este precepto legal debiera entenderse acomodado a las nuevas exigencias establecidas en el art. 16.1.c) y d) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (LS'08), que establece las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la propiedad del suelo *ex art. 149.1 .1 CE*.

#### **2. Inexistencia de relación de causalidad.**

Lo que la Junta reclamante afirma como fundamento de su reclamación es: i) que el Ayuntamiento de Arnedo ha incumplido su obligación de acometer en plazo las obras de urbanización; y ii) que, como consecuencia de ese incumplimiento, se ha visto obligada a soportar gastos por infraestructuras que no han de servir sólo a la UE-2, sino también a la UE-1, gastos que, de haberse ejecutado las obras de urbanización de la UE-1, se habrían compartido entre ambas Unidades.

Sobre la primera cuestión, puede tenerse por correcta la apreciación del interesado según la cual el Ayuntamiento de Arnedo no ha cumplido en plazo las obligaciones que el Plan Parcial le impone en orden a proveer la urbanización de la UE-1. El Apartado IV del Plan Parcial («*Plan de Etapas*», folios 59 y 60 del expediente) prevé efectivamente que «*la firmeza en vía administrativa del procedimiento reparcelatorio*» habría de producirse «*en un plazo máximo de dos años*» desde la aprobación definitiva del Plan Parcial; que «*en el plazo máximo de 3 años, deberá haberse redactado o aprobado el o los Proyectos de Urbanización*» y que la ejecución de las obras de urbanización de las Unidades «*habrá de finalizar en el plazo máximo de 5 años*».

El informe del Arquitecto municipal así lo reconoce al señalar que «*el plazo para el correspondiente expediente de reparcelación está caducado, debiéndose haber aprobado con fecha límite, el 8 de abril de 2011. El plazo para el correspondiente expediente de aprobación del Proyecto de urbanización está caducado, debiéndose haber aprobado, con fecha límite, el 8 de abril de 2012. El plazo para la finalización de las obras de urbanización expira el 8 de abril de 2014.*»

Ciertamente, los Planes Parciales son instrumentos de planeamiento urbanístico de desarrollo y sus determinaciones tienen carácter normativo y vinculan a la Administración y a los particulares (arts. 74.1 a) y 100.1 LOTUR). Previsión que, naturalmente, alcanza al «*plan de etapas para el desarrollo de las determinaciones del Plan, en el que se incluya la fijación de los plazos para dar cumplimiento a los deberes de cesión y urbanización en las Unidades de Ejecución que comprenda el Sector*», que es una de determinaciones que han de contener los Planes parciales. Y así, el Ayuntamiento, ante el hecho de que los particulares no habían promovido el procedimiento de reparcelación, venía obligado a adoptar las disposiciones precisas para que fueran cumpliéndose los plazos y etapas marcados por el Plan Parcial (aprobación del Proyecto de reparcelación, del Proyecto de urbanización y conclusión de las obras de urbanización). En tal sentido, art. 146.2 b) LOTUR.

Sin embargo, aun siendo cierto lo anterior, del expediente no resultan datos que permitan vincular causalmente la falta de desarrollo de la UE-1 al sobre coste que el reclamante afirma.

De una parte, y como consideración general, porque el Plan Parcial prevé –se ha insistido en ello en los Antecedentes de Hecho de este dictamen– que las tres Unidades de Ejecución sean autónomas técnica y económicamente. Esto es, que las obras de urbanización en cada una de ellas puedan desarrollarse de modo independiente, de forma tal que los retrasos que puedan concurrir en la ejecución de cada una de ellas no afecten a las demás. «*La delimitación propuesta hace factible... la urbanización independiente de las tres Unidades de Ejecución (art.*

123.3 LOTUR). Por otra parte, las instalaciones previstas en cada una de las Unidades de Ejecución pueden realizarse y funcionar independientemente al conectarse a instalaciones existentes, dejando siempre una conexión en el límite de la Unidad de actuación para que se conecten entre sí una vez finalizadas las tres Unidades».

El Plan Parcial fue promovido, entre otros, por el Presidente de la Junta de Compensación reclamante (folio 49 del expediente).

A partir de aquí, y por lo que respecta a las obras de conexión de la red de abastecimiento de agua con las redes generales, en línea con lo razonado por la Propuesta de resolución de 27 de marzo de 2014, el expediente evidencia que la solución constructiva finalmente acometida es, en cuanto al punto de conexión, la ya prevista en el Proyecto de Urbanización; Proyecto presentado por la propia Junta de Compensación para su aprobación por la Administración municipal y aprobado por ésta sin modificación alguna.

Prueba de ello es que el plano 10 del Proyecto de urbanización de la UE-2 («red de distribución de abastecimiento y riego», folios 69 y 71 del expediente), fechado en marzo de 2010 y elaborado por el equipo redactor del Proyecto (contratado por la Junta de Compensación de la UE-2) ya refleja una tubería que, desde el interior del Sector llega a la Avda. N. (esquina con C/A. M.) y, desde ese punto, va a conectar («conexión con la red existente») con la tubería de 250 mm FD que hay en el límite del PERI 7, al principio del Paseo de la Constitución, en la zona del I. C. D., como permite comprobar el examen de la ortofotografía que figura al folio 65. En la parte

que puede verse del trazado de la tubería en el Plano 2 del documento «fin de obra» (folio 66), que refleja la realidad de lo construido, ese trazado es coincidente con el plano 10 del Proyecto de urbanización, introduciéndose en la UE-2 desde la Avda. N. (por C/A. M.) hasta dejar preparados los puntos de conexión a las UE-1 y UE-3, como preveía el Proyecto de urbanización.

Por tanto, esa conexión a la red del PERI 7 (de unos 65 ml, según A. y no de 147 ml como afirma el reclamante), no sólo no viene motivada por la necesidad sobrevenida de dar servicio a la UE-1 ante la falta de ejecución de esa UE, sino que ya estaba prevista en el Proyecto de urbanización de la UE-2, como obra inherente a la urbanización de ésta.

Como resulta del art. 67 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento Urbanístico (RPU) «los proyectos de urbanización son proyectos de obras cuya finalidad es llevar a la práctica, en suelo urbano, las determinaciones correspondientes de los Planes generales y de las normas complementarias y subsidiarias del planeamiento, y, en suelo urbanizable, la realización material de las propias de los Planes parciales». Y los Proyectos de urbanización han de constar –junto a «planos de proyecto y de detalle» con «mediciones», «cuadro de precios descompuestos» y «presupuesto» de las obras a acometer (art. 69.1 RPU). Por tal motivo, merecen ser compartidas las apreciaciones del Sr. Secretario General del Ayuntamiento de Arnedo relativas a la procedencia de que esa obra hubiera figurado presupuestada ya en el Proyecto de urbanización, donde, sin embargo, no se recoge.

Tampoco el tipo de tubería finalmente instalada para llegar a aquel punto (de 150 mm) parece estar relacionado con la satisfacción de las necesidades de la UE-1 ni con imposiciones de la empresa de aguas. Del informe de A. se desprende que su recomendación era la instalación de una tubería de 250 HF, de la que la Junta hizo caso omiso, y que la instalación de una tubería de 150 mm se debió, no a «necesidades de la empresa de aguas», sino a que, «de no realizar la obra en cuestión no tendrían el caudal de agua necesario». En efecto, la red de la UE-2 es de 125 mm (cfr. Plano obrante al folio 71) y simplemente esa tubería permitía coger agua en caudal suficiente para las necesidades de la UE-2 desde otra de sección superior (la de 250 mm del PERI 7), a la que el agua acudía por gravedad desde el depósito de Arnedo.

Por otra parte, el Proyecto de urbanización (folio 3) sólo prevé una tubería de 125 mm «en el primer tramo de conexión a la red existente» (esto es, en el que transcurre por la C/A. M.), no explicando si el segundo –el que transcurre por Avda. N.– haya de tener 125 mm u otra dimensión.

Sea como fuere, se insiste en que no hay prueba alguna –pericial, documental o de ninguna otra clase– que permita entender que la dimensión de la tubería guarde relación alguna con la satisfacción de las demandas de agua que pueda tener en el futuro la UE-1, y el informe de A. desvincula la cuestión de cualquier otro motivo que no sea las necesidades de la propia UE-2.

En el caso de las instalaciones eléctricas (Centro de Transformación de 400 kva, una línea subterránea de media tensión de 20 kva de conexión al C.T y alumbrado

eléctrico), la reclamante no aporta elemento probatorio alguno –documento, declaración testifical, informe pericial o semejante– que permita entender acreditado que la Compañía suministradora de electricidad haya impuesto la realización de tales infraestructuras con el fin de dar servicio a las dos Unidades de Ejecución. Tan sólo se aporta un informe de un Ingeniero Técnico Industrial (fechado en julio de 2012) certificando el «presupuesto de alumbrado» y «distribuyendo» la potencia instalada entre las dos Unidades de Ejecución. Pero tal informe es emitido por un profesional que forma parte del equipo técnico redactor del Proyecto de urbanización, y no viene respaldado por una declaración en igual sentido de la Compañía eléctrica.

Era carga del reclamante la prueba de los hechos que afirma como base fáctica de las normas que invoca a su favor (art. 217.1 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil) y ante esa evidente falta de prueba, no le resulta posible a este Consejo emitir un juicio favorable a su pretensión indemnizatoria por estos conceptos.

### 3. Cuantía del daño reclamado.

Finalmente, no acreditada la antijuridicidad del daño ni su relación causal con un funcionamiento normal o anormal de la Administración, resulta innecesario entrar a depurar la cuantía del daño reclamado.

No obstante, y a efectos meramente ilustrativos, la cuestión es objeto de una minuciosa valoración en la Propuesta de resolución del Sr. Secretario General, que razona –en los términos que se han expuesto– cómo los datos relativos a los metros lineales de conexión con la red de

abastecimiento ejecutados por el interesado resultan contradictorios entre sí y con el aportado por la Compañía de aguas; que el reclamante no aporta datos objetivos que permitan distribuir entre las dos Unidades de Ejecución (supuesto que hubieran de serlo) en las proporciones afirmadas por el reclamante (caso de la conexión a las redes de abastecimiento, las instalaciones eléctricas construidas en la UE-2 y las de alumbrado público, y finalmente, que el incremento en nada menos que 28.000 euros de las obras por instalaciones eléctricas en concepto de «honorarios, proyecto y dirección de obras» está, sencillamente desprovisto de respaldo probatorio.

## CONCLUSIONES

### *Primera*

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada contra el Ayuntamien-

to de Arnedo por la representación de la Junta de Compensación de la UE-2 del Sector SR2, ha sido presentada fuera de plazo, por lo que procede la desestimación de la misma.

### *Segunda*

No obstante, no existe relación de causalidad entre el daño alegado y la actuación municipal, dado que el gasto reclamado no constituye un daño antijurídico, pues la Junta de Compensación tiene el deber de costear las obras de urbanización de la Unidad de actuación correspondiente (en particular, de las redes de abastecimiento, e instalaciones eléctricas) y no consta acreditado que la falta de desarrollo de la UE-1 del Sector SR-2 esté vinculada causalmente a la realización de las obras cuyo coste, soportado por la UE-2, alega el reclamante como resultado dañoso.

[...]

# CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA

## Dictamen 99/2014

*Sobre resolución de contrato público, de 9 de abril.*

### ANTECEDENTES

**Primero.-** Mediante Orden de 4 de agosto de 2010 el Consejero de Agricultura y Agua adjudicó a la mercantil «—», el contrato denominado «*Vigilancia en el edificio sede del Laboratorio Agroalimentario y de Sanidad Animal (LAYSA)*». El objeto del contrato consistía en dotar de los correspondientes servicios de vigilancia y seguridad a las dependencias del edificio sede del LAYSA, sito en la carretera de Mazarrón, Km. 2, de El Palmar (Murcia). El contrato se formalizó el 6 de agosto de 2010, estableciendo su cláusula quinta un plazo de ejecución de dos años prorrogables por dos más. El precio se fija en 297.558,81 euros, que se hará efectivo mediante certificaciones mensuales, según las horas y jornadas realmente ejecutadas y conformadas por el Director Técnico del contrato (apartado J del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares).

Según el apartado 4 del PCAP el plazo de ejecución empezará a contarse desde el día siguiente al de la firma del acta de inicio de los trabajos, acta que, al parecer, no se llegó a formalizar, pues ni consta incorporada al expediente ni su existencia se reseña en los antecedentes de la propuesta de inicio del procedimiento de resolución. No obstante, sí resulta acreditado que la primera certificación que se hizo efectiva correspondía

a los trabajos efectuados en el mes de septiembre de 2010, de donde puede colegirse, tal como se indica en la citada propuesta, que el inicio de la ejecución del contrato tuvo lugar el día 1 de septiembre de 2010 y que, por tanto, su finalización debería producirse el día 31 de agosto de 2012.

El importe correspondiente a la garantía definitiva, 15.048'37 euros, fue avalado por la —, según se desprende del documento que obra al folio 39 del expediente.

Previas certificaciones favorables de la directora del contrato se hicieron efectivas a la contratista veintitrés mensualidades, es decir, desde la correspondiente a septiembre de 2010 hasta la de julio de 2012, ambas inclusive.

**Segundo.-** Mediante escrito de fecha 18 de julio de 2012 la contratista pone en conocimiento de la Consejería consultante lo siguiente: «*Por medio de la presente lamentamos comunicarles que ante la imposibilidad de seguir prestando servicios en sus instalaciones, nos vemos obligados a partir del próximo día 31 a rescindir el contrato suscrito para la realización de servicios de vigilancia y seguridad en el Edificio Sede del laboratorio Agroalimentario y Sanidad Animal, conforme a la adjudicación con nº de expediente I-32/10, del 6 de agosto de 2010*». No consta que la Administración

llevarse a cabo actuación alguna en relación con la situación que planteaba la empresa.

**Tercero.-** Según Edicto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de los de Murcia, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 6 de febrero de 2013, resulta que en los autos núm. 342/2012, declaración de concurso, se dictó Auto de 15 de enero de 2013 declarando en concurso voluntario a la mercantil «—», con intervención de las facultades de administración y disposición que seguirá ejerciendo el deudor.

Por la citada empresa, con fecha 14 de marzo de 2013, se solicita a la Consejería de Agricultura y Agua la devolución del aval prestado en su momento, al haber transcurrido el plazo de garantía del mismo.

**Cuarto.-** Con fecha 3 de junio de 2013 el Director del LAYSA emite el siguiente informe:

*«(...) la empresa —, encargada del mantenimiento de la seguridad del laboratorio según consta en el expediente de contratación I-32/10 de 06 de agosto de 2010: ‘Servicios de vigilancia en el edificio sede del Laboratorio Agroalimentario y de Sanidad Animal (LAYSA)’, dejó de prestar servicio en el último mes de contrato, según queda demostrado mediante escrito de la propia empresa, de fecha 18 de julio de 2012, que obra en el expediente, por el que comunica la rescisión del contrato ante la imposibilidad de seguir con la prestación del servicio, a partir del día 31 del mismo mes. Por tal motivo hubo que contratar el servicio de vigilancia de las instalaciones del laboratorio a otra*

*empresa (—) durante el mes de agosto, originándose un gasto de 1.869,12 euros (se adjunta copia de la factura).*

*Así mismo, — no realizó la revisión anual del sistema contraincendios prevista para marzo de 2012 de acuerdo a lo establecido en el contrato, debiendo ser encargada dicha revisión con posterioridad a otra empresa (—) lo que originó un gasto de 1.125,59 euros (se adjunta copia de la factura)».*

**Quinto.-** A propuesta del Secretario General, el Consejero de Agricultura y Agua acordó el 29 de enero de 2014 la iniciación del procedimiento para la resolución del contrato en cuestión, por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales (art. 206, f) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -en lo sucesivo, LCSP-), al haber dejado la empresa de cumplir el objeto del contrato en el mes de agosto de 2012, sin que pueda aplicarse la causa prevista en el apartado b) de dicho artículo (declaración de concurso), porque tal circunstancia no se produjo hasta el 15 de enero de 2013, es decir, con posterioridad al incumplimiento señalado en primer lugar.

Como efecto de la resolución se acuerda incautar la garantía definitiva (art. 247 LCSP), sin fijar indemnización por daños y perjuicios ya que los gastos a los que dio lugar el incumplimiento de la contratista (2.984,71 euros), fueron menores que la cantidad que se dejó de pagar como consecuencia de la no prestación del servicio en el mes de agosto de 2012 (12.398,28 euros).

**Sexto.-** Según consta acreditado en el expediente dicho acuerdo de iniciación fue notificado a la contratista y a la ava-

lista; la primera no formula alegación alguna, en tanto que la segunda comparece mediante escrito de fecha 12 de febrero de 2014, en el que, en síntesis, manifiesta lo siguiente: a) que la fecha real de adjudicación del contrato e iniciación de la actividad es la del 4 de agosto de 2010, así que en agosto del 2012 el contrato ya había finalizado; b) que la fianza se otorgó el 21 de julio de 2010 y, por lo tanto, el 21 de julio de 2012, dicha fianza caducó; c) que a tenor de lo dispuesto en el artículo 208 LCSP sólo será incautable la fianza en supuestos de concurso del contratista cuando el concurso hubiese sido calificado de culpable, no siendo este el caso; d) que reconocida expresamente la inexistencia de daños o perjuicios, la incautación tal de la fianza resulta desproporcionada (cita sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha y de Murcia).

**Séptimo.-** El Servicio Jurídico de la Consejería consultante informa favorablemente la propuesta de resolución contractual, señalando que las alegaciones de la entidad avalista no desvirtúan los fundamentos sobre los que aquella propuesta se asienta.

**Octavo.-** El 4 de marzo de 2014, la Jefa del Servicio de Contratación de la Secretaría General de la Consejería de Agricultura y Agua, formula propuesta de resolución en el mismo sentido y con los mismos fundamentos expresados en el acuerdo de iniciación, añadiendo, en lo que se refiere a las alegaciones de la avalista, que las mismas no desvirtúan los hechos sobre los que se asentaba la propuesta de inicio del expediente resolutorio. En lo que a la consulta a este Órgano Consultivo se refiere, indica que si bien es cierto que el artículo 109.1,d) del Reglamento General de la Ley de Con-

tratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), hace referencia a la preceptividad del mismo cuando se formule oposición por parte del contratista, en el presente procedimiento aunque la mercantil ha guardado silencio al respecto, la avalista, parte interesada en el procedimiento, se ha opuesto, por lo que, a su juicio, no cabe excluir el Dictamen del Consejo Jurídico.

[...]

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### **Primera.-** *Carácter del Dictamen.*

El artículo 211.3,a) TRLCSP, y en el mismo sentido el 213 para los supuestos de resolución por demora, recoge la regla ya establecida por los artículos 195 LCSP y 109 RCAP que declaran preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, que podrá ser sustituido por el del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en los procedimientos de resolución “cuando se formule oposición por parte del contratista”. Este es, como destacan la jurisprudencia y el Consejo de Estado, el único presupuesto determinante de su existencia; de ahí que el único condicionante que excluye su intervención radica en el aquietamiento del contratista. Fuera de estos casos, el dictamen del órgano consultivo es facultativo, como ya reconoció el alto órgano consultivo del Estado en su Dictamen 2470/1999, de 28 de octubre.

La Consejería consultante somete el expediente de resolución contractual a

la consideración de este Consejo Jurídico porque estima que la oposición manifestada por el avalista, parte interesada en el procedimiento, conlleva que no se pueda prescindir de nuestro Dictamen. Tanto el artículo 97.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo, *TRLCSP*) como el artículo 109.1.b) *RCAP*, confieren al avalista o asegurador la condición de parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la *LPAC*, y le reconocen, por consiguiente, su derecho a un trámite de audiencia si se propone la incautación de la garantía. Antes incluso de la regulación normativa de este trámite, la jurisprudencia había precisado ya el alcance de su participación, señalando que ha de tenerse por parte desde que se le produjo algún perjuicio y, en todo caso, desde el acuerdo de incautación, aunque naturalmente sólo en el ámbito de lo que concierne a sus posibilidades defensivas, no a las que quedan fuera de él. Se reconoce, pues, su condición de interesado y el derecho a intervenir en el procedimiento. Las consecuencias de la omisión o defectuoso cumplimiento del trámite de audiencia deberán valorarse de acuerdo con la indefensión que hubieran podido, en su caso, ocasionar. El protagonismo del avalista en el procedimiento resolutorio es, pues, relevante, de modo que la omisión de dicho trámite puede viciar de nulidad radical al acuerdo resolutorio, si sus intereses legítimos se hubiesen visto afectados en el caso de incautarse la garantía, sin haber tenido la oportunidad de alegar lo que a su defensa convenga. Pero, sin perjuicio de lo anterior, su mera oposición a la resolución, sin que vaya acompañada de la del contratista,

no determina la preceptividad del Dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, ya que, como decíamos ante, esta oposición constituye el único condicionante para que la intervención de estos órganos consultivos sea preceptiva e ineludible. Resulta, pues, que si nos atenemos al único supuesto alegado por la Consejería, el presente Dictamen se emitiría con carácter facultativo (art. 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia -*LCJ*-).

Ahora bien, cuándo pueda entenderse que existe oposición del contratista a la resolución a efectos de determinar la necesidad del dictamen del Órgano Consultivo, es algo de lo que se ha ocupado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Consejo de Estado, concluyendo ambos en que la necesidad de dictamen constituye un trámite ineludible del que únicamente puede prescindirse en el caso de existir aprobación o asentimiento por parte del contratista, puesto que el ejercicio por la Administración de su potestad de autotutela sobre la resolución del contrato supone una facultad exorbitante, por lo que el citado dictamen es una garantía tanto de los derechos del contratista en el procedimiento como de la legalidad y acierto de la decisión adoptada por la Administración, lo que lleva a mantener que no se debe realizar una interpretación rigurosa y restrictiva respecto de la forma en la que el contratista debe manifestar su oposición a la resolución contractual, sin que quepa exigir en todo caso la existencia de un escrito de oposición a la resolución explícitamente calificable como tal (*STS* de 23 de julio de 2001), ni que la oposición sea total, basta que se oponga a la causa invocada por la

Administración o a alguno de los efectos de la resolución contractual para que se considere que se ha opuesto a ésta en los términos en que la Administración pretender acordarla (Dictamen 147/2012, de este Órgano Consultivo).

En el supuesto que nos ocupa si bien es cierto que la mercantil no se ha personado en el trámite de audiencia concedido por la Administración, también lo es que existen en el expediente suficientes elementos de juicio para considerar que la contratista no se opone a la resolución del contrato, es más, puede decirse que mediante el escrito que formuló el 18 de julio de 2012 estaba instando, aunque fuese de forma inadecuada, su resolución. Pero lo que también resulta evidente es su voluntad de que tal resolución no se considere causada por incumplimiento culpable suyo (subyace la declaración de concurso como justificadora de la imposibilidad de continuar con la prestación contractual); asimismo es patente su oposición a la incautación de la fianza, ya que de modo expreso solicita su devolución mediante escrito de 14 de marzo de 2013. Lo anterior permite mantener que no existe por parte de la mercantil un asentimiento a la resolución contractual en los términos en que la Administración pretender acordarla y que, en consecuencia, el Dictamen sea preceptivo (art. 12.7 LCJ).

***Segunda.- Normativa de aplicación, procedimiento y plazo para resolver.***

I. Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano de contratación se encuentra la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 194 LCSP, hoy 210 TRLCSP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de aplicación la LCSP, conforme

al PCAP (cláusula 5, régimen jurídico) y a la Disposición transitoria primera, 2 TRLCSP.

Es precisamente el momento de la adjudicación del contrato el que determinará el régimen jurídico sustantivo aplicable en lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción (Dictamen núm. 22/09 de este Consejo Jurídico), de conformidad con la redacción de la Disposición transitoria primera, 2 TRLCSP anteriormente citada, por lo que si en el supuesto sometido a consulta, la adjudicación se produjo mediante Orden del Consejero de Agricultura y Agua de 4 de mayo de 2010, el contrato se regirá en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción por la LCSP. También, en lo que no se oponga, por lo dispuesto en el RCAP.

Por otra parte, como ha indicado este Consejo Jurídico en varios Dictámenes (por todos el núm. 66/12), de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la determinación de la Ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes, distinguiendo a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales y aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión. En el supuesto ahora sometido a consulta esta norma es el TRLCSP, toda vez que entró en vigor el 16 de diciembre de 2011, y el procedimiento de resolución contractual se inicia por Orden del titular la Consejería consultante el 29 de enero de 2014.

## II. Procedimiento seguido.

El procedimiento ha seguido, en lo esencial, lo establecido por los artículos 211 TRLCSP y 109 RCAP, constando en el expediente el informe del servicio jurídico de la Consejería, la audiencia a la contratista y a la entidad avalista, así como la propuesta de resolución.

## III. Plazo para resolver.

El plazo máximo de resolución y notificación en procedimientos como el presente (de tres meses y de caducidad, según jurisprudencia y doctrina consultiva ya asentada y conocida), se inició el 29 de enero de 2014 (Antecedente Quinto), sin que dicho plazo se haya suspendido al solicitar el Dictamen de Órgano Consultivo, según permite el artículo 42.5, c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), con lo que la Consejería consultante dispone hasta el día 29 de abril de 2014 para su pronunciamiento y notificación, de modo que si tal fecha acaece sin que dichas actuaciones se hayan llevado a cabo habría que declarar la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo.

### ***Tercera.- Análisis de diversas circunstancias que suscita el expediente.***

#### I. Incidencia de la resolución instada por la mercantil.

La resolución del contrato administrativo se configura en el Ordenamiento Jurídico como una prerrogativa de la Administración, de modo que el contratista no puede declarar resuelto el contrato, ni tampoco

instar su resolución ante los tribunales, sino que deberá solicitar la iniciación del procedimiento de resolución a la otra parte contratante -el órgano de contratación- que podrá o no acordarlo, si estima que concurre o no la causa de resolución alegada. Por otro lado el contratista que insta la resolución no está facultado para paralizar la ejecución del mismo y tiene que esperar hasta que se acuerde por la Administración la resolución.

En el supuesto que nos ocupa la contratista, según se indica en el Antecedente Segundo, hizo llegar un escrito a la Administración comunicando su voluntad de rescindir el contrato ante la imposibilidad de continuar con su cumplimiento, sin concretar causa alguna para ello. El órgano de contratación no solicitó aclaración alguna sobre las circunstancias que motivaban la alegada imposibilidad ni se inició el correspondiente procedimiento en el que instruir y dar cumplida respuesta a la situación planteada. La consecuencia que ahora nos interesa es la de la pervivencia del contrato en el momento en el que la Consejería acuerda iniciar el expediente de resolución contractual.

#### II. Sobre la declaración de concurso como causa resolución contractual.

El artículo 67 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), señala que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial, remitiendo por tanto a las normas contractuales de aplicación (en el presente caso, la LCSP).

El artículo 206,b) LCSP establece como

causa de resolución la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. Por su parte, el artículo 207.2, señala que la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato y que, en los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, incluida la Administración.

Por otro lado, el apartado 5 de ese mismo artículo establece que *«en caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución»*.

De la interpretación conjunta de los anteriores preceptos resulta que es necesario que se haya producido la declaración de concurso (no la solicitud de éste ni la presentación de la comunicación del artículo 5 bis LC, ni el inicio o perfección de un acuerdo de refinanciación), y en el supuesto que nos ocupa tal circunstancia no se produce hasta que se dicta el Auto del Juzgado de lo Mercantil de 28 de enero de 2013. Pero es más, el concurso de acreedores que se declara tiene la consideración de voluntario, y el deudor mantiene sus facultades de administración y disposición bajo la intervención de los administradores, por lo que nada hubiese obstado para que pudiera haber cumplido su obligación contractual, siempre y cuando hubiese prestado garantía suficiente a juicio de la Administración para su ejecución, ya que la resolución obligatoria sólo se da en el supuesto previsto en el artículo 207.2

LCSP, es decir, con la apertura de la fase de liquidación.

No cabe, en consecuencia, la aplicación de la declaración de concurso como causa de resolución automática en el presente caso, y en este sentido, previas las aclaraciones que hubiese precisado, debió la Administración haberse manifestado frente a la pretensión del contratista de «rescindir» el contrato, ello sin perjuicio de que, como se analiza en la siguiente Consideración, una vez que la mercantil abandonó la prestación del servicio resultaba imposible, desde este punto de vista, considerar viable la resolución del contrato basada en la declaración de concurso de la mercantil, ya que ésta es de fecha posterior al incumplimiento.

III. El alegado cumplimiento contractual por el transcurso del tiempo previsto para su ejecución.

Según la entidad avalista atendiendo a la fecha de adjudicación del contrato (4 de agosto de 2010), y al plazo de duración del mismo (dos años), no se habría producido incumplimiento contractual al no prestar servicio en el mes de agosto de 2012, porque el contrato ya se habría extinguido por el transcurso del plazo de ejecución fijado en el mismo. Al margen del error que supone identificar la fecha de adjudicación con la de iniciación de la ejecución del contrato, cabe recordar que a tenor de lo establecido en el artículo 204 LCSP los contratos se extinguen *«por cumplimiento o por resolución»*. En el presente caso no puede entenderse cumplido el contrato por la adjudicataria, pues ésta no ha ejecutado la totalidad de su objeto a satisfacción de la Administración, por lo que cabe resolver el vínculo contractual, sin que desvirtúe esta

conclusión el hecho de que haya transcurrido el período previsto de dos años.

***Cuarta.- Abandono de la prestación de servicio como causa de resolución.***

La Consejería propone la resolución del contrato por la causa prevista en la letra f) del artículo 206 de la LCSP, consistente en «*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*», aclarando que, según consolidada doctrina de este Órgano -por todos cita el Dictamen 261/2012-, cuando se invoquen dos causas de resolución distintas (aquí la declaración de concurso y el incumplimiento del objeto del contrato), la resolución ha de proceder por una sola causa, la primera en el tiempo o la que haya de operar por disposición de la ley, entre otras cosas por las diferentes consecuencias que puedan derivarse de unas y otras.

Coincide el Consejo Jurídico con la propuesta de resolución en el sentido de que cuando se produce la declaración de concurso, enero de 2013, ya se había producido el abandono del servicio, agosto de 2012 y, por lo tanto, sin perjuicio de lo que se ha dicho en la anterior Consideración, la concurrencia entre ambas causas debe revolversse a favor de la prevista en el artículo 206, f) LCSP.

En cuanto a la realidad del incumplimiento que se imputa habrá que atender al escrito presentando por la contratista por el que anuncia que dejará de prestar servicio en el LAYSA, circunstancia que a tenor del informe emitido por el Director de dicho laboratorio (no impugnado de contrario) se produjo. Ante la inminente declaración de concurso, pero antes de que se produjera, la contratista

renunció al contrato y abandonó la prestación del servicio, lo que constituye el incumplimiento de la obligación esencial del contrato que es, sin lugar a dudas, el cumplimiento de su objeto.

No puede olvidarse que en los contratos administrativos y, por lo tanto, también en el que nos ocupa, lo que subyace es la realización de una actividad (aquí la prestación de un servicio), que tiene como fin último la satisfacción directa de una necesidad pública, y es este juego del interés público al que debe servir objetivamente la Administración lo que explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación, así como la subordinación jurídica del contratista respecto a la Administración. En efecto, el contratista se presenta como colaborador de la Administración para llevar a buen fin la obra pública o el servicio público objeto del contrato, y como tal tiene que actuar en coordinación con aquélla y en sintonía con el interés público.

Consecuentemente con lo anterior, el contratista no puede decidir, como aquí hizo, la renuncia al contrato y el posterior abandono en la prestación del servicio, de ahí que deba coincidir con el órgano de contratación en la consideración de que se ha producido el incumplimiento de una obligación esencial del contrato y que, por lo tanto, resulta procedente su resolución.

***Quinta.- Efectos de la resolución contractual.***

A la luz de lo expuesto puede concluirse que existió un incumplimiento imputable al contratista de sus obligaciones contractuales, en la medida en que no concurría justificación alguna para el aban-

dono en la prestación del servicio. Ello habilita la resolución del contrato por causa imputable al contratista, debiendo compartirse en este punto lo pretendido por el órgano de contratación.

Sin embargo no coincide este Órgano Consultivo en que forzosamente tal apreciación conlleve la incautación de la garantía debido al carácter punitivo que la misma tiene. En efecto tal y como hemos apuntado en diversos Dictámenes (198/2012, 220/2010 y 103/2003), de un incumplimiento imputable al contratista no se deriva necesariamente que el mismo sea tan culpable como para determinar la pérdida de la fianza.

