

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. Antonio José Diéguez Seguí
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. 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

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR
Vicente Garrido Mayol

José Díez Cuquerella, Enrique F. Fliquete Lliso, Federico Fernández Roldán, Margarita Soler Sánchez, María Luisa Mediavilla Cruz, Francisco Camps Ortiz, 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

23

ENERO-JUNIO

2015



Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Edita: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

Producción gráfica: *Guada, Litografía S.L.*

Maquetación: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

ISSN: 1698-6849

Depósito Legal: *V-4523-2004*

SUMARIO

Presentación	13
<hr/>	
Estudios	
<hr/>	
PEDRO TOMÁS NEVADO-BATALLA MORENO. <i>Función consultiva y garantía del Estado de Derecho: A propósito de un debate desleal</i>	17
JUAN CANO BUESO. <i>Contribución de Andalucía a la reconfiguración del Estado Autonómico</i>	43
PABLO J. COLLADO BENEYTO. <i>La suspensión del procedimiento por petición de informes preceptivos y determinantes a la búsqueda de una interpretación coherente de los artículos 42.5.c) y 83 de la Ley 30/1992</i>	79
ENRIQUE F. FLIQUETE LLISO. <i>La nulidad de pleno derecho del acto administrativo por vulneración del principio «non bis in idem»</i>	137
MARÍA ÁNGELES GARCÍA GARCÍA. <i>La Universidad sujeto de la asociación para la innovación</i>	161
CARLOS TORMO CAMALLONGA. <i>La “voluntad general” en la división provincial de 1822: el Congreso aprobará por menor lo mismo que en general y por mayor desapruueba</i>	187
DAVID MUÑOZ PÉREZ. <i>El derecho de las personas con discapacidad a una vivienda adecuada: perspectivas para su eficacia en los Planes Estatales de Vivienda</i>	215
JUAN J. GUARDIA HERNÁNDEZ. <i>Posibilidades y límites para el desarrollo autonómico del artículo 16.3 de la Constitución Española</i>	233
<hr/>	
Doctrina de los Consejos Consultivos	
<hr/>	
Responsabilidad patrimonial por daños ocurridos con motivo de festejos populares	
CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ILLES BALEARS Irene M ^a Espuey Servera	267

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA	
Teresa P. Vidal Martín	281
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI	
Deiane Agirrebaltzategi Sánchez.....	297
CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN	
Javier Piriz Urueña	321
CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID	
Carlos Yáñez Díaz	345

Dictámenes

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA	
Dictamen 145/2015, de 14 de mayo, sobre la reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la explosión de un cohete en un espacio público en el transcurso de la verbena de San Juan	351
Dictamen 146/2015, de 14 de mayo, sobre la reclamación de indemnización de unos padres por los daños y perjuicios sufridos por su hija menor, en el transcurso de la celebración de un <i>correfoc</i>	357
CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA	
Dictamen 540/2013, de 24 de julio, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, por la muerte del padre de las hijas de la reclamante provocada por la embestida de una vaquilla	367
Dictamen 582/2014, de 9 de septiembre, sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por el fallecimiento de un niño al ser atropellado por una carroza en una cabalgata	371
CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA	
Dictamen 241/2015, de 17 de abril, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños sufridos a consecuencia de una herida por asta de toro producida durante los festejos populares.....	383
Dictamen 751/2015, de 29 de diciembre, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones ocasionadas por una vaca al escaparse del corral durante los festejos taurinos	393
CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN	
Dictamen 66/2015, de 14 de abril, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del mal funcionamiento del servicio en la organización de festejo taurino	401

Dictamen 76/2015, de 14 de abril, sobre la reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de daños por cogida durante las vaquillas organizadas en la Plaza de Toros de Zaragoza, durante las Fiestas del Pilar	405
--	-----

Notas Bibliográficas

Recensión del libro « <i>El Consejo de Estado y los Órganos Consultivos autonómicos</i> », de Orlando Triguero Ortiz. Fernando García Mengual	411
--	-----

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda), sobre el procedimiento administrativo interno para la recuperación de ayudas de Estado incompatibles con el Derecho de la Unión Europea. [<i>Recuperación no es sanción - Inexistencia de procedimiento específico en el derecho de la Unión Europea - Competencia de autoridades nacionales para el diseño de procedimiento, con la condición de que se garantice la efectividad y ejecución inmediata de la recuperación - El crédito a recuperar es un imperativo comunitario de eficacia directa que no requiere ser recepcionado y adaptado a los procedimientos internos - Necesidad previa de conceión de trámite de audiencia</i>]	419
Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), sobre la nulidad de la Orden 2/2013 de la Consellería de Sanidad, reguladora del 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 Consellería de Sanidad [<i>Procedimiento de elaboración de reglamentos - rango normativo exigible - necesidad de previo Dictamen del Consejo Consultivo</i>]	439
Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda), sobre la supuesta notificación defectuosa de una liquidación tributaria por falta de comunicación del contenido del acto notificado. [<i>Procedimiento administrativo - motivación - notificación defectuosa por falta de comunicación del acto notificado -</i>	

<i>carga del interesado de negarse a recibir la notificación si no contenía el texto del acto notificado]</i>	449
---	-----

Normas de los Consejos Consultivos

CONSEJO CONSULTIVO DE EXTREMADURA	
<i>Ley 19/2015, de 23 de septiembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura</i>	457
CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID	
<i>Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo</i>	465
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID	
<i>Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid</i>	473

Información institucional

Consejo de Estado	487
Consejo Consultivo de las Illes Balears.....	488
Consejo Consultivo de Andalucía	489
Consejo Consultivo de Galicia	489
Consejo de Navarra	490

Autores

Consejo de Redacción

Instrucciones a los autores

Boletín de suscripción

TABLE OF CONTENTS

Presentation	13
<hr/>	
Studies	
<hr/>	
PEDRO TOMÁS NEVADO-BATALLA MORENO. <i>Consultative function and guarantee the rule of law: Report of a disloyal dicussión</i>	17
JUAN CANO BUESO. <i>Andalusia's contribution to new configuration of the "Estado Autonómico"</i>	43
PABLO J. COLLADO BENEYTO. <i>The stay of proceedings at the request of mandatory reports and decisive: in search of a coherent interpretation of Articles 42.5.c) and 83 of Law 30/1992</i>	79
ENRIQUE F. FLIQUETE LLISO. <i>Incurably nullity of administrative act caused by violation of "non bis in idem" principle</i>	137
MARÍA ÁNGELES GARCÍA GARCÍA. <i>University subject of innovation partnership</i>	161
CARLOS TORMO CAMALLONGA. <i>The "general will" in the provincial division of 1822: Congress will approve retail as well as wholesale and generally disapproves</i>	187
DAVID MUÑOZ PÉREZ. <i>The right of persons with disabilities to adequate housing: perspectives for its effectiveness in State Housing Plans</i>	215
JUAN J. GUARDIA HERNÁNDEZ. <i>Posibilities and limits of the legal development of article 16.3 of Spanish Constitution in the regions</i>	233
<hr/>	
Doctrine of the Consultative Councils	
<hr/>	
Asset liability for damages occurring due to popular celebrations	
CONSULTATIVE COUNCIL OF ILLES BALEARS	
Irene M ^a Espuey Servera	267
LEGAL CONSULTATIVE COUNCIL OF VALENCIAN COMMUNITY	
Teresa P. Vidal Martín	281
LEGAL ADVISORY COMMISSION OF EUSKADI	
Deiane Agirrebaltzategi Sánchez.....	297
CONSULTATIVE COUNCIL OF CASTILLA AND LEÓN	
Javier Píriz Urueña	321