En nuestro Dictamen nº 103/2003, de 30 de junio, recogíamos el criterio jurisprudencial y doctrinal sobre la procedencia, en determinados casos, de excluir la pérdida de la fianza aun habiéndose decretado la resolución del contrato por causa imputable al contratista. Así, expresábamos lo siguiente:

*«Ya durante la vigencia de la Ley de Contratos del Estado de 1965 la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado venían a coincidir en señalar el diferente plano en que operaban las potestades administrativas de resolución contractual y de incautación y pérdida de la fianza prestada por el contratista. Así, la resolución contractual procedía en tanto se produjera un incumplimiento objetivamente imputable al contratista para el que, conforme a la legislación, estuviese previsto dicha consecuencia resolutoria.*

*Sin embargo, también insistían en destacar que el entonces vigente artículo 53 de dicha Ley exigía, para la pérdi-*

*da automática de la garantía, la “culpa” del contratista, sin que un incumplimiento imputable a éste significase necesariamente su culpabilidad (a estos concretos efectos de determinar la pérdida de la fianza, se entiende).*

*Así, por todas, es expresiva la STS, Sala 3ª, de 24 de agosto de 1985:*

*«... no ocurre lo mismo en cuanto a pérdida de la fianza también acordada en los conjugados actos administrativos objeto de la actual impugnación contenciosa; pues tal privación expropiatoria del bien económico sujeto a carga real con causa obligacional, requiere para su efectividad la agregación del factor subjetivo de la culpa o relación psicológica de causalidad entre agente y hecho determinante de la resolución, como así, acudiendo al aquí relevante elemento teleológico de interpretación (artículo 3.1 del Código Civil), resulta de los artículos 53 de la Ley y 160 y 168 del Reglamento mencionado, sistemáticamente coordinados con los preceptos de anterior cita; de tal manera que, en la metodología de aplicación de las incautaciones de fianza y aparte el caso de cláusula penal, no cabe reducción al simplismo de la antítesis, o culpa de contratista, o culpa de la Administración contratante, cuando es legítima la resolución; pues ese reduccionismo conduciría a una infundada presunción de culpa en función del sólo hecho de incumplimiento contractual determinante de la resolución, cuando, sujeto el cumplimiento del contrato al principio general de buena fe (artículo 1.258 del Código Civil), que abre un margen de ponderación de circunstancias objetivas, concluyentes de culpa*

*en su citada y distinta acepción subjetiva, que tanto obliga a la Administración, como vincula al Tribunal revisor; a valorar en su conjunto el ámbito circunstancial en que la conducta de incumplimiento se produce para incautar o no la fianza...».*

(...)

*«Por otra parte, y en la misma línea, el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado también han reconocido, ante las especiales circunstancias del caso concreto, la necesidad de moderar el grado de culpabilidad del contratista, pues, aun existiendo ésta, razones de equidad y proporcionalidad pueden obligar a moderar; a su vez, el pronunciamiento sobre la pérdida de la fianza. Así, por ejemplo, las SS.T.S. Sala 3ª, de 5 de marzo de 1985, y 11 de noviembre de 1987 y Dictámenes del Consejo de Estado de 12 de mayo de 1977, 19 de octubre de 1989, 22 de noviembre de 1990, 7 de noviembre de 1991 y 14 de octubre de 1993, entre otros. En estos casos, y conforme a las circunstancias concurrentes, unas veces se sostiene la procedencia de incautar automáticamente parte del importe de la garantía o a incautarla sólo cuando se determinara contradictoriamente la existencia de los daños y perjuicios que hubiera causado el incumplimiento y, en tal caso, por el importe necesario para resarcir tales daños. Las circunstancias justificativas de estas soluciones son muy variables, pero tienen un denominador común: que la culpabilidad del contratista esté atenuada por la concurrencia de especiales circunstancias, ya sea la existencia simultánea de algún incumplimiento por parte de la Administración, ya la escasa trascen-*

*dencia de perjuicios para el interés público, etc.»*

También cabe citar la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2012, en la que, tras citar jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la incautación de la garantía definitiva de los años 1977 a 1988 considera que «(...) así pues, a la luz doctrina jurisprudencial expuesta, la incautación de la garantía al contratista solo puede acordarse por el órgano de contratación en el caso de resolución del contrato, pero no por cualquier causa, sino exclusivamente en caso de incumplimiento culpable de aquel, es decir, se exige un incumplimiento total y doloso y no simplemente parcial por culpa o negligencia».

Por otro lado el Consejo de Estado (Dictámenes 420/1992, 1.363/91 y 52.254/89, entre otros), afirma que en ocasiones, atendidas las circunstancias particulares del caso, es posible moderar los efectos que desde un punto de vista formal derivarían de una aplicación rígida de la legislación vigente sobre contratos. Esta moderación, que obviamente tiene un carácter excepcional, coadyuva, teniendo en cuenta tales circunstancias particulares, a la justicia del caso concreto, evitando así los efectos perniciosos que de otra manera derivarían de la aplicación literal de dicha legislación sobre contratos.

Es especialmente significativo, por la afinidad existente con el caso que nos ocupa, el que fue objeto del Dictamen del Consejo de Estado núm. 46.546, de 20 de junio 1984:

*«Dado que no es un caso de incumplimiento total sino de irregularidad en el cumplimiento, la incautación de*

*fianza (superior a cuatro millones de pesetas) no debe practicarse necesariamente sobre la totalidad de su importe sino que debe estarse, de acuerdo con lo sostenido con anterioridad por este Consejo de Estado (dictamen de 5 de marzo de 1984, expediente número 46.105), al principio de moderación equitativa de la pena que se desprende del artículo 1.154 Código Civil, incautando un porcentaje de la fianza igual al que represente la valoración de los daños y perjuicios».*

Tal solución es la que, a juicio de este Consejo Jurídico, en un examen global de las actuaciones y ponderando las singularidades del caso, ha de aplicarse aquí.

En efecto, como hemos razonado en la Consideración anterior, no cabe duda de que la contratista abandona conscientemente la prestación del servicio, lo que supone, ciertamente, un grado de culpabilidad por su parte, pero las circunstancias que a continuación se indican imponen una moderación de la misma y de sus consiguientes efectos:

1.<sup>a</sup> El incumplimiento no es total sino parcial y en un porcentaje mínimo, ya que de los veinticuatro meses en los que la contratista debía llevar a cabo las labores de vigilancia del LAYSA, cumplió satisfactoriamente en veintitrés ocasiones, dejándolo de hacer sólo en una.

2.<sup>a</sup> Aunque no pueda aplicársele como causa de resolución la declaración de concurso por haberse aprobado éste con posterioridad al incumplimiento, este último tuvo su origen en las dificultades económicas por las que atravesaba la mercantil.

3.<sup>a</sup> No se produce un daño irreparable al interés público, pues según consta acre-

ditado en el expediente el servicio se prestó por otra empresa.

4.<sup>a</sup> El incumplimiento culpable de la contratista no ha causado daños y perjuicios a la Administración, ya que la nueva contratación de las prestaciones dejadas de realizar no sólo no originó mayores costes que los que se hubieran derivado de la correcta ejecución del contrato, sino que supuso un ahorro para el órgano de contratación. En efecto, según se razona en la propuesta de resolución contractual el importe de la certificación correspondiente al mes de agosto de 2012 hubiese ascendido a 12.398,28 euros, cantidad que, obviamente, no se llegó a hacer efectiva al no haberse prestado el servicio, en tanto que el importe de los gastos realizados para dotar al LAYSA del servicio de vigilancia en dicho mes, más la revisión anual de las instalaciones, sólo alcanzaron la cantidad total de 2.994,71 euros, según facturas incorporadas al expediente.

En el presente caso, pues, procede declarar la resolución contractual por causa imputable a la contratista, pero sin los efectos anejos a tal declaración en lo que a la garantía y a la indemnización de daños y perjuicios se refiere, haciendo uso en definitiva de la posibilidad citada de atemperar los efectos que se derivarían de una aplicación rígida de la vigente legislación de contratos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Por lo que se refiere al plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento objeto de Dictamen, debe

tenerse en cuenta lo expresado en la Consideración Segunda, III.

**Segunda.-** Procede acordar la resolución del contrato de referencia por causa imputable al contratista, derivada del incumplimiento de las condiciones del esenciales de aquél, en los términos que se señalan en la Consideración Cuarta, sin incautación de la garantía atendiendo a las circunstancias particu-

lares del caso según se indica en la Consideración Quinta.

**Tercera.-** De acuerdo con lo anterior, se informa favorablemente la propuesta objeto de Dictamen en lo que se refiere a la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, y desfavorablemente en lo que se refiere a la incautación de la garantía.

# CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA

## Dictamen 111/2014

*Sobre el proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de Explotaciones Agrarias de la Región de Murcia, de 23 de abril.*

### ANTECEDENTES

[...]

### CONSIDERACIONES

#### *Primera.- Carácter del Dictamen.*

En virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), el Consejo deberá ser consultado sobre los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado.

El Proyecto sometido a consulta no constituye un reglamento de carácter ejecutivo en sentido propio, que tenga por objeto desarrollar y hacer efectivas un conjunto de previsiones legales establecidas con anterioridad a las que sirve como complemento indispensable de acuerdo con los planteamientos habituales sobre la categoría del reglamento de desarrollo, por la sencilla razón de que dicha norma de rango legal no existe en este caso, ni como ley de la Asamblea ni como normativa estatal básica.

Lo anterior nos llevaría a entender que nuestro Dictamen no resultaría preceptivo si no fuera por la vigencia de normativa comunitaria directamente aplicable (Reglamentos), que establece un sistema de ayudas agrarias vinculadas a la PAC cuya gestión corresponde a las Comunidades Autónomas, las cuales, en ejercicio de sus competencias en materia de agricultura, vienen compelidas a establecer diversos instrumentos que permitan la implementación de aquel sistema, dentro del marco legal establecido al efecto por el Estado. Y en el desarrollo de dicho sistema es donde se incardina el Proyecto objeto de análisis.

Ya en anteriores dictámenes (por todos, el 155/2002 y el 132/2012) este Órgano Consultivo ha considerado que aun cuando el núcleo normativo del que trae causa el Proyecto sometido a consulta consista en Reglamentos comunitarios, su asimilación con la ley, a los efectos de su posición en el ordenamiento y habilitación para la disposición de aplicación, justifican una interpretación extensiva del referido precepto de la LCJ, dada la identidad de razón del supuesto con el que literalmente aparece recogido en la misma. Debe recordarse que, como ya se indicaba en la Memoria de este Órgano Consultivo del año 2000, la inclusión de los proyectos de reglamentos en el citado

artículo viene condicionada, esencialmente, a que vayan dirigidos a desarrollar una Ley de la Asamblea Regional o la legislación básica del Estado, situándonos así en la categoría de los reglamentos ejecutivos, o de desarrollo o aplicación de ley. El Tribunal Supremo ha indicado respecto de estos reglamentos que son complemento indispensable de la norma que desarrollan, caracterizándose por el hecho de que la posibilidad de ejercer la potestad reglamentaria de la Administración viene concedida por la ley formal, dirigiéndose la intervención del órgano consultivo a velar por la observancia del principio de legalidad y del ordenamiento jurídico, revistiendo por tanto un carácter esencial que aconseja tender a una interpretación no restrictiva del término ejecución de ley, máxime cuando la omisión de la consulta, caso de ser preceptiva, determina la nulidad de pleno derecho de la disposición.

Conforme a dicha concepción amplia del término “ejecución de ley”, en el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo, dado que el objeto de la norma proyectada es la regulación de un instrumento del sistema integrado de gestión y control definido por el artículo 15 del Reglamento (CE) núm. 73/2009, del Consejo, de 19 de enero, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 1290/2005, (CE) 247/2006, (CE) 378/2007 y se deroga el Reglamento (CE) núm. 1782/2003. Dicho sistema ha de ser implantado por cada Estado miembro, habiéndose optado en España por la fija-

ción de bases de datos (registros) descentralizadas en las Comunidades Autónomas, Administraciones que, además, son las encargadas de efectuar la gestión de las ayudas comunitarias en el marco fijado a nivel nacional por parte del Estado, ex artículo 120 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Así pues, no existe una norma estatal básica que prevea la creación de un Registro de explotaciones agrarias como el que es objeto del proyecto sometido a consulta y dibuje las líneas maestras de su régimen y estructura. No obstante, y como de forma más extensa se razona en la Consideración Cuarta de este Dictamen, el registro se inserta como un elemento esencial en el sistema de gestión y control necesario para la aplicación en España de las ayudas comunitarias a la agricultura, cuyo marco básico se contiene en el artículo 16 de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural (Dictamen del Consejo de Estado 1456/2009), y los reales decretos que, con carácter básico, han desarrollado dicho régimen como el 1680/2009, de 13 de noviembre, sobre la aplicación del régimen de pago único en la agricultura y la integración de determinadas ayudas agrícolas en el mismo a partir de 2010, o el 202/2012, de 23 de enero, sobre la aplicación a partir del 2012 de los pagos directos a la agricultura y a la ganadería.

[...]

#### ***Cuarta.- Marco legal y competencial.***

El proyecto de Decreto objeto de Dictamen versa sobre una materia, la de agricultura, sobre la que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta

competencia en los términos establecidos en el artículo 10.Uno.6 del Estatuto de Autonomía, es decir, de carácter exclusivo de acuerdo con la ordenación general de la economía. Este último inciso impone la necesidad de ejercer las competencias normativas en materia de agricultura dentro del marco legal que el Estado haya aprobado en esta materia, en la medida en que se trata de un sector fuertemente vinculado con el desarrollo económico nacional.

De conformidad con el Proyecto, el registro cuya regulación constituye su objeto es un instrumento para garantizar el conocimiento pleno de la estructura agraria y conseguir la máxima eficacia en la gestión y el control de la política agraria en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma (art. 1). Así pues, tiene una doble naturaleza instrumental. De una parte, persigue ofrecer información sobre las explotaciones agrarias en su conjunto, actuando como herramienta de conocimiento y apoyo para el ejercicio de las políticas públicas regionales en materia de agricultura, por lo que extiende su ámbito a todas las explotaciones agrarias de la Región, sean receptoras o no de subvenciones (art. 4.3); pero también se encuentra íntimamente ligado a la aplicación del sistema de pagos a la agricultura establecido por la normativa comunitaria, como se desprende de diversos preceptos del Proyecto, tales como el 3.2, en cuya virtud se designa el registro como la base de datos informática exigida por el ordenamiento comunitario como uno de los elementos del sistema integrado de control y gestión de las ayudas; o el art. 7, en el que se aprecia su vinculación con la denominada «Solicitud Única» regulada en el art. 19, apartados 1 y 3, del Reglamento (CE) n.º 73/2009, elemento que remite al

sistema de pago único de las ayudas comunitarias a la agricultura. De hecho, la propia exposición de motivos del Proyecto se hace eco de esta vinculación al señalar que la necesidad de introducir modificaciones en la regulación del Decreto viene especialmente referida a la gestión de las ayudas de la PAC «*en cuanto a los plazos de modificación de las inscripciones en el registro, poniéndolos en concordancia con los plazos de presentación de la Solicitud Única de ayudas PAC*».

Así, y por lo que interesa en el caso que nos ocupa, el Reglamento (CE) 73/2009, en su Título II, Capítulo IV, que regula el sistema integrado de gestión y control en materia de pagos directos, impone a cada Estado miembro la obligación de crear y administrar dicho sistema (art. 14), que comprenderá los siguientes elementos (art. 15.1): a) una base de datos informática; b) un sistema de identificación de las parcelas agrarias; c) un sistema de identificación y registro de los derechos de pago; d) solicitudes de ayuda; e) un sistema de control integrado; y f) un único sistema de registro de la identidad de cada agricultor que presente una solicitud de ayuda.

La base de datos informática del sistema, que en el ámbito territorial de la Región de Murcia viene constituida por el Registro objeto del Proyecto (art. 3.2), contendrá los datos de cada explotación agraria obtenidos de las solicitudes de ayuda y supone la aplicación de la posibilidad prevista en el artículo 16.2 del Reglamento comunitario, de establecer bases de datos descentralizadas, siempre y cuando éstas, así como los procedimientos administrativos de registro y consulta de los datos, estén concebidas de forma homogénea en todo el territorio

del Estado miembro y sean compatibles entre sí, a fin de poder realizar cotejos.

Para la aplicación del sistema comunitario de ayudas a la agricultura y sobre la base del Reglamento (CE) 1782/2003 del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores (derogado por el Reglamento (CE) 73/2009), el artículo 120 de la Ley 62/2003, establece que el régimen de pago único de las ayudas directas del Reglamento de 2003, se aplicará en todo el territorio a escala nacional y habilita al Gobierno para el desarrollo reglamentario.

Estas previsiones dieron lugar a una conflictividad competencial que ha sido zanjada por las recientes sentencias del Tribunal Constitucional 104/2013, de 25 de abril, y 180/2013, de 23 de octubre, en las que se confirma la constitucionalidad del indicado precepto, sobre la base de considerar que la competencia que ostenta el Estado ex artículo 149.1, 13ª (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) «*está sujeta a dos límites consistentes en que el ejercicio de la competencia estatal no elimine la competencia autonómica colindante (agricultura) y que es necesario que exista un principio al que se encamine la intervención estatal y que ésta llegue sólo hasta donde lo exija aquél*».

Establece, asimismo el Alto Tribunal que «*la decisión de aplicar el régimen de pago único a escala nacional implica que las ayudas a percibir por los agricultores se fijen sobre bases uniformes establecidas para todo el Estado y a par-*

*tir de una única cantidad establecida en función del importe total de ayudas asignado a cada Estado miembro, por lo que se trata de una decisión estructural y conformadora de un sistema de ayudas a un sector económico concreto, con una finalidad directiva básica y coordinadora, de donde cabe concluir que la regulación impugnada tiene acomodo en el art. 149.1.13 CE; que el precepto impugnado no prejuzga cuál es la administración competente para gestionar el sistema de ayudas y, finalmente, que la decisión de regionalizar este tipo de ayudas debe ser adoptada por el Estado al amparo del art. 149.1.13 CE*».

El escenario legal estatal en el que se aplica el sistema de pagos directos a la agricultura viene constituido, como ya se adelantó, por la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, que, como señala su disposición final quinta, fue promulgada - en lo que a esta materia se refiere - al amparo del mismo artículo 149.1.13ª de la Constitución. Esta Ley impone a dicho sistema un marco de actuación, estableciendo principios y medidas de apoyo a los agricultores profesionales en aplicación de la normativa comunitaria, con una atención preferente a aquellos agricultores que sean titulares de explotaciones territoriales (art. 16).

Así pues, en la medida en que el registro objeto del Proyecto sometido a consulta se configura como elemento descentralizado del global sistema integrado de gestión y control de las ayudas comunitarias a la agricultura, cabe entender amparada su regulación por el título competencial exclusivo de agricultura, en el marco de la legislación dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1.13ª CE, en materia de ordenación general de la economía.

Por otra parte, el Registro objeto de regulación tiene entre las fuentes de conocimiento de las que extrae datos otros registros administrativos del ámbito agrícola y ganadero (art. 3.1 del Proyecto), entre ellos el de explotaciones agrarias prioritarias y de titularidad compartida, creado por el Decreto 8/2013, de 18 de enero, en ejecución de las previsiones contenidas en los artículos 16 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, en relación con las explotaciones prioritarias, y 6 de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Este registro, de conformidad con lo establecido en el artículo 15.3 del indicado Decreto 8/2013, se integrará en el Registro de explotaciones agrarias regulado en el Proyecto.

Finalmente, considerado el Registro en su faceta de elemento organizativo, instrumento o herramienta de conocimiento que sustenta el ejercicio por la Comunidad Autónoma de sus restantes competencias agrarias, puede reconducirse su fundamento competencial, además de a la materia de agricultura, al artículo 51.1 del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma la creación y estructuración de su propia Administración Pública, mejor que al 10.Uno,1 del Estatuto, al que aluden diversos informes en el expediente. Y es que, como ha señalado este Consejo Jurídico en repetidas ocasiones, dicho título competencial viene referido exclusivamente a las instituciones de autogobierno de la Comunidad Autónoma y no a la creación de meros órganos o unidades administrativas, pues *«sólo autoriza para la regulación de órganos institucionales básicos, pero no para la estructuración de la Administración propia, ya que no puede*

*atribuirse a la expresión instituciones de autogobierno «un alcance mayor que el que deriva de la Constitución (art.152.1) y de los propios Estatutos –Asamblea Legislativa, Consejo de Gobierno y Presidente– (STC 76/1983, de 5 de agosto)»* (por todos, Dictamen 118/2010).

#### ***Quinta.- Consideraciones de carácter general.***

I. De la integración de otros registros en el Registro de explotaciones agrarias (REA).

El artículo 3.1 del Proyecto hace alusión a otros registros adscritos a la Consejería de Agricultura y Agua de los que se extraerán datos para su constancia en el REA (registro vitícola, registro de operadores de agricultura de producción integrada en su sección de productores, registro de maquinaria agrícola y registro de explotaciones ganaderas, REGA). Esta previsión, junto a la contenida en el artículo 8.2 del futuro decreto, relativa al *«resto de registros integrados en el de explotaciones agrarias»*, hace surgir la duda acerca de cuáles son tales registros, pues sólo respecto del Registro de explotaciones agrarias prioritarias y de titularidad compartida (REAPTC) está clara dicha integración, ex artículo 15.3 del Decreto 8/2013. En cualquier caso, en la futura disposición únicamente se señala que la información del REA estará compuesta, entre otros, por los datos obrantes en el REAPTC (art. 3) y que éstos no podrán ser objeto de modificación a través del REA, rigiéndose la vigencia de sus datos por su normativa específica (art. 8 del Proyecto).

Considera el Consejo Jurídico que deberían incorporarse al Proyecto dos determinaciones que contribuirían a

dotar de mayor claridad a la regulación. En primer lugar, debe enumerarse qué registros preexistentes se integran en el REA, sin perjuicio de salvaguardar el régimen propio de tales registros, al modo como lo hace el artículo 8 del Proyecto.

En segundo lugar, dicha integración debería tener su reflejo en la estructura del REA, sobre la que la regulación proyectada guarda silencio. En efecto, los registros integrados podrían incorporarse como secciones del REA. Así, por ejemplo, el Decreto gallego 200/2012, de 4 octubre, estructura el registro en tres secciones: a) Explotaciones Agrarias Prioritarias; b) Explotaciones Agrarias de Titularidad Compartida; y c) Otras Explotaciones Agrarias (art. 5).

Por otra parte, la integración del REAPTC en el REA podría justificar la incorporación del régimen de aquél, contenido en el Decreto 8/2013, a la futura disposición, reduciendo así la siempre negativa dispersión del ordenamiento, unificando aquellos aspectos del régimen de ambos registros que sean idénticos y sin perjuicio de salvaguardar las particularidades tanto de las explotaciones prioritarias como las de titularidad compartida, impuestas por la normativa específica de tales explotaciones.

## II. Acceso a la información contenida en el Registro.

No contiene el Proyecto previsión alguna relativa al acceso por parte del público a la información contenida en el Registro, que es calificado expresamente por el artículo 3.1 como de carácter administrativo y público. Si bien tal omisión no impediría la aplicación directa de la normativa reguladora del acceso a la

información pública, hoy contenida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, quizás sería oportuno completar dicha regulación con previsiones específicas que atiendan a las peculiaridades de los datos que se contendrán en el REA.

## III. Compatibilidad con el Sistema de Información Geográfica de Parcelas Agrícolas (SIGPAC).

Como señalamos *supra*, el sistema integrado de gestión y control de ayudas comunitarias a la agricultura, además de una base de datos informática (requisito a cuyo cumplimiento se destina el establecimiento del Registro de Explotaciones Agrarias) exige la implantación de un sistema de identificación de las parcelas agrarias (artículo 15, Reglamento (CE) 73/2009). En España dicho sistema es el SIGPAC, regulado a nivel nacional por el Real Decreto 2128/2004, de 29 de octubre, que sienta las bases para la utilización de dicho sistema como herramienta de uso obligado en la gestión de las ayudas comunitarias.

Por Orden de 8 de abril de 2008, de la Consejería de Agricultura y Agua, se regula el Régimen del SIGPAC en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cuyo artículo 2 califica dicho sistema como «*la única base de referencia para la identificación de parcelas agrícolas en el marco de la política agrícola común*».

De forma coherente con dicha regulación, el artículo 5 del Proyecto sometido a consulta dispone que la información relativa a los recintos consignados en el REA debe coincidir con la que conste en el SIGPAC.

Esta previsión, sin embargo, podría ocasionar problemas aplicativos en la coordinación de los regímenes del SIGPAC y del REA, a la luz de la modificación operada por Orden de 26 de marzo de 2014 en la de 8 de abril de 2008, en relación con el procedimiento para formular alegaciones y solicitudes de modificación del SIGPAC.

En efecto, si los datos del REA sobre recintos deben coincidir con los que constan en el SIGPAC, la modificación de aquéllos, prevista en los artículos 7 y 8 del Proyecto, parece que debería venir precedida por la de éstos, regulada en el artículo 6 de la Orden de 8 de abril de 2008.

Tras la nueva redacción dada al indicado artículo 6 de la Orden reguladora del SIGPAC, el período de presentación de las alegaciones y solicitudes de modificación de los datos obrantes en el indicado sistema, será coincidente con el de la Solicitud Única, presentándose conjuntamente con esta solicitud y en el plazo establecido para ella, entendiéndose aquéllas estimadas si no se ha dictado y notificado resolución expresa en el plazo máximo de seis meses.

Por su parte, el artículo 7.4 del Proyecto establece que el plazo de presentación de solicitudes de inscripción y de modificación de los datos en el REA coincidirá con el período de presentación de la Solicitud Única, a efectos de que los datos inscritos en el mismo puedan ser tenidos en cuenta respecto de las ayudas de la PAC correspondientes a la campaña del mismo año de la solicitud. También puede presentarse fuera de dicho plazo, pero en tal caso las modificaciones sólo operarán respecto de las ayudas de la campaña siguiente. Las peticiones de modificación de datos del REA efectua-

das durante el plazo de presentación de la Solicitud Única habrán de ser resueltas y modificadas como máximo un mes antes del fin del plazo de resolución de las ayudas incluidas en la Solicitud Única, mientras que las presentadas fuera del plazo de la Solicitud Única habrán de serlo en el plazo de seis meses.

De la comparación de ambas regulaciones se advierte que el plazo máximo de resolución de las peticiones de modificación de datos en el SIGPAC y en el REA formuladas durante el plazo de Solicitud Única de ayudas es diferente, por lo que en hipótesis podría ser necesario resolver sobre las solicitudes de modificación en el REA sin que previamente se hubiera resuelto una modificación paralela en el SIGPAC, lo que podría dar lugar, bien a la desestimación de la solicitud de modificación de los datos del Registro por su incompatibilidad con el SIGPAC, ex art. 5 del Proyecto, bien a una indeseable discordancia entre ambos instrumentos.

Se sugiere, en consecuencia, que se valore por la Consejería consultante la posibilidad de armonizar ambas regulaciones en lo tocante a los plazos de resolución y notificación, habida cuenta las similitudes que presentan los procedimientos regulados en el artículo 6 de la Orden de 8 de abril de 2008 y el artículo 7 del Proyecto.

IV. Necesidad de una norma legal habilitante para imponer obligaciones a los ciudadanos.

Como ya se adelantaba en la Consideración Primera del presente Dictamen el Proyecto no constituye un reglamento de carácter ejecutivo en sentido propio, pues no existe una ley de la Asamblea Regional ni normativa estatal básica que habilite de forma expresa el desarrollo

reglamentario de sus previsiones. Es la normativa comunitaria la que establece diversas obligaciones de actuación a los Estados miembros para el desarrollo del sistema de ayudas comunitarias allí establecido. En el caso de España, son las Comunidades Autónomas, titulares de las competencias en materia de agricultura, las que vienen compelidas a establecer diversos instrumentos que permitan la implementación de aquel sistema, dentro del marco legal establecido al efecto por el Estado.

En cualquier caso, y como se señala *supra*, el Registro que se crea no persigue únicamente ser la base de datos informática prevista en los artículos 15 y 16 del Reglamento (CE) 73/2009 para la gestión y control de las ayudas PAC en el ámbito de la Comunidad Autónoma, sino que también tiene asignadas otras funcionalidades relativas al ejercicio por la Consejería consultante de sus restantes competencias en materia de agricultura.

Pues bien, esta doble naturaleza del Registro como base de datos del sistema de ayudas comunitarias y como herramienta de información que da soporte al ejercicio de sus competencias agrarias por parte de la Comunidad Autónoma, tiene relevancia también en el alcance de los mandatos que puede establecer el Proyecto respecto de los terceros destinatarios de la norma: los titulares de explotaciones. Y es que los mandatos de actuación que, como verdaderas obligaciones jurídicas se les imponen en el artículo 8 del Proyecto, sólo serían admisibles en la medida en que aquéllas tuvieran una base legal que habilitara al reglamento para su establecimiento (STC de 22 de diciembre de 1987, según la cual «*el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no*

*tengan su origen en la Ley, de modo inmediato o mediato, a través de la habilitación*»), lo que sólo cabría entender concurrente respecto de las obligaciones que estén relacionadas con la gestión de las ayudas agrarias, y en la medida en que se pretenda acceder a ellas. Por el contrario, el futuro Decreto no estaría habilitado para extender a los titulares de explotaciones que queden al margen del indicado sistema de ayudas las obligaciones indicadas, pues el ordenamiento regional y a diferencia de lo que ocurre en otras Comunidades Autónomas, no cuenta con una Ley agraria que imponga la obligatoriedad de inscripción en el respectivo Registro de Explotaciones Agrarias.

En consecuencia, la obligatoriedad para los titulares de inscribir en el Registro todas las explotaciones agrarias y de instar la modificación de los correspondientes datos prevista en el artículo 8 del Proyecto debería limitarse a aquellos supuestos en los que pretenda solicitarse la concesión de subvenciones o la obtención de cualesquiera otros beneficios en los que se prevea la necesidad de la constancia de los datos de la explotación en un registro administrativo. Y ello sin perjuicio de que el legítimo interés de la Administración agraria en contar con la información más completa y actualizada posible sobre el entramado de explotaciones agrarias presentes en el territorio bajo su gestión y para el más adecuado ejercicio de sus funciones, proceda de oficio a incorporar al Registro tanto las explotaciones a las que éste pretende extender su ámbito como las modificaciones de los datos de las que tenga conocimiento.

Esta consideración tiene carácter esencial.

Así, considera el Consejo Jurídico que podría modularse la redacción del artículo 8 del Proyecto señalando que para el acceso a las ayudas agrarias será requisito necesario la inscripción de la explotación en el REA y la actualización de los datos de aquella, viniendo

obligado el titular de la explotación a instar la modificación de la inscripción en los supuestos enumerados en el apartado 1 del precepto.

[...]



# Referencias Bibliográficas



## RECENSIÓN

Enric ARGULLOL i MURGADAS, Tomàs FONT i LLOVET, Manuel GERPE i LANDÍN, Oriol MIR i PUIGPELAT, i Clara VELASCO i RICO, «*La Comisió Jurídica Assesora de la Generalitat de Catalunya. 75 anys d'Història*». Generalitat de Catalunya-Viena Edicions. Barcelona, 2011, 288 págs.

«*La historia no está hecha: se hace, se deshace y se rehace*». Estas palabras de Jaume VICENS VIVES son recordadas por parte del presidente de la Comisión Jurídica Asesora, Tomàs Font i Llovet, en la presentación del libro que ahora reseñamos. La historia de las instituciones también se hace, se deshace y se rehace, siguiendo las trayectorias de los contextos normativos, políticos, personales y materiales que las configuran. No es nunca sobrero recordar la enorme importancia de conocer estos recorridos históricos si realmente pretendemos entender el sentido de las instituciones en un Estado de Derecho y democrático. Y si la institución en cuestión se inserta en el marco del control jurídico del poder ejecutivo y expresado a través de la función consultiva, la complejidad y el delicado equilibrio de los muy variados factores que forman parte de ella obligan a un ejercicio especialmente cuidadoso. En este plan debemos destacar el libro que ahora comentamos, en cuanto a la Comisión Jurídica Asesora, una institución que ha reflejado también en su particular evolución, ya desde su propia denominación, los movimientos de nuestra historia contemporánea y los cambios que ha ido experimentando el Derecho.

El libro, consecuente en las formas con su voluntad de dirigirse a un público amplio, no deja de revestir un destacable interés por los resultados que muestra y también por los caminos de reflexión que permite abrir, además de ofrecer por primera vez una perspectiva global de la historia de la Comisión Jurídica Asesora.

La estructura de la obra sigue un orden cronológico, con un epílogo centrado en los cambios de emplazamiento de la sede de la institución que también pueden ayudar a entender en cierta medida algunos de sus rasgos característicos y con un anexo en el que podemos encontrar los presidentes, miembros y secretarios y secretarías generales de la Comisión en sus diversas etapas históricas.

---

\* Nota de la Redacción: la versión original de esta recensión, en lengua catalana, puede consultarse en la web de la Revista Española de la Función Consultiva (<http://www.cjccv.es/castellano/pubREFC.html>).

El primer capítulo se dedica al período republicano (1932-1936), una parte que desde el punto de vista de las fuentes y de los contenidos debe destacarse por la importancia del estudio de esta etapa en nuestro país.

El capítulo empieza con el relato de la proclamación de la Segunda República y de la restauración de la Generalitat de Cataluña, con una especial atención al Estatuto de Autonomía de 1932. Queda enmarcado, pues, el contexto de la actuación de la Comisión Jurídica Asesora, cuya creación es una de las primeras decisiones del Consejo Ejecutivo después de la aprobación del Estatuto, y que responderá a la necesidad de poner en marcha el trabajo jurídico en el marco de la institucionalización de una autonomía recientemente recuperada y en particular en cuanto a su desarrollo legislativo.

Esta parte de la obra presenta también un interés particular, ya que incluye los resultados del estudio riguroso de los antecedentes de la Comisión Jurídica Asesora. Concretamente, se aborda el estudio de los tres antecedentes que más influyeron en los orígenes de la Comisión Jurídica Asesora republicana: la Comisión de elaboración del Apéndice de derecho civil catalán al Código Civil, la Comisión Jurídica Asesora estatal creada el año 1931 por el Gobierno de la República y la Oficina de Estudios Jurídicos de la Mancomunidad de Cataluña. Se hace un detallado recorrido cronológico especialmente atento a los miembros integrantes y a la obra llevada a cabo y, en unos términos especialmente importantes en relación con los conocimientos anteriores sobre la materia, se destaca en este libro el precedente de la Comisión del Apéndice de derecho civil catalán y también la influencia especialmente importante ejercida por la Comisión Jurídica Asesora instaurada por el Gobierno de la República. Aspecto concreto, este último, que no hace sino incrementar el interés del estudio de esta etapa histórica.

A partir de aquí se estudia la institución catalana de la época republicana. Se estudia su naturaleza y funciones, destacando la importantísima función de formulación de anteproyectos de ley claves en el ámbito también del Derecho Público, más allá, pues, del típico ámbito de actuación del Derecho Privado propio de las comisiones de codificación. Asimismo se estudia la estructura y régimen de funcionamiento; la composición –con la presidencia de Joan Maluquer i Viladot, con una referencia muy detallada de la pluralidad de miembros y finalmente, de manera muy destacable, su obra, justamente calificada de intensa, obra legislativa y función consultiva. Especialmente detallado resulta el análisis de su obra legislativa, con una atención individualizada a los anteproyectos de ley, incluidos los inacabados, realizados por la Comisión: Anteproyecto de Constitución de Cataluña; de Ley Municipal; anteproyectos sobre contratos de cultivo; del Tribunal de Casación de Cataluña; sobre mayoría y habilitación de edad; sobre la capacidad jurídica de la mujer y de los consortes; de ley electoral; de la autoridad paterna; de tutela y curatela; de los recursos en las vías gubernativa y contencioso-administrativa; sobre sucesión intestada; sobre filiación extramatrimonial; de Justicia Municipal y otros temas muy relevantes tanto en el ámbito del Derecho Privado como del Derecho Público y algunos de los cuales aún hoy resultan de actualidad en el planteamiento de ciertos problemas. En la presentación de estos contenidos a menudo se hacen importantes e interesantes referen-

cias a aspectos como la ponencia de los textos, los votos particulares, las fuentes que podían haber influido en las correspondientes propuestas, o la explicación del contexto histórico en casos especialmente conflictivos. Es destacable también el seguimiento que se efectúa de las vicisitudes de los correspondientes textos normativos resultantes, útil para la contextualización de la obra de la Comisión también en una época especialmente compleja<sup>1</sup>.

Después de una referencia concreta también a la obra consultiva de este período, este capítulo finaliza con los detalles de la disolución de la Comisión en 1936.

El segundo capítulo se dedica al restablecimiento de la Comisión Jurídica Asesora (1978-1979), 42 años después de su disolución. Para empezar, se hace especial mención a la idea de la importancia de mantener una tradición institucional vinculada al respecto del derecho en una etapa como la transición democrática. A partir de ahí, siguiendo una estructura similar a la del capítulo anterior, se estudia su naturaleza y funciones, con una clara vinculación al precedente republicano pero anticipando los cambios esenciales de sus funciones; la estructura y el régimen de funcionamiento; la composición, con la específica referencia a la presidencia de Ramon Faus i Esteve y finalmente los primeros dictámenes, con una referencia específica al dictamen sobre el Proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979: se relata la cronología detallada, su carácter enmarcado estrictamente en la relación institucional, sin que fuera objeto de publicación y una extensa reseña del examen llevado a cabo por el dictamen sobre el proyecto, especialmente en el ámbito de la ordenación de las competencias.

El tercer capítulo del libro aborda el período de la Generalitat estatutaria (1980-2010). Capítulo que se divide a su vez en tres períodos: En primer lugar, el período 1980-1990, en el que se destaca la transformación funcional de la Comisión en el marco de la descentralización de la función consultiva en el sistema constitucional español, que tiene como máxima y conocida expresión la sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992. A nivel organizativo, se destaca la importancia de la Comisión Permanente y a nivel de composición, la presidencia de Josep M. Vilaseca i Marcet. En segundo lugar, el período 1991-2005, en el que destaca la consolidación de la Comisión como órgano consultivo de control previo de la legalidad con competencia general, la presidencia de Josep-Enric Rebés i Solé y la confirmación del papel central de la Permanente. En tercer lugar, finalmente, el período 2005-2010, en el que se pone énfasis en el reconocimiento estatutario y una afirmación de la independencia y de la transparencia de la institución, así como en las diversas novedades que implica la nueva normativa de la Comisión en cuanto al ejercicio de sus competencias. A nivel de estructura y funcionamiento, se destacan las diversas novedades relativas a los miembros –reducción del número, ampliación del manda-

---

<sup>1</sup> Se tuvieron en cuenta, entre otros, los estudios realizados por Ferran BADOSA I COLL y Manuel GERPE I LANDÍN que se han publicado en el libro *«La Comissió Jurídica Assessora en la formació del dret català»* (Barcelona, 2011). La obra de la Comisión Jurídica Asesora de la época republicana había estado objeto de referencia en la Memoria de la Comisión de 1979-1986, en las páginas 10-11.

to, renovación, causas tasadas de la pérdida de su condición, incompatibilidades, funciones del presidente, figuras de la Secretaría General y de los letrados y la supresión de la Permanente—. También se desarrollan los cambios relativos a la composición, con la presidencia de Tomàs Font i Llovet.

A lo largo de estas tres etapas se da cuenta de la sucesiva normativa reguladora de la Comisión: Ley 3/1985, Decreto 185/1986, Ley 21/1990, Decreto Legislativo 1/1991; Ley 5/2005 y Decreto 69/2006; pero también de la normativa sectorial que ha ido incidiendo de manera importante, como la de carácter urbanístico (en relación con la protección de las zonas verdes y espacios públicos) y las implicaciones de sus evoluciones. Y año por año, sistemáticamente, encontramos la relación de las actividades de la Comisión: dictámenes y consultas —con oportuna referencia a los temas que protagonizan cuantitativa y cualitativamente la actividad de la Comisión (responsabilidad patrimonial; proyectos reglamentarios, urbanismo...)—; informes especialmente relevantes por lo que respecta a la estructura institucional; así como otras actividades institucionales que también han sido relevantes en la trayectoria de la institución —jornadas, publicaciones, hasta la conmemoración, el año 2008, del 75 aniversario de su creación y del 30 aniversario de su restablecimiento y la adopción de la medalla y el emblema, en el año 2010—.

También es importante señalar que a lo largo de esta exposición aparecen adecuadamente tratados los diversos vectores de transformación o mutación de la institución: así, aspectos como los relativos al carácter preceptivo de su intervención, al ámbito de sus pronunciamientos y a las obligaciones de los órganos consultantes; la objetividad, la independencia y la autonomía de la institución; el tipo de especialización jurídica, el volumen de actividad y la incidencia de la claridad de la normativa reguladora de las competencias de la Comisión sobre las solicitudes de su intervención. Son especialmente relevantes los detalles de una doble y progresiva transformación de la institución: la relativa a su configuración, de un órgano de asesoramiento jurídico interno calificado a un órgano independiente de control preventivo de legalidad; y la relativa a sus funciones, de un órgano caracterizado de manera relevante por la función de elaboración de proyectos normativos, a la eliminación de esta función para dar paso a un órgano consultivo equivalente al Consejo de Estado. Este último tema da lugar a una interesante reflexión sobre las funciones de codificación del Derecho Privado y del Derecho Público.

Esta reseña no sería completa si no se hiciera alusión a una serie de aspectos transversales que contribuyen a dar su carácter a la obra. Así, en primer lugar, la atención que se presta a las continuidades y discontinuidades, coexistencias y vinculaciones institucionales y personales entre la Comisión y otras instituciones, aspecto ineludible para aclarar su evolución.

En segundo lugar, la obra presenta datos directamente extraídos de la documentación estudiada (hecho acompañado de la utilización de los destacables archivos fotográficos y también de la reproducción de varios discursos) para precisar determinados aspectos de su régimen; y queda atenta también a los tipos de materia-

les que se utilizaba en los trabajos de la Comisión, como el Derecho comparado en una época en que este extremo resulta especialmente interesante, como la republicana; sin dejar de ponerse de relieve la importancia práctica de algunos de estos materiales para el buen conocimiento de su actividad.

En tercer lugar, debemos destacar la valoración (y a menudo con el contraste con la normativa española) sobre la novedad u originalidad que presentan las soluciones a que ha dado lugar la actividad de la Comisión, con mayor o menor desarrollo; pero en todo caso dando pie a la posibilidad de plantear futuras búsquedas que podrían resultar de interés.

Elementos todos los que contribuyen a hacerse una idea de la valoración sobre la imagen y la proyección resultante de la institución que también a menudo se hace explícita.

Se ha expuesto la concepción de la historia en el ámbito de la Administración Pública, más que como yuxtaposición cronológica de instituciones, como sedimentación progresiva, un proceso de consolidaciones y renovaciones: la Historia sería la Geología de la Ciencia Administrativa. Y también se ha expresado que la historia institucional es ante todo (si bien no solo) la historia jurídica, aspecto que hay que señalar, teniendo en cuenta que el Derecho es portador de significaciones fundamentales<sup>2</sup>. La Historia y el Derecho, dos elementos especialmente presentes en una institución como la Comisión Jurídica Asesora, que hay que conocer interrelacionados para entender mejor nuestra sociedad y que gracias a obras como la que aquí hemos reseñado nos interpelan a continuar su estudio cuidadoso.

Francesc J. Rodríguez Pontón

---

<sup>2</sup> Nos referimos, por lo que respecta a estas dos afirmaciones, a la obra de Pierre LEGENDRE, «*Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*», Fayard, París, 1992, págs. 43-44.



## RECENSIÓ

**RESSENYA DEL LLIBRE *LA COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. 75 ANYS D'HISTÒRIA*, BARCELONA, 2011 (Autors del llibre: Enric ARGULLOL i MURGADAS, Tomàs FONT i LLOVET, Manuel GERPE i LANDÍN, Oriol MIR i PUIGPELAT, i Clara VELASCO i RICO)**

*“La història no està feta: es fa, es desfà i es refà”*. Aquestes paraules de Jaume Vicens Vives són recordades per part del president de la Comissió Jurídica Assessora, Tomàs Font i Llovet, en la presentació del llibre que ara ressenyem. La història de les institucions també es fa, es desfà i es refà, tot seguint les trajectòries dels contextos normatius, polítics, personals i materials que les configuren. No és mai sobrer recordar l'enorme importància de conèixer aquests recorreguts històrics si realment pretenem entendre el sentit de les institucions en un Estat de Dret i democràtic. I si la institució en qüestió s'insereix en el marc del control jurídic del poder executiu i expressat a través de la funció consultiva, la complexitat i el delicat equilibri dels molts diversos factors que en formen part obliguen a un exercici especialment curós. En aquest pla hem de destacar el llibre que ara comentem, pel que fa a la Comissió Jurídica Assessora, una institució que ha reflectit també en la seva particular evolució, ja des de la seva pròpia denominació, els moviments de la nostra història contemporània i els canvis que hi ha anat experimentant el Dret.

El llibre, conseqüent en les formes amb la seva voluntat d'adreçar-se a un públic ampli, no deixa de revestir un destacable interès pels resultats que mostra i també pels camins de reflexió que permet obrir, a més d'oferir per primera vegada una perspectiva global de la història de la Comissió Jurídica Assessora.

L'estructura de l'obra segueix un ordre cronològic, amb un epíleg centrat en els canvis d'emplaçament de la seu de la institució que també poden ajudar a entendre en certa manera alguns dels seus trets característics i amb un annex en el qual podem trobar els presidents, membres i secretaris i secretàries generals de la Comissió en les seves diverses etapes històriques.

El primer capítol es dedica al període republicà (1932-1936), una part que des del punt de vista de les fonts i dels continguts cal destacar per la importància de l'estudi d'aquesta etapa al nostre país.

El capítol comença amb el relat de la proclamació de la Segona República i de la restauració de la Generalitat de Catalunya, amb una especial atenció a l'Estatut d'Autonomia de 1932. Queda emmarcat, doncs, el context de l'actuació de la Comissió Jurídica Assessora, la creació de la qual és una de les primeres decisions del Consell Executiu després de l'aprovació de l'Estatut, i que respondrà a la necessitat de posar en marxa el treball jurídic en el marc de la institucionalització d'una autonomia recentment recuperada i en particular pel que fa al seu desplaçament legislatiu.

Aquesta part de l'obra presenta també un interès particular, ja que inclou els resultats de l'estudi rigorós dels antecedents de la Comissió Jurídica Assessora. Concretament, s'hi aborda l'estudi dels tres antecedents que més inflüïren en els orígens de la Comissió Jurídica Assessora republicana: la Comissió d'elaboració de l'Apèndix de dret civil català al Codi Civil, la Comissió Jurídica Assessora estatal creada l'any 1931 pel Govern de la República i l'Oficina d'Estudis Jurídics de la Mancomunitat de Catalunya. Se'n fa un detallat recorregut cronològic especialment atent als membres integrants i a l'obra duta a terme i, en uns termes especialment importants en relació amb els coneixements anteriors sobre la matèria, es destaca en aquest llibre el precedent de la Comissió de l'Apèndix de dret civil català i també la influència especialment important exercida per la Comissió Jurídica Assessora instaurada pel Govern de la República. Aspecte concret, aquest darrer, que no fa sinó incrementar l'interès de l'estudi d'aquesta etapa històrica.

A partir d'aquí s'hi estudia la institució catalana de l'època republicana. Se n'estudia la naturalesa i funcions, tot destacant la importantíssima funció de formulació d'avantprojectes de llei claus en l'àmbit també del Dret Públic, més enllà, doncs, del típic àmbit d'actuació del Dret Privat propi de les comissions de codificació. Així mateix se n'estudia l'estructura i règim de funcionament; la composició –amb la presidència de Joan Maluquer i Viladot, amb una referència força detallada de la pluralitat de membres i finalment, de manera molt destacable, la seva obra, justament qualificada d'intensa, obra legislativa i funció consultiva. Especialment detallada resulta l'anàlisi de l'obra legislativa, amb una atenció individualitzada als avantprojectes de llei, inclosos els inacabats, realitzats per la Comissió: Avantprojecte de Constitució de Catalunya; de Llei Municipal; avantprojectes sobre contractes de conreu; del Tribunal de Cassació de Catalunya; sobre majoria i habilitació d'edat; sobre la capacitat jurídica de la dona i dels consorts; de llei electoral; de l'autoritat paterna; de tutela i curatela; dels recursos en les vies governativa i contencioso-administrativa; sobre successió intestada; sobre filiació extramatrimonial; de Justícia Municipal i d'altres temes molt rellevants tant en l'àmbit del Dret Privat com del Dret Públic i alguns dels quals encara avui resulten d'actualitat en el plantejament de certs problemes. En la presentació d'aquests continguts sovint es fan importants i interessants referències a aspectes com la ponència dels textos, els vots particulars, les fonts que podien haver influït en les corresponents propostes, o

l'explicació del context històric en casos especialment conflictius. És destacable també el seguiment que s'hi efectua de les vicissituds dels corresponents textos normatius resultants, útil per a la contextualització de l'obra de la Comissió també en una època especialment complexa<sup>1</sup>.

Després d'una referència concreta també a l'obra consultiva d'aquest període, aquest capítol finalitza amb els detalls de la dissolució de la Comissió el 1936.

El segon capítol es dedica al restabliment de la Comissió Jurídica Assessoradora (1978-1979), 42 anys després de la seva dissolució. Per començar, s'hi fa especial esment a la idea de l'importància de mantenir una tradició institucional vinculada al respecte del dret en una etapa com la transició democràtica. A partir d'aquí, seguint una estructura similar a la del capítol anterior, se n'estudia la naturalesa i funcions, amb una clara vinculació al precedent republicà però tot anticipant els canvis essencials de les seves funcions; l'estructura i el règim de funcionament; la composició, amb l'específica referència a la presidència de Ramon Faus i Esteve i finalment els primers dictàmens, amb una referència específica al dictamen sobre el Projecte d'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 1979: se'n relata la cronologia detallada, el seu caràcter emmarcat estrictament en la relació institucional, sense que fos objecte de publicació i una extensa ressenya de l'examen dut a terme pel dictamen sobre el projecte, especialment en l'àmbit de l'ordenació de les competències.

El tercer capítol del llibre aborda el període de la Generalitat estatutària (1980-2010). Capítol que es divideix a la seva vegada en tres períodes: En primer lloc, el període 1980-1990, en el qual es destaca la transformació funcional de la Comissió en el marc de la descentralització de la funció consultiva en el sistema constitucional espanyol, que té com a màxima i coneguda expressió la sentència del Tribunal Constitucional 204/1992. A nivell organitzatiu, s'hi destaca la importància de la Comissió Permanent i a nivell de composició, la presidència de Josep M. Vilaseca i Marcet. En segon lloc, el període 1991-2005, en el qual destaca la consolidació de la Comissió com a òrgan consultiu de control previ de la legalitat amb competència general, la presidència de Josep-Enric Rebés i Solé i la confirmació del paper central de la Permanent. En tercer lloc, finalment, el període 2005-2010, en el qual es posa èmfasi en el reconeixement estatutari i un reforçament de la independència i de la transparència de la institució, així com en les diverses novetats que implica la nova normativa de la Comissió pel que fa a l'exercici de les seves competències. A nivell d'estructura i funcionament, s'hi destaquen les diverses novetats relatives als membres -reducció del nombre, ampliació del mandat, renovació, causes taxades de la pèrdua de la seva condició, incompatibilitats, funcions del president, figures de la Secretaria General i dels lletrats i la supressió de la Permanent-. També s'hi desenvolupen els canvis relatius a la composició, amb la presidència de Tomàs Font i Llovet.

---

<sup>1</sup> S'hi van tenir en compte, entre altres, els estudis realitzats per Ferran Badosa i Coll i Manuel Gerpe i Landín que s'han publicat en el llibre *La Comissió Jurídica Assessoradora en la formació del dret català* (Barcelona, 2011). L'obra de la Comissió Jurídica Assessoradora de l'època republicana havia estat objecte de referència a la *Memòria* de la Comissió de 1979-1986, a les pàgines 10-11.

Al llarg d'aquestes tres etapes es dona compte de la successiva normativa reguladora de la Comissió: Llei 3/1985, Decret 185/1986, Llei 21/1990, Decret Legislatiu 1/1991; Llei 5/2005 i Decret 69/2006; però també de la normativa sectorial que hi ha anat incidint de manera important, com ara la de caràcter urbanístic (en relació amb la protecció de les zones verdes i espais públics) i les implicacions de les seves evolucions. I any per any, sistemàticament, hi trobem la relació de les activitats de la Comissió: dictàmens i consultes –amb oportuna referència als temes que protagonitzen quantitativament i qualitativa l'activitat de la Comissió (responsabilitat patrimonial; projectes reglamentaris, urbanisme...)– ; informes especialment rellevants pel que fa a l'estructura institucional; així com altres activitats institucionals que també han estat rellevants en la trajectòria de la institució –jornades, publicacions, fins a la commemoració, l'any 2008, del 75è. aniversari de la seva creació i del 30è. aniversari del seu restabliment i l'adopció de la medalla i l'emblema, l'any 2010–.

També és important remarcar que al llarg d'aquesta exposició apareixen adequadament tractats els diversos vectors de transformació o mutació de la institució: així, aspectes com els relatius al caràcter preceptiu de la seva intervenció, a l'àmbit dels seus pronunciaments i a les obligacions dels òrgans consultants; l'objectivitat, la independència i l'autonomia de la institució; el tipus d'especialització jurídica, el volum d'activitat i la incidència de la claredat de la normativa reguladora de les competències de la Comissió sobre les sol·licituds de la seva intervenció. Són especialment rellevants els detalls d'una doble i progressiva transformació de la institució: la relativa a la seva configuració, d'un òrgan d'assessorament jurídic intern qualificat a un òrgan independent de control preventiu de legalitat; i la relativa a les seves funcions, d'un òrgan caracteritzat de manera rellevant per la funció d'elaboració de projectes normatius, a l'eliminació d'aquesta funció per donar pas a un òrgan consultiu equivalent al Consell d'Estat. Aquest darrer tema dona lloc a una interessant reflexió sobre les funcions de codificació del Dret Privat i del Dret Públic. Aquesta ressenya no seria completa si no es fes al·lusió a una sèrie d'aspectes transversals que contribueixen a donar el seu caràcter a l'obra. Així, en primer lloc, l'atenció que s'hi presta a les continuïtats i discontinuïtats, coexistències i vinculacions institucionals i personals entre la Comissió i altres institucions, aspecte ineludible per tal d'aclarir la seva evolució.

En segon lloc, l'obra presenta dades directament extretes de la documentació estudiada (fet acompanyat de la utilització dels destacables arxius fotogràfics i també de la reproducció de diversos discursos) per precisar determinats aspectes del seu règim; i resta atenta també als tipus de materials que s'utilitzava en els treballs de la Comissió, com ara el Dret comparat en una època en què aquest extrem resulta especialment interessant, com la republicana; sense deixar de posar-s'hi en relleu la importància pràctica d'alguns d'aquests materials per al bon coneixement de la seva activitat.

En tercer lloc, hem de destacar la valoració (i sovint amb el contrast amb la normativa espanyola) sobre la novetat o originalitat que presenten les solucions a què

ha donat lloc l'activitat de la Comissió, amb major o menor desenvolupament; però en tot cas donant peu a la possibilitat de plantejar futures recerques que podrien resultar d'interès.

Elements tots els quals contribueixen a fer-se una idea de la valoració sobre la imatge i la projecció resultant de la institució que també sovint es fa explícita.

Hom ha exposat la concepció de la història en l'àmbit de l'Administració Pública, més que com a juxtaposició cronològica d'institucions, com a sedimentació progressiva, un procés de consolidacions i renovacions: la Història seria la Geologia de la Ciència Administrativa. I també s'ha expressat que la història institucional és abans de tot (per bé que no només) la història jurídica, aspecte que cal remarcar, atès que el Dret és portador de significacions fonamentals<sup>2</sup>. La Història i el Dret, dos elements especialment presents en una institució com la Comissió Jurídica Assessora, que cal conèixer interrelacionats per entendre millor la nostra societat i que gràcies a obres com la que aquí hem ressenyat ens interpel·len a continuar el seu estudi curós.

*Francesc J. Rodríguez Pontón*

---

<sup>2</sup> Ens referim, pel que fa a aquestes dues afirmacions, a l'obra de Pierre Legendre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Fayard, París, 1992, pàgs. 43-44.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS SOBRE FUNCIÓN CONSULTIVA

**Pablo Javier Collado Beneyto**

*Jefe del Servicio de Coordinación y Documentación  
Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

**Mercedes Altarriba Comes**

*Bibliotecaria-Documentalista  
Servicio de Coordinación y Documentación  
Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

Esta sección de referencias bibliográficas de la revista recoge una selección de libros, artículos y partes de monografías publicadas desde el 1 de enero de 2009<sup>1</sup> hasta el 10 de julio de 2014, que se encuentran relacionados con el tema que nos ocupa: la función consultiva.

La bibliografía ha sido ordenada alfabéticamente atendiendo al primer apellido de los autores.

### Libros

ARGULLOL I MURGADAS, ENRIC; et al. *La Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya: 75 anys d'història*. [Barcelona]: Generalitat de Catalunya, 2011.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, ENRIQUE. *Instituciones de apoyo a gobiernos y parlamentos: (Consejos, defensorías y cámaras de cuentas) sistema de designación y notas estatutarias*. [Valencia]: Tirant lo Blanch, 2009.

GARCÍA MENGUAL, FERNANDO (ed. lit.). *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana: XV aniversari 1996-2011*. [Valencia]: Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, D.L. 2011.

GÓMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL; et al. *Jornadas sobre la Función Consultiva. Madrid 17 y 18 de septiembre de 2009*. [Madrid]: Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, D.L. 2010.

---

<sup>1</sup> Pueden consultarse referencias anteriores en el nº 9 de la *Revista Española de la Función Consultiva*, págs. 353-358.

GÓMEZ RIVERO, RICARDO. *El Primer Consejo de Estado constitucional, 1812-1814*. [Cizur Menor]: Civitas : Thomson Reuters, [2012].

GONZÁLEZ CASANOVA, J. A. *El Consell Consultiu de la Generalitat: 1981-2009*. 2ª ed. [Barcelona]: Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya, D.L. 2010.

MARTÍN OVIEDO, JOSÉ MARÍA. *El Consejo de Estado durante el régimen constitucional: (1808-2012)*. [Madrid]: Consejo de Estado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2013.

PÉREZ I SEGUÍ, ZULIMA. *La intervención de los Consejos Consultivos en las reformas de los estatutos de autonomía*. [Valencia]: Corts Valencianes, D.L. 2009.

### **Artículos de revista y partes de monografía**

ALONSO GARCÍA, ENRIQUE. [Artículo 107]: El Consejo de Estado. En: Casas Baamonde, María Emilia ; Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*. [Las Rozas Madrid]: Fundación Wolters Kluwer, 2009, págs. 1747-1760.

ÁLVAREZ GARCÍA, VICENTE. Las funciones cuasi-jurisdiccionales de los Consejos Consultivos Autonómicos: el ejemplo extremeño. En: *Revista Española de la Función Consultiva*. Enero-junio 2012, nº 17, págs. 75-89.

APARICIO PÉREZ, MIGUEL A. Protecció de l'autogovern i control d'estatutarietat: El Consell de Garanties Estatutàries. En: *Revista catalana de Dret Públic*. Desembre de 2009, nº 39, págs. 37-55.

ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL, ÀNGELS. El Consell Consultiu com a garant de l'autonomia: Una mirada retrospectiva. En: *Revista catalana de Dret Públic*. Desembre de 2009, nº 39, págs. 83-109.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, ENRIQUE.

- Constitución de 1812 y función consultiva: Evolución del Consejo de Estado en España. En: *Revista Española de la Función Consultiva*. Enero-junio 2010, nº 13, págs. 149-183.

- La naturaleza ilimitada de la Función Consultiva en el ámbito de intervención institucional. En: *Jornadas sobre la Función Consultiva*. [Madrid]: Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, D.L. 2010, págs. 79-84.

CAMISÓN YAGÜE, JOSÉ ÁNGEL. El informe del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 2010 sobre garantías de cumplimiento del derecho de la Unión Europea. En: *Teoría y Realidad Constitucional*. 2º semestre 2011, nº 28, págs. 609-631.

CANO BUESO, JUAN.

- El Consejo Consultivo de Andalucía: El Consejo Consultivo de Andalucía como garante del orden constitucional de competencias y de los derechos de los andaluces. En: Aparicio, Miguel A.; Barceló i Serramalera, Mercè (coords.). *Órganos garantes de la autonomía política, defensa institucional y protección de los derechos: Los casos de Italia, Alemania y España*. Barcelona: Atelier, 2009, págs. 207-212.

- Consolidación de los Consejos Consultivos en España y su papel como garantes de autonomía. En: *Revista catalana de Dret Públic*. Diciembre de 2009, nº 39, págs. 57-82.

CARBONELL PORRAS, ELOISA. Entidades locales y función consultiva. En: *Jornadas sobre la Función Consultiva*. [Madrid]: Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, D.L. 2010, págs. 199-206.

CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE. El papel de los Consejos Consultivos en la elaboración de las normas. En: *Jornadas sobre la Función Consultiva*. [Madrid]: Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, D.L. 2010, págs. 39-77.

DELGADO DEL RINCÓN, LUIS ESTEBAN. El Consejo de garantías estatutarias de Cataluña: de órgano consultivo de la Generalidad a órgano de control jurídico y de tutela institucional de los derechos estatutarios. En: Matía Portilla, Francisco Javier (dir.). *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*. [Madrid]: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, págs. 225-255.

FONT I LLOVET, TOMÁS. Los órganos consultivos y la calidad normativa. En: *Revista Española de la Función Consultiva*. Enero-Junio 2009, nº 11, págs. 133-149.

FOSSAS I ESPADALER, ENRIC. El Consejo de Garantías Estatutarias como garante de la autonomía política. En: Biglino Campos, Paloma ; Mapelli Marchena, Clara (dirs.). *Garantías del pluralismo territorial*. [Madrid]: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, págs. 209-227.

FRUTOS MIRANDA, JAVIER; ESPÓSITO, CARLOS. La función consultiva: los dictámenes previos a la conclusión de acuerdos internacionales. En: Beneyto Pérez, José María (dir.). *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*. [Cizur Menor]: Aranzadi, 2009, págs. 509-548.

GARCÍA MENGUAL, FERNANDO.

- La reiteración de la consulta al Órgano Consultivo: Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 y de 21 de mayo de 2013. En: *Revista Española de la Función Consultiva*. Enero-junio 2012, nº 17, págs. 407-416.

- Las limitaciones a la potestad de autoorganización de los Consejos consultivos: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2013. En: *Revista Española de la Función Consultiva*. Julio-diciembre 2012, nº 18, págs. 357-362.

GARRIDO MAYOL, VICENTE.

- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como objeto de la Función Consultiva: ¿necesidad de una reforma?. En: *Jornadas sobre la Función Consultiva*. [Madrid]: Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, D.L. 2010, págs. 85-110.

- El Consell Jurídic Consultiu. En: Visiedo Mazón, Francisco J. (coord.). *Instituciones políticas de la Comunidad Valenciana*. [Valencia]: Tirant lo Blanch, 2009, págs. 251-270.

GÓMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL. La función consultiva en España: organización y competencias del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas: la reforma del Consejo de Estado a través de la Ley Orgánica 3/2004. En: *Jornadas sobre la Función Consultiva*. [Madrid]: Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, D.L. 2010, págs. 19-33.

GÓMEZ RIVERO, RICARDO. Gobierno, ministros y Consejo de Estado. En: Escudero López, José Antonio (coord.). *Cortes y Constitución de Cádiz: 200 años*. T. III. [Madrid]: Espasa, 2011, p. 105-136.

GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS. El paper del Consell de Garanties Estatutàries en els recursos i conflictes que s'hagin d'interposar davant el Tribunal Constitucional. En: *Activitat parlamentària*. Juny 2009, nº 18, págs. 42-47.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, BARTOLOMÉ. Consejo Consultivo y Administración Local. En: *Jornadas sobre la Función Consultiva*. [Madrid]: Consejo Consultivo de la Comunidad de «Madrid», D.L. 2010, págs. 179-187.

GONZÁLEZ TABOADA, JAIME. El papel de la Dirección General de Cooperación con las Administraciones Locales en la relación entre éstas y el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. En: *Jornadas sobre la Función Consultiva*. [Madrid]: Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, D.L. 2010, págs. 189-197.

GUERRERO SANZ, M<sup>a</sup> JOAQUINA. Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria. En: *Parlamento y Constitución: Anuario*. 2010, nº 13, págs. 425-441.

HERRÁIZ SERRANO, OLGA. Actividad materialmente administrativa de los Parlamentos y Dictamen del Consejo de Estado o de sus homólogos autonómicos: A propósito de la STS de 7 de marzo de 2012, recaída en el recurso de casación núm. 1146/2009. En: *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. Diciembre 2013, nº 29, págs. 337-363.