CONSULTATIVE COUNCIL OF MADRID	
Carlos Yáñez Díaz	345

Interesting Opinions

LEGAL ADVISORY COMMISSION OF CATALONIA

Opinion 145/2015 of 14 May on the claim for damages arising from the explosion of a rocket in a public space during the festivity of San Juan	351
Opinion 146/2015 of 14 May on the compensation claim of parents for damages suffered by his youngest daughter, in the course of holding a fireword (correfoc)	357

CONSULTATIVE COUNCIL OF ANDALUCIA

Opinion 540/2013 of 24 July, on the liability of the Administration, by the death of the father of the daughters of the claimant caused by the onslautgy of a heifer	367
Opinion 582/2014 of 9 September on liability of the Administration for the death of a child being hit by o float in a parade	371

LEGAL CONSULTATIVE COUNCIL OF VALENCIAN COMMUNITY

Opinion 241/2015 of 17 April on the liability for damages suffered as the claimant was injured by bull antler during bullfights	383
Opinion 751/2015, of 29 December, on the liability arising from damages caused by a cow that escaped from bullpen during bullfights	393

CONSULTATIVE COUNCIL OF ARAGÓN

Opinion 66/2015 of 14 April on the claim on the derivate liability malfunction Administration service in organizing bullfights	401
Opinion 76/2015 of 14 April on the claim regardin liability of the Administration fuck damage arising during organized heifers in the Plaza de Toros de Zaragoza, during the Fiestas del Pilar	405

Bibliographical

Review of the book « <i>El Consejo de Estado y los Órganos Consultivos autonómicos</i> », of Orlando Triguero Ortiz	
Fernando García Mengual	411

Case-law

- Supreme Court ruling of 23 March 2015 (Contentious-Administrative, Second Section) on the internal administrative procedure for the recovery of State aid incompatible with European Union law.
[Recovery is not punishment - No specific procedure in the European Union law - national competition for the design of procedure provided that the effective and immediate execution of the recovery is assured authorities - Credit to recover a Community imperative that direct effect does not require to be received and adapted to internal procedures - Need to grant prior hearing procedure] 419
- Supreme Court ruling of 22 October 2015 (Contentious-Administrative, Third Section), on the invalidity of the Order 2/2013 of the Department of Health, which regulates the procedure for compulsory retirement, extension of stay on active duty and voluntary retirement attached to the health institutions of the Ministry of Health staff.
[Rulemaking procedure - enforceable regulatory status - the need for prior opinion Consultative Council] 439
- Supreme Court ruling of 19 October 2015 (Contentious-Administrative, Second Section), on alleged defective notification of a tax assessment for failure to notify the content of the document notified.
[Administrative procedure - motivation - defective notice miscommunication notified act - load interested to refuse service if it contained the text of this act] 449

Interesting Regulations

- CONSULTATIVE COUNCIL OF EXTREMADURA
Law 19/2015, of 23 December, amending Law 16/2001 of 14 December regulating the Consultative Council of Extremadura 457
- CONSULTATIVE COUNCIL OF MADRID
Law 7/2015, of 28 December on the Suppression of the Consultative Council 465
- LEGAL ADVISORY COMMISSION OF MADRID
Decree 5/2016 of 19 January, of Government Council, approving the Legal Advisory Commission of Madrid Organization and Procedure Rules 473

Institutional Information

Council of State	487
Consultative Council of Illes Balears	488
Consultative Council of Andalusia	489
Consultative Council of Galicia	489
Council of Navarre	490

Authors	493
----------------	-----

Editorial Board	499
------------------------	-----

Instructions for the authors	501
-------------------------------------	-----

Subscription bulletin	503
------------------------------	-----

PRESENTACIÓN

Este número de la *Revista Española de la Función Consultiva*, que es el 23 de la serie, publica una miscelánea de estudios que se han remitido en los últimos meses a la Secretaría de la Revista y que, por su interés para el Derecho Administrativo o el Derecho Constitucional se ha considerado oportuno difundir.

En este volumen de la publicación se da cuenta de la extinción de dos Consejos Consultivos: el de Extremadura y el de la Comunidad de Madrid, precisamente este último, el de más reciente constitución –en 2008–. Sendas leyes aprobadas por las respectivas Asambleas autonómicas han disuelto estos órganos y creado, a su vez, Comisiones Jurídicas Asesoras al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional decimoséptima de la aún vigente Ley 30/1992.

En el momento de cerrar este número aún no se ha constituido ninguna de las dos Comisiones llamadas a ejercer parte de las funciones que hasta finales de 2015 ejercían los respectivos Consejos Consultivos.

Sin embargo, sí que merece la pena llamar la atención sobre los dos principales argumentos que han sustentado la disolución de los dos Consejos Consultivos. Estos argumentos no son específicos de las Comunidades de Madrid y Extremadura, en otras, como en la Comunitat Valenciana, también se han planteado aunque sin suficiente apoyo parlamentario. La situación económica y la necesidad de racionalizar la Administración son, en todo caso, aspectos de indudable actualidad y argumentos difícilmente rebatibles. Pero desgraciadamente, la desaparición de los Consejos Consultivos o su sustitución por Comisiones Jurídicas Asesoras, no es el *Bálsamo de Fierabrás* presupuestario ni, por supuesto, del gigantismo administrativo.

Sobre estas cuestiones, entre otras, reflexiona el último presidente del Consejo Consultivo de Extremadura, Pedro Nevado-Batalla.

En el apartado de Doctrina Comparada se aborda la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños ocurridos con motivo de los festejos populares. Y en relación a este asunto se incluyen reseñas de varios Consejos Consultivos y también, en el apartado de dictámenes de interés, algunos pronunciamientos relevantes.

La sección de legislación reproduce, las aludidas leyes de las Asambleas de Extremadura y la Comunidad de Madrid por las que se suprimen los respectivos Consejos Consultivos. Y también nos hacemos eco en este número de la alteración en la composición de varios Consejos Consultivos.

Valencia, enero de 2016

Estudios

FUNCIÓN CONSULTIVA Y GARANTÍA DEL ESTADO DE DERECHO (A PROPÓSITO DE UN DEBATE DESLEAL)

Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno
Presidente del Consejo Consultivo
de Extremadura

Sumario:

- I. SITUACIÓN DE CONTEXTO.**
- II. CARACTERIZACIÓN DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EXTERNA Y ENCAJE EN EL ESTADO DE DERECHO**
 - a) Consideraciones generales.**
 - b) La función consultiva y su reflejo en el control de la actividad de los poderes públicos.**
 - 1. El control de la actividad normativa.*
 - 2. El control de la acción administrativa.*
 - 3. Función consultiva y relaciones entre poderes de la Comunidad.*
- III. POSICIÓN JURÍDICO-INSTITUCIONAL DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS.**
- IV. PROSPECTIVA Y FUTURO DESARROLLO DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS.**
 - a) Tutela de la actividad contractual de las administraciones públicas.**
 - b) Ordenación de la “Torre de Babel” en materia de nueva gobernanza.**
- V. A MODO DE CONCLUSIÓN.**

I. SITUACIÓN DE CONTEXTO.

La existencia de un Estado de Derecho supone, entre otros elementos, la existencia de una serie de instituciones que velen por garantizar sus elementos conformadores. Instituciones que en el desempeño de sus funciones contribuyen a fortalecer dicho Estado de Derecho cuya principal manifestación, aunque no la única, es la seguridad jurídica.