JOVER PRESA, PEDRO. El Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña: algunas reflexiones sobre el futuro Consejo de Garantías Estatutarias desde la experiencia ofrecida por el Consejo Consultivo de la Generalidad. En: Aparicio, Miguel A. ; Barceló i Serramalera, Mercè (coords.). *Órganos garantes de la autonomía poli-*

*tica, defensa institucional y protección de los derechos: Los casos de Italia, Alemania y España*. Barcelona: Atelier, 2009, págs. 201-206.

MARTÍN OVIEDO, JOSÉ MARÍA. La experiencia del Consejo de Estado español en la revisión de proyectos de decreto. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Enero-marzo 2010. nº 145, págs. 113-132.

MARTÍNEZ PÉREZ, FERNANDO. Constitucionalismo consultivo. En: *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*. 2011, nº 10, págs. 88-99.

MIGUEL BÀRCENA, JOSU DE. El Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, en el laberinto del Derecho Parlamentario. En: Biglino Campos, Paloma ; Mapelli Marchena, Clara (dirs.). *Garantías del pluralismo territorial*. [Madrid]: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, págs. 229-247.

MIR PIUGPELAT, ORIOL. La Comissió Jurídica Assessora com a garant de l'autonomia. En: *Revista catalana de Dret Públic*. Deseembre de 2009, nº 39, págs. 111-134.

OLIVER ARAUJO, JOAN. El Consejo Consultivo de las Islas Baleares. En: Aparicio, Miguel A.; Barceló i Serramallera, Mercè (coords.). *Órganos garantes de la autonomía política, defensa institucional y protección de los derechos: Los casos de Italia, Alemania y España*. «Barcelona»: Atelier, 2009, págs. 213-217.

PLA I BOIX, ANNA M.

- Composició, organització i estatut dels membres del Consell de Garanties estatutàries. En: *Activitat parlamentària*. Juny 2009, nº 18, págs. 17-25.

- Los Consejos Consultivos autonómicos en España. En: Aparicio, Miguel A.; Barceló i Serramallera, Mercè (coords.). *Órganos garantes de la autonomía política, defensa institucional y protección de los derechos: Los casos de Italia, Alemania y España*. «Barcelona»: Atelier, 2009, págs. 19-37.

- El Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña en el proceso de descentralización de la función consultiva en España. En: Castellá Andreu, Josep M.; Olivetti, Marco (coords.). *Nuevos estatutos y reforma del Estado. las experiencias de España e Italia a debate*. «Barcelona». Atelier, 2009, págs. 239-270.

ROZADOS OLIVA, MANUEL JESÚS. El control preventivo de la actividad administrativa: Consejo de Estado y Consejos Consultivos. En: Zambonino Pulito, María (dir.). *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas*. [Madrid]: Iustel, 2010, págs. 53-75.

RUIZ MIGUEL, CARLOS. Los consejos consultivos como guardianes de la autonomía: Bibliografía, jurisprudencia, doctrina legal y perspectivas. En: *Revista catalana de Dret Públic*. Deseembre de 2009, nº 39, págs. 209-239.

SABANDO SUÁREZ, PEDRO. La coordinación en el sistema nacional de salud de España. En: *Jornadas sobre la Función Consultiva*. [Madrid]: Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, D.L. 2010, págs. 111-121.

SÁNCHEZ NAVARRO, ÁNGEL J. El futuro de la Función Consultiva en España. En: *Jornadas sobre la Función Consultiva*. [Madrid]: Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, D.L. 2010, págs. 207-228.

SANTOLAYA MACHETTI, PABLO. Posición del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña en el sistema institucional. En: Aparicio, Miguel A.; Barceló i Serralalera, Mercè (coords.). *Órganos garantes de la autonomía política, defensa institucional y protección de los derechos: Los casos de Italia, Alemania y España*. [Barcelona]: Atelier, 2009, págs. 77-86.

TORNOS I MAS, JOAQUIM.

- La posición institucional de los Consejos Consultivos. En: *Revista Española de la Función Consultiva*. Julio-diciembre 2009, nº 12, págs. 19-39.

- El Consell de Garanties Estatutàries. En: *Revista catalana de Dret Públic*. Desembre de 2010, nº especial, págs. 181-184.

URBANO GÓMEZ, SUSANA. El papel del Consejo de Estado en el estado autonómico español: especial consideración a la revisión de oficio de las normas forales de los territorios históricos vascos. En: *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*. Julio 2010, nº 48, págs. 5-26.

VERNET I LLOBET, JAUME. L'activitat del Consell Consultiu, una institució portada a terme. En: *Activitat parlamentària*. Juny 2009, nº 18, p. 8-16.

VINTRÓ CASTELLS, JOAN.

- La incidència dels dictàmens del Consell de Garanties Estatutàries en l'exercici de la funció legislativa del Parlament. En: *Activitat parlamentària*. Juny 2009, nº 18, págs. 26-41.

- Els dictàmens vinculants del Consell de Garanties Estatutàries. En: *Revista catalana de Dret Públic*. Desembre de 2010, nº especial, págs. 185-190.

# Jurisprudencia



## JURISPRUDENCIA

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA (SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2ª), DE 21 DE JULIO DE 2014

#### RESUMEN

*La sentencia anula la Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana, que regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia del servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las Instituciones Sanitarias dependientes de la Conselleria de Sanidad. La Sala considera que se ha incurrido en una vulneración del principio de jerarquía normativa al regular mediante la Orden materia que por su naturaleza –ciertos aspectos de la jubilación de funcionarios y personal estatutario– debiera haber revestido rango de Decreto del Gobierno.*

*Este rango inadecuado del instrumento normativo conlleva, la que a juicio de la Sala es la principal causa de nulidad: la ausencia de dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana. En la Sentencia se destaca la importancia de que el legislador conozca el parecer del Supremo Órgano Consultivo en atención a su independencia de criterio y su pericia técnica.*

\* \* \*

[...]

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Se impugna por el Sindicato CSIF la Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Conselleria de Sanidad, que regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia del servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las Instituciones Sanitarias dependientes de la Conselleria de Sanidad.

Alega el Sindicato que en la Orden recurrida concurren básicamente los siguientes motivos de nulidad:

1º.- Vulneración de los principios de legalidad y de jerarquía normativa, pues a su juicio la Orden autonómica contraviene el Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003), ya que esta norma en su art. 26, garantiza el derecho del personal estatutario a prolongar hasta sus 70 años su permanencia en el servicio activo, mientras mantengan su capacidad funcional y en el marco del Plan

de Ordenación de los Recursos Humanos, mientras que la Orden recurrida y el PORH a ella vinculado, dejan sin efecto este derecho, al disponer que se iniciarán de oficio expedientes de jubilación forzosa todos los que cumplan 65 años.

2º.- Vulneración del principio de reserva de ley, exigido por el art. 103.3 CE para regular las cuestiones que afecten al estatuto de los empleados públicos; en todo caso –aduce CSIF– la disposición recurrida debió adoptar la forma de Decreto del Consell y no de Orden de la Conselleria de Sanidad, conforme al art. 33 de la Ley 5/1983, del Consell, y tal como así lo informó en su momento la Abogacía General de la Generalitat (fols. 87 y ss. del expediente).

3º.- Nulidad procedimental por omisión del informe preceptivo del Consell Jurídic Consultiu, exigido por el art. 43.1.f) de la Ley 5/83, y que fue igualmente advertida en el informe de la Abogacía de la Generalitat antes mencionado (fol. 87).

4º.- Falta de negociación colectiva con los representantes del personal, pues sólo se constituyeron Mesas Técnicas con relación al Plan de Ordenación de Recursos Humanos, pero no hubo ninguna negociación referente a la Orden recurrida.

Analicemos, pues, dichos argumentos del recurso.

[...]

**CUARTO.-** Abordemos ahora los aspectos relativos a la aducida vulneración del principio de reserva de ley, exigido por el art. 103.3 CE para regular las cuestiones que afecten al estatuto de los empleados públicos, y subsidiariamente la necesidad de que la disposición recurrida adoptara la forma de Decreto del Consell y no de Orden de la Conselleria de Sanidad.

Es cierto que el art. 103.3 de la Constitución establece una reserva de ley sobre el estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3), que se proyecta sobre los aspectos esenciales de la relación de empleo, como son los derechos y deberes generales de los funcionarios o empleados públicos, pues sólo así se puede asegurar que las regulaciones de determinado ámbito vital de los mismos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes (STC 19/1987 de 17 de febrero), garantizando, de este modo, aquellos derechos en su contenido material y más relevante; lo que excluye o condiciona, según los casos, el contenido y alcance de los reglamentos ejecutivos (dictados con la correspondiente habilitación legal), y también el de los reglamentos independientes en la materia (SSTC núm. 58/1982, de 27 de julio; 83/1984, de 24 de julio; 99/1987, de 11 de junio, etc...).

Pero, como también ha advertido reiteradamente el Tribunal Constitucional (STC. 99/87, o STC de 19/abril/1998), una cosa son esos derechos y otra su inmodificabilidad pues «*El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en un situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo de acuerdo con los principio de reserva de ley y de legalidad*». Ningún obstáculo hay, por tanto, para

que, en los términos y con el alcance con que se lleva a cabo, y contando con la pauta que le marca el propio art. 26.2 del Estatuto Marco (Ley 55/2003), la regulación de esta materia quede residenciada en el seno de la potestad reglamentaria de la Administración, pues ninguna afectación de derechos individuales se produce más allá del marco que definen las leyes que habilitan la potestad reglamentaria (arts. 39.3 y 40.3 Ley autonómica 5/83).

Ahora bien, cuestión distinta es la relativa al rango que deba ostentar la norma a través de la cual se plasma el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración en referencia a la materia que analizamos; la Ley 5/1983, de 30/diciembre, del Consell, al regular la jerarquía de las normas que se dictan como consecuencia del ejercicio de su potestad reglamentaria, lo hace en términos similares a la normativa estatal –Ley 50/97, del Gobierno– y dispone en su art. 32, que tal jerarquía será la siguiente: 1. Decretos del Consell, 2. Decretos del President de la Generalitat, 3. Ordenes de las Comisiones Delegadas del Consell, 4. Ordenes de Consejerías y 5. Disposiciones de órganos inferiores por el orden de su jerarquía. Adoptarán la forma de Decreto del Consell las disposiciones de carácter general emanadas del mismo y los actos singulares emanados del Consell, cuando así lo exija una norma legal o reglamentaria, o lo disponga el propio Consell (art. 33); en los mismos términos se regulan los Decretos del President, añadiendo, en especial, los actos referidos a ceses y nombramientos y asignación de funciones a los distintos Consejeros (art. 34). Y adoptarán la forma de Orden de Consejería las *«disposiciones consecuencia del ejercicio de la potestad reglamentaria de los titulares de las mismas, que quedará circunscrita a las materias de su departamento»* (art. 37). Los secretarios autonómicos y los órganos directivos, en cuanto se refiere a organización interna de sus propios servicios podrán dictar instrucciones y órdenes de servicio. (art. 38).

Este Tribunal, ha priorizado el contenido sobre la forma a la hora de determinar la naturaleza de la disposición a efectos de recabar informe de Consell Jurídic Consultiu (así en Sentencia 492/08, de 20/mayo, rec. 43/03, Sec. 3ª, se afirmaba: *«El hecho de que la disposición impugnada adopte forma de Acuerdo del Gobierno y no de Decreto no prejuzga su naturaleza de disposición de carácter general, ya que lo esencial es considerar su contenido y por consiguiente atender a su naturaleza jurídica, sin que la forma adoptada establezca necesariamente su calificación como reglamento o acto administrativo»*). Así pues, será el contenido de la norma el que predeterminara el rango exigible para su adopción.

Y es manifiesto que la regulación de la jubilación –causa de extinción de la relación de servicio– afecta directamente a los derechos del personal, derivando de este factor la conveniencia de su regulación mediante norma de mayor rango que una Orden de Conselleria; a esta especial sensibilidad no ha sido ajena la Administración del Estado, pues piénsese que incluso una normativa meramente reguladora de las indemnizaciones por razón del servicio, pasó de ser regulada mediante Orden Ministerial a serlo a través de Real Decreto de 25/mayo/2002, en cuyo Preámbulo se destacó: *«Por otra parte, se ha estimado también necesario elevar hasta el rango de la*

*norma que ahora se aprueba aquellos preceptos que hasta el momento, pese a la importancia sustancial de su contenido, se encontraban recogidos en normas de inferior nivel, como la Orden de 8 de noviembre de 1994».*

La naturaleza de su contenido, la afectación junto al personal estatutario, también del personal funcionario, y su carácter de norma de aplicación de las previsiones de una Ley estatal, hace descartar el carácter meramente organizativo interno que, a juicio de la Administración, justificaría que esta materia haya quedado regulada mediante Orden de la Conselleria de Sanidad, pues no nos hallamos ante una reglamentación *«de aspectos domésticos de organización interna»* (STS 14/octubre/97, rec. 1392/90) de la Conselleria de Sanidad. Como se ha entendido en Sentencia de la Sección 5ª de este Tribunal, núm. 598/2012, de 21 noviembre (rec. 670/10): *«El cariz propio del concepto de potestad doméstica hace que éste se limite, con exclusividad a la regulación interna de los propios medios personales, materiales,... de los Entes públicos (en este caso, de la Generalitat Valenciana)».*

En el presente caso, nos hallamos ante una norma que rebasa el ámbito doméstico de la organización interna de la Conselleria de Sanidad, y su contenido responde a un objetivo de mucha mayor amplitud y vinculado al Plan de Ordenación de los Recursos Humanos de los Servicios Autonómicos de Salud, instrumento éste que no es sino concreción (art. 13 EM) de la planificación de los recursos humanos, orientada a su adecuado dimensionamiento, distribución, estabilidad, desarrollo, formación y capacitación, en orden a mejorar la calidad, eficacia y eficiencia del servicio público sanitario; efectivamente, no sólo se ha entremezclado, sin especial habilidad, la tramitación de ambos instrumentos (PORH y Orden), abordando en uno y otro –como luego señalaremos–, aspectos materiales con otros estrictamente procedimentales, sino que se ha llevado a cabo –desoyendo el acertado informe de la Directora General de RRHH de 29/mayo/2013– una improcedente regulación omnicomprendensiva de la jubilación tanto del personal estatutario como del funcionario –propio y transferido–, con la manera exclusión del colectivo al que se refiere su art. 1.3, concluyendo que los elementos esenciales de la jubilación *«están regulados en los mismos términos»* para todos ellos, e invocando para llegar a tal conclusión, en el Preamble de la Orden, precisamente el propio precepto que se infringe (pues el art. 4.5 LOGFPV prevé su aplicación al personal funcionario de la Conselleria de Sanidad *«atendiendo a las disposiciones reglamentarias específicas de desarrollo de la misma dictadas como consecuencia de las particularidades propias de dicho sector»*; es decir, requiere para ellos la existencia de una disposición reglamentaria específica de desarrollo que no lo es el PORH), contrasentido éste que se extiende igualmente a la regulación del funcionario transferido (el art. 2.3 EM, sólo prevé la equiparación *«en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación»*). Finalmente, las previsiones de la Orden recurrida no son sino fruto de la traslación mimética de los apartados III (*«Actividades estratégicas»*), IV (*«Situaciones transitorias»*) y V (*«Vigencia»*) del Anexo II (*«Jubilación»*) del PORH, para dotarles de una regulación diferenciada y autónoma, revestida del formato de disposición general, dada la vocación de permanencia de sus preceptos.

En el propio Informe que emite la Abogada de la Generalitat el 24/mayo/2013, sobre la forma adoptada por la norma *«se informa que la presente disposición regula procedimientos administrativos que desarrollan y complementan lo dispuesto en la Ley 55/2003, de Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, por lo que se estima que la forma de Decreto del Consell es el instrumento idóneo para la citada regulación»*.

Sólo la premura y celeridad observadas en la elaboración de la Orden recurrida —o propiamente, en la conversión en disposición general de las previsiones del Anexo II del PORH— proporciona explicación al inadecuado rango elegido para la regulación de la materia, que obviamente debió instrumentalizarse, con mayor sosiego en su tramitación como acertadamente se punta en los informes técnicos que obran en el expediente, mediante una norma de mayor rango jerárquico. Ello constituye, por sí sólo, razón suficiente para su anulación.

[...]

**SEXTO.-** Y entramos finalmente en lo que constituye el argumento más sólido del presente recurso, vinculado a la naturaleza que se atribuya a la Orden recurrida, cual es el de la necesidad o no del omitido informe del Consell Jurídic Consultiu.

Ha de advertirse con carácter previo de la importancia de los trámites procedimentales, que no debe minimizarse, pues se ha considerado pacíficamente por la jurisprudencia (STS 13/noviembre/2000) que *«El procedimiento de elaboración de los reglamentos constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105. 1 CE y regulado con carácter general en el artículo 24 CE, y un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su observancia tiene, por tanto, un carácter “ad solemnitatem”, de modo que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento, que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte»*. Y tales garantías procedimentales *«se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden»* (STS 22/diciembre/2006).

El art. 43. 1 de la Ley 5/83, del Consell, al regular los trámites de elaboración de las normas reglamentarias, dispone en su letra f) que *«el expediente será remitido al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana para que evacue el pertinente dictamen en aquellos supuestos previstos legalmente»*. Por otra parte, la Ley autonómica 10/1 994, de 19 de diciembre, de creación del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, impone en su art. 10 la consulta preceptiva de este Órgano en los siguientes casos: *«4. Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de leyes y sus modificaciones. (...)*.

*10. Cualquier otra materia, competencia de la Generalitat o de las administraciones locales radicadas en la Comunitat Valenciana, respecto a la que las leyes establecen la obligación de pedir el dictamen».*

El objeto de tal consulta, tratándose de reglamentos o disposiciones generales dictadas en ejecución de una ley es manifiesta: *«Con la intervención del órgano consultivo cualificado se pretende hacer plenamente efectivo el sometimiento de la Administración a tal Ley y al Derecho (art. 103,1 CE) y el principio de jerarquía normativa (SSTS de 10 mayo y 16 junio 1989), y ello como garantía de la actuación administrativa frente a los ciudadanos»* (STS 24/julio/2003, rec. 1417/2000).

Así pues, la finalidad de este informe del órgano consultivo, no es sino contribuir un mejor ejercicio de la potestad normativa desde la doble perspectiva de las condiciones de trabajo de los empleados públicos afectados y del buen funcionamiento de la Administración (STS 13/febrero/2012, rec. 574/2009); no se trata de una mera función consultiva, sino de un control preventivo de legalidad, de naturaleza esencial, de las disposiciones de carácter general y de determinados actos de la Administración (STS 4/abril/2014, rec. 2229/13), y con ella se pretende actuar *«como una garantía preventiva, para asegurar en lo posible el imperio de la Ley, introduciendo mecanismos de ponderación, freno y reflexión que son imprescindibles en dicho procedimiento de elaboración (STS 23-12-2001)»* (STS 18/noviembre/2008, rec. 81/2007); como ha advertido este propio TSJ (Sentencia 492/2008, de 20/mayo, rec. 43/03, Sec. 3ª), la razón de ser del sometimiento al dictamen del CJC no es baladí, *«pues el dictamen no es una pura formalidad, sino una garantía de perfección técnica y de acierto, mucho más en casos como el presente en el que el concurso Ley y reglamento obliga a éste a un cuidado delicado. El Consejo Consultivo es un órgano de reconocida competencia técnica que actúa de forma objetiva, pues está dotado de una independencia de criterio superior a la de los departamentos jurídicos de las Consellerías, entiende la Sala que su participación en la elaboración y preparación de textos como el que nos ocupa es una garantía de objetividad e imparcialidad en la producción de la norma de la que no debe prescindirse»*. En consecuencia, y dada la trascendencia de la intervención de este órgano y la finalidad a la que responde, no cabe una interpretación restrictiva de los supuestos que la contemplan, debiendo incluso, los supuestos de discutible intervención, inclinarse por favorecerla, en aras del mayor acierto de la decisión administrativa, tal como se aprecia en los informes de la Abogacía de la Generalitat emitidos en los trámites de elaboración de la Orden recurrida y del PORH, y así, en su informe de 24/mayo/2013 afirma categórica y acertadamente, que *«resulta preceptivo el dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, al ser una disposición de carácter general que se dicta en ejecución de leyes y sus modificaciones»* (fol. 88 del expediente), y en posterior informe de 30/mayo/2013, pese a apuntar la existencia de dudas sobre la necesidad preceptiva de someter el asunto al dictamen del CJC, señala en cualquier caso como recomendación *«la posibilidad de someter el asunto, aunque sea facultativo, a Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo, pues, en definitiva, debe pensarse que, el sometimiento a tal trámite, por una parte es cierto que provoca un retraso temporal en la tramitación,*

*pero, por otra, proporciona garantías sobre el acierto y perfección técnica de las actuaciones administrativas» (fol. 94 vto).*

De otro lado, frente a la atribución, a la Orden, de un contenido exclusivamente interno y organizativo de la Conselleria de Sanidad, entiende este Tribunal que prevalece su condición de norma reglamentaria dictada en ejecución del art. 26 EM, y que, como tal viene requerida del informe del CJC; efectivamente, no sólo en el repetido informe de la Abogacía de la Generalitat de 24/mayo/2013, a la hora de requerir la intervención del CJC y la adopción de la forma de Decreto, lo justifica en un caso en el tratarse de *«una disposición general que se dicto en ejecución de leyes»* y en el otro en que *«la presente disposición regula procedimientos administrativos que desarrollan y complementan lo dispuesto en la Ley 55/03, del Estatuto Marco»*, sino que el propio Preámbulo de Orden 2/2013 alude reiteradamente a la vinculación entre sus previsiones y el mencionado precepto legal, de tal manera que la interrelación entre las previsiones contenidas en la Orden y las necesidades de planificación y ordenación de los recursos humanos de la sanidad pública, obliga a descartar el carácter meramente organizativo e interno de la misma y desplaza la consideración de sus previsiones desde la óptica de su afectación sobre aspectos esenciales y pre-valentes del servicio público sanitario.

Pero igualmente, el mero hecho de la existencia de aspectos organizativos internos en la Orden recurrida, por sí sólo no conllevaría la exclusión del dictamen del CJC. Si la norma –como así sucede– se dicta en ejecución de previsiones legales o afecta a intereses públicos; y en este sentido se han pronunciado:

1º) de un lado, el propio Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en su Informe 345/2011, de 20/abril, que informando un proyecto de Orden tendente a organizar la seguridad y la información en la Conselleria de Sanidad y en la Agencia Valenciana de Salud, afirmó:

*«La jurisprudencia ha venido entendiendo que quedarían excluidos del informe del Consejo de Estado (y por ende de los Consejos consultivos autonómicos)..... los Reglamentos derivados de la potestad doméstica de la Administración en su ámbito organizativo interno y los reglamentos de necesidad.*

*A este respecto se diferencian los reglamentos organizativos de los reglamentos ejecutivos porque los primeros no son disposiciones de carácter general que constituyan desarrollo o complemento necesario e indispensable de la ley, no estando sujetos a la consulta preceptiva prevista en el artículo 10, apartado 4, de la Ley de la Generalitat Valenciana 10/1994, de 19 de diciembre, y siendo por tanto la consulta facultativa.*

*Es cuestionable si el Proyecto normativo sometido a consulta, al regular la organización de la seguridad de la información en la Conselleria consultante y en la Agencia Valenciana de Salud, es un reglamento organizativo, escapando de la preceptividad del dictamen de este Consell.*

*Ello no obstante, en cuanto desarrolla previsiones contenidas en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos, en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y en la Ley 3/2010, de 5 de mayo de Administración Electrónica de la Comunitat Valenciana, este Consell entrará en el estudio del fondo del asunto».*

2º) Y de otro, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en Sentencia de 13/febrero/2012 (rec. 574/2009), analizando la legalidad de la norma que regulaba aspectos tan propiamente vinculados al régimen del personal, como lo es el Reglamento para determinar las aptitudes psicofísicas del personal de las FFAA (RD 1370/2009), pese a que contaba con el dictamen del Consejo de Estado, anuló dicho Reglamento por falta de informe del Consejo de la Guardia Civil, y afirma: *«el informe previo contemplado en el artículo 54.2 de esta Ley Orgánica tiene por finalidad la contribución a un mejor ejercicio de la potestad normativa desde la doble perspectiva de las condiciones de trabajo de los guardias civiles y del buen funcionamiento de la institución. El artículo 24.1 b) de la Ley del Gobierno establece que en la elaboración de los reglamentos “deberán recabarse (...) los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos” pues contribuyen “a garantizar el acierto y la legalidad del texto”. De ahí que sea jurisprudencia consolidada la que mantiene que la omisión de un dictamen preceptivo es un defecto de procedimiento insubsanable que determina la nulidad de la disposición afectada. En este caso, la omisión del informe del Consejo de la Guardia Civil ha privado al Gobierno de elementos de juicio considerados necesarios por el legislador orgánico para la mejora que busca de las condiciones profesionales y del funcionamiento del instituto. Así, pues, debemos estimar el recurso contencioso-administrativo y declarar la nulidad del Real Decreto 1370/2009».*

La falta de este informe del Consell Jurídic Consultiu –fruto de la acelerada tramitación de la Orden, a la que antes nos referíamos– y que, siendo necesario dado el carácter de ésta como norma ejecutiva de las previsiones del art. 26 EM y vinculada al interés general que conlleva la adecuada prestación del servicio público sanitario, hubiera permitido a la Administración conocer las reflexiones de este cualificado órgano y ponderarlas en la redacción del texto normativo, en aras de una mayor perfección y acierto en sus decisiones, determina la nulidad radical del texto aprobado.

Procede, por las razones señaladas, la estimación del recurso y la declaración de la nulidad de la Orden 2/2013, de 7/junio de la Conselleria de Sanidad, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las instituciones Sanitarias dependientes de dicha Conselleria.

[...]

**FALLAMOS**

I.- Se estima el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la Confederación Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), CONTRA LA Orden 2/2013, de 7/junio, de la Conselleria de Sanidad, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las instituciones Sanitarias dependientes de la Conselleria de Sanidad (DOCV 10/junio).

II.- Se declara la nulidad de la referida Orden 2/2013, por ser contraria a derecho.

[...]



# Normativa de Interés



## NORMATIVA DE INTERÉS

En las páginas siguientes se reproducen, en algunos casos, en forma de extracto, algunas de las normas aprobadas recientemente y que afectan a los Consejos Consultivos o al ejercicio de la alta función consultiva que tienen atribuida.

En concreto, en este número de la *Revista Española de la Función Consultiva* se incluye la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia, que modifica totalmente el régimen jurídico de la Institución. Dicha Ley tuvo su origen en una proposición de ley parlamentaria, motivo por el que no el Supremo Órgano Consultivo de la Administración gallega no emitió su parecer.

También afecta a la organización del Consejo Consultivo de Canarias la modificación del Reglamento de Organización y Funcionamiento de esta Institución, aprobada por Decreto del Gobierno de Canarias 75/2014, de 3 de julio. Dado el alcance de esta alteración normativa, se ha optado por publicar una versión consolidada del Reglamento.

Por último, se extractan dos leyes de carácter sectorial, la Ley 2/2014, de 25 de marzo, del Parlamento de les Illes Balears, de Ordenación y Uso del Suelo, en cuyo artículo 59 se dispone la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo con carácter obstativo en ciertos expedientes de modificación del planeamiento urbanístico; y la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunitat Valenciana, que elimina el carácter obstativo del dictamen del Consell Jurídic Consultiu en los procedimientos de alteración del planeamiento urbanístico, si bien mantiene el carácter preceptivo de la consulta en algunos supuestos.

### CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

#### REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS<sup>1</sup>

##### TÍTULO PRELIMINAR Disposiciones generales

###### Artículo 1

1. El Consejo Consultivo de Canarias es el supremo órgano de la Comunidad Autónoma encargado de dictaminar sobre la adecuación a la Constitución, al

---

<sup>1</sup> Decreto 181/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias (*Publicado en el Boletín Oficial Canarias 148/2005, de 29 de julio de 2005*), según redacción dada por el Decreto 75/2014, de 3 de julio, por el que se aprueba la modificación del

Estatuto de Autonomía y, en su caso, al resto del Ordenamiento jurídico, de los proyectos y proposiciones de ley que se sometan al Parlamento, así como sobre las restantes materias que se determinan en su Ley reguladora.

2. El Consejo Consultivo ejerce sus funciones con plena autonomía orgánica y funcional para garantizar su independencia e imparcialidad.

## Artículo 2

El Consejo Consultivo de Canarias tiene su sede en la ciudad de San Cristóbal de La Laguna.

## Artículo 3

El Consejo Consultivo desarrolla su función institucional mediante la emisión de dictámenes jurídicamente fundamentados en los que se deberá prescindir de valoraciones de oportunidad o de conveniencia.

---

Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias (*Publicado en el Boletín Oficial Canarias 134/2014, de 14 de julio de 2014*).

El texto del Decreto 181/2005, de 26 de julio era el siguiente:

«En cumplimiento de la Disposición Adicional Primera de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, el Pleno de éste, en sesiones celebradas los días 4 y 26 de julio de 2005, ha acordado proponer al Gobierno la aprobación del Reglamento de Organización y Funcionamiento del supremo órgano consultivo de la Comunidad Autónoma de Canarias.

En su virtud, a propuesta del Consejo Consultivo de Canarias, elevada al Gobierno por el Presidente y previa deliberación del mismo en su reunión celebrada el día 26 de julio de 2005,

**DISPONGO:**

*Artículo Único*

Aprobar el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias que figura como anexo.

*Disposición final única.*

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias.»

El texto del Decreto aprobatorio 75/2014, de 3 de julio, es el siguiente:

«Como establece el artículo 1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, el Consejo Consultivo se configura como una Institución de la Comunidad Autónoma de Canarias, más concretamente, como su supremo órgano consultivo, dotado de garantía estatutaria en virtud del artículo 44 del Estatuto de Autonomía. Su organización y funcionamiento viene regulada en el Reglamento que fue aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio. El tiempo transcurrido hace necesario introducir cambios en la regulación de dicho órgano consultivo que la práctica aconseja realizar respecto de su organización y funcionamiento.

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la citada Ley 5/2002, de 3 de junio, corresponde al Gobierno de Canarias, a propuesta del Consejo Consultivo, aprobar el Reglamento de Organización y Funcionamiento de este. Propuesta de modificación que fue aprobada por el Pleno de dicha Institución los días 11 y 18 de febrero y 6 de marzo de 2014, acordando su remisión a la Presidencia del Gobierno a efectos de su aprobación.

En su virtud, teniendo atribuidas el Gobierno de Canarias competencias relativas a la aprobación del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, a propuesta del Presidente, y previa deliberación del Gobierno en su reunión celebrada el día 3 de julio de 2014,

**D I S P O N G O:**

Artículo único. Aprobar la modificación del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, que figura como anexo.

*Disposición Final Única.*- Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias.»

#### **Artículo 4**

Los dictámenes del Consejo Consultivo se emitirán por escrito, previa solicitud formal de parte legítima para recabarlos.

#### **Artículo 5**

1. Los dictámenes del Consejo no son vinculantes, salvo cuando una disposición establezca expresamente lo contrario.

2. Los órganos que soliciten dictamen del Consejo no podrán recabar, al mismo tiempo o después de su petición, otras opiniones, informes o dictámenes técnico-jurídicos sobre la cuestión consultada o cualquier aspecto de ésta.

3. Emitido un dictamen por el Consejo, preceptiva o facultativamente, no podrá solicitarse respecto al mismo asunto informe alguno a cualquier órgano autonómico o estatal.

#### **Artículo 6**

Corresponde al Consejo Consultivo interpretar y suplir, de acuerdo con la Ley, este Reglamento en los casos de duda u omisión, así como elaborar y aprobar su Reglamento de Régimen Interior y, en su caso, modificarlo.

### **TÍTULO I**

#### **De las competencias**

#### **Artículo 7**

1. La solicitud de dictamen será preceptiva en los supuestos contemplados en el artículo 11 de la Ley del Consejo Consultivo y facultativa en los establecidos en los artículos 13 y 14 de la misma Ley.

2. Si el Consejo conociera que se ha omitido la solicitud de dictamen en los supuestos en que éste sea preceptivo, el Presidente del mismo comunicará dicha omisión al órgano competente para recabarlos.

#### **Artículo 8**

Están legitimados para solicitar dictamen preceptivo del Consejo:

1) El Presidente del Parlamento en los siguientes supuestos:

A. Los comprendidos en los subapartados a) y c) del apartado 1.A), así como los comprendidos en el subapartado a) del apartado C), del artículo 11 de la Ley del Consejo Consultivo.