Si trasladamos tan elemental idea al ámbito de la actividad pública y particularmente de la Administración en cualquiera de los niveles territoriales o áreas funcionales en los que pueda desarrollar su actividad, la genérica vinculación al principio de legalidad (como una de las paredes maestras del Estado de Derecho) que desde su arranque constitucional en el artículo 103 se desgrana en no pocas normas de organización y funcionamiento, se ve reforzada con el trabajo de algunas instituciones cuya finalidad es asegurar la corrección de las decisiones adoptadas en cuanto a su adecuación al referido principio de legalidad.

Obvio es, que en ese esquema, se encaja la función consultiva y, por tanto, el trabajo que desarrollan los Consejos Consultivos que *son «expresión institucional de la autonomía política reconocida a las Comunidades Autónomas y contribuyen al cumplimiento de principios esenciales en nuestro sistema jurídico y en particular de los principios de constitucionalidad, legalidad, seguridad jurídica y autonomía»*.

Parece por tanto que, al menos, teóricamente y como podremos analizar de manera más extensa confirmando su importancia, no hace falta realizar grandes desarrollos doctrinales para conocer y entender de una manera bastante sencilla que la función consultiva, ya en una primera y muy superficial visión de la misma, representa una destacada y necesaria aportación al Estado de Derecho y a su garantía.

No obstante lo expuesto, recibiendo los efectos de un nuevo espacio sociopolítico marcado por unas coordenadas muy particulares de carácter económico, electoral y mediáticas, la función consultiva y los órganos que la desarrollan se encuentran sometidos a un debate en el que, realizándose todo tipo de planteamientos no demasiado favorables a ellos, lo que realmente se percibe a la vista de las declaraciones y argumentos empleados por quien participa en el debate, es un profundo desconocimiento sobre la función consultiva y los órganos que la desarrollan.

Pero no es este un debate cualquiera, es un debate desleal y ello por varias razones que iremos desgranando a lo largo de este trabajo y que, en este momento, podemos ir adelantando las de carácter más general. A saber:

En primer lugar, como decimos, el debate se plantea desde un gran y generalizado desconocimiento donde nadie, ni tan siquiera operadores jurídicos cualificados, saben muy bien lo que es la función consultiva o, si lo saben, callan como si no lo supieran.

De manera sorprendente cualquier argumento o motivación objetiva sobre la existencia y necesidad jurídico-institucional de los Consejos Consultivos ha quedado aplastada por una batería de variados argumentos que, muy en la línea de acusar

1 PÉREZ AMORÓS, J.: «La intervención de los Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales». El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, nº 10, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 May. al 14 Jun. 2008, (LA LEY 23095/2008).

a las instituciones públicas de mediocridad o distanciamiento de los ciudadanos, se apoya en aspectos accesorios o tangenciales de la organización y funcionamiento de estos órganos consultivos externos. Aspectos que, sin corresponderse en muchos casos con la realidad, han llegado a fosilizarse a través de una presión mediática y política sin comparación previa, adquiriendo dureza pétreas y una única forma que se asume ya sin discusión: los Consejos Consultivos no son necesarios y por tanto, en la lógica de una coyuntura de crisis económica y reforma de las estructuras tradicionales del Estado y de las Comunidades Autónomas al objeto de lograr una mayor eficiencia y racionalidad, deben desaparecer.

Nada más sencillo y evidente si no fuera por el error de origen que supone hacer planteamientos desde el más profundo desconocimiento de los órganos consultivos y su labor² y hacerlo sin pensar que las transformaciones de las estructuras administrativas es más adecuado que se realicen *«en frío, con sosiego y sin apremios, de tal forma que se vayan decantando fórmulas y se vaya creando opinión, al modo de los constructores de utopías y modelos sociales»*³.

En segundo lugar, el debate se desarrolla desde una sorprendente situación de amnesia de quienes en su día justificaron, incluso de manera apasionada, la existencia de los Consejos Consultivos y, sobre todo, su importancia en la estructura jurídico-institucional de las Comunidades Autónomas como órganos de garantía constitucional, estatutaria y del resto del ordenamiento jurídico en general⁴. Tal vez, ante estos comportamientos, se demuestra, como señalaba prospectivamente CAPLAN, que apagamos nuestras facultades racionales en temas en los que no nos importa la verdad⁵. Y es que, infelizmente, muchos responsables políticos han cambiado los postulados y valores que un día hicieron vislumbrar en España una democracia próspera y consolidada, fruto de una sobresaliente madurez cívica, por los dogmas de una denominada “nueva política” en la que la imagen, los gestos fútiles y los mensajes insustanciales como elementos de un auténtico *beauty parade* político, debilitan pilares democráticos tan fundamentales como es la cláusula constitucional del Estado de Derecho.

Se da la paradoja de proponer como avance lo que es un retroceso, desmontando aquello que es rompiente de las malas prácticas que tanto se tratan de evitar y por las que, de cara a su desaparición, tanto se dice trabajar incluso de manera deno-

2 Puede tomarse como ejemplo el artículo firmado por LORENZO, J., : *«Los Consejos Consultivos de las autonomías minimizan los errores médicos y los accidentes por mal estado de las calles»*. Recuperado el 17 de julio, 2015 desde la página <http://www.lacelosisia.com/los-consejos-consultivos-de-las-autonomias-preocupados-por-denuncias-sobre-errores-medicos-y-accidentes-en-la-calle/>

3 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: *«Crisis económica y transformaciones administrativas»*. REDA nº 153. Enero-marzo, 2012.

4 A título de ejemplo, entre otras fuentes, puede consultarse como botón de muestra los Diarios de Sesiones de la Asamblea de Madrid número 105, correspondiente a la sesión celebrada el miércoles 5 de diciembre de 2007 y número 124 correspondiente a la sesión celebrada el jueves 20 de diciembre de 2007.

5 CAPLAN, B.: *«The myth of the rational voter: why democracies choose bad policies»*. Princeton University Press. 2007.

dada. Si no se estuviera en un mundo jurídico-político tan confuso en el que la seguridad y la certeza jurídica han retrocedido a niveles preocupantes, lo lógico sería hablar de refuerzo de los Consejos Consultivos y no de su desaparición. También aquí podría citarse a CAPLAN y su paradoja de la democracia⁶ pero también encaja muy bien MARTÍN-RETORTILLO al afirmar que «*la importante legitimidad de las urnas habilita para gobernar y mandar; pero no produce el efecto taumatúrgico de atribuir saberes especializados a quien no los tiene*»⁷.

Si en su día, la creación de los Consejos Consultivos autonómicos se motivó en el refuerzo de la capacidad de autogobierno de las Comunidades Autónomas y una evolución de la organización territorial del Estado⁸, hoy asistimos a un proceso de involución que tal vez lo que manifieste es un cuestionamiento más profundo del modelo territorial. Revisión que, por otro lado, puede ser muy razonable plantear ya que en absoluto podemos estar de acuerdo con la realidad autonómica actual y esta especie de causa diabólica a la que está sometida la organización territorial en España y su débil sostenibilidad económica a largo plazo. En la actualidad se requieren nuevas formas de gestionar los asuntos públicos y las Comunidades Autónomas asumen una buena parte de la responsabilidad. Pero si la fórmula que va a servir para resolver los problemas de nuestro sistema autonómico es la supresión de los órganos consultivos externos, deduzco que el camino de la necesaria revisión no es más que un giro involucionista de 360° ya que quedaremos igual pero con un sistema de control más débil. Debilidad que supondrá una retrocesión en el imperativo legal de coadyuvar al control de la actividad pública, pero sobre todo un retroceso en el imperativo moral de una cultura cívica alineada con el interés general a través del ejemplo y el buen funcionamiento de las instituciones.

En tercer lugar, es un debate particularmente desleal habida cuenta de los argumentos mayoritariamente empleados caracterizados por un elevado nivel de demagogia marcada por la continua realización de comparaciones socialmente insalvables y la difusión de prejuicios personalísimos que deberían ser insolventes o indiferentes para la institución en sí.

Debate áspero y seco de argumentos de mediana altura intelectual, que lejos de favorecer el desarrollo y perfección de la figura de los Consejos Consultivos contribuyendo a la racionalización del modelo autonómico, ha causado un notable daño al crédito de los Consejos Consultivos y a la profesionalidad de sus integrantes.

Y esta causa de la sintética etiología que hemos planteado sobre la calificación del debate que ahora nos ocupa, ha sido generada incluso desde niveles del Esta-

⁶ CAPLAN, B.: «*The myth of the rational voter: why democracies choose bad policies*». Op. cit. págs. 1 a 4.

⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «*Crisis económica y transformaciones administrativas*». Op. cit. pág. 102.

⁸ Vid. VV.AA. BIGLINIO CAMPOS, P., (coord.): «*Consejos Consultivos y Comunidades Autónomas: La institución en Castilla y León*». Cortes de Castilla y León y Universidad de Valladolid. Valladolid, 2003.

En similar sentido puede consultarse también a GALERA VICTORIA, A.: «*Constitución, función consultiva y estado autonómico*». Edit. Civitas. Madrid, 2007.

do en los que se podría haber esperado una actitud más comedida o ponderada. El mejor ejemplo lo podemos apreciar, especialmente, en los planteamientos del año 2011 sobre reforma de la Administración, donde haciendo una lectura lineal de funciones y órganos (resumidamente tratamos de decirlo) se planteó que si los Consejos Consultivos reproducían en el ámbito de las Comunidades Autónomas la fundamental labor del Consejo de Estado respecto al Estado atendiendo también a las necesidades consultivas de una única Comunidad Autónoma que no dispone de órgano consultivo (Cantabria), directamente, sin mayores problemas jurídicos, de organización o de garantía estatutaria, podría prescindirse de los Consejos Consultivos trasladando su carga de trabajo al Consejo de Estado. Esto es, salvando el incuestionable valor del Consejo de Estado, puro arbitrio jurídico-organizativo que finalmente no se reflejó en el célebre informe CORA (que algún día deberá ser analizado como es debido) pero la simiente ya estaba sembrada y la nueva estirpe de ciertos políticos, algunos juristas, bastantes periodistas y muchos ciudadanos en general contrarios a la existencia de los Consejos Consultivos, había nacido.

En definitiva no estamos ante un debate equilibrado, objetivo, intelectualmente solvente y con mirada a largo plazo, tal y como fue el que se generó a partir de la publicación de la *Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado* al que más adelante haremos referencia, o en el ámbito autonómico el que tuvo como resultado normativo la aprobación de la *Ley 4/2013, de 19 de junio, por la que se modifica la organización y el funcionamiento de las instituciones propias de la Comunidad de Castilla y León*. Estamos ante una discusión capturada y concluida desde su inicial planteamiento, donde injustamente se ha marcado a los interesados y se han dado por buenos argumentos que, con respeto a quienes los asumen y difunden, resultan bastante temerarios, cuando no cínicos y, como hemos dicho, demagógicos.

Así, si nos fijamos en la categoría de motivaciones que entroncan con la optimización de recursos o la mejora de la organización pública (los argumentos que pueden resultar más solventes) podemos decir que sería inadecuado apuntar con el dedo a ningún órgano o institución que pudiera ser objeto de modificación o extinción, las decisiones han de ser tomadas por quien de manera irrenunciable y bajo su responsabilidad, legítimamente, tiene la competencia de hacerlo. Pero siendo reiterativos con una idea ya expuesta, no deja de sorprender que, precisamente, en el conjunto de órganos, instituciones y entidades del orbe público que pueden suponer una absorción de recursos sin mayor rendimiento o utilidad social, se haya escogido a órganos de control para su supresión⁹.

Órganos consultivos externos, que pese a todo lo que se pueda haber dicho y decir sobre su labor o independencia por quien opina sin haberse acercado a sus dictámenes, no han sido en general órganos cómodos para ningún gobierno autó-

⁹ Sobre esta cuestión puede consultarse el trabajo de GARRIDO MAYOL, V.: «*La crisis económica y el mito de las duplicidades*». Revista Española de la Función Consultiva, nº 17. Junio-diciembre, 2012.

mico o local que haya pasado sus decisiones por el tamiz de someterse al correspondiente dictamen¹⁰. Y esto no es una afirmación bondadosa basada en una opinión personal, es una realidad que se descubre cuando se lee alguno de los miles de dictámenes que los Consejos Consultivos han emitido a lo largo de la última década¹¹.

A mayor abundamiento, no podemos olvidar que los miembros de los miembros de los Consejos Consultivos, electos o natos, una vez acceden a su puesto, como efecto de la independencia de la que legalmente gozan a partir de su nombramiento, no están sujetos a ningún vínculo jerárquico ni son sumisos a instrucción de ninguna clase. Lo cual, debemos reconocer, no siempre gusta a los operadores políticos y jurídicos más mediocres, que lejos de apreciar en esa independencia una fortaleza del Estado de Derecho y del propio sistema democrático, la observan con desconfianza, incluso con manifiesta hostilidad camuflada bajo el ropaje de cínicos argumentos que ya hemos calificado como fútiles y demagógicos.

Preocupación pero también confirmación de lo expuesto, que aumenta al apreciar que no existe una alternativa real y creíble que conjugue los presuntos beneficios de la supresión de los Consejos Consultivos con una solución cierta y bien argumentada que supla el trabajo desarrollado por éstos, más allá de algunas opciones de puro arbitraje jurídico-organizativo, manifestación inequívoca de falta de preparación y conocimiento. Nuevamente, paradoja de la “nueva política” a la que más adelante nos volveremos a referir.