B. Cuando el Gobierno, un Grupo Parlamentario o la quinta parte de los Diputados denunciaran la omisión de la solicitud de dictamen preceptivo en la tramitación de los instrumentos normativos contemplados en el artículo 11.1.A) y B.a) de la Ley reguladora del Consejo, de acuerdo con lo que prevea el Reglamento de la Cámara.

2) El Presidente del Gobierno en los siguientes casos previstos en el artículo 11.1 de la Ley del Consejo Consultivo:

A. Propuestas de reforma del Estatuto de Autonomía.

B. Proyectos de ley, con excepción de los de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

C. Proyectos de decretos legislativos.

D. Proyectos de reglamento de ejecución de leyes autonómicas, de desarrollo de normas básicas del Estado y, en su caso, de normas de la Unión Europea.

E. Disposiciones reglamentarias en materia de Régimen Económico-Fiscal de Canarias.

F. Proyectos de convenios y acuerdos con otras Comunidades Autónomas regulados en el artículo 39 del Estatuto de Autonomía.

G. Conflictos de competencia entre entidades locales canarias.

H. Interposición de recursos de inconstitucionalidad.

I. Conflictos de competencia entre la Comunidad Autónoma y el Estado.

3) El Consejero de la Administración autonómica al que corresponda según la materia, los Presidentes de los Cabildos Insulares, los Alcaldes y los Rectores de las Universidades, en los asuntos comprendidos en el apartado 1.D) del artículo 11 de la Ley del Consejo Consultivo.

## **Artículo 9**

1. Excepcionalmente, en supuestos de urgencia debidamente motivados, el Presidente del Gobierno podrá solicitar dictamen sobre proyectos de reglamento sin requerir la previa toma en consideración por el Gobierno.

2. Si el dictamen versa sobre materia prevista en el apartado 1.B.c) del artículo 11 de la Ley del Consejo Consultivo y el Gobierno hubiera acordado ya con la Administración del Estado una modificación legal, aún no promulgada, que afec-

tase a reglamentos sobre el Régimen Económico-Fiscal de Canarias, el Gobierno podrá acordar que se solicite dictamen sobre las modificaciones reglamentarias a introducir, quedando condicionada la efectividad del dictamen a la entrada en vigor de la modificación legal proyectada.

3. En los recursos de inconstitucionalidad y en los conflictos positivos de competencia, el dictamen previo podrá solicitarse simultáneamente a la adopción de los acuerdos de interposición o de requerimiento al Gobierno de la Nación, respectivamente, para que pueda disponerse del mismo con la antelación suficiente que permita el conocimiento de su contenido por el órgano solicitante.

4. En los supuestos de conflictos de competencia y de defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional, a instar por las Entidades Locales, el Presidente de la Corporación recabará el dictamen, previo acuerdo plenario adoptado por mayoría absoluta.

### **Artículo 10**

El Presidente del Parlamento podrá recabar dictamen facultativo en procedimientos legislativos:

1. Cuando la Mesa del Parlamento así lo acuerde, sobre los textos alternativos de enmiendas a la totalidad aprobados por el Pleno referentes a proyectos o proposiciones de ley en tramitación.

2. Con carácter excepcional, cuando la Mesa del Parlamento igualmente lo acuerde a propuesta de las Mesas de las Comisiones, sobre la adecuación a la Constitución y Estatuto de Autonomía de los Informes de las Ponencias sobre proyectos y proposiciones de ley. En este caso, la consulta se ceñirá al contenido de los preceptos incorporados como consecuencia de la aceptación de enmiendas presentadas, cuando se varíe el texto inicial de la norma proyectada.

### **Artículo 11**

En asuntos de especial relevancia, los Presidentes del Parlamento y del Gobierno están así mismo legitimados para solicitar dictámenes facultativos, concretando con claridad y precisión el objeto de la consulta, delimitando el alcance e incidencia de la materia de que se trate, las disposiciones legales de aplicación y el ámbito específico del pronunciamiento que se solicita del Consejo.

## **TÍTULO II**

### **De la constitución del Consejo y de la elección de su Presidente**

### **Artículo 12**

1. La toma de posesión de los Consejeros, nombrados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley del Consejo Consultivo, se hará de modo simultáneo dentro de los veinte días siguientes a la publicación del nombramiento, salvo las excepciones previstas en el precepto legal citado, en acto público presidido por el Presidente de la Comunidad Autónoma, con asistencia del Gobierno, del Presidente y la Mesa del Parlamento, y del Presidente y restantes miembros del Consejo Consultivo en funciones.

2. El Presidente de la Comunidad Autónoma solicitará de cada Consejero el juramento o la promesa de cumplir las obligaciones del cargo y de guardar y hacer guardar la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Canarias, debiendo el interesado contestar afirmativamente en la fórmula que elija.

### **Artículo 13**

1. La elección del Presidente del Consejo Consultivo se efectuará en sesión extraordinaria del Pleno, una vez renovado, que se reunirá inmediatamente después de la toma de posesión de los Consejeros nombrados, sin necesidad de previa convocatoria, con ese solo objeto, presidido por el Consejero de mayor edad y actuando de Secretario el Consejero más joven.

2. El Presidente será elegido según lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 10 de la Ley del Consejo Consultivo, levantándose acta del resultado de la elección, que se comunicará acto seguido al Presidente de la Comunidad Autónoma proponiendo su nombramiento.

### **Artículo 14<sup>2</sup>**

1. El nombramiento de Presidente del Consejo Consultivo se efectuará por el Presidente de la Comunidad Autónoma y se publicará dentro de los diez días

---

2 La redacción anterior era la siguiente:

«1. El nombramiento de Presidente del Consejo Consultivo se efectuará por el Presidente de la Comunidad Autónoma y se publicará dentro de los diez días siguientes a la comunicación mencionada en el artículo precedente, debiendo tomar posesión de su cargo ante quien lo nombró, en presencia, en su caso, del Presidente del Parlamento de Canarias y del Pleno del Consejo Consultivo, en la sede del mismo, en los diez días siguientes a la publicación del nombramiento, entendiéndose que renuncia al cargo de no hacerlo justificadamente.

2. El mandato del Presidente tendrá la duración que restare al tiempo de su mandato como Consejero.

3. En el supuesto de ausencia o enfermedad del Presidente lo sustituirá el Consejero más antiguo. Por más antiguo se entiende el Consejero que sume más tiempo de permanencia como miembro del Consejo, computando a este efecto todos los mandatos sin solución de continuidad. En su defecto, o en el caso de tener varios la misma antigüedad, el de mayor edad de entre ellos sustituirá al Presidente.

4. En el supuesto de quedar vacante la Presidencia del Consejo, por cese o fallecimiento, se procederá en la misma forma que prevé el artículo 13 de este Reglamento para la elección de Presidente, en sesión extraordinaria que ha de convocarse con ese solo objeto y celebrarse dentro del plazo de diez días a contar desde que se publique el cese o se produzca el fallecimiento. Entretanto, la sustitución temporal del Presidente se efectuará conforme dispone el apartado anterior.»

siguientes a la comunicación mencionada en el artículo precedente, debiendo tomar posesión de su cargo ante quien lo nombró, en presencia, en su caso, del Presidente del Parlamento de Canarias y del Pleno del Consejo Consultivo, en la sede del Consejo, en los veinte días siguientes a la publicación del nombramiento, entendiéndose que renuncia al cargo de no hacerlo justificadamente.

2. El mandato del Presidente tendrá la duración que restare al tiempo de su mandato como Consejero.

3. En el supuesto de ausencia o enfermedad del Presidente lo sustituirá el Consejero más antiguo. Por más antiguo se entiende el Consejero que sume más tiempo de permanencia como miembro del Consejo, computando a este efecto todos los mandatos sin solución de continuidad. En su defecto, o en el caso de tener varios la misma antigüedad, el de mayor edad de entre ellos sustituirá al Presidente.

4. En el supuesto de quedar vacante la Presidencia del Consejo, por cese o fallecimiento, se procederá en la misma forma que prevé el artículo 13 de este Reglamento para la elección de Presidente, en sesión extraordinaria que ha de convocarse con ese solo objeto y celebrarse dentro del plazo de diez días a contar desde que se publique el cese o se produzca el fallecimiento. Entretanto, la sustitución temporal del Presidente se efectuará conforme dispone el apartado anterior.

### **TÍTULO III**

#### **De los Consejeros**

#### **Artículo 15**

1. Los Consejeros estarán sujetos al régimen de incompatibilidades previsto en el artículo 6 de la Ley del Consejo Consultivo.

2. Las propuestas de nombramiento de Consejeros efectuadas por el Parlamento y por el Gobierno deberán expresar, previa comunicación al respecto por los interesados o, en su caso, por los Grupos parlamentarios promotores, la circunstancia de concurrencia de causa de incompatibilidad, con el fin de que, en el plazo de diez días de producirse su nombramiento, sea removida tal causa por el Consejero afectado, quedando dicha propuesta sin efecto si, transcurrido dicho plazo, no procediere a hacerlo mediante comunicación justificada, en cuyo caso habrá de efectuarse un nuevo nombramiento en su sustitución y su mandato tendrá la duración que el artículo 4.3 de la Ley del Consejo fija.

3. Si algún Consejero considerase durante su mandato que él mismo o algún otro pudiera estar incurso en alguna de las causas de incompatibilidad legalmente previstas, deberá comunicarlo al Pleno a los efectos de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley del Consejo Consultivo.

### **Artículo 16**

1. Los Consejeros cesarán en sus cargos transcurridos cuatro años desde su toma de posesión, salvo los supuestos de acortamiento del mandato legalmente determinados, pudiendo ser propuestos nuevamente para ser nombrados. Dichos Consejeros continuarán en funciones hasta que se produzca la toma de posesión de los nuevos Consejeros.

2. Con una antelación de dos meses, el Presidente del Consejo Consultivo informará al Pleno y comunicará a los Presidentes del Parlamento y del Gobierno, según proceda, la inminencia de los ceses que deban producirse, a efectos de que se inicie el procedimiento legalmente previsto para el nombramiento de Consejeros.

### **Artículo 17**

1. En los supuestos previstos en el artículo 7.1.c) y d) de la Ley del Consejo Consultivo, se someterá a la consideración del Pleno el asunto, con indicación de la causa que corresponda, para acordar si procede o no iniciar la tramitación del oportuno expediente.

2. De acordarse la tramitación, el Pleno designará de entre sus miembros una Ponencia especial para el estudio y preparación de la decisión plenaria de la cuestión, remitiéndose al Consejero afectado los antecedentes, incluido el acuerdo plenario, a fin de que pueda presentar, en el plazo de cinco días, las alegaciones que estime pertinentes.

3. Finalizado el plazo de alegaciones, se hubieren o no formulado éstas, se abrirá el período probatorio, en el que el ponente y el afectado podrán proponer, dentro del término de diez días, los medios de prueba admitidos en Derecho que aquél considere procedentes o convengan al interesado. En este último supuesto sólo podrán ser rechazados los medios de prueba que sean manifiestamente innecesarios o impertinentes. El Consejero afectado podrá recurrir esta eventual decisión desfavorable ante el Pleno, en el plazo de cinco días desde su notificación, debiendo ser resuelto el recurso dentro de los cinco días siguientes a su interposición.

4. Las pruebas propuestas y admitidas, inmediatamente o tras la decisión antedicha del Pleno, en su caso, serán practicadas, con comunicación al interesado a los efectos oportunos, en el plazo de veinte días después de su admisión.

5. Culminado el período probatorio, en el plazo de diez días la Ponencia formulará un proyecto de propuesta debidamente fundamentada en Derecho. Presentado este proyecto, el Presidente lo remitirá a los miembros del Pleno y convocará sesión extraordinaria del mismo con el exclusivo objeto de adoptar la resolución o propuesta procedente.

6. El Consejo, por mayoría absoluta de sus miembros, previa valoración de los hechos y de la prueba practicada y oído el Consejero interesado, podrá formular

la propuesta correspondiente al Presidente de la Comunidad Autónoma acerca de la pérdida de la condición de miembro del Consejo.

7. Todas las actuaciones practicadas en estos procedimientos serán secretas.

### **Artículo 18<sup>3</sup>**

1. Con carácter excepcional, los Consejeros podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus funciones por el Presidente de la Comunidad Autónoma, en el supuesto de procesamiento o si concurren las causas de cese previstas en el artículo 7, apartado 1, letras c) y d) de la Ley del Consejo, siempre mediante propuesta motivada del Pleno aprobada por mayoría absoluta de sus miembros, en sesión convocada al efecto, debiendo ser oído el afectado previamente.

2. La suspensión que se disponga por el Presidente de la Comunidad Autónoma no podrá exceder del plazo de dos meses, a contar desde la fecha en que el Pleno proponga dicha medida, mientras se resuelva sobre la concurrencia o no de la causa de cese en los casos contemplados en las letras c) y d) del artículo 7.1 de la Ley.

3. Los miembros del Consejo Consultivo cesarán por alguna de las causas siguientes:

a) Renuncia.

b) Terminación del mandato, si bien continuarán en sus funciones hasta la toma de posesión de los nuevos Consejeros.

c) Incompatibilidad sobrevenida, si no renunciaren en el término de diez días al cargo o actividad incompatible.

d) Incumplimiento grave de sus funciones.

e) Incapacidad permanente declarada por sentencia firme.

f) Condena por delito que comporte pena privativa de libertad o privativa de otros derechos, en este último caso siempre que suponga la suspensión de empleo o cargo público, en virtud de sentencia firme.

---

3 La redacción anterior era:

*«1. Con carácter excepcional, los Consejeros podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus funciones por el Presidente de la Comunidad Autónoma, en el supuesto de procesamiento o si concurren las causas de cese previstas en el artículo 7, apartado 1, letras c) y d) de la Ley del Consejo, siempre mediante propuesta motivada del Pleno aprobada por mayoría absoluta de sus miembros, en sesión convocada al efecto, debiendo ser oído el afectado previamente.*

*2. La suspensión que se disponga por el Presidente de la Comunidad Autónoma no podrá exceder del plazo de dos meses, a contar desde la fecha en que el Pleno proponga dicha medida, mientras se resuelva sobre la concurrencia o no de la causa de cese en los casos contemplados en las letras c) y d) del artículo 7.1 de la Ley.»*

## Artículo 19

En el ejercicio de la acción consultiva, los Consejeros deberán abstenerse de conocer y tratar aquellos asuntos en los que hubiesen intervenido directamente, siempre que afecten a sus intereses privados, o bien en los que hubiesen participado o conciernan a familiares dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad.

## Artículo 20<sup>4</sup>

1. El Presidente y los Consejeros del Consejo Consultivo de Canarias percibirán las remuneraciones expresamente fijadas en las Leyes de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

2. Además de las retribuciones ordinarias y de los complementos asignados legalmente, los Consejeros percibirán las indemnizaciones por razón de servicio y asistencia que se acuerden por el Pleno, dentro de los límites vigentes y las correspondientes consignaciones presupuestarias.

3. Los Consejeros que ostenten los cargos de Presidente de Sección y Secretario del Pleno del Consejo percibirán el complemento previsto en el presupuesto del Consejo Consultivo, aprobado por el Parlamento de Canarias.

## Artículo 21<sup>5</sup>

1. Los honores y precedencias del Presidente y los Consejeros en los actos públicos que se celebren en Canarias serán los establecidos en la normativa autonómica en la materia. El tratamiento de los miembros del Consejo es el de Excelencia. Los honores, precedencia y tratamiento se conservarán al pasar a la situación de miembros eméritos, salvo en el caso de separación prevista en los apartados d) y f) del artículo 7.1 de la Ley.

---

4 La redacción original del precepto era:

*«1. Los Consejeros percibirán las remuneraciones expresamente fijadas en las Leyes de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.*

*2. Además de las retribuciones ordinarias y de los complementos asignados legalmente, los Consejeros percibirán las ayudas, dietas e indemnizaciones por razón de servicio que se acuerden por el Pleno, dentro de las correspondientes consignaciones presupuestarias.*

*3. Los Consejeros que ostenten los cargos de Presidente del Consejo, Presidente de las Secciones y Secretario del Pleno del Consejo, percibirán las retribuciones que procedan, conforme con las Leyes de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.*

5 La redacción anterior era del siguiente tenor:

*«1. Los honores y precedencias del Presidente y los Consejeros en los actos públicos que se celebren en Canarias serán los establecidos en la normativa autonómica en la materia. El tratamiento de los miembros del Consejo es el de Excelencia.*

*2. En los actos del Consejo Consultivo que el Presidente considere de especial relevancia o solemnidad, los miembros del Consejo vestirán toga tradicional con vuelillos y, además, llevarán placa y cordón con emblema del Consejo Consultivo y el Presidente el distintivo de su cargo.*

*3. Los Consejeros tendrán una tarjeta identificativa de su cargo, firmada por el Presidente de la Comunidad Autónoma.»*

2. En los actos del Consejo Consultivo que el Presidente considere de especial relevancia o solemnidad, los miembros del Consejo vestirán toga tradicional con vuelillos y, además, llevarán placa y cordón con emblema del Consejo Consultivo y el Presidente el distintivo de su cargo. En los actos de etiqueta o de protocolo en los que no se utilice la toga el Presidente podrá usar, además de la placa y medalla, una banda de color rojo, con emblema del Consejo Consultivo en el lazo.

3. Los Consejeros tendrán una tarjeta identificativa de su cargo, firmada por el Presidente de la Comunidad Autónoma.

### **Artículo 22<sup>6</sup>**

1. De acuerdo con lo que se prevea en las normas de la Cámara Legislativa, los Consejeros podrán asistir a sesiones del Pleno, de las Comisiones Parlamentarias y de la Diputación Permanente.

2. El Presidente del Gobierno facilitará a los miembros del Consejo Consultivo el acceso a los Departamentos dependientes del mismo y a las instalaciones de la Administración, previa comunicación al efecto, para efectuar cuantas gestiones precisen.

3. De conformidad con la legislación vigente aplicable o en materia de función pública, a los miembros de la carrera judicial y fiscal y, en general, a los funcionarios públicos que sean nombrados miembros del Consejo Consultivo de Canarias les corresponderá la situación administrativa de servicios especiales.

### **Artículo 23**

Los Consejeros tienen el derecho y el deber de asistir a las sesiones del Pleno y, en su caso, de la Sección que les corresponda, siempre que sean reglamentariamente convocadas, debiendo justificar motivadamente su eventual inasistencia.

### **Artículo 24**

Los Consejeros están obligados a asumir las Ponencias que les sean encargadas por el Presidente del Consejo, debiendo elaborar los Proyectos de dictamen que presentarán con carácter previo y defenderán en la sesión correspondiente, redactando los dictámenes definitivamente en el sentido acordado por el Pleno o la Sección.

---

<sup>6</sup> El texto de este precepto con anterioridad a la modificación era del siguiente tenor:

*«1. De acuerdo con lo que se prevea en las normas de la Cámara Legislativa, los Consejeros podrán asistir a sesiones del Pleno, de las Comisiones Parlamentarias y de la Diputación Permanente.*

*2. El Presidente del Gobierno facilitará a los miembros del Consejo Consultivo el acceso a los Departamentos dependientes del mismo y a las instalaciones de la Administración, previa comunicación al efecto, para efectuar cuantas gestiones precisen.»*

### **Artículo 25**

Si tras la votación de un Proyecto de dictamen en Sección no se obtuviera unanimidad al apoyarlo, pasando la cuestión a conocimiento del Pleno, el Consejero Ponente mantendrá esta condición al debatirse el Proyecto en el mismo.

### **Artículo 26**

1. Los Consejeros tienen el deber de guardar secreto sobre los temas, materias y asuntos tratados, así como sobre los acuerdos adoptados. Hasta que el órgano consultante haga público el dictamen recabado, o bien se haya resuelto definitivamente la cuestión o el procedimiento de que se trate, no podrán dar a conocer el sentido de los acuerdos.

2. Los términos de las deliberaciones y el sentido de los votos de los Consejeros siempre serán secretos, excepto los votos particulares.

3. Los miembros del Consejo no pueden hacer manifestaciones públicas, orales o escritas, de orden valorativo, sobre asuntos que estén sometidos a consideración consultiva o sobre temas o materias concretas directamente relacionadas con su función institucional, sin que el Pleno previamente lo autorice.

### **Artículo 27**

El Presidente del Consejo, por escrito, temporalmente y para casos concretos o misiones especiales, podrá delegar en un Consejero el ejercicio de algunas de sus funciones. Así mismo, el Presidente podrá encomendar la supervisión de determinados servicios y actividades del Consejo a Consejeros que no ostenten los cargos de Presidente de Sección o de Secretario del Pleno. De las resoluciones de delegación y de encomienda de funciones adoptadas ha de ser informado el Pleno.

### **Artículo 28**

Ostentarán con carácter vitalicio la condición honorífica de Presidente o Consejero Emérito los miembros del Consejo que hubiesen desempeñado dicha función y cesaren en el ejercicio de sus respectivos cargos, salvo que los motivos de cese sean las causas previstas en los apartados d) y f) del artículo 7.1 de la Ley.

## **TÍTULO IV De la organización del Consejo**

### **CAPÍTULO PRIMERO Del Pleno**

## Artículo 29<sup>7</sup>

1. Corresponde al Pleno del Consejo Consultivo debatir y aprobar los dictámenes que sean solicitados por el Presidente del Parlamento o del Gobierno. También cuando en las Secciones no se alcance la unanimidad para la aprobación de un dictamen. Y excepcionalmente, con motivación suficiente y acuerdo de todos los componentes de una Sección, en casos sometidos a consulta de especial relevancia en que se aprecie la procedencia de que el dictamen lo emita el Pleno, puede elevarse por las Secciones propuesta de asunción de esta competencia por el órgano plenario.

---

7 En la versión original del Reglamento se disponía en este artículo:

*«1. Corresponde al Pleno del Consejo Consultivo debatir y aprobar los dictámenes que sean solicitados por el Presidente del Parlamento o del Gobierno. También cuando en las Secciones no se alcance la unanimidad para la aprobación de un dictamen. Y excepcionalmente, con motivación suficiente y acuerdo de todos los componentes de una Sección, en casos sometidos a consulta de especial relevancia en que se aprecie la procedencia de que el dictamen lo emita el Pleno, puede elevarse por las Secciones propuesta de asunción de esta competencia por el órgano plenario.»*

2. Corresponde también al Pleno:

a) Elegir al Presidente del mismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley del Consejo Consultivo y en el artículo 13 del presente Reglamento, así como al Secretario del Pleno y a los Presidentes de las Secciones.

b) Aprobar, a propuesta del Presidente, el Anteproyecto de Presupuesto del Consejo Consultivo, para remitirlo al Parlamento antes del 1 de octubre de cada año y resolver los reparos que se formulen en la ejecución del presupuesto; siempre que afecten a la autorización del gasto, la resolución de la discrepancia corresponderá al Pleno del Consejo Consultivo.

c) Aprobar, a propuesta del Presidente, la relación de puestos de trabajo del Consejo Consultivo, remitiendo el acuerdo al Parlamento a efectos de su conocimiento y parecer antes de la publicación en el Boletín Oficial de Canarias.

d) Ejercer las facultades sancionadoras sobre el personal funcionario o laboral del Consejo Consultivo, una vez que el Presidente someta a consideración plenaria la correspondiente propuesta de resolución, en los supuestos de faltas muy graves cuya sanción comporte la separación del servicio o el despido, poniendo fin a la vía administrativa.

e) Resolver, poniendo fin a la vía administrativa, los recursos interpuestos por el personal contra las resoluciones del Presidente del Consejo Consultivo.

f) Adoptar los acuerdos decisorios que correspondan en los procedimientos de cese o suspensión de los miembros del Consejo, en relación con lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de este Reglamento.

g) Acordar un sistema y los criterios objetivos de reparto para la distribución de las ponencias en los asuntos que sean competencia del Pleno y de las Secciones.

h) Admitir a trámite las solicitudes de dictamen que sean de la competencia del Pleno y de las Secciones.

i) Proponer al Gobierno de la Comunidad Autónoma las modificaciones del presente Reglamento.

j) Interpretar el presente Reglamento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del mismo Reglamento.

k) Aprobar el Reglamento de Régimen Interior y sus modificaciones.

l) Informar las autorizaciones, en ejecución del presupuesto, de los gastos que asciendan a más de sesenta mil (60.000) euros.

m) Proponer al Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias o a la autoridad autonómica o estatal competente, el reconocimiento de méritos que concurran en los miembros del Consejo, u otras personas o instituciones, cuya actividad tenga relación con la acción institucional.

3. En relación con las Secciones, corresponde también al Pleno, a iniciativa del Presidente, proponer criterios para unificar la doctrina del Consejo, si se hubiesen emitido por las Secciones dictámenes que fueran contradictorios, cuando los hechos, fundamentos y pretensiones fuesen sustancialmente iguales y, sin embargo, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos.»

2. Corresponde también al Pleno:

a) Elegir al Presidente del mismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley del Consejo Consultivo y en el artículo 13 del presente Reglamento, así como al Secretario del Pleno y a los Presidentes de las Secciones.

b) Aprobar, a propuesta del Presidente, el Anteproyecto de Presupuesto del Consejo Consultivo, para remitirlo al Parlamento antes del 1 de octubre de cada año y resolver los reparos que se formulen en la ejecución del presupuesto; siempre que afecten a la autorización del gasto, la resolución de la discrepancia corresponderá al Pleno del Consejo Consultivo.

c) Aprobar, a propuesta del Presidente, la relación de puestos de trabajo del Consejo Consultivo, remitiendo el acuerdo al Parlamento a efectos de su conocimiento y parecer antes de la publicación en el Boletín Oficial de Canarias.

d) Ejercer las facultades sancionadoras sobre el personal funcionario o laboral del Consejo Consultivo, una vez que el Presidente someta a consideración plenaria la correspondiente propuesta de resolución, en los supuestos de faltas muy graves cuya sanción comporte la separación del servicio o el despido, poniendo fin a la vía administrativa.

e) Resolver, poniendo fin a la vía administrativa, los recursos interpuestos por el personal contra las resoluciones del Presidente del Consejo Consultivo.

f) Adoptar los acuerdos decisorios que correspondan en los procedimientos de cese o suspensión de los miembros del Consejo, en relación con lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de este Reglamento.

g) Acordar un sistema y los criterios objetivos de reparto para la distribución de las ponencias en los asuntos que sean competencia del Pleno y de las Secciones.

h) Admitir a trámite las solicitudes de dictamen que sean de la competencia del Pleno y de las Secciones.

i) Proponer al Gobierno de la Comunidad Autónoma las modificaciones del presente Reglamento.

j) Interpretar el presente Reglamento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del mismo Reglamento.

k) Aprobar el Reglamento de Régimen Interior y sus modificaciones.

l) Informar las autorizaciones, en ejecución del presupuesto, de los gastos que asciendan a más de sesenta mil (60.000) euros.

m) Proponer al Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias o a la autoridad autonómica o estatal competente, el reconocimiento de méritos que concurren en los miembros del Consejo, u otras personas o instituciones, cuya actividad tenga relación con la acción institucional.

3. En relación con las Secciones, corresponde también al Pleno, a iniciativa del Presidente, proponer criterios para unificar la doctrina del Consejo, si se hubiesen emitido por las Secciones dictámenes que fueran contradictorios, cuando los hechos, fundamentos y pretensiones fuesen sustancialmente iguales y, sin embargo, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos.

4. Aprobar la Memoria anual de actividades del Consejo.

## CAPÍTULO SEGUNDO Del Presidente

### Artículo 30<sup>8</sup>

1. Corresponden al Presidente del Consejo Consultivo las siguientes funciones:

a) Ostentar la representación del Consejo Consultivo y presidir los actos corporativos oficiales.

b) Dirigir las comunicaciones escritas a la Presidencia de la Comunidad Autónoma y del Gobierno, del Parlamento o de las instituciones autonómicas, organismos y entidades estatales o locales, así como refrendar los dictámenes, mociones y acuerdos del Pleno.

---

**8** La redacción anterior establecía:

*«1. Corresponden al Presidente del Consejo Consultivo las siguientes funciones:*

*a) Ostentar la representación del Consejo Consultivo y presidir los actos corporativos oficiales.*

*b) Dirigir las comunicaciones escritas a la Presidencia de la Comunidad Autónoma y del Gobierno, del Parlamento o de las instituciones autonómicas, organismos y entidades estatales o locales, así como refrendar los dictámenes, mociones y acuerdos del Pleno.*

*c) Encargar a los Consejeros las ponencias que considere necesarias para la elaboración de los proyectos de dictamen que sean competencia del Pleno y de las Secciones.*

*d) Señalar plazos a las ponencias para concluir y remitir los trabajos, de acuerdo con el calendario establecido.*

*e) Efectuar las solicitudes de documentación e información previstas en el artículo 53 del presente Reglamento, cuando conciernan a actuaciones del Pleno.*

*f) Dar cuenta al Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias y al Presidente del Parlamento, de las vacantes que se produzcan en el Consejo Consultivo y de los ceses por cumplimiento del mandato.*

*g) Autorizar, en ejecución presupuestaria, gastos hasta sesenta mil (60.000) euros y los superiores a dicho importe con previo informe del Pleno del Consejo.*

*h) Solicitar del Presidente del Parlamento la ordenación de pagos.*

*i) Autorizar y ejecutar con su visto bueno los acuerdos del Consejo.*

*j) Informar públicamente de las actividades del Consejo Consultivo.*

*k) Cualquier otra actuación no atribuida expresamente a otros órganos por la Ley del Consejo Consultivo o este Reglamento.*

c) Encargar a los Consejeros las ponencias que considere necesarias para la elaboración de los proyectos de dictamen que sean competencia del Pleno y de las Secciones.

d) Señalar plazos a las ponencias para concluir y remitir los trabajos, de acuerdo con el calendario establecido.

e) Efectuar las solicitudes de documentación e información previstas en el artículo 53 del presente Reglamento, cuando conciernan a actuaciones del Pleno.

f) Dar cuenta al Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias y al Presidente del Parlamento, de las vacantes que se produzcan en el Consejo Consultivo y de los ceses por cumplimiento del mandato.

g) Autorizar, en ejecución presupuestaria, gastos hasta sesenta mil (60.000) euros y los superiores a dicho importe con previo informe del Pleno del Consejo.

h) Solicitar del Presidente del Parlamento la ordenación de pagos, salvo que esta haya sido delegada en el Presidente del Consejo.

i) Autorizar y ejecutar con su visto bueno los acuerdos del Consejo.

j) Informar públicamente de las actividades del Consejo Consultivo.

k) Remitir a los Presidentes del Gobierno y del Parlamento de Canarias la memoria anual de actividades del Consejo.

l) Cualquier otra actuación no atribuida expresamente a otros órganos por la Ley del Consejo Consultivo o este Reglamento.

---

*2. En relación con las sesiones del Pleno y Secciones del Consejo le compete:*

*a) La convocatoria de las sesiones del Pleno, tanto ordinarias como extraordinarias, determinando la fecha y la hora de su celebración y el Orden del Día, así como dar su conformidad a las convocatorias de las reuniones de las Secciones.*

*b) Presidir, abrir, suspender, reanudar y levantar las sesiones del Pleno y las de las Secciones en casos procedentes de sustitución, conforme con la previsión del artículo 15.4 de la Ley del Consejo Consultivo.*

*c) Dirigir las deliberaciones, ordenando la intervención de los miembros del Pleno, o de las Secciones, cuando participe en las mismas, detrayendo del debate o posponiendo la decisión en aquellos asuntos que considere lo requieren para un estudio adicional o más detenido, una vez constatado el criterio de los Consejeros presentes en la reunión.*

*3. En relación con los nombramientos de Presidentes de las Secciones y Secretario del Pleno, ordenar su publicación en el Boletín Oficial de Canarias.*

*4. En materia de personal está facultado para:*

*a) Dirigir los Servicios del Consejo, así como la inspección de todas las instalaciones y dependencias del mismo.*

*b) Ejercer la potestad disciplinaria, de acuerdo con la legislación aplicable, y nombrar, en su caso, instructor y secretario del expediente.»*

2. En relación con las sesiones del Pleno y Secciones del Consejo le compete:

a) La convocatoria de las sesiones del Pleno, tanto ordinarias como extraordinarias, determinando la fecha y la hora de su celebración y el Orden del Día, así como dar su conformidad a las convocatorias de las reuniones de las Secciones.

b) Presidir, abrir, suspender, reanudar y levantar las sesiones del Pleno y las de las Secciones en casos procedentes de sustitución, conforme con la previsión del artículo 15.4 de la Ley del Consejo Consultivo.

c) Dirigir las deliberaciones, ordenando la intervención de los miembros del Pleno, o de las Secciones, cuando participe en las mismas, detrayendo del debate o posponiendo la decisión en aquellos asuntos que considere lo requieren para un estudio adicional o más detenido, una vez constatado el criterio de los Consejeros presentes en la reunión.