Y es que, analizando someramente la alternativa que puede ser más sensata, la idea de trasladar las competencias consultivas autonómicas (funciones de control) al Consejo de Estado, no somos capaces de apreciarla en términos de seguridad o tranquilidad. Ello, no por la sobrada capacidad y elevada cualificación de dicha institución acreditada a través de muchos años de buen servicio a España, sino por la simple cuantificación de recursos disponibles y el peligro de someter al Consejo de Estado a una carga de trabajo muy voluminosa. En este sentido, si ese escenario fuera finalmente el elegido, sería razonable pensar que las Comunidades Autónomas que nuevamente tuvieran que depositar sus necesidades y exigencias consultivas en el Consejo de Estado, deberían articular el correspondiente convenio de financiación, tal y como sucede con el Tribunal Central de Recursos Contractuales, al objeto de

¹⁰ A propósito de la Ley 4/2013, de 19 de junio, por la que se modifica la organización y el funcionamiento de las instituciones propias de la Comunidad de Castilla y León pueden consultarse alguno de los comentarios que dicha norma generó, como por ejemplo los recogidos en el artículo «El control del control». Diario La Ley, nº 8121, Sección Corresponsalia Autonómica, 8 Jul. 2013, Editorial LA LEY (LA LEY 6848/2013)

¹¹ Puede optarse también por la lectura de algún fallo judicial cuyo hecho litigioso manifiesta bien a las claras que la labor de los Consejos Consultivos no siempre es bien recibida. Citamos la STS de 9 de febrero, 2004 (LA LEY 33369/2004) por la que se desestima el recurso de casación contra el Auto por el que se desestimaba el recurso de súplica interpuesto por una Diputación Provincial contra el Auto anterior del mismo Tribunal que declaraba la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto por la citada Diputación contra los Acuerdos del Consejo Consultivo autonómico, relativos al dictamen del mismo en los casos de reclamaciones de daños y perjuicios formulados contra los entes locales.

que el superior órgano consultivo del Estado pudiera dotarse de los medios y recursos necesarios que le posibiliten responder adecuadamente a esa nueva carga de trabajo. El debate sobre la organización y funcionamiento de los órganos consultivos nunca ha sido evitada por los Consejos, es más ha sido la iniciativa interna de éstos quien ha realizado no pocas propuestas y hoy alcanza especial significación lo que se afirmaba hace algunos años:

«Es evidente que estos “superiores órganos consultivos”, para que presten con provecho su función, deben actualizar su campo competencial y, probablemente, los esquemas tradicionales de funcionamiento, de manera que puedan prestar su asesoramiento, colaboración y ayuda para la toma de decisión por los responsables de la misma, desde el análisis ponderado de los componentes jurídicos que han de conformar la respuesta adecuada a la pluralidad de requerimientos y demandas ciudadanas que exigen satisfacción¹²».

Oportunidades de sosegada y bien orientada discusión en el sentido que nos aconsejaba MARTÍN RETORTILLO¹³, que se han perdido y que ahora ni se recuerdan.

Claro, bien puede pensarse que quien esto escribe no puede hacer otra cosa que decir lo que está diciendo. Pero quien esto escribe ya ha escrito bastante sobre legalidad, y sobre control y fortaleza del Estado de Derecho, considerando además, que cualquiera de nosotros, salvo los órganos técnicos de los Consejos, está de paso y lo importante es que las instituciones conformadoras del Estado de Derecho puedan conocer desde su estabilidad y buen desempeño de las funciones que le son propias, muchos Presidentes y Consejeros que por cauce natural de la vida, vayan asumiendo temporalmente el alto honor de ejercer y representar la función consultiva.

Conviene, en todo caso, aprovechar este debate para desbrozar la función consultiva y poder ofrecer una visión real de la misma.

II. CARACTERIZACIÓN DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EXTERNA Y ENCAJE EN EL ESTADO DE DERECHO.

a) Consideraciones generales.

Es posible que la denominación “función consultiva” pueda llevar a equívocos sobre su relevancia y dimensión en el Estado de Derecho de tal manera que en una primera aproximación no se le otorgue o no se identifique su importancia y significativa aportación al Estado de Derecho.

Y es importante reiterar en este momento que al hablar de aportación al Estado de Derecho o fortalecimiento de éste, no estamos ante una idea alejada o pro-

¹² AMILIVIA GONZÁLEZ, M. y NALDA GARCÍA, J.C.: «Principios de buena administración y función consultiva». Revista Española de la Función Consultiva, nº 9. Enero-junio, 2008, pág. 17.

¹³ *Vid.* nota 3.

pia de un postulado jurídico-filosófico de corte doctrinal. Fortalecer el Estado de Derecho desde el objetivo que le es propio a la función consultiva tiene un impacto inmediato y directo sobre los ciudadanos y la ordenación político-administrativa de su día a día a través de las múltiples decisiones y actos que, pudiendo tomarse por las distintas administraciones públicas o, en su caso, las correspondientes iniciativas legislativas, están sometidas al dictamen previo de los Consejos Consultivos. Destilando esta idea, podríamos afirmar, sin mayor objeción, que la función consultiva es una firme y primordial garantía del derecho a la buena administración y, como podremos comprobar, a la mejor gobernanza de las instituciones. Los derechos e intereses de los ciudadanos quedan mejor garantizados a través de la función consultiva.

Por tanto, se revela que la función consultiva es una auténtica función de control que despliega un importante efecto preventivo de enorme importancia para los ciudadanos que sin duda desconocen la intervención del órgano consultivo pero que reciben el beneficio de su trabajo a través de decisiones y normas más correctas y ajustadas, tanto al bloque de legalidad como al principio de atención preferente al interés general. Se trata entonces de un control adicional, complementario a los que son propios de un Estado de Derecho¹⁴ que redunde de manera beneficiosa en los ciudadanos.

Seguramente, pudiendo coincidir en las consideraciones expuestas y, esencialmente, en la irrenunciable idea de control, de fiscalización, que deviene de la función consultiva, surge la tensión o, más bien, la inquietud de lo que supone desarrollarla por órganos distintos al que tradicionalmente se ha encargado con mérito y brillantez de hacerlo: el Consejo de Estado. Evidentemente no vamos a entrar en ruidos especulativos sobre la capacidad del Consejo de Estado para hacer frente a la función consultiva en todas o algunas las Comunidades Autónomas, ni tampoco el efecto que tendría en el gobierno de las Comunidades Autónomas (entendiendo que englobamos todas las administraciones ubicadas en el territorio de la Comunidad) pensando por ejemplo, de manera muy simple, en los tiempos de respuesta. Pero, siendo conscientes del modelo territorial y la muy voluminosa y plural normativa autonómica, parece sensato pensar en que esa función consultiva que despliega evidentes efectos de control y prevención sobre la actividad administrativa y legislativa, demanda, como elementos catalizadores, proximidad territorial y cercanía al bloque normativo autonómico.

b) La función consultiva y su reflejo en el control de la actividad de los poderes públicos.

Hechas las primeras observaciones generales sobre la función consultiva y su encaje en el Estado de Derecho, salvando matices, podemos afirmar que la función consultiva refuerza el ejercicio del poder, legitimando la actividad de las instituciones y órganos actuantes a través del control que se ejerce¹⁵. Como afirma PÉREZ AMO-

¹⁴ RUBIO LLORENTE, F.: «La función consultiva en el Estado de las Autonomías». Revista Española de la Función Consultiva, nº 2, julio-diciembre, 2004.

¹⁵ Vid. GRANADO HUELMO, I.: «La función de los Consejos Consultivos» Revista Jurídica de Navarra, nº 28, 1999. Especialmente págs. 50 y ss.

RÓS evidenciando esta dimensión de control, *«la intervención de estos Consejos no parece impuesta por la necesidad del asesoramiento técnico que sus dictámenes puedan comportar, sino con una finalidad cuasi fiscalizadora, orientada a que las Administraciones Públicas correspondientes sigan en esas materias su parecer, so pena y sanción de que sus actuaciones, o bien no sean válidas, si se omite la petición de informe, o sufran una cierta desautorización material-no formal porque la decisión contraria a la consulta es válida, más aún, cuando los dictámenes no son vinculantes, si las Administraciones Públicas deciden en contra de la opinión de aquél. Además, cuando el informe de estos Consejos no sólo es preceptivo, sino también vinculante, es obvio que se convierte en partícipe de la competencia, ya que no cabe más decisión válida que la que es conforme con su opinión¹⁶»*.

Igualmente, tratando de ser muy sintéticos, podemos identificar esta dimensión de control en dos grandes áreas: la actividad normativa y la acción administrativa.

Ámbitos reales, donde cristalizan los argumentos genéricamente expuestos, haciendo recibir al Estado de Derecho, y por tanto todos los ciudadanos, el beneficio de la sujeción al principio de legalidad. Es decir, siendo reiterativos, no se están formulando planteamientos o pulidas argumentaciones jurídico-doctrinales que hacen brillar una función y al órgano que la ejerce sin que el ciudadano, la sociedad, llegue a percibir su utilidad, su provecho allí donde se desarrolla la actividad administrativa sujeta a consulta o se aplica la norma que ha seguido en su procedimiento de elaboración la obligada intervención del órgano consultivo externo. La función consultiva, como de manera concreta vamos a tratar de mostrar, despliega concretos y reales efectos que redundan positivamente en la vida de los ciudadanos en la medida que disfrutan de decisiones más correctas y un mejor espacio jurídico en el que desarrollar sus derechos y libertades así como cumplir con sus obligaciones.

Pero aún hay más, no sólo es que las actuaciones administrativas y la creación de normas pase por un tamiz de legalidad que, al depurarlas, refuerzan las garantías propias del Estado de Derecho. Esta labor queda reflejada en la doctrina emitida a través de los dictámenes que, a futuro, proporcionan elementos de juicio que orientan al operador sobre la más correcta manera de proceder.

Como nuevamente confirma de manera muy atinada la doctrina, *«los altos Organismos Consultivos representan, como antes señalábamos, una instancia imprescindible de legitimación de ejercicio para el poder. En efecto, conviene insistir en que los poderes públicos en una democracia resultan investidos de la necesaria legitimación de origen, que los enlaza con la voluntad soberana del pueblo, manifestada en elecciones libres y plurales de las que emanan, directamente, los parlamentos representativos e, indirectamente, a través del mecanismo de la confianza parlamentaria, los respectivos Gobiernos. Pero, tanto las decisiones del Ejecutivo*

¹⁶ PÉREZ AMORÓS, J.: *«La intervención de los Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales»*. Op. cit.

como las del Legislativo, legítimos en su origen, deben reforzarse, en su ejercicio diario, en cada acto administrativo o normativo, con la fuerza de la razón (imperio rationis), especialmente de la racionalidad dimanante del propio imperio de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico, pues, de lo contrario, no podrán esgrimir en su apoyo otro fundamento que la razón de la fuerza (ratio imperii).

Con sus autorizados dictámenes contribuyen, por de pronto, nada menos que a la cotidiana legitimación de ejercicio del poder público, asegurando con su auctoritas la constitucionalidad, estatutariedad, legalidad y racionalidad de sus medidas de potestas, lo que significa garantizar en los ordenamientos autonómicos la primacía de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía, de la Ley, del Derecho y, en suma, de la razón, única fuente de legitimidad¹⁷».

1. El control de la actividad normativa.

Hace más de cinco décadas, GARCÍA ENTERRÍA ya constataba que la Administración, *«es un pésimo legislador. La Administración es una organización constituida para el tratamiento de lo inmediato, implicada además en mil gestiones concretas. Le falta esa serenidad de juicio, esa superioridad de posición que se requieren para poder acometer la definición abstracta de un orden justo... .. De ahí que sea fundamental para la sociedad actual organizar técnicas eficaces de control respecto de estos poderes normativos de la Administración¹⁸».*

Pues bien, conocido el punto de partida, podemos afirmar que la relevancia jurídica de la participación de los órganos consultivos en la actividad normativa de las Comunidades Autónomas queda reflejada en la extensa jurisprudencia que pone de manifiesto la decisiva importancia del trámite consultivo en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, constatando que el mandato establecido estatutariamente o por ley se realiza con carácter preceptivo, por cuanto ese dictamen *«constituye de por sí una garantía de la legalidad y en su caso de la oportunidad de la norma¹⁹».* Necesidad que pone de manifiesto MONTORO CHINER al analizar la intervención de los órganos consultivos en los procedimientos de elaboración normativa por cuanto *«las normas en general y, con independencia de su fuente, son confusas, poco determinativas, sus reglas no son específicas, su profusión disminuye la seguridad jurídica, cuando no la impide; su vigencia es fugaz, su cumplimiento es deficitario y su contenido no siempre se ajusta a la “rule of reason”²⁰».*

Esta significativa labor en materia de disposiciones normativas se desarrolla en un doble sentido.

17 GRANADO HIJELMO, I.: *«La función de los Consejos Consultivos» Op. cit.* pág. 50.

18 GARCÍA ENTERRÍA, E.: *«La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)».* Revista de Administración Pública. Nº38, Mayo-agosto, 1962, pág. 196.

19 *Vid.*, entre otras, STS de 29 de mayo, 2003 (LA LEY 13521/2003)

20 MONTORO CHINER, M. J.: *«Técnica normativa y órganos consultivos. Prospectiva europea».* Revista Española de la Función Consultiva, nº 2. Julio – diciembre, 2004, pág. 45.

En primer lugar, desde el punto de vista sustantivo, en ejercicio del control de constitucionalidad y estatutariedad de las normas, tanto con rango de ley como reglamentario.

Por lo que se refiere a las normas con rango de ley, resulta fundamental la intervención de los Consejos Consultivos al objeto de velar por la adecuación al orden constitucional de distribución de competencias y por la conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, dotando a los proyectos legislativos de la necesaria seguridad jurídica. Así, en los casos de conflictos entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos se conoce muy poco la rigurosa labor de los Consejos Consultivos en esta materia, de tal forma que, en no pocas ocasiones, los planteamientos del Estado en la Comisión Bilateral de la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma como trámite previo a la interposición de recurso de inconstitucionalidad, coinciden exactamente con las advertencias previamente expuestas por el órgano consultivo autonómico en su dictamen durante la tramitación de la ley objeto de controversia constitucional.