3. En relación con los nombramientos de Presidentes de las Secciones y Secretario del Pleno, ordenar su publicación en el Boletín Oficial de Canarias.

4. En materia de personal está facultado para:

a) Aprobar y resolver todas las situaciones administrativas de los letrados y del resto del personal del Consejo Consultivo, dando cuenta al Pleno.

b) Dirigir los Servicios del Consejo, decidir las jornadas de trabajo, permisos y licencias al personal, así como la inspección de todas las instalaciones y dependencias del mismo, sin perjuicio de la ordinaria que corresponda a otros órganos del Consejo bajo la supervisión del Presidente.

c) Ejercer la potestad disciplinaria, de acuerdo con la legislación aplicable, y nombrar, en su caso, instructor y secretario del expediente.

d) Incoar los procedimientos disciplinarios por faltas graves y muy graves, y resolverlos cuando las sanciones no impliquen separación del servicio.

e) Aprobar y autorizar la compatibilidad del personal del Consejo de acuerdo con la normativa de aplicación.

f) Autorizar la formación continua del personal de la Institución a cargo del Consejo.

5. En materia normativa:

a) Elevar la propuesta de modificación del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo.

b) La propuesta de modificación del Reglamento de Régimen Interior del Consejo.

6. En materia de transparencia e información pública:

a) La publicación y actualización de la información que debe hacerse pública en la página web del Consejo Consultivo en cumplimiento de la legislación de transparencia administrativa.

b) Así como la resolución de las solicitudes que se presenten en ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

### **Artículo 31**

1. La sustitución temporal del Presidente se producirá en los casos, en la forma y con la duración que se prevé en el artículo 14.3 de este Reglamento, haciéndose constar esta circunstancia de accidentalidad en las actuaciones del Presidente sustituto.

2. Vacante la Presidencia por fallecimiento o cese por cualquier circunstancia de su titular como miembro del Consejo Consultivo, se procederá a la elección de nuevo titular de la Presidencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.4 de este Reglamento.

3. Si el Presidente presenta su dimisión al Pleno, permaneciendo como miembro del Consejo, aquél la remitirá inmediatamente a la Presidencia de la Comunidad Autónoma y la elección del nuevo Presidente se producirá, en la forma señalada en el apartado anterior, dentro de los diez días siguientes a la publicación del Decreto de cese, siendo sustituido el dimisionario desde ese momento por el Consejero a quien corresponda suplirlo.

## **CAPÍTULO TERCERO** **Del Secretario del Pleno**

### **Artículo 32<sup>9</sup>**

1. El Pleno designará un Secretario de entre sus miembros, mediante votación secreta y por mayoría absoluta, no pudiendo coincidir este nombramiento con el de Presidente del Pleno o de las Secciones.

---

**9** El texto sustituido tenía la siguiente redacción:

*«1. El Pleno designará un Secretario de entre sus miembros, mediante votación secreta y por mayoría absoluta, no pudiendo coincidir este nombramiento con el de Presidente del Pleno o de las Secciones.*

*2. Si ningún candidato alcanzare la mayoría inicialmente requerida, se procederá a una segunda votación inmediatamente, resultando designado el que obtenga mayor número de votos y, de producirse un empate o de no haber candidato, el miembro de menor edad.*

*3. Corresponden al Secretario las funciones al efecto previstas en el artículo 19.2 de la Ley del Consejo Consultivo.*

*4. En el supuesto de enfermedad o ausencia del Consejero Secretario del Pleno, podrá asumir sus funciones cualquier Consejero que no ostente la condición de Presidente del Consejo, previa conformidad del Pleno.»*

2. Si ningún candidato alcanzare la mayoría inicialmente requerida, se procederá a una segunda votación inmediatamente, resultando designado el que obtenga mayor número de votos y, de producirse un empate o de no haber candidato, el miembro de menor edad.

3. Corresponden al Secretario las funciones al efecto previstas en el artículo 19.2 de la Ley del Consejo Consultivo.

4. En el supuesto de enfermedad o ausencia del Consejero Secretario del Pleno, asumirá sus funciones cualquier Consejero que no ostente la condición de Presidente del Consejo, previa conformidad del Pleno.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **De las Secciones**

#### **Artículo 33**

1. Tras la elección del Presidente del Consejo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.2 de la Ley reguladora, se constituirán dos Secciones, con denominación ordinal de Primera y Segunda, estando integradas cada una por tres miembros que se designarán por el Pleno con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus componentes. De no obtenerse esa mayoría en tres votaciones sucesivas, se designarán como miembros de cada una de las Secciones a quienes obtengan mayoría simple, en votación celebrada inmediatamente.

2. Está exceptuado de tal designación, en todo caso, el Presidente del Consejo Consultivo, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 15.4 de la Ley y 30.2.b) de este Reglamento.

#### **Artículo 34**

1. El Pleno elegirá separadamente para cada una de las Secciones a su respectivo Presidente, mediante votación secreta y por mayoría absoluta; de no obtener cada candidato esa mayoría en tres votaciones sucesivas, se designará Presidente de cada Sección a quien obtenga mayoría simple en votación celebrada acto seguido y, en su defecto, al miembro de cada Sección que tenga mayor edad.

2. Los Presidentes de las Secciones tendrán, en relación con el desarrollo de las sesiones, las competencias atribuidas por este Reglamento al Presidente del Pleno en relación con las sesiones plenarias, convocando aquéllas y determinando, de conformidad con dicho Presidente, el Orden del Día.

#### **Artículo 35**

1. Se designará por cada Sección su correspondiente Secretario, no pudiendo coincidir con los respectivos Presidentes, pero sí uno de aquéllos con el Secretario del Pleno, ejerciendo funciones similares a las de éste en su Sección.

2. En las reuniones de las Secciones participará uno de los Letrados que tenga encomendada la asistencia a la misma, sin perjuicio de que, a propuesta del Presidente, intervenga el Letrado Mayor, si la relevancia del asunto lo requiriese, y también el Letrado informante en caso necesario.

## TÍTULO V Del personal del Consejo

### CAPÍTULO PRIMERO Del Letrado Mayor

#### Artículo 36<sup>10</sup>

1. El Presidente, con el parecer favorable del Pleno del Consejo, nombrará un Letrado-Mayor, que tendrá la consideración de alto cargo asimilado a Secretario

---

10 La redacción original del precepto era la siguiente:

«1. El Presidente, con el parecer favorable del Pleno del Consejo, nombrará un Letrado-Mayor, que tendrá la consideración de alto cargo asimilado a Secretario General Técnico, entre los funcionarios del Cuerpo de Letrados del Consejo Consultivo, del Parlamento de Canarias o de la Administración de la Comunidad Autónoma, pasando el nombrado a situación de servicios especiales, desde su toma de posesión en el cargo.

2. En los supuestos de ausencia, enfermedad, suspensión, vacaciones o cualquier otra imposibilidad temporal de ejercicio de sus funciones por el Letrado Mayor, será sustituido accidentalmente por el Letrado del Consejo más antiguo y, en igualdad de antigüedad, por el de mayor edad.

3. El Letrado-Mayor asiste técnicamente al Pleno y a su Presidente, así como, en su caso, a las Secciones y, además, le corresponde:

a) La Asesoría jurídica del Consejo Consultivo, sin perjuicio de las funciones propias del Cuerpo de Letrados; la custodia de los expedientes generales y de acción consultiva y la tramitación de la documentación propia de su función, emitiendo en su caso las certificaciones procedentes, salvo las que competen al Secretario del Pleno o a los de las Secciones.

b) Cursar las convocatorias, con expresión del Orden del Día, de las sesiones del Pleno y de las Secciones, de acuerdo con las instrucciones de los respectivos Presidentes, preparando y poniendo a disposición de sus miembros las copias de las solicitudes remitidas y de los correspondientes expedientes, para decidir sobre su tramitación.

c) Llevar un Registro de disposiciones legislativas y reglamentarias sobre el Consejo Consultivo, de dictámenes emitidos y de resoluciones y mociones adoptadas.

d) Entregar a los Consejeros copia de los expedientes de los asuntos que deban ser objeto de estudio por las ponencias creadas al efecto tan pronto sean designados y, previa solicitud, a los restantes miembros del Pleno o de las Secciones, en todo momento hasta la celebración de la sesión en que se vayan a debatir los correspondientes proyectos.

e) En colaboración con el Secretario del Pleno, elaborar la Memoria anual de actividades del Consejo Consultivo, a presentar al Pleno para su aprobación en el mes de septiembre de cada año.

f) Informar con carácter previo las propuestas relativas al Presupuesto, Relación de Puestos de Trabajo, Reglamento de Régimen Interior y contratación, en su caso.

General Técnico, entre los funcionarios del Cuerpo de Letrados del Consejo Consultivo, del Parlamento de Canarias o de la Administración de la Comunidad Autónoma, pasando el nombrado a situación de servicios especiales, desde su toma de posesión en el cargo.

2. En los supuestos de ausencia, enfermedad, suspensión, vacaciones o cualquier otra imposibilidad temporal de ejercicio de sus funciones por el Letrado Mayor, será sustituido accidentalmente por el Letrado del Consejo más antiguo y, en igualdad de antigüedad, por el de mayor edad.

3. El Letrado-Mayor cesará:

a) Por Resolución del Presidente, con el parecer favorable del Pleno.

b) Por cese de los miembros del Pleno del Consejo Consultivo por renovación.

En el supuesto de la letra b), el Letrado-Mayor permanecerá en funciones hasta la constitución del nuevo Consejo y la elección del nuevo Presidente.

4. El Letrado-Mayor asiste técnicamente al Pleno y a su Presidente, así como, en su caso, a las Secciones y, además, le corresponde:

a) La Asesoría jurídica del Consejo Consultivo, sin perjuicio de las funciones propias del Cuerpo de Letrados; la custodia de los expedientes generales y de acción consultiva y la tramitación de la documentación propia de su función, emitiendo en su caso las certificaciones procedentes, salvo las que competen al Secretario del Pleno o a los de las Secciones.

b) Cursar las convocatorias, con expresión del Orden del Día, de las sesiones del Pleno y de las Secciones, de acuerdo con las instrucciones de los respectivos Presidentes, preparando y poniendo a disposición de sus miembros las copias de las solicitudes remitidas y de los correspondientes expedientes, para decidir sobre su tramitación.

c) Llevar un Registro de disposiciones legislativas y reglamentarias sobre el Consejo Consultivo, de dictámenes emitidos y de resoluciones y mociones adoptadas.

---

*4. Respecto al personal y servicios le compete:*

*a) Proponer la adscripción de los funcionarios del Consejo a las Jefaturas de los Servicios que se creen, de acuerdo con el Reglamento de Régimen Interior y las previsiones de la Relación de Puestos de Trabajo, y asignar las funciones de dichos servicios.*

*b) Actuar de Ponente ante el Pleno en los asuntos relativos al personal del Consejo Consultivo.*

*c) Coordinar los servicios del Consejo reglamentariamente previstos, con el apoyo de las Jefaturas de Servicio de cada uno, bajo la superior dirección del Presidente, en su caso.»*

d) Entregar a los Consejeros copia de los expedientes de los asuntos que deban ser objeto de estudio por las ponencias creadas al efecto tan pronto sean designados y, previa solicitud, a los restantes miembros del Pleno o de las Secciones, en todo momento hasta la celebración de la sesión en que se vayan a debatir los correspondientes proyectos.

e) En colaboración con el Secretario del Pleno, elaborar la Memoria anual de actividades del Consejo Consultivo, a presentar al Pleno para su aprobación en el mes de septiembre de cada año.

f) Informar con carácter previo las propuestas relativas al Presupuesto, Relación de Puestos de Trabajo, Reglamento de Régimen Interior y contratación, en su caso.

#### 5. Respecto al personal y servicios le compete:

a) Proponer la adscripción de los funcionarios del Consejo a las Jefaturas de los Servicios que se creen, de acuerdo con el Reglamento de Régimen Interior y las previsiones de la Relación de Puestos de Trabajo, y asignar las funciones de dichos servicios.

b) Actuar de Ponente ante el Pleno en los asuntos relativos al personal del Consejo Consultivo.

c) Coordinar los servicios del Consejo reglamentariamente previstos, con el apoyo de las Jefaturas de Servicio de cada uno, bajo la superior dirección del Presidente, en su caso.

## CAPÍTULO SEGUNDO De los Letrados

### Artículo 37<sup>11</sup>

1. El Consejo Consultivo dispondrá de un Cuerpo propio de funcionarios, que se denominarán Letrados del Consejo Consultivo y serán seleccionados por este mediante concurso-oposición convocado al efecto, de acuerdo con las características

---

**11** La redacción inicial del precepto era la siguiente:

*«1. El Consejo Consultivo dispondrá de un Cuerpo propio de funcionarios, que se denominarán Letrados del Consejo Consultivo y serán seleccionados por éste mediante concurso-oposición convocado al efecto, de acuerdo con las características del Organismo, de sus funciones y número de plazas previstas en la Relación de Puestos de Trabajo.*

*2. Los funcionarios del Cuerpo de Letrados del Consejo Consultivo ocuparán los puestos reservados a los mismos, previstos en la Relación de Puestos de Trabajo del Organismo, asignándoseles por el Pleno el que corresponda a cada uno, sin perjuicio de que estos puestos, si así lo decidiera el Pleno, puedan ser provistos por funcionarios de otros Cuerpos de Letrados de Instituciones de la Comunidad Autónoma, mediante los concursos pertinentes y de acuerdo con la regulación de equivalencias entre sus cuerpos o escalas.»*

del Organismo, de sus funciones y número de plazas previstas en la Relación de Puestos de Trabajo.

Los funcionarios del Cuerpo de Letrados del Consejo Consultivo ocuparán los puestos reservados a los mismos, previstos en la Relación de Puestos de Trabajo del Organismo, sin perjuicio de que tales puestos, si así lo decidiera el Pleno, puedan ser provistos por funcionarios de otros Cuerpos de Letrados de Instituciones de la Comunidad Autónoma, mediante los concursos pertinentes y de acuerdo con la regulación de equivalencias entre sus cuerpos o escalas.

2. El Pleno del Consejo Consultivo de Canarias aprobará las normas internas de desarrollo que sean precisas para ajustar su actividad administrativa a la legislación básica y a los principios de la normativa autonómica en materia de transparencia y acceso a la información pública.

### **Artículo 38<sup>12</sup>**

1. El régimen jurídico del Cuerpo de Letrados del Consejo será el de su normativa específica y, en su caso, el que resulte para los Letrados del Parlamento de Canarias y de la legislación de función pública.

2. Los funcionarios que ocupen puestos de Letrado del Consejo Consultivo tendrán las incompatibilidades establecidas por la legislación de incompatibilidades de los funcionarios públicos, aunque podrán compatibilizar sus funciones con las de carácter docente e investigador, previa autorización expresa del Presidente, que se concederá anualmente, de conformidad con lo previsto en la legislación en la materia, sin que afecte al adecuado funcionamiento del Organismo y se desarrolle fuera de las horas de actividad de la Institución.

### **Artículo 39<sup>13</sup>**

Los Letrados realizan las funciones de estudio, preparación y redacción de los borradores de los proyectos de dictamen, asistiendo mediante informes al ponen-

---

**12** La redacción sustituida era del siguiente tenor:

*«1. El régimen jurídico del Cuerpo de Letrados del Consejo será el general previsto en la Ley de la Función Pública Canaria para el personal funcionario del mismo Grupo funcional, con las particularidades que, por la naturaleza del Consejo Consultivo y de su función, se prevean en su Ley reguladora y en su normativa reglamentaria.*

*2. Los funcionarios que ocupen puestos de Letrado del Consejo Consultivo las incompatibilidades establecidas para los que ocupen puestos reservados a los mismos en el Parlamento o la Administración, aunque podrán compatibilizar sus funciones con las de carácter docente e investigador, previa autorización expresa del Presidente, de conformidad con lo previsto en la legislación en la materia, sin que afecte al adecuado funcionamiento del Organismo y se desarrolle fuera de las horas de actividad de la Institución.»*

**13** La redacción anterior del precepto era:

*«Los Letrados realizan las funciones de estudio, preparación y redacción de los proyectos de dictamen, asistiendo mediante informes al ponente designado para su elaboración, además de las propias de las Jefaturas de los Servicios que se les asignen por el Pleno y las que, según su categoría funcional, se determinen reglamentariamente.»*

te designado para su elaboración, y, en su caso, al Pleno y Secciones, además de las asignadas por el Presidente o por el Pleno y las que según su categoría funcional se determinen en el Reglamento de Régimen Interior.

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **Del resto del personal del Consejo**

##### **Artículo 40**

1. Las normas aplicables al personal funcionario del Consejo serán las previstas para los funcionarios del Parlamento de Canarias.

2. En todo caso, este personal estará sujeto a las normas de funcionamiento específicas del Consejo Consultivo, previstas en este Reglamento o en el de Régimen Interior, en relación con las funciones del puesto de trabajo que ocupen en este Organismo.

3. Los puestos de trabajo a ocupar por este personal funcionario, de carácter técnico, administrativo, auxiliar o subalterno, serán cubiertos, de acuerdo con lo determinado para cada uno de ellos en la Relación de Puestos de Trabajo, por funcionarios de la Comunidad Autónoma, aunque pueden ser también provistos por funcionarios de otros Entes o Administraciones, de conformidad con la equivalencia que se prevea entre los correspondientes Cuerpos y Escalas. A efectos de reconocimiento de trienios y carrera administrativa continuarán perteneciendo a sus respectivos Cuerpos o Escalas de origen, asimilados a la situación de activo en otras administraciones.

##### **Artículo 41<sup>14</sup>**

El Consejo Consultivo podrá incluir en su Relación de Puestos de Trabajo algunos de orden administrativo, auxiliar o subalterno, reservados a personal laboral que serán cubiertos de acuerdo con la legislación aplicable al efecto. Se les aplicará el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias, salvo norma más favorable del Convenio Colectivo del Personal del Parlamento de Canarias.

### **CAPÍTULO CUARTO**

#### **Disposiciones Comunes**

##### **Artículo 42**

1. El Pleno del Consejo Consultivo aprobará su Relación de Puestos de Trabajo, tanto de Letrados como del restante personal, en el marco de las previsiones del

---

<sup>14</sup> La redacción de este artículo anterior a la modificación era:  
*«El Consejo Consultivo podrá incluir en su Relación de Puestos de Trabajo algunos de orden administrativo, auxiliar o subalterno, reservados a personal laboral que serán cubiertos de acuerdo con la legislación aplicable al efecto.»*

Capítulo I del Presupuesto del Organismo, de acuerdo con lo previsto en la Ley reguladora y este Reglamento, publicándose en el Boletín Oficial de Canarias.

2. El acuerdo del Pleno al respecto se deberá acomodar a las previsiones generales en la materia recogidas en la legislación canaria sobre la Función Pública, sin perjuicio de las peculiaridades que procedan por la especialidad orgánica y funcional del Consejo Consultivo, prevista en este Reglamento y en el de Régimen Interior.

#### **Artículo 43**

El personal al servicio del Consejo Consultivo tiene el deber de guardar secreto sobre los asuntos tratados en el mismo y, en todo caso, sobre las actuaciones que, en relación con ellos, deban realizar en el desempeño de sus funciones, teniendo prohibido disponer de documentación del organismo para su uso particular, así como notificarlo o difundirlo al exterior, total o parcialmente. El incumplimiento del deber de secreto dará lugar a la incoación del correspondiente expediente disciplinario.

### **TÍTULO VI**

#### **Del presupuesto del Consejo**

#### **Artículo 44**

1. El Consejo Consultivo elaborará anualmente su Presupuesto y, tras la aprobación del Anteproyecto por el Pleno, el Presidente lo remitirá al Parlamento para su aprobación e incorporación, como un programa específico, dentro de la Sección presupuestaria de la Cámara legislativa.

2. El control de la ejecución del presupuesto del Consejo Consultivo se ejercerá por su Interventor, que podrá coincidir con el Interventor del Parlamento.

### **TÍTULO VII**

#### **Del funcionamiento del Consejo**

#### **CAPÍTULO PRIMERO**

##### **De las reuniones del Pleno y de las Secciones**

#### **Artículo 45**

1. El Consejo Consultivo actúa en Pleno o en Secciones.

2. Las sesiones de ambos órganos colegiados se celebrarán a puerta cerrada. No obstante, a propuesta del Presidente, el Pleno podrá celebrar una sesión solemne y pública cada año.

### **Artículo 46**

1. El Pleno y las Secciones se reunirán, en sesión ordinaria, según el calendario de convocatorias que al efecto se apruebe por el Presidente del Consejo. Las Secciones serán convocadas por sus respectivos Presidentes, quienes fijarán el Orden del Día de acuerdo con el Presidente del Consejo.

2. La convocatoria de cada sesión, con expresión del correspondiente Orden del Día, se hará llegar a los miembros correspondientes por el Letrado-Mayor con una antelación de, al menos, tres días, salvo que el propio órgano competente ya hubiera acordado la celebración de la sesión. En caso de urgencia, la sesión podrá convocarse con una antelación de veinticuatro horas.

### **Artículo 47**

1. La válida constitución del Pleno requiere la presencia del Presidente y del Secretario, o de quienes reglamentariamente les sustituyan y, al menos, la de otros dos Consejeros.

2. La válida constitución de las Secciones exige la presencia de todos sus miembros, aunque, en caso de que no pueda constituirse por ausencia justificada de un miembro, o situación de vacancia, el Presidente del Consejo Consultivo completará el quórum, asumiendo la Presidencia de la Sección.

3. Cuando no sea posible constituirse válidamente una Sección en dos convocatorias sucesivas, con un intervalo entre ellas de veinticuatro horas como mínimo y de cuarenta y ocho horas como máximo, su Presidente o, en su defecto, cualquiera de sus miembros, comunicará al Presidente del Consejo Consultivo esta circunstancia y éste convocará sesión plenaria urgente para tratar los asuntos del Orden del Día.

### **Artículo 48**

1. Los acuerdos del Pleno se adoptarán por mayoría absoluta de los miembros que lo componen en cada momento, efectuándose la votación por el orden de intervención en el debate y finalizando por el Presidente, quien dirimirá los casos de empate con su voto de calidad.

2. Los acuerdos de las Secciones se adoptarán por unanimidad y, de no alcanzarse, su Presidente lo hará saber inmediatamente al Presidente del Consejo Consultivo para que el asunto sea sometido a deliberación y, en su caso, aprobación por el Pleno.

### **Artículo 49<sup>15</sup>**

---

<sup>15</sup> La redacción anterior de este precepto era:

*«1. Abiertas las sesiones del Pleno o de las Secciones por sus respectivos Presidentes, el Secretario formará la lista de asistencia, haciendo constar, si procediese, las justificaciones de inasistencia, y leerá el Orden del Día.»*

1. Abiertas las sesiones del Pleno o de las Secciones por sus respectivos Presidentes, el Secretario formará la lista de asistencia, haciendo constar, si procediese, las justificaciones de inasistencia, y leerá el Orden del Día.

2. El Secretario dará lectura, para su aprobación, al Acta de la última sesión del órgano de que se trate, de no haber sido aprobada antes de finalizar la reunión, pudiendo cualquier miembro intervenir para solicitar la rectificación de la misma y, de no ser aceptada esta por la mayoría, podrá adjuntar a la misma su versión.

3. Cuando una sesión hubiese sido convocada con carácter urgente, el órgano decidirá en primer lugar sobre la urgencia.

4. Los asuntos incluidos en el Orden del Día se tratarán según lo previsto en el mismo, aunque, a propuesta de la Presidencia, el órgano puede acordar el cambio de orden en su tratamiento.

---

*2. El Secretario dará lectura, para su aprobación, al Acta de la última sesión del órgano de que se trate, de no haber sido aprobada antes de finalizar la reunión, pudiendo cualquier miembro intervenir para solicitar la rectificación de la misma y, de no ser aceptada ésta por la mayoría, podrá adjuntar a la misma su versión.*

*3. Cuando una sesión hubiese sido convocada con carácter urgente, el órgano decidirá en primer lugar sobre la urgencia.*

*4. Los asuntos incluidos en el Orden del Día se tratarán según lo previsto en el mismo, aunque, a propuesta de la Presidencia, el órgano puede acordar el cambio de orden en su tratamiento.*

*5. El Presidente dará la palabra a los miembros que lo soliciten tantas veces como sea preciso, hasta que considere que el asunto se ha debatido suficientemente y deba decidirse o, en su caso, posponerse la adopción del acuerdo, interviniendo el ponente en cuantas ocasiones se considere oportuno.*

*6. Excepcionalmente, cuando lo requiera el Consejero ponente, podrán ser convocados a la reunión del órgano colegiado el Letrado o Letrados informantes, para ampliar o complementar puntos determinados de sus informes, contestar a las cuestiones que se les formulen o evacuar consultas relativas al asunto que se analiza.*

*7. En todo caso, cuando se delibere sobre un proyecto de dictamen, intervendrá en primer lugar, para presentarlo y defenderlo, el ponente designado para su elaboración o, en su caso, uno de los participantes en ponencia conjunta, pudiendo contestar puntualmente las intervenciones de los restantes miembros o bien hacerlo conjuntamente culminada la ronda.*

*8. Las enmiendas, adiciones, supresiones y otras modificaciones a cualquier proyecto de dictamen o de acuerdo del Pleno serán defendidas por el Consejero que las proponga y, si no hay unanimidad en aceptarlas, se discutirán y someterán a votación.*

*9. El Letrado Mayor o el Letrado asistente que le sustituya informará al Pleno sobre las solicitudes de dictamen recibidas en el Consejo Consultivo, proponiendo su admisión o la procedencia de no tramitarlas, devolviéndolas o instando que se complete, en su caso, la documentación cuya falta advierta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de este Reglamento, adoptándose por el órgano el acuerdo precedente, sin perjuicio de que también con posterioridad el Ponente que se designe pueda plantear ante el Pleno o la Sección competente la necesidad de aplicar alguna de las previsiones de dicho precepto.*

*10. Así mismo, el Letrado asistente informará al Pleno o a la Sección, según proceda, sobre la asignación de asuntos a los órganos del Consejo Consultivo y sobre la asistencia letrada, adoptando el órgano competente el acuerdo pertinente, según se establezca en el Reglamento de Régimen Interior.*

*11. En el desarrollo de los debates, el Letrado asistente podrá intervenir cuando lo decida el Presidente, limitándose a exponer su opinión técnico-jurídica sobre la adecuación jurídica del instrumento de que se trate, particularmente el texto normativo proyectado o la actuación administrativa propuesta, salvo que se le solicite expresamente por la Presidencia que se pronuncie sobre la conformidad a Derecho de la opinión expuesta por algún miembro o miembros.*

*12. De cada sesión del órgano colegiado de que se trate levantará Acta el respectivo Secretario, que será aprobada al finalizar aquélla o en la sesión siguiente.»*

5. El Presidente dará la palabra a los miembros que lo soliciten tantas veces como sea preciso, hasta que considere que el asunto se ha debatido suficientemente y deba decidirse o, en su caso, posponerse la adopción del acuerdo, interviniendo el ponente en cuantas ocasiones se considere oportuno.

6. Excepcionalmente, cuando lo requiera el Consejero ponente, podrán ser convocados a la reunión del órgano colegiado el Letrado o Letrados informantes, para ampliar o complementar puntos determinados de sus informes, contestar a las cuestiones que se les formulen o evacuar consultas relativas al asunto que se analiza.

7. En todo caso, cuando se delibere sobre un proyecto de dictamen, intervendrá en primer lugar, para presentarlo y defenderlo, el ponente designado para su elaboración o, en su caso, uno de los participantes en ponencia conjunta, pudiendo contestar puntualmente las intervenciones de los restantes miembros o bien hacerlo conjuntamente culminada la ronda.

8. Las enmiendas, adiciones, supresiones y otras modificaciones a cualquier proyecto de dictamen o de acuerdo del Pleno serán defendidas por el Consejero que las proponga y, si no hay unanimidad en aceptarlas, se discutirán y someterán a votación.

9. El Letrado Mayor o el Letrado asistente que le sustituya informará al Pleno sobre las solicitudes de dictamen recibidas en el Consejo Consultivo, proponiendo su admisión o la procedencia de no tramitarlas, devolviéndolas o instando que se complete, en su caso, la documentación cuya falta advierta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de este Reglamento, adoptándose por el órgano el acuerdo procedente, sin perjuicio de que también con posterioridad el Ponente que se designe pueda plantear ante el Pleno o la Sección competente la necesidad de aplicar alguna de las previsiones de dicho precepto.

10. El Letrado asistente informará al Pleno o a la Sección, según proceda, sobre la asignación de asuntos a los órganos del Consejo Consultivo y sobre la asistencia letrada, adoptando el órgano competente el acuerdo pertinente, en los términos que disponga el Reglamento de Régimen Interior.

11. En el desarrollo de los debates, el Letrado asistente podrá intervenir cuando lo decida el Presidente, limitándose a exponer su opinión técnico-jurídica sobre la adecuación jurídica del texto normativo proyectado o la actuación administrativa propuesta, salvo que expresamente la Presidencia solicite que se pronuncie sobre la conformidad a Derecho de la opinión expuesta por algún miembro o miembros.

12. De cada sesión del órgano colegiado de que se trate levantará Acta el respectivo Secretario, que será aprobada al finalizar aquella o en la sesión siguiente.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### Del procedimiento para la tramitación de los dictámenes

#### Artículo 50

1. La solicitud de dictamen se formulará por el órgano legalmente legitimado para recabarlo, mediante escrito que dirigirá al Presidente del Consejo Consultivo, concretando la finalidad y, en su caso, los términos de la consulta, acompañando, cuando procediese, certificación del acuerdo del órgano competente para solicitar la realización de la función consultiva.

2. A la solicitud deberá acompañarse copia completa del expediente, debidamente diligenciada, con toda la documentación exigida al respecto.

#### Artículo 51<sup>16</sup>

1. Recibida y registrada la solicitud en el Consejo, el Presidente la incluirá en el orden del día de la inmediata sesión plenaria para su admisión y toma de razón del Ponente designado por el Presidente.

2. El acuerdo del Pleno será comunicado por el Presidente al órgano solicitante, señalando en caso de admisión el cómputo del plazo para emitir el dictamen, o bien los motivos por los que el Pleno ha decidido no tramitar la solicitud, si hubiese acordado su inadmisión o resuelto requerir que se complete o mejore por el órgano interesado.

#### Artículo 52<sup>17</sup>

1. Las solicitudes de dictamen de competencia de las Secciones se distribuirán por el Presidente entre estas, de acuerdo con las reglas que se determinen en el Reglamento de Régimen Interior o acuerde el Presidente del Consejo.

---

**16** El texto del precepto en su versión original era:

«1. Recibida la solicitud en el Consejo, el Presidente la incluirá en la primera sesión a convocar del Pleno, en orden a que éste decida sobre su admisión y subsiguiente elaboración del proyecto de dictamen recabado, previo encargo por el Presidente de la ponencia al Consejero correspondiente.

2. El acuerdo del Pleno será comunicado por el Presidente al órgano solicitante, señalando, en caso de admisión, el inicio del cómputo del plazo para emitir el dictamen, o bien, los motivos por los que el Pleno ha decidido no tramitar la solicitud, si hubiese acordado su inadmisión o resuelto requerir que se complete o mejore por el órgano interesado.»

**17** La redacción sustituida era la siguiente:

«1. Las solicitudes de dictamen de competencia de las Secciones se distribuirán por el Presidente entre éstas, de acuerdo con las reglas que se determinen en el Reglamento de Régimen Interior o acuerde el Presidente del Consejo.

2. Las ponencias podrán ser ordinarias o especiales. Las ordinarias tendrán por objeto la elaboración de los proyectos de dictamen que hayan de ser aprobados por el Pleno o por las Secciones. Las ponencias serán especiales en los supuestos del artículo 7.1.c) y d) de la Ley del Consejo Consultivo y en los de preparación de acuerdos o mociones, proyectos reglamentarios, presupuestarios o que versen sobre materia de personal. Serán asignadas unas y otras por cada órgano entre sus miembros en el número y orden previsto en las citadas reglas.

2. Las ponencias podrán ser ordinarias o especiales. Las ordinarias tendrán por objeto la elaboración de los proyectos de dictamen que hayan de ser aprobados por el Pleno o por las Secciones. Las ponencias serán especiales en los supuestos del artículo 7.1.c) y d) de la Ley del Consejo Consultivo y en los de preparación de acuerdos o mociones, proyectos reglamentarios, presupuestarios o que versen sobre materia de personal. Serán asignadas unas y otras por cada órgano entre sus miembros en el número y orden previsto en las citadas reglas.

3. Los Proyectos de las ponencias deberán ser entregados al Letrado Mayor, a fin de que la respectiva Presidencia los incluya en el Orden del Día de la primera sesión plenaria, con la antelación que señale el Reglamento de Régimen Interior, antes del vencimiento del plazo fijado para emitir el dictamen recabado, reduciéndose proporcionalmente este plazo en los supuestos de urgencia.

4. El incumplimiento injustificado o infundado de los plazos determinados en el Reglamento de Régimen Interior, de acuerdo con este Reglamento, para la realización de la función consultiva determinará la responsabilidad que corresponda legalmente.

### **Artículo 53<sup>18</sup>**

El Consejo Consultivo, en el ejercicio de sus competencias, podrá motivadamente:

---

*3. Los Proyectos de las ponencias deberán ser entregados al Letrado Mayor, a fin de que la respectiva Presidencia los incluya en el Orden del Día de la primera sesión a convocar del órgano competente para actuar, con el tiempo de antelación que señale el Reglamento de Régimen Interior, antes del vencimiento del plazo fijado para emitir el dictamen recabado, reduciéndose proporcionalmente este plazo en los supuestos de urgencia.*

*4. El incumplimiento injustificado o infundado de los plazos determinados en el Reglamento de Régimen Interior, de acuerdo con este Reglamento, para la realización de la función consultiva determinará la responsabilidad que corresponda legalmente.»*

**18** La redacción anterior era:

« El Consejo Consultivo, en el ejercicio de sus competencias, podrá motivadamente:

*a) Requerir de quienes hayan solicitado dictamen el cumplimiento de los trámites que falten y que sean indispensables para la emisión del mismo. Si se tratase de propuestas de resolución no elaboradas, informes preceptivos no emitidos o informes complementarios que el Consejo Consultivo considere necesarios para dictaminar, se acordará, previa audiencia del órgano peticionario, la ampliación del plazo de emisión del dictamen por el tiempo necesario para la elaboración de los documentos e informes requeridos, su integración en el expediente y su correspondiente valoración, comunicándose esta circunstancia a la autoridad peticionaria del dictamen.*

*b) Recabar del peticionario del dictamen la documentación que resulte pertinente para la evacuación del mismo que no se haya incorporado a los expedientes, cuya existencia se deduzca de éstos y cuando proceda su integración para completarlos. En este supuesto, el Consejo interrumpirá el plazo de emisión del dictamen durante el plazo de quince días o por la mitad del plazo otorgado cuando se haya hecho constar la urgencia. Si no se hubiese cumplimentado la tramitación requerida en el plazo correspondiente, se emitirá, en su caso, dictamen de forma, sin entrar a conocer, sobre el fondo del asunto, con las observaciones procedentes.*

*c) Solicitar de los órganos consultantes y de las instituciones autonómicas y locales de Canarias la información o documentación pertinente para el ejercicio de sus competencias.*

*d) Instar la emisión de informes de personas e instituciones que posean especiales conocimientos sobre las materias relativas al asunto sometido a dictamen.*

*En los supuestos previstos en los apartados a), c) y d), se acordará justificadamente la ampliación del plazo necesario para la emisión del dictamen, a contar desde la recepción de la documentación interesada.»*

a) Requerir de quienes hayan solicitado dictamen el cumplimiento de los trámites que falten y que sean indispensables para la emisión del mismo, con suspensión del plazo de emisión por quince días que podrá ampliarse a solicitud de la autoridad solicitante. Si no se cumplimenta el trámite se emitirá dictamen de forma.

b) Recabar del peticionario del dictamen la documentación que resulte pertinente para la evacuación del mismo que no se haya incorporado al expediente y cuya existencia se deduzca del mismo, con suspensión del plazo de emisión durante quince días. Si no se cumplimenta lo requerido se emitirá dictamen de forma, con las observaciones procedentes o, se procederá directamente al archivo del expediente.

c) Solicitar de los órganos consultantes y de las instituciones autonómicas y locales de Canarias la información o documentación pertinente para el ejercicio de sus competencias.

d) Instar la emisión de informes de personas e instituciones que posean especiales conocimientos sobre las materias relativas al asunto sometido a dictamen.

e) En los supuestos previstos en los apartados anteriores, el Consejo podrá acordar justificadamente la ampliación del plazo necesario para la emisión del dictamen, a contar desde la recepción de la documentación o informes solicitados.

#### **Artículo 54<sup>19</sup>**

1. De no obtener la mayoría exigida en el Pleno el proyecto de dictamen presentado por el Ponente, este podrá optar entre redactar el dictamen de acuerdo con el parecer de la mayoría, evacuándose sin más trámite, o renunciar a la ponencia y, en su caso, anunciar su intención de formular voto particular discrepante. En este caso, el Ponente será sustituido por el miembro que designe el Presidente, pudiendo el nuevo Ponente redactar el proyecto de dictamen mayoritariamente acordado o proponer un nuevo proyecto de dictamen.

2. Los miembros del Pleno que discrepen del acuerdo mayoritario adoptado sobre el contenido de un proyecto de dictamen que se debata y apruebe por el Pleno podrán anunciar, en la misma sesión de aprobación y después de celebrada la vota-

---

**19** Este precepto disponía, en su redacción original:

*«1. De no obtener la mayoría exigida en el Pleno el proyecto de dictamen presentado por el Ponente, éste podrá optar entre redactar el dictamen de acuerdo con el parecer de la mayoría, evacuándose sin más trámite, o renunciar a la ponencia y anunciar, en su caso, su intención de formular voto particular discrepante, en cuyo supuesto será sustituido por otro miembro designado por el Pleno como Ponente para redactar el dictamen mayoritariamente acordado o para proponer un nuevo proyecto de dictamen.*

*2. Los miembros del Pleno que discrepen del acuerdo mayoritario adoptado sobre el contenido de un proyecto de dictamen que se debata y apruebe por el Pleno podrán anunciar, en la misma sesión de aprobación y después de celebrada la votación, que desean formular voto particular, a cuyo fin se le dará traslado de la redacción definitiva del dictamen, debiendo entregar el voto particular debidamente formalizado al Secretario del Pleno dentro de los dos días siguientes, ajustándose a los extremos y razones de discrepancia expresados en el debate, para ser remitido junto al dictamen al solicitante del mismo.»*

ción, que desean formular voto particular, a cuyo fin se le dará traslado de la redacción definitiva del dictamen, debiendo entregar el voto particular debidamente formalizado al Secretario del Pleno dentro de los dos días siguientes, ajustándose a los extremos y razones de discrepancia expresados en el debate, para ser remitido junto al dictamen al solicitante del mismo.

### **Artículo 55**

1. Los dictámenes han de ser firmados por todos los miembros asistentes a la sesión de aprobación de los respectivos proyectos, aunque pretendan formular voto particular discrepante, sin perjuicio de que esta circunstancia se acredite en el acta de la sesión y en el certificado de la elaboración del dictamen que ha de remitirse, junto con éste y, en su caso, el voto particular, al órgano solicitante.

2. Los dictámenes, junto con la documentación utilizada para su preparación, debate y aprobación, formarán un expediente numerado que se custodiará en los archivos del Consejo.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **De las demás funciones o actuaciones del Consejo**

### **Artículo 56<sup>20</sup>**

1. Para mejorar su funcionamiento y eficacia, el Pleno del Consejo podrá aprobar mociones con propuestas dirigidas al Parlamento, al Gobierno o a las Administraciones Públicas Canarias. A tal efecto se constituirá una ponencia especial.

2. Cualquier Consejero podrá proponer al Pleno la aprobación de una moción.

### **Artículo 57**

1. El Consejo Consultivo organizará las actividades o reuniones que crea convenientes para la adecuada realización de su función institucional y, así mismo, sus miembros podrán acudir a similares actividades organizadas por otras instituciones, especialmente Organismos de su misma naturaleza.

2. El Presidente, cuando proceda, autorizará que sus miembros o su personal asistan a cursos, conferencias o seminarios relacionados con el funcionamiento del Consejo Consultivo.

---

<sup>20</sup> La redacción original del precepto era:

*«1. Para mejor funcionamiento del Consejo y, en particular, una mayor eficacia de la función consultiva, el Pleno podrá aprobar mociones con propuestas dirigidas al Parlamento, al Gobierno o a las Administraciones Públicas Canarias. A tal efecto se constituirá una ponencia especial.*

*2. Cualquier Consejero podrá proponer al Pleno la aprobación de una moción.*

### **Artículo 58<sup>21</sup>**

El Consejo podrá publicar los dictámenes aprobados bien en colección completa, bien una selección de los mismos o extractos de su doctrina, una vez que su pronunciamiento se conozca por el órgano destinatario o se haya resuelto definitivamente el asunto dictaminado, omitiendo en todo caso, datos de carácter privado.

## **DISPOSICIONES ADICIONALES**

### **Primera**

1. El período anual de vacaciones del Consejo Consultivo será el mes de agosto de cada año, suspendiéndose en dicho período sus actividades, salvo las que, en su caso, corresponda realizar para la constitución del Pleno y nombramiento de su Presidente y Secretario, así como de los Presidentes de las Secciones, tras el cese por cumplimiento del mandato.

2. En todo caso, el Pleno podrá acordar que se realicen en los cinco primeros días hábiles de dicho mes determinadas actuaciones específicas que no puedan demorarse, recuperando el personal afectado las correspondientes vacaciones durante el mes de septiembre.

3. Los dictámenes que fuesen interesados en la segunda quincena del mes de julio se emitirán dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de registro de la solicitud, sin computar los días del mes de agosto, salvo los supuestos de urgencia debidamente motivados.

### **Segunda**

1. Los decretos que aprueben reglamentos cuyos proyectos deban ser dictaminados y las resoluciones administrativas de todo tipo y forma que, así mismo, hayan sido objeto de dictamen en fase de Propuesta, incluirán la fórmula «de acuerdo con el dictamen del Consejo Consultivo», de ajustarse al pronunciamiento de éste, o «visto el dictamen del Consejo Consultivo», de separarse del mismo.

2. El órgano sobre cuya actuación proyectada se haya pronunciado el Consejo Consultivo deberá remitir a éste, siempre que aquélla tenga carácter administrativo o no normativo, copia de la correspondiente resolución.

---

**21** Este precepto disponía en su versión original:

*«El Pleno acordará la publicación de la doctrina del Consejo Consultivo plasmada en dictámenes, en colecciones completas de éstos por años o en extractos de dicha doctrina o selección de los referidos dictámenes, una vez que su pronunciamiento se conozca por el órgano destinatario o se haya resuelto definitivamente el asunto dictaminado, omitiendo en todo caso, datos de carácter privado.»*

### **Tercera**

1. Cuando se dictaminen proyectos de actos administrativos en forma de propuesta de resolución y el titular del órgano competente para dictarlos disienta del dictamen emitido, la discrepancia deberá resolverla el superior jerárquico del mismo, si lo hubiere, ordenando a aquél que actúe según lo dictaminado o permitiéndole separarse del dictamen.

2. Si el órgano competente fuese el titular de una Consejería, la competencia para resolver la eventual discrepancia corresponderá al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

## **DISPOSICIÓN DEROGATORIA**

### **Única**

Quedan derogadas las normas del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 464/1985, que no hubiesen sido derogadas por la Ley 5/2002, de 3 de junio, según lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda de ésta.

## **DISPOSICIONES FINALES**

### **Primera**

Para el cómputo de los plazos a que hace referencia este Reglamento se tendrán en cuenta sólo los días hábiles.

### **Segunda**

El Pleno del Consejo adaptará su Reglamento de Régimen Interior al presente Reglamento.

## CONSEJO CONSULTIVO DE LES ILLES BALEARS

**LEY 2/2014, DE 25 DE MARZO, DE ORDENACIÓN Y USO DEL SUELO**  
*(Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 147, de 18 de junio de 2014, y en el Boletín Oficial de las Illes Balears núm. 43, de 29 de marzo de 2014) –EXTRACTO–.*

**Artículo 59.** *Modificación de los sistemas urbanísticos de espacios libres o zonas verdes.*

1. La modificación de figuras del planeamiento urbanístico que tenga por objeto alterar la zonificación o el uso urbanístico de los espacios libres o de las zonas verdes considerados por el planeamiento urbanístico como sistemas urbanísticos generales o locales, debe garantizar el mantenimiento de la superficie y de la funcionalidad de los sistemas objeto de la modificación, con referencia al núcleo de asentamiento afectado.

2. El expediente de modificación de las figuras de planeamiento a que hace referencia el apartado 1 anterior, deberá someterse a dictamen del Consejo Consultivo de las Illes Balears. En este supuesto, la resolución definitiva del expediente solo puede ser aprobatoria si el dictamen del Consejo Consultivo es favorable. La falta de resolución expresa en plazo en el caso de las modificaciones reguladas en el apartado 1 anterior se entiende con carácter denegatorio.

3. La tramitación regulada en el apartado 2 anterior no se aplicará a las modificaciones mencionadas que sean incluidas en el procedimiento de revisión de un plan general, ni tampoco a los ajustes en la delimitación de los espacios mencionados que no alteren la funcionalidad, ni la superficie, ni la localización en el territorio.

4. Las propuestas de modificación reguladas en los apartados 1 y 3 anteriores deben justificar en la memoria pertinente y mediante la documentación gráfica que sea necesaria que se cumple lo establecido en este artículo.



## CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA

**LEY 5/2014, DE 25 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, URBANISMO Y PAISAJE DE LA COMUNITAT VALENCIANA** (*Publicada en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana núm. 7.329, de 31 de julio de 2014*)  
–EXTRACTO–.

**Artículo 55.** *Aprobación del plan o programa sometido a evaluación ambiental y territorial estratégica.*

[...]

7. Cuando se produzca una modificación en la planificación urbanística que tenga por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de zonas verdes previstas, se requerirá un dictamen previo del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, con carácter previo a la aprobación del plan.

[...]

**Artículo 57.** *Tramitación de los planes que no estén sujetos al procedimiento ordinario de evaluación ambiental y territorial estratégica.*

1. Cuando un plan no esté sujeto al procedimiento ordinario de evaluación ambiental y territorial estratégica, una vez realizadas las actuaciones previstas en los artículos 50 y 51 de esta ley, se seguirán los siguientes trámites:

a) Información pública durante un periodo mínimo de cuarenta y cinco días, asegurando, cuanto menos, las medidas mínimas de publicidad exigidas por el artículo 53.2 de esta ley. El plazo mínimo será de 20 días cuando se trate de estudios de detalle.

b) Durante el mismo plazo de información pública se consultará a los organismos afectados, con petición de los informes exigibles conforme a la legislación sectorial, así como a las entidades suministradoras de los servicios públicos urbanos que pudieran resultar afectadas. La falta de emisión de dichos informes en el plazo de un mes permitirá proseguir la tramitación de las actuaciones. La Consellería competente para la aprobación de los instrumentos de planeamiento, a través de la dirección general correspondiente, ejercerá las funciones de coordinación necesarias en relación con la obtención de los informes correspondientes a las consultas que se realicen a los órganos de la Generalitat en esta fase del procedimiento.

c) Si, como consecuencia de informes y alegaciones, se pretende introducir cambio sustanciales en la propuesta de plan, antes de adoptarlos se comunicará a los

interesados y, mediante resolución del alcalde, se someterán a información pública por el plazo de 20 días, acompañados de los informes y alegaciones que sustenten la modificación propuesta. La publicación y notificación a los interesados se harán conforme al artículo 53 de esta ley. Durante este periodo se admitirán, para su examen y consideración, nuevas alegaciones referidas a los cambios propuestos; podrán inadmitirse las que reiteren argumentos y redunden en aspectos previamente informados. En este caso de introducción de cambios sustanciales en la propuesta de un plan o programa que hubiera sido objeto de un procedimiento simplificado de evaluación ambiental y territorial estratégica, por ausencia de efectos significativos sobre el medio ambiente y el territorio, será necesario requerir del órgano ambiental y territorial un informe que determine si las modificaciones que se pretende introducir no tendrán efectos significativos sobre el medio ambiente y el territorio o si requieren la tramitación del procedimiento ordinario de evaluación ambiental y territorial estratégica, por ser previsible que se produzcan efectos significativos sobre el medio ambiente y el territorio.

d) Una vez concluidas las anteriores actuaciones, el plan será sometido a aprobación por el Pleno del Ayuntamiento u órgano que corresponda. Cuando se modifique la ordenación estructural, la aprobación definitiva corresponderá a la Consellería competente en urbanismo. **Los planes que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de zonas verdes previstas requerirán dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.**

2. El acuerdo de aprobación definitiva, junto con sus normas urbanísticas, se publicarán para su entrada en vigor en el Boletín Oficial de la Provincia. Cuando la aprobación definitiva sea municipal, antes de su publicación, se remitirá una copia digital del plan a la consellería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo para su inscripción en el Registro Autonómico de Instrumentos de Planeamiento Urbanístico.

[...]

**Artículo 136.** *Procedimiento de modificación de los programas de actuación integrada.*

1. Las modificaciones de los programas de actuación integrada se acordarán en la forma que se hubiese especificado en las bases de programación.

2. Antes de proceder a la modificación del programa de actuación integrada, el ayuntamiento deberá:

a) Dar audiencia al urbanizador y, en su caso, a la entidad avalista, por un plazo no inferior a diez días, para que pueda formular las consideraciones que tenga por conveniente.

b) Obtener previo informe del Servicio Jurídico y del servicio Técnico correspondiente a la administración actuante. Si la modificación comporta algún compromiso adicional para la administración, deberá obtenerse asimismo el correspondiente informe de fiscalización del servicio correspondiente de la administración actuante.

**c) Obtener informe del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, cuando la modificación suponga que su cuantía, aislada o acumulativamente, sea igual o superior al diez por cien del precio primitivo del contrato o a seis millones de euros.**

3. Los acuerdos que adopte la administración actuante pondrán fin a la vía administrativo y serán inmediatamente ejecutivos.

4. Las modificaciones del programa de actuación integrada deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público.

[...]

**Artículo 164.** *Remoción del urbanizador en sus funciones.*

1. La remoción del urbanizador sin mutuo acuerdo o con reconocimiento de derecho a indemnización requiere, tras la audiencia de los afectados, dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

[...]



## **CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA**

**LEY 3/2014, DE 24 DE ABRIL, DEL CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA**  
(Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 127, de 26 de mayo de 2014, y en el Diario Oficial de Galicia núm. 80, de 28 de abril de 2014).

### **1**

#### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

Con el antecedente de las previsiones sobre la posible existencia de instituciones consultivas autonómicas equivalentes al Consejo de Estado contenidas en la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, en el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y, sobre todo, con el explícito reconocimiento por el Tribunal Constitucional de las facultades de las comunidades autónomas para crear, en virtud de sus potestades de autoorganización, órganos consultivos propios, de las mismas características y con idénticas o semejantes funciones a las del Consejo de Estado, procedió la Comunidad Autónoma de Galicia, mediante la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, a la creación del Consejo Consultivo de Galicia, que habría de prestar la garantía que para el interés general y la legalidad objetiva representaba, hasta entonces, la intervención preceptiva del Consejo de Estado en determinados procedimientos y actuaciones de las administraciones públicas de Galicia. Desde tal momento los dictámenes del Consejo de Estado pasaron a ser sustituidos, en materias de competencia autonómica, por los emitidos por esa nueva institución consultiva.

Los más de tres lustros transcurridos desde la entrada en vigor de dicha ley supusieron un lapso de tiempo suficiente para comprobar la eficacia del Consejo Consultivo de Galicia. Pero ese tiempo también puso de relieve la necesidad de dotar a la institución de unas características que se ajusten mejor al complejo sistema jurídico actual, a la exigencia de satisfacción de los intereses públicos a los que, con objetividad, han de servir los órganos decisores para los cuales la institución consultiva dictamina o informa, y a los principios de eficiencia y economía del gasto público, todo ello con pleno respeto a las garantías institucionales de autonomía orgánica y funcional, que, por definir la esencia de los consejos consultivos, según los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, son infranqueables para el legislador.

### **2**

Partiendo de aquellos parámetros, en la revisión que se efectúa a través de la presente ley, en su título I, se comienza definiendo la posición institucional del Consejo Consultivo de Galicia como supremo órgano consultivo de la Xunta de Gali-

cia y de las administraciones públicas integradas en su territorio, con lo cual se precisa el alcance subjetivo de sus funciones, que no solo abarcan a la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, con todos los entes que integran el sector público autonómico, sino que también se extienden a las entidades locales y universidades públicas de Galicia.

Frente al sistema de designación gubernamental de los miembros electivos del órgano consultivo, por el que ha optado el legislador de 1995 en coherencia con las limitadas funciones que al Consejo Consultivo de Galicia se le encomendaban en los procesos de producción normativa, se implanta en el título II de la presente ley, como uno de los rasgos fundamentales que caracterizan a ese órgano, un sistema mixto que da participación al Parlamento en la elección de tres de los miembros electivos del Consejo Consultivo, atendiendo a las nuevas competencias de intervención del mismo en la actividad del legislativo, siquiera lo sea en fase de iniciativa del Gobierno y con carácter facultativo, dotándole también, a su vez, de un necesario equilibrio institucional.

Por otra parte, el hecho de que la multiplicidad de funciones que se le asignan al Consejo Consultivo giren, en esencia, en torno a materias que afectan específicamente a disciplinas de derecho público, hace oportuno que la elección de los miembros electivos recaiga sobre personas dotadas de unos perfiles técnico-jurídicos que estén en consonancia con tal circunstancia.

En el título III se amplían las competencias del órgano consultivo, respecto al que le precedió, desde una doble óptica: primero, nivelando las funciones dictaminadoras y las asesoras, de modo que la llamada función dictaminadora, limitada a comprobar si determinadas propuestas de resoluciones o proyectos de textos normativos ya elaborados se ajustan al ordenamiento jurídico y a una correcta técnica, se completa con la función de asesoramiento técnico de los poderes públicos, que abarca la posible redacción de anteproyectos legislativos, la elaboración de propuestas legislativas o de reforma estatutaria, y, sobre todo, la emisión de informes sobre cuestiones concretas de especial trascendencia para la Comunidad Autónoma de Galicia; segundo, ajustando el ámbito competencial del órgano consultivo al vigente marco legal (incluyendo, entre otras, las funciones de dictaminar sobre la revisión de oficio de disposiciones generales, la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria, el planteamiento de conflictos en defensa de la autonomía local, la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales o las modificaciones de los contratos administrativos), añadiendo otras competencias, que hoy son lugar común en las legislaciones autonómicas (como las relativas a la emisión de dictámenes previos a la interposición por el Consello de la Xunta de recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional), y atribuyendo al órgano consultivo competencia para emitir dictámenes facultativos en los procesos de elaboración de leyes de iniciativa de la Xunta.

La regulación y competencias de los órganos en que se articula el Consejo Consultivo y el procedimiento de adopción de sus acuerdos son el objeto de los títu-

los IV y V de la presente ley, mereciendo destacarse, en el primer aspecto, la configuración de un órgano de nuevo cuño, la Sección de Estudios e Informes, que va a contar con la aportación de la valiosa y excepcional experiencia de las consejeras y consejeros natos y a la que se le encomienda en la ley la redacción de los anteproyectos legislativos y la elaboración de las propuestas legislativas o de reforma estatutaria que el Consello de la Xunta pueda encomendar al Consejo Consultivo, como asimismo la realización de los informes que la persona titular de la Presidencia de la Xunta de Galicia le solicite.

Finalmente, en el título VI, y sin perjuicio de las necesarias referencias al personal al servicio del Consejo Consultivo y al cuerpo de personal letrado de la institución, se encomienda el desarrollo pormenorizado de su organización y funcionamiento a un futuro reglamento, que será elaborado por el Consejo Consultivo y aprobado por el Consello de la Xunta.

Por todo lo expuesto, el Parlamento de Galicia aprobó y yo, de conformidad con el artículo 13.2 del Estatuto de autonomía de Galicia y con el artículo 24 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, reguladora de la Xunta y de su Presidencia, promulgo en nombre del Rey, la Ley del Consejo Consultivo de Galicia.

## **TÍTULO I** **Disposiciones generales**

### **Artículo 1. Naturaleza.**

El Consejo Consultivo de Galicia es el supremo órgano consultivo de la Xunta de Galicia y de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Galicia.

El Consejo Consultivo de Galicia actúa con independencia respecto a cualquier órgano y, en garantía de la misma, disfruta de autonomía orgánica y funcional, no estando ligados sus miembros por mandato imperativo alguno.

### **Artículo 2. Sede.**

El Consejo Consultivo de Galicia tiene su sede en la ciudad de Santiago de Compostela.

## **TÍTULO II** **Composición**

### **Artículo 3. Miembros y su designación.**

1. El Consejo Consultivo de Galicia está integrado por consejeras y consejeros electivos y consejeras y consejeros natos.

2. Las consejeras y consejeros electivos, en número de cinco, deberán ser juristas de reconocida competencia que cuenten con una experiencia y desempeño efectivo, durante al menos diez años, en cargo, función o actividad profesional relacionados específicamente con aquellas especialidades de derecho público relacionadas con las actividades del Consejo Consultivo.

El presidente de la Xunta nombrará a los cinco miembros electivos del Consejo Consultivo: dos una vez escuchado el Consello de la Xunta y los otros tres a propuesta del Parlamento de forma proporcional a la representación de los grupos parlamentarios existentes en la Cámara. Las personas candidatas propuestas de forma proporcional por los grupos parlamentarios como miembros electos del Consejo Consultivo de Galicia deberán comparecer ante la comisión correspondiente conforme al Reglamento de la Cámara a fin de examinar su idoneidad para el cargo. Con posterioridad el Pleno de la Cámara adoptará el acuerdo por mayoría de tres quintos de sus miembros en primera votación o mayoría absoluta en segunda votación, si fuera necesaria. La Presidencia del Parlamento comunicará este acuerdo al presidente de la Xunta para que proceda a su nombramiento.

La composición y posterior renovación del Consejo procurará atender a criterios de paridad.

3. Son consejeras y consejeros natos las personas que ejercieron la Presidencia de la Xunta de Galicia.

Su incorporación inicial al Consejo Consultivo puede producirse en cualquier momento, pero en todo caso antes de haber cumplido la edad de setenta y cinco años. A tal efecto, formalizarán ante el Consejo Consultivo su deseo de incorporarse al mismo y formularán declaración de no incurrir en causa de incompatibilidad.

El mandato de las consejeras y consejeros natos del Consejo Consultivo, una vez que se incorporen al mismo, podrá interrumpirse a consecuencia de su nombramiento para un cargo público declarado incompatible. Producido el cese en ese cargo, la persona interesada dispondrá de un plazo de tres meses desde dicho cese para formalizar su reincorporación al Consejo Consultivo por el tiempo que le quede de mandato.

#### **Artículo 4.** *Duración del mandato y sustitución.*

1. Las consejeras y consejeros electivos ejercerán su mandato por un periodo de seis años, salvo remoción por las causas previstas en la presente ley.

2. Las consejeras y consejeros electivos tendrán como límite máximo de permanencia en sus cargos la edad de setenta y dos años.

3. El cese anticipado de una consejera o consejero electivo dará lugar a la sustitución del mismo.

A tal efecto, la persona titular de la Presidencia del Consejo Consultivo pondrá el cese en conocimiento de la persona titular de la Presidencia de la Xunta de Galicia interesando que nombre o, en su caso, solicite del órgano que propuso a la consejera o consejero cesante la realización de nueva propuesta en la forma y con las condiciones previstas para el nombramiento inicial, y que se proceda al nombramiento de una nueva consejera o consejero, cuyo mandato ejercerá por el tiempo que falte para la expiración del mandato de la persona cesante.

4. Las consejeras y consejeros natos ejercerán su mandato por un periodo de seis años si tuvieran la condición de titular de la Presidencia de la Xunta de Galicia durante cuatro o menos años, o por un periodo de doce años si tuvieran la condición de titular de la Presidencia de la Xunta de Galicia durante más de cuatro años.

5. Con tres meses de antelación a la expiración del periodo de mandato de una consejera o consejero nato, la persona titular de la Presidencia del Consejo Consultivo se lo comunicará al Consello de la Xunta, quien, cuando las circunstancias concurrentes así lo aconsejen, podrá prorrogar el mandato de la consejera o consejero por un periodo que no excederá en caso alguno la tercera parte del periodo inicial que le correspondiera.

#### **Artículo 5. Inmovilidad y cese.**

1. Durante el tiempo de su mandato las consejeras y consejeros serán inmovibles, no pudiendo removerse de sus cargos sino por renuncia, límite de edad, incapacidad, incompatibilidad sobrevenida o incumplimiento grave de los deberes del cargo, así como al resultar condenado por delito doloso en el ejercicio del cargo.

2. El cese en todos los supuestos será decretado por el Consello de la Xunta, previa aceptación de la renuncia por la Presidencia del Consejo Consultivo y apreciación de las restantes causas del cese por el Pleno del Consejo Consultivo.

3. En el supuesto de cese por renuncia o límite de edad, la consejera o consejero electivo deberá continuar ejerciendo sus funciones hasta que tome posesión de su cargo quien haya de reemplazarlo.

#### **Artículo 6. Incompatibilidades.**

1. La condición de consejera o consejero es incompatible:

a) Con cualquier cargo de elección popular o designación política.

b) Con empleo o cargo dotado o retribuido por la Administración del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales y de los organismos o empresas dependientes de cualquiera de ellas.

c) Con el ejercicio de las carreras judicial, fiscal o militar.

d) Con el desempeño de funciones directivas en partidos políticos, sindicatos de trabajadores o asociaciones empresariales.

e) Con cargos de toda índole en empresas o sociedades que contraten la prestación de servicios, suministro u obras con cualquier Administración de la Comunidad Autónoma.

f) Con cualquier actividad profesional o mercantil.

2. Será compatible con el ejercicio de la actividad docente, previa declaración expresa de compatibilidad por la Presidencia del Consejo Consultivo.

Asimismo será compatible, sin necesidad de declaración expresa de compatibilidad, con las actividades de producción y creación literaria, científica o técnica y las publicaciones derivadas de las mismas, así como con la participación como director o ponente en congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional.

3. Si concurriera alguna causa de incompatibilidad en la persona que se designase consejera o consejero electivo y esa causa no fuera removida antes de la fecha señalada para tomar posesión del cargo, se entenderá que renuncia al puesto en el Consejo Consultivo, lo que así se decretará por el Consello de la Xunta, y a continuación se procederá, si se tratara de una consejera o consejero electivo, a efectuar una nueva designación en la forma prevista para los supuestos de cese anticipado.

#### **Artículo 7. *Abstención.***

Las personas que integran el Consejo Consultivo deberán abstenerse de intervenir en aquellos asuntos que proceda conforme a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

#### **Artículo 8. *Deber de secreto.***

Las personas que integran el Consejo tienen la obligación de guardar secreto sobre el contenido de las deliberaciones del mismo y no podrán hacer, sin su previa autorización, declaraciones o manifestaciones públicas, valorativas, orales o escritas, o formular del mismo modo opiniones científicas, sobre temas o materias concretas que estén directamente relacionados con asuntos sometidos o que debe conocer el Consejo.

#### **Artículo 9. *Retribuciones.***

La persona titular de la Presidencia y los miembros del Consejo Consultivo tendrán derecho a las retribuciones por los conceptos y cuantías que anualmente se

fijen en la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia.

**Artículo 10.** *Renovación de las consejeras y consejeros electivos.*

Con seis meses de antelación a la expiración del mandato de las consejeras y consejeros electivos, la persona titular de la Presidencia del Consejo Consultivo se dirigirá a la Presidencia de la Xunta de Galicia y a la Presidencia del Parlamento interesando que se proceda al nombramiento de nuevas consejeras o consejeros.

Los miembros electivos del Consejo Consultivo deberán permanecer en el ejercicio de sus cargos hasta la toma de posesión de los nuevos miembros.

### **TÍTULO III** **Competencias**

**Artículo 11.** *Dictámenes.*

1. El Consejo Consultivo de Galicia emitirá dictamen en cuantos asuntos, relativos a las materias contempladas en la presente ley, le sean sometidos a su consulta por la Presidencia de la Xunta de Galicia, el Consello de la Xunta o cualquiera de las personas que forman parte del mismo, las administraciones del sector público autonómico, las entidades locales y las universidades públicas de Galicia.

2. En el desempeño de su función dictaminadora, el Consejo Consultivo de Galicia ejercerá el control previo del rigor técnico jurídico de las actuaciones del órgano consultante, velando por la observancia de la Constitución, Estatuto de autonomía de Galicia y resto del ordenamiento jurídico, sin extenderse a valoraciones de oportunidad o conveniencia, salvo que así lo solicite expresamente el órgano consultante.