Respecto a la actividad reglamentaria de la Administración, es el ámbito en el que se constata la antedicha jurisprudencia que manifiesta con palmaria claridad la nulidad radical de los reglamentos sin el preceptivo dictamen por haberse menoscabado una legalidad sustancial²¹.

En segundo lugar, aunque resulte obvio que los aspectos formales y de estricta técnica legislativa son de menor importancia que los de carácter sustantivo, no por ello deben ser descuidados, puesto que resultan fundamentales para un adecuado conocimiento y comprensión de las normas, máxime si nos encontramos en un momento de gran producción normativa en todas las Comunidades Autónomas.

Tomando una referencia muy cercana, la del Consejo Consultivo de Extremadura en su Memoria del año 2006, puede afirmarse que una correcta técnica normativa constituye un instrumento valiosísimo al servicio del principio constitucional de seguridad jurídica. Técnica normativa y seguridad jurídica que también fueron anudadas por el Consejo de Estado a través de su propia doctrina²².

Por lo tanto, en un tiempo jurídico-político donde parece primar la rapidez en la elaboración de las normas, donde el lenguaje²³ y la semántica se descuidan y

²¹ Sobre esta cuestión puede consultarse el trabajo de MEILÁN GIL, J.L.: «Los retos de la función consultiva». Revista Española de la Función Consultiva. nº 7, enero-junio 2009. Especialmente págs. 175 y 176.

²² Dictamen nº 3714/1992 de 27 de enero de 2000.

²³ Es lo que JOVER PRESA citando a Manuel Atienza denomina “racionalidad lingüística”, «de forma que el emisor de la norma sea capaz de exponer su mensaje y sus mandatos con la máxima claridad, reduciendo a sus justos límites la labor interpretativa del receptor; y, también, aquellas específicamente destinadas a asegurar la racionalidad jurídico-formal, con las que se garantiza la integración armónica de la nueva norma en el ordenamiento, cumpliendo las exigencias constitucionales de certeza y predictibilidad del Derecho aplicable».

JOVER PRESA, P.: «El control de la técnica legislativa por parte de los consejos consultivos». Revista Española de la Función Consultiva, nº 6. Julio-diciembre, 2006, pág. 11 y 112.

la técnica normativa carece de directrices generales para el conjunto de Comunidades Autónomas, corresponde a los Consejos Consultivos un papel destacado en el control de estas cuestiones en la elaboración de las Leyes y demás disposiciones de carácter general.

A modo de síntesis respecto a todo lo expuesto en relación al control de la actividad normativa, sirva en primer lugar la muy esclarecedora doctrina representada por BIGLINIO CAMPOS:

«Es evidente que la institución consultiva de la Comunidad Autónoma está capacitada, al igual que el Consejo de Estado, para garantizar que las normas de la Comunidad Autónoma sean conformes con, la Constitución y las leyes estatales. Junto a ello, el órgano regional puede velar con mayor precisión por la observancia del ordenamiento jurídico de propia Comunidad. En definitiva, en un Estado compuesto caracterizado por el pluralismo jurídico, el Consejo Consultivo es la institución más adecuada para actuar, con carácter previo, como guardián de la estatutividad y del resto de la legalidad de la propia Comunidad Autónoma²⁴».

Pero, como auténtico colofón, aún suscitan mayor reflexión en lo tocante al debate que nos ocupa y su resultado, las sencillas palabras de MONTORO CHINER que nos hacen pensar en todo lo que ha cambiado, no precisamente para mejor, en estos últimos años:

«El dictamen de los órganos consultivos en la creación del Derecho posee en estos momentos decenios de tradición jurídica incorporada en nuestro ordenamiento. Cada Administración, atendiendo a su ámbito territorial y de competencias, ha entendido la relevancia y la necesidad de que un órgano externo y alejado de su Administración activa intervenga en el proceso de creación de normas²⁵».

2. El control de la acción administrativa.

Resulta palmario que, pese a las buenas intenciones y la legal presunción de corrección jurídica en las actuaciones de una Administración, no es suficiente para garantizar una adecuada atención al interés general representada, *a priori*, en el respeto a la legalidad vigente. Como señalaba ENTERRÍA, *«la Administración está, por otra parte, profundamente marcada por su estructura burocrática. A sus servicios les falta una visión serena y general de las situaciones sociales por la parcialidad de sus respectivas especialidades técnicas y por la dialéctica propia de las disfunciones burocráticas, consustanciales a su misma existencia²⁶».*

24 BIGLINIO CAMPOS, P. (coord.): *«Consejos Consultivos y Comunidades Autónomas: La institución en Castilla y León»*. Op. cit. pág. 29.

25 MONTORO CHINER, M.J.: *«Técnica normativa y órganos consultivos. Prospectiva europea»*. Op. cit. pág. 56.

26 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *«La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)»*. Op. cit. pág. 197.

Precisamente, la tendencia que desde hace ya algunos años caracteriza los espacios de gestión pública basados en una buena administración, tanto desde la perspectiva de su consideración como derecho como desde un enfoque de actividad, pasa por la mejora de los controles a través de órganos que verifiquen una serie de condicionantes relativos a su autonomía, objetividad y elevada cualificación técnica. Condicionantes que están en la propia esencia de los Consejos Consultivos.

La función consultiva, ejercida a través de los Consejos, despliega una relevante labor de control preventivo en aquellas materias que, bien marcadas por la correspondiente normativa, bien por ser objeto de informe facultativo, reciben la atención de aquellos. Materias que pueden ser consideradas auténticas áreas de riesgo por el compromiso que suponen para el interés general concretado en la disposición de fondos públicos o la atención y confianza de los ciudadanos en los poderes públicos y sus representantes, cuyo primer nivel de respuesta es la garantía a sus derechos e intereses legítimos. Y es que, si bien la labor de los Consejos Consultivos es estrictamente jurídica y la ubicamos bajo el gran armazón que es el Estado de Derecho como superestructura sobre lo que todo se sostiene, debemos volver a repetir que su efecto tiene alcance en las acciones y decisiones que van a redundar de manera más o menos positiva en la vida de los ciudadanos, o, desde una perspectiva más jurídica, en los derechos que la cláusula constitucional del Estado Social desgrana para los ciudadanos.

En efecto, sin que el ciudadano lo perciba, los dictámenes de los Consejos Consultivos están presentes en su vida cotidiana, desde las decisiones generales de mayor importancia económica o jurídica hasta las actuaciones de menor nivel, tanto a nivel autonómico como local, pero de gran importancia para el ciudadano interesado o afectado por ellas. Sin ánimo de exhaustividad, podemos elaborar un listado de materias en la que, de manera preceptiva o facultativa, podemos observar el amplio espectro de la actividad administrativa en el que la función consultiva ha contribuido a garantizar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos permitiendo un desarrollo más pleno y satisfactorio de los mismos.

- Alteración de términos municipales.
- Bienes públicos.
- Función pública.
- Interpretación, modificación y resolución de contratos.
- Modificaciones del planeamiento urbanístico que afecten a zonas verdes y espacios libres.
- Responsabilidad patrimonial de la Administración.
- Revisión de oficio de actos administrativos firmes.
- Tributos.