3. La consulta al Consejo Consultivo de Galicia será preceptiva cuando así se establezca por ley.

Los dictámenes no serán vinculantes, salvo que por ley se disponga expresamente lo contrario.

4. Los asuntos sobre los cuales haya dictaminado el Consejo Consultivo de Galicia no podrán ser sometidos por el órgano consultante a dictamen posterior de otro órgano o institución consultiva.

5. Los actos administrativos, disposiciones o proyectos normativos aprobados en asuntos dictaminados preceptivamente por el Consejo Consultivo expresarán si se acuerdan en conformidad con su dictamen o si se apartan de él. En el primer caso, contendrán la fórmula «de acuerdo con el Consejo Consultivo»; en el segundo, la de «oído el Consejo Consultivo» o, si se conforma plenamente con algún voto par-

titular, la de «oído el Consejo Consultivo y de acuerdo con el voto particular formulado por la consejera o el consejero (o consejeras/os)...».

**Artículo 12.** *Dictámenes preceptivos.*

El Consejo Consultivo dictaminará preceptivamente sobre los asuntos siguientes:

a) Anteproyectos de reforma del Estatuto de autonomía elaborados por la Xunta de Galicia.

b) Proyectos de legislación delegada a que se refiere el artículo 10.1.a) del Estatuto de autonomía de Galicia.

c) Proyectos de reglamento de ejecución de leyes autonómicas y de desarrollo de normas básicas del Estado y, en su caso, de normas de la Unión Europea, así como sus modificaciones.

d) Interposición por el Consello de la Xunta de recursos de inconstitucionalidad y planteamiento de conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional, previamente a la presentación del correspondiente procedimiento.

e) Planteamiento de conflictos en defensa de la autonomía local formulados por las entidades locales de Galicia ante el Tribunal Constitucional, previamente a la presentación del correspondiente procedimiento.

f) Revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas y recurso administrativo de revisión.

g) Aprobación del pliego de cláusulas administrativas generales e interpretación, modificación, nulidad y resolución de los contratos administrativos en los casos contemplados en la normativa general de contratación administrativa.

h) Nulidad, interpretación, modificación y extinción de concesiones administrativas cualquiera que fuera su objeto, en los casos en que así lo exigieran las normas de aplicación.

i) Nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria.

j) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 30.000 euros para la Administración autonómica y a 15.000 euros para las administraciones locales.

k) Creación o supresión de municipios y alteración de términos municipales.

l) Convenios y acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas.

m) Cualquier otro asunto en el cual una ley exija expresamente el dictamen del órgano consultivo.

**Artículo 13.** *Dictámenes facultativos.*

Con carácter facultativo, podrá pedirse el dictamen del Consejo Consultivo en los casos siguientes:

a) Anteproyectos de ley elaborados por el Consello de la Xunta.

b) Conflictos de atribuciones que se planteen entre diversas consejerías, entre la Administración general de la Comunidad Autónoma y otras administraciones públicas de Galicia o entre las entidades locales de Galicia.

c) Modificación de los instrumentos de planeamiento urbanístico regulados por ley, cuando tuvieran por objeto una diferente zonificación en el uso urbanístico del suelo rústico especial, en los espacios libres y las zonas verdes destinados a dominio público del plan.

d) Cualesquiera otros asuntos que afecten a la Administración de la Comunidad Autónoma o a las entidades locales de Galicia cuando, a juicio de la persona titular de la Presidencia de la Xunta de Galicia, lo requiera su especial trascendencia.

Artículo 14. Propuestas e informes.

El Consello de la Xunta podrá encomendar al Consejo Consultivo de Galicia la redacción de anteproyectos legislativos y la elaboración de propuestas legislativas o de reforma estatutaria, debiendo ajustarse su realización estrictamente al ámbito delimitado por los criterios y objetivos expresados por el Consello de la Xunta.

Podrá también la persona titular de la Presidencia de la Xunta de Galicia solicitar del Consejo Consultivo de Galicia la emisión de informes sobre cualquier cuestión concreta cuando, a su juicio, sean de indudable trascendencia para la Comunidad Autónoma de Galicia.

**Artículo 15.** *Memoria anual.*

El Consejo Consultivo elevará una memoria anual al Consello de la Xunta de Galicia en la que expondrá su actividad en el ejercicio anterior, así como las sugerencias que estimase oportunas para la mejora de las actuaciones administrativas. De la misma se dará cuenta al Parlamento de Galicia.

**TÍTULO IV**  
**Órganos del Consejo Consultivo**

**Artículo 16.** *Clases.*

1. El Consejo Consultivo se articula en los siguientes órganos:

- Presidencia,
- Pleno,
- Sección de Dictámenes,
- Sección de Estudios e Informes,
- Secretaría General.

2. Reglamentariamente podrán establecerse otras secciones que se estimen oportunas.

**Artículo 17.** *Presidencia.*

1. En la primera reunión del Consejo, cuando esté vacante la presidencia, los miembros electivos procederán a la elección de la persona titular de la Presidencia del Consejo Consultivo por y entre las consejeras y consejeros electivos en votación secreta y por mayoría absoluta, siendo nombrada esta por la Presidencia de la Xunta. Su mandato tendrá una duración coincidente con la de su cargo de consejera o consejero.

Si no se consiguiera la mayoría absoluta en el plazo de un mes se comunicará a la Presidencia de la Xunta para que proceda a su nombramiento.

2. La persona titular de la Presidencia del Consejo Consultivo tomará posesión de su cargo ante el Pleno de dicho órgano.

3. En los supuestos de vacante, ausencia, enfermedad u otro motivo legítimo será reemplazada por la consejera o consejero electivo de más edad.

**Artículo 18.** *Funciones de la Presidencia.*

La Presidencia del Consejo Consultivo tendrá las siguientes funciones:

1. Ostentar la representación del Consejo Consultivo.
2. Convocar y presidir las sesiones del Pleno y de las secciones, dirimiendo los empates con voto de calidad.
3. Fijar el orden del día de las sesiones del Pleno y de las secciones.
4. Autorizar con su firma los acuerdos del Pleno y de las secciones.
5. Rotar las ponencias de los asuntos entre las personas que integran el Consejo.

6. Dirigir la ejecución del presupuesto del Consejo.
7. Ejercer la superior dirección de las actividades de los órganos técnicos del Consejo.
8. Ejercer la superior inspección de los servicios del Consejo y de su sede.
9. Las demás funciones previstas en la presente ley o en el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo.

**Artículo 19.** *El Pleno.*

1. El Pleno del Consejo Consultivo está constituido por la persona que ostenta la presidencia, las consejeras y consejeros electivos y las consejeras y consejeros natos.

2. Son funciones del Pleno:

a) Dictaminar a solicitud de la Presidencia de la Xunta de Galicia sobre los asuntos relativos a anteproyectos de reforma del Estatuto de autonomía, cualquier otro anteproyecto o proyecto de disposiciones legales o reglamentarias, los asuntos relacionados con el Tribunal Constitucional y los convenios y acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas.

b) Pronunciarse sobre las propuestas legislativas o de reforma estatutaria encomendadas por el Consello de la Xunta y elaboradas por la Sección de Estudios e Informes.

c) Aprobar la memoria anual de actividades.

d) Aprobar anualmente el anteproyecto de presupuestos del Consejo, el cual se integrará en los generales de la Comunidad Autónoma en una sección específica.

e) Las demás funciones que correspondan al Consejo Consultivo y no hayan sido atribuidas expresamente a otros órganos del mismo.

**Artículo 20.** *Sección de Dictámenes.*

1. Componen la Sección de Dictámenes la persona titular de la Presidencia del Consejo y las consejeras y consejeros electivos.

2. La persona titular de la Presidencia podrá delegar en quien legalmente la sustituya la presidencia de la Sección de Dictámenes para la resolución de los asuntos de su competencia.

3. Compete a esta sección dictaminar sobre los asuntos no atribuidos a la competencia del Pleno.

**Artículo 21.** *Sección de Estudios e Informes.*

1. La Sección de Estudios e Informes estará compuesta por la persona titular de la Presidencia del Consejo, quien la presidirá, por una consejera o consejero electivo y por una consejera o consejero nato, quienes serán designados anualmente por el Pleno a propuesta de la Presidencia del Consejo, pudiendo incorporarse a la misma, para su intervención limitada a un asunto concreto, otra consejera o consejero electivo, que se designará en la misma forma.

2. Compete a esta sección la redacción de los anteproyectos legislativos y la elaboración, para su sometimiento al Pleno, de las propuestas legislativas o de reforma estatutaria que el Consello de la Xunta encomiende al Consejo Consultivo. Asimismo, le compete la realización de los informes que la persona titular de la Presidencia de la Xunta de Galicia solicite.

3. Cuando la realización de un determinado anteproyecto legislativo o de un concreto informe requiera información o asesoramiento técnico especializado, podrá solicitarse la asistencia de personal funcionario de otros cuerpos del sector público autonómico.

**Artículo 22.** *Secretaría General.*

1. El Consejo Consultivo contará con una Secretaría General, que será fedataria de los actos del Consejo y cumplirá las funciones que le atribuya el Reglamento de organización y funcionamiento.

2. La persona titular de la Secretaría General deberá ser licenciada en Derecho y funcionaria del grupo A, subgrupo A-1, de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, de otras comunidades autónomas o del Estado, o personal letrado del Consejo Consultivo o del Parlamento de Galicia. Será nombrada y cesada por el Pleno a propuesta de la Presidencia del Consejo Consultivo.

## **TÍTULO V**

### **Procedimiento**

**Artículo 23.** *Adopción de acuerdos.*

1. En las reuniones del Consejo Consultivo se requerirá, para la validez de las deliberaciones y acuerdos, la presencia de la persona titular de la Presidencia o de quien legalmente la sustituya, la de un número de consejeras o consejeros que, con la Presidencia, constituyan mayoría absoluta y la de la persona titular de la Secretaría General o de quien la reemplace.

2. Los acuerdos se adoptarán por la mayoría de votos de las consejeras o consejeros asistentes, debe hacerse constar en los mismos si se adoptan por mayoría

o por unanimidad y ninguno de los miembros con derecho a voto puede abstenerse en las votaciones, salvo que concurran causas legales de abstención.

3. En el caso de discrepancias con el acuerdo adoptado, las consejeras o consejeros discrepantes podrán formular por escrito, en el plazo que reglamentariamente se determine, su voto particular razonado, que se adjuntará al acuerdo.

4. Los miembros natos del Consejo Consultivo actuarán en el Pleno con voz pero sin voto, no computándose, en consecuencia, su asistencia a efectos del quórum de constitución y adopción de acuerdos.

#### **Artículo 24. Plazos.**

1. El Consejo Consultivo habrá de emitir sus dictámenes e informes en el plazo de un mes a partir del día siguiente al de recepción de la solicitud. No obstante, cuando en la solicitud se hagan constar motivadamente razones de urgencia, el plazo para emitir el dictamen o informe será de quince días, salvo que, excepcionalmente, la persona titular de la Presidencia de la Xunta de Galicia o el Consello de la Xunta fijen un plazo menor. Transcurridos aquellos plazos se entenderá, tratándose de solicitudes de dictámenes, que no existe objeción alguna a la cuestión planteada.

2. El plazo para la redacción de anteproyectos legislativos y elaboración de propuestas legislativas o de reforma estatutaria será el que fije la autoridad consultante. En su defecto, el plazo será de seis meses. Dichos plazos empezarán a contarse desde el día siguiente a la recepción de la solicitud de la consulta. Excepcionalmente, cuando por la complejidad de la materia fuera previsible la insuficiencia del plazo establecido, la Presidencia del Consejo solicitará a la autoridad consultante que fije un plazo superior.

#### **Artículo 25. Documentación.**

1. El órgano consultante habrá de facilitar al Consejo cuanta documentación precise para pronunciarse sobre la cuestión planteada.

2. El Consejo, a través de la persona que ostenta su presidencia, y por acuerdo de aquella, podrá solicitar al órgano o institución consultante que se complete la documentación con cuantos antecedentes, informes y pruebas considere necesarios. En este caso se interrumpirá el plazo previsto en el artículo 24 por el tiempo que reglamentariamente se establezca.

#### **Artículo 26. Audiencias.**

Las personas o entidades directamente interesadas en los asuntos motivadores de las consultas pueden ser oídas ante el Consejo, por acuerdo de este adoptado de oficio o a petición de las mismas.

**Artículo 27.** *Medios electrónicos.*

La comunicación y remisión de informes, propuestas normativas y dictámenes elaborados por el Consejo Consultivo de Galicia se realizará, de modo preferente y con carácter ordinario, a través de medios electrónicos, con el objetivo de minimizar el gasto en papel, impulsar las nuevas tecnologías y agilizar el funcionamiento de este órgano.

**TÍTULO VI**  
**Organización y funcionamiento**

**Artículo 28.** *Reglamento de organización y funcionamiento.*

La organización y funcionamiento del Consejo Consultivo de Galicia se regirá por su propio reglamento de organización y funcionamiento, el cual será elaborado por el Consejo Consultivo y aprobado por el Consello de la Xunta.

**Artículo 29.** *Personal.*

Corresponde al Consejo Consultivo de Galicia establecer la organización del personal a su servicio, proponer a la Xunta de Galicia la aprobación y modificación de la plantilla y la relación de puestos de trabajo, que, sin perjuicio de lo dispuesto respecto al personal letrado, serán cubiertos por personal funcionario de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, de otras comunidades autónomas o del Estado, así como llevar a cabo los procesos de selección de personal y provisión de puestos de trabajo.

**Artículo 30.** *Letrados.*

1. El Consejo Consultivo está asistido por su propio cuerpo de personal letrado, al que corresponde, bajo la dirección de la Presidencia o de las consejeras y consejeros, las funciones de estudio de los asuntos sometidos a consulta del Consejo, preparación y redacción de los correspondientes proyectos de dictámenes, informes o propuestas y demás funciones adecuadas a su condición que les atribuya el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo.

2. Su selección se efectuará de la forma siguiente:

a) Dos terceras partes, por oposición libre, entre personas con licenciatura en Derecho o poseedoras del título de grado en Derecho.

b) Un tercio, por concurso entre personal letrado de otros consejos consultivos, personal funcionario de la escala de letradas y letrados de la Xunta de Galicia o de otras comunidades autónomas y personal letrado del Parlamento de Galicia.

3. El personal letrado tendrá las incompatibilidades establecidas con carácter general para el personal funcionario de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, no pudiendo ejercer funciones distintas a las que le son propias, salvo la docencia o investigación que se consideren compatibles con aquellas y no perjudiquen la buena marcha del Consejo y siempre previa autorización de la Presidencia.

**Disposición transitoria primera.** *Situación de los miembros electivos nombrados al amparo de la normativa que se deroga.*

Si en el momento de la entrada en vigor de la presente ley hubiera transcurrido el periodo de seis años de ejercicio del mandato para el cual han sido nombrados las últimas consejeras y consejeros electivos, y, con arreglo a lo previsto en el artículo 27 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo de Galicia, continuaran en ese momento en el ejercicio de sus cargos, seguirán desempeñando los mismos hasta el nombramiento y toma de posesión, en la forma prevista en esta ley, de las personas que los hayan de sustituir.

**Disposición transitoria segunda.** *Cómputo del mandato de las consejeras y consejeros natos.*

El tiempo de mandato ejercido por las consejeras y consejeros natos incorporados al Consejo Consultivo de Galicia antes de la entrada en vigor de la presente ley se computará a efectos de la aplicación de lo previsto en el artículo 4.4 de la misma.

**Disposición transitoria tercera.** *Reglamento provisional de funcionamiento.*

Hasta el momento en que entre en vigor el nuevo Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo será de aplicación el aprobado por Decreto 282/2003, de 22 de mayo, en todo lo que no se oponga a lo establecido en la presente ley.

**Disposición derogatoria.** *Derogación normativa.*

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente ley y, expresamente, la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, del Consejo Consultivo de Galicia.

**Disposición final primera.** *Reglamento orgánico.*

El Consejo Consultivo elaborará, en el plazo de tres meses a partir de su efectiva renovación, el nuevo Reglamento de organización y funcionamiento y lo elevará al Consello de la Xunta para su aprobación, en el plazo máximo de tres meses.

**Disposición final segunda.** *Entrada en vigor.*

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Galicia.

# Información Institucional



## INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

Se da cuenta en esta Sección de los cambios que se han dado en los últimos meses en la composición de diferentes órganos consultivos. En este sentido, se ha producido la renovación de la totalidad de la composición de algunas de las Instituciones, como el Consejo Consultivo de Galicia -que, además, en virtud de la entrada en vigor de su nueva Ley, también altera el número de sus miembros- y el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

En los otros supuestos, las modificaciones responden, bien a la renovación parcial de los miembros del Consejo, caso de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, bien a la cobertura de las vacantes existentes en la formación de la Institución como en el supuesto del Consejo de La Rioja o en el del Consejo de Extremadura, donde se ha producido la elección de un nuevo Presidente. En el Consejo Consultivo de Andalucía se ha producido la sustitución de uno de sus Consejeros Natos al haberse producido un cambio en la titularidad de la Dirección General de Administración Local, asimismo, se ha da cuenta del nombramiento de la nueva Secretaria General de este Órgano.

### COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE CATALUÑA

#### Presidente

Excmo. Sr. D. Albert Lamarca i Marquès

#### Consejeros Electivos

Excmo. Sr. D. Enric Argullol i Murgadas

Excmo. Sr. D. Ferran Badosa i Coll

Excmo. Sr. D. Eladi Creuet i Serra

Excmo. Sr. D. Tomàs Font i Llovet

Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Marta Franch i Saguer

Excmo. Sr. D. Àngel García i Fontanet

Excma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Jesús Montoro Chiner

Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Isabel Pont i Castejón

Excmo. Sr. D. Josep-Enric Rebés i Solé

Excmo. Sr. D. Lluís Saura i Lluvià

Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Susana Sartorio i Albalat

Excmo. Sr. D. Joan Manuel Trayter i Jiménez

#### Consejeros natos

Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Margarita Gil i Domènech

Excmo. Sr. D. Carles Viver i Pi-Sunyer

#### Letrado-Secretario General

Ilmo. Sr. D. Gabriel Capilla i Vidal

## **CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA**

### Presidente

Excmo. Sr. D. Juan B. Cano Bueso

### Consejeros Natos

Excmo. Sr. D. Luis de Angulo Rodríguez  
Excmo. Sr. D. Francisco Javier Camacho González  
Excmo. Sr. D. Jesús María García Calderón  
Excmo. Sr. D. Juan González Palma  
Excmo. Sr. D. Jesús Jiménez López

### Consejeros Electivos con dedicación exclusiva

Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Begoña Álvarez Civantos  
Excma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Balaguer Callejón  
Excmo. Sr. D. Marcos J. Gutiérrez Melgarejo  
Excmo. Sr. D. Francisco J. Gutiérrez Rodríguez  
Excmo. Sr. D. José Antonio Sánchez Galiana

### Consejeros Electivos sin dedicación exclusiva

Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana Cañizares Laso  
Excmo. Sr. D. Rafael Escudero Rodríguez  
Excmo. Sr. D. Ángel López y López  
Excma. Sra. D<sup>a</sup>. María Dolores Martínez Pérez  
Excmo. Sr. D. Eduardo Román Vaca

### Secretaria General

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Angustias Linares Rojas

## **CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA**

### Presidente

Excmo. Sr. D. Joaquín Espert Pérez-Caballero

### Consejeros Electivos

Excmo. Sr. D. José María Cid Monreal  
Excmo. Sr. D. Pedro de Pablo Contreras  
Excmo. Sr. D. Enrique de la Iglesia Palacio  
Excmo. Sr. D. José Luis Jiménez Losantos

### Letrado-Secretario General

Ilmo. Sr. D. Ignacio Granado Hijelmo

**CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA**

Presidente

Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado

Consejeros Electivos

Excmo. Sr. D. Ignacio de Loyola Aranguren Pérez

Excmo. Sr. D. José Abelardo Blanco Serrano

Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana M<sup>a</sup> Otero López

Secretaria General

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana María López Guizán

**CONSEJO CONSULTIVO DE EXTREMADURA**

Presidente

Excmo. Sr. D. Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno

Consejero Permanente

Excmo. Sr. D. Federico Suárez Hurtado

Consejeros Electivos

Excma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Elena Manzano Silva

Excmo. Sr. D. Juan Ignacio Barrero Valverde

Excmo. Sr. D. Juan Manuel Rodríguez Barrigón

Excmo. Sr. D. Andrés Eleno Eleno

Excmo. Sr. D. Clemente Juan Checa González

Letrado-Secretario General

Ilmo. Sr. D. Felipe A. Jover Lorente

**CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

Presidente

Excmo. Sr. D. Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa

Consejero Permanente

Excmo. Sr. D. Joaquín Leguina Herrán

Consejeros Electivos

Excmo. Sr. D. Mariano Zabía Lasala  
Excmo. Sr. D. Pedro Feliciano Sabando Suárez  
Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez  
Excma. Sra. D.<sup>a</sup> María José Campos Bucé  
Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos  
Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Beatriz Grande Pesquero

Secretario General

Ilmo. Sr. D. José Luis Cádiz Deleito





## **ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO DE LA *REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA***

### **Mercedes Altarriba Comes**

Bibliotecaria-Documentalista del Servicio de Coordinación y Documentación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

### **Pablo J. Collado Beneyto**

Letrado del Cuerpo de Abogados de la Generalitat Valenciana. En la actualidad ocupa la Jefatura del Servicio de Coordinación y Documentación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Es autor de «Comentario a la Ley general de subvenciones y a su Reglamento: incidencia en la Generalitat Valenciana» (Tirant lo Blanch, 2009).

### **Javier Fernández Costales**

Catedrático emérito de Derecho Civil de la Universidad de León. Es Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Académico de Número de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado con sede en Buenos Aires y Washington; Profesor Honorario de la Universidad de Palermo de Buenos Aires; vocal del Comité Científico de la Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico, de la Asociación Española de Derecho Sanitario y Académico de Honor de la Real Academia del Principado de Asturias. Asimismo, es autor de numerosas obras monográficas y artículos de investigación y miembro del Consejo Asesor de varias revistas jurídicas.

Fue Consejero Consultivo de Castilla y León entre 2003 y 2012.

### **Artur Fontana i Puig**

Letrado del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Es técnico superior de la Administración de la Generalitat. Profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universitat de València.

Autor de varios artículos en publicaciones de carácter científico en el ámbito del Derecho Administrativo.

### **Ignacio Granado Hijelmo**

Doctor Derecho y en Derecho Canónico. Letrado de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Jefe de la Asesoría Jurídica del Gobierno de La Rioja entre 1982 y 1996. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Secretario General Letrado del Consejo Consultivo de La Rioja desde mayo de 1995 hasta a abril de 1996, y Presidente de esta Institución entre abril de 1996 y julio de 2001. En la actualidad ostenta la condición de Secretario General Letrado del Consejo Consultivo de La Rioja.

Es autor de numerosas publicaciones, entre las que figuran más de 50 artículos en revistas científicas del ámbito jurídico y seis monografías.

### **José Luis Palma González**

Letrado del Consejo de Estado. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado. Diplomado en Administración Pública Inglesa por el Royal Institute of Public Administration de Londres. Es Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, así como miembro de la Asociación Española de Derecho Agrario.

Ha sido profesor de las Universidades de Málaga, Carlos III de Madrid y Pontificia de Comillas, entre otras.

Ha publicado numerosos artículos en revistas científicas y obras colectivas en relación con la técnica normativa o el Derecho Agrario, entre otros.

### **Isabel Pont Castejón**

Es Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universitat Autònoma de Barcelona.

Ha desarrollado su trayectoria profesional e investigadora principalmente en el ámbito del Derecho ambiental y en la gestión de infraestructuras públicas en su relación con el Medio Ambiente.

Es autora de varias publicaciones en Revistas Científicas. Es miembro del Comité Científico de la *Revista Aranzadi de Medio Ambiente* y del Equipo Editorial de la *Revista Catalana de Dret Ambiental*

Desde 2009 es vocal de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya.

### **Jesús Quijano González**

En la actualidad es Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid, donde dirige desde 2002 la Cátedra de Empresa Familiar, si bien buena parte de su trayectoria docente la ha desarrollado en la Universidad de Burgos.

Es autor de más de 70 artículos en revistas y colaboraciones en obras colectivas.

Entre 1983 y 2003 fue Procurador de las Cortes de Castilla y León, y entre 2003 y 2008 Consejero Consultivo de Castilla y León. Durante la IX Legislatura fue Diputado en las Cortes Generales (2008-2011).

### **Fernando Rey Martínez**

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid. Consejero del Consejo Consultivo de Castilla y León desde 2012. Es autor de numerosas publicaciones, entre las que destaca la codirección de los Comentarios al Estatuto de Autonomía de Castilla y León (Aranzadi, 2011). Ha desarrollado estancias de investigación en varias Universidades extranjeras (Lisboa, Florencia, Roma Tre, Pontificia de Lima, etc.). Ha formado parte de diversos organismos asesores de Instituciones, entre los cuales destaca la presidencia del Comité Técnico para la elaboración del II Plan Nacional de Derechos Humanos y la del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas por su origen racial o étnico.

### **Francisco J. Rodríguez Pontón**

Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universitat de Barcelona, ha sido

profesor invitado en las universidades de Montpellier 1 y Lumière Lyon 2 y ha desarrollado su actividad de investigación en las universidades de París 1 Panthéon-Sorbonne y de Pavía. Ha tratado temas como la figura de las autoridades independientes, la potestad sancionadora y las garantías administrativas y jurisdiccionales en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En la actualidad es Responsable de Estudios e Investigación de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya.

### **Pedro Feliciano Sabando Suárez**

Doctor en Medicina y Cirugía. Médico asistente extranjero de los Hospitales de París. Ha sido profesor de Reumatología en la Universidad Autónoma de Madrid. Entre 1983 y 1984 fue Presidente de la OMS Europea.

Desde 1982 hasta 1985 fue Subsecretario del Ministerio de Sanidad y Consumo. Entre 1987 y 1995, Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

Desde 2008 es Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

### **José Suay Rincón**

Magistrado de la Sala III del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Ha sido Consejero del Consejo Consultivo de Canarias desde 2002 hasta 2012. Es autor de más de 50 publicaciones en revistas científicas y en obras colectivas, así como de varias monografías. Recientemente ha codirigido con Francisco José Villar Rojas, la obra «Derecho Local de Canarias» (Iustel, 2013).

### **Jaume Vernet i Llobet**

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona, ha sido Decano de su Facultad de Ciencias Jurídicas y director del Máster de Derecho Ambiental de dicha Universidad (2003-2005).

Entre 1998 y 2004 fue vocal de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya.

Es miembro del Consejo de Redacción o del Comité Científico de seis revistas jurídicas. Ha desarrollado estancias de investigación en varias universidades extranjeras como la de Florencia, Salzburgo y Viena. Es autor de más de 170 publicaciones y ha impartido más de 200 conferencias.

Es Consejero del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña desde 2009.

### **Aquilino Yáñez de Andrés**

Abogado de los Ilustres Colegios de Abogados de A Coruña y Madrid, es colaborador habitual de varias publicaciones jurídicas.







## CONSEJO DE REDACCIÓN DE LA REFC

### **Vicente Garrido Mayol**

*Presidente del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.  
Catedrático acreditado de Derecho Constitucional de la Universitat de València.  
Abogado.*

### **José R. Díez Cuquerella**

*Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.  
Fiscal en excedencia. Abogado.*

### **María Luisa Mediavilla Cruz**

*Consejera Jurídica Consultiva de la Comunitat Valenciana.*

### **Enrique F. Fliquete Lliso**

*Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana. Abogado.  
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Miguel Hernández*

### **Federico Fernández Roldán**

*Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.  
Técnico Superior de la Generalitat Valenciana.*

### **Francisco Camps Ortiz**

*Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.  
Expresidente de la Generalitat Valenciana.  
Doctor en Derecho Abogado.*

### **Miguel Pastor López**

*Magistrado emérito de la Sala III del Tribunal Supremo.  
Exvocal del Consejo General del Poder Judicial.  
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.*

### **Miguel Mira Ribera (†)**

*Consejero-Vicepresidente del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.  
Abogado.*

### **Vicente Cuñat Edo**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universitat de València. Abogado.  
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.*

### **Alberto Jarabo Calatayud**

*Magistrado de la Audiencia Provincial de Valencia.  
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.*

**Ana Castellano Vilar**

*Abogada.*

*Consejera emérita del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.*

**Joan Ignasi Pla i Durà**

*Abogado. Técnico de Administración General en excedencia.*

*Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.*

*Secretario:*

**Fernando García Mengual**

*Secretario General del Consell Juridic Consultiu de la Comunitat Valenciana.*

*Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de València «San Vicente Mártir».*

## NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA *REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA PARA LOS AUTORES*

**1. Temas de interés.** La *Revista Española de la Función Consultiva (REFC)* publica trabajos de investigación originales sobre la función consultiva en el ámbito jurídico.

**2. Envío de originales.** Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en castellano, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia), y además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM a la dirección:

Revista Española de la Función Consultiva  
Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana  
Palacio de Santa Bárbara  
Pza. de San Nicolás, 2  
46001 Valencia

bien por correo electrónico a la dirección  
refc@gva.es

**3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12, con interlineado doble en el cambio de párrafo. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título (y su traducción al inglés), sumario del artículo, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 150 palabras cada uno y entre tres y cinco palabras clave (en los dos idiomas).

#### 4. Normas de edición:

**a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en versales, del autor, bajo el título “Bibliografía” y al final del original. Ejemplo:

RUIZ MIGUEL, C., Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos. Madrid: Dykinson, 1995.

BOSCH BENÍTEZ, O., Consejo de Estado y Consejo Consultivo de Canarias: problemas de articulación de la competencia consultiva en el Estado autonómico. *Actualidad Administrativa*, 1987, nº 44, pp. 2.497-2.511.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: CANO BUESO (2010a) y CANO BUESO (2010b).

**b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice.

**c) Citas.** Las citas irán entrecomilladas. Si exceden de tres líneas irán separadas del cuerpo principal del texto, sangradas, a espacio sencillo. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

**5. Proceso de publicación.** La *Revista Española de la Función Consultiva* acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos atendiendo a los informes de, al menos, dos evaluadores externos y anónimos. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación no excederá de seis meses. Esta decisión se comunicará al autor y, en caso afirmativo, se le indicará el número de la REFC en el que se incluirá el trabajo.

Los artículos que sean devueltos por no cumplir con las normas de publicación podrán ser reenviados de nuevo una vez hechas las oportunas modificaciones.

Los artículos que hayan sido solicitados a sus autores por la REFC y aquellos que deriven de ponencias y comunicaciones en Jornadas y Seminarios no serán sometidos al proceso al que se refiere esta norma.

**6. Copyright.** Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) expresamente y por escrito a la REFC, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.

**7. Reseñas.** La REFC no publica reseñas ni recensiones de libros, salvo las expresamente solicitadas.

**8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

**9. Responsabilidad.** De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. La publicación de los diferentes artículos no implica adhesión ni conformidad de la REFC con las opiniones mantenidas por los autores.



REVISTA ESPAÑOLA DE LA

# Función Consultiva

## BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Suscripción anual (dos números):

- España: 30 € (gastos de envío incluidos).
- Europa: 44 € (gastos de envío incluidos).
- Países no europeos: 66 € (gastos de envío incluidos).

## DATOS DEL SUSCRIPTOR

Nombre \_\_\_\_\_ NIF/CIF \_\_\_\_\_  
Dirección \_\_\_\_\_  
Localidad \_\_\_\_\_ Código postal \_\_\_\_\_  
Provincia \_\_\_\_\_ E-mail \_\_\_\_\_  
Teléfono \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_

## FORMA DE PAGO

- Ingreso en la cuenta corriente de Barclays Bank: ES43 0065 0032 9100 0118 1288
- Transferencias internacionales: ES43 0065 0032 9100 0118 1288

La suscripción no quedará formalizada hasta recibir copia del comprobante del ingreso realizado.

## FECHA Y FIRMA

### Remitir el boletín de suscripción a:

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Biblioteca.  
Palacio de Santa Bárbara. Plaza de San Nicolás, 2. Valencia 46001.  
E-mail: [refc@gva.es](mailto:refc@gva.es)

Adquisición de ejemplares sueltos en Lliberies Llig:

C/ Avellanas, 14  
46003 Valencia  
Tel.: 963 866 170  
Fax: 963 863 478  
E-mail: [llig@gva.es](mailto:llig@gva.es)

C/ Major, 78  
(Casa dels Caragols)  
12001 Castellón de la Plana  
Tel.: 964 358 270  
Fax: 964 358 271

Av. del Doctor Gadea, 10  
(Casa de las Brujas)  
03001 Alicante  
Tel.: 965 935 408  
Fax: 965 935 405