No debemos quedarnos en una mera y superficial enunciación de materias, descendiendo un poco más hacia las capas configuradoras de la función consultiva, pueden descubrirse varios aspectos de interés que hacen insistir en la garantía que supone para alcanzar el interés general con exacto sometimiento a la ley y al Derecho. A saber:

Por un lado, el análisis de la consulta se hace desde la proximidad al ordenamiento jurídico de la propia Comunidad Autónoma, confirmando al Consejo Consultivo como principal garante del Estatuto de Autonomía (como parte del bloque de constitucionalidad) y de la normativa autonómica de desarrollo.

Proximidad que no agota su efecto en ese mejor conocimiento del cuerpo normativo autonómico, también supone, como se decía líneas atrás, una capacidad de respuesta ágil que, cumpliendo los plazos, ayuda, sin duda, a la gobernabilidad.

Por otro lado, las consultas que se conocen sobre estos temas son abordadas con una sistemática objetiva y rigurosa dimanante de la alta cualificación de los órganos consultivos, basada en un doble y muy intenso examen, procedimental y de fondo, pudiendo estar en condiciones de afirmar que el derecho a la buena administración tiene un destacado garante en la figura de los Consejos Consultivos. Así las cosas, la realidad nos muestra que una nota caracterizadora de la labor de los Consejos Consultivos ha sido la incuestionable imparcialidad y competencia técnica de sus dictámenes, fuente de autoridad en su dimensión de control de las decisiones y actos sujetos a consulta tal y como demuestra la general ausencia de cuestionamientos jurídicos en relación a la doctrina generada que, además, ha sido apreciada por su función pedagógica y propedéutica²⁷.

Si desde la teoría general del Derecho Administrativo se apunta que, en muchos aspectos, se trata de un Derecho de construcción jurisprudencial, no debería olvidarse que esa construcción tiene también importantes aportaciones que traen causa en la doctrina de los Consejos Consultivos.

Doctrina que no resulta plural o divergente como también se ha llegado a decir con notable ánimo peyorativo para la función consultiva descentralizada. Si hay una preocupación en el desempeño de la función consultiva autonómica es la uniformidad de criterios respecto a los asuntos que guardan identidad sustancial evitando disparidades que no harían sino generar situaciones de inseguridad jurídica. Objetivo de convergencia y, dependiendo de cada caso, de unidad doctrinal, sobre la que se ha trabajado y se trabaja intensamente tanto a nivel de Consejeros como de órganos técnicos, mostrando un comportamiento ejemplar en el desempeño leal y cooperativo de funciones descentralizadas en beneficio de los ciudadanos tal y como solicita nuestra Constitución a través de la cláusula del Estado Autonómico.

Consecuentemente, a la vista de todo lo expuesto, postular por la supresión de los Consejos Consultivos es apuntar a la desaparición de órganos de control jurídico y los efectos más perniciosos de esta ausencia serán padecidos por los ciudadanos, futuras víctimas que por desconocimiento o desinformación no son conscientes de que esta supresión, ofrecida como ventaja e incluso avance, supone una reducción de sus propias garantías frente a los poderes públicos, particularmente, las Adminis-

²⁷ CANO BUESO, J.: «Consolidación de los Consejos Consultivos en España y su papel como garantes de la autonomía». Revista catalana de Derecho Público, núm. 39, diciembre 2009.

traciones Públicas más cercanas a aquellos. En otras palabras, merma en la posición jurídica de los ciudadanos, en su haz de garantías, que va más allá de una simple cuestión interna entre poderes sin repercusión en la ciudadanía y sus derechos e intereses legítimos²⁸.

Debemos ser conscientes y considerar en el debate abierto, que el control preventivo de los Consejos Consultivos en lo tocante a fortalecer el Estado de Derecho a través de la salvaguarda de los derechos del ciudadano y la preservación del interés público, se alinea en el sistema de garantías constitucionales con el control judicial que, *a posteriori*, puede llegar a desarrollarse. Es decir, no estamos sin otros instrumentos de control (y podemos decir que la Presidenta autonómica no iba del todo desencaminada en su locuaz planteamiento), pero si algo resulta necesario en todo sistema político donde el ciudadano sea realmente el eje sobre el que pivote la acción de los poderes públicos, es que las actuaciones preventivas, impidiendo o minimizando el menoscabo al interés general sean el denominador común. La restitución *a posteriori* de la legalidad a través del sistema judicial es necesaria y es la lógica respuesta del Estado de Derecho. Es verdad que el Estado de Derecho también se autoafirma, se hace fuerte a través de contundentes respuestas judiciales, pero no es esa respuesta la que genera mayor legitimidad y credibilidad ante los ciudadanos que siempre esperan mejor una buena actuación de inicio con resultados acertados, que el supuesto de una mala práctica aunque posteriormente sea judicialmente corregida.

3. Función consultiva y relaciones entre poderes de la Comunidad.

Junto a la dimensión de control preventivo expuesta líneas atrás, no podemos olvidar, aunque sea brevemente, la importante labor que los Consejos pueden llegar a desarrollar en la relación entre poderes de la Comunidad Autónoma, particularmente en situaciones de conflicto institucional.

La posible inexistencia de un régimen regulador de las relaciones entre poderes públicos de la Comunidad Autónoma, otorga a los Consejos Consultivos un importante papel arbitral en citado supuesto de conflicto institucional o cualquier otro escenario de bloqueo o deterioro en la gobernabilidad de la Comunidad.

III. POSICIÓN JURÍDICO-INSTITUCIONAL DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS.

El ya aludido debate generado en relación a la figura de los Consejos Consultivos autonómicos ha desdibujado para ciudadanos y no pocos operadores jurídicos y políticos, los muy bien definidos perfiles jurídicos e institucionales de estos órganos. Esto es, se ha difuminado hasta la devaluación su posición institucional, garante de su autonomía orgánica y funcional y, consecuentemente, de su independencia que, junto a la cualificación técnica, son los principales pilares de su autoridad.

²⁸ Vid. RUBIO LLORENTE, F.: «La función consultiva en el Estado de las Autonomías». Op. cit. págs. 25 y 26.

Aunque a la vista de las consideraciones expuestas en el anterior epígrafe, ha podido evidenciarse la importancia de la función consultiva y su aportación a la fortaleza y mejora continua del Estado de Derecho y que, por extensión, esa significativa relevancia de la función consultiva se traslada a los órganos que la desarrollan, no podemos obviar que, de manera muy infeliz y pernicioso, el debate o la discusión de índole organizativa sobre los Consejos ha sido situada en el sector menos interesante del plano político-social junto a las decisiones de pura alternancia política o peor aún, como simple y circunstancial moneda de cambio tanto para asegurar pactos de poder (pactos de gobierno) como para evidenciar perfiles políticos que dicen estar al lado de la ciudadanía y sus problemas reales. La alternancia política tiene que ser manifestación de madurez y buen funcionamiento del sistema democrático, no origen de situaciones de inseguridad o incertidumbre.

Los Consejos Consultivos autonómicos no son, no deberían ser, creación de un día y desaparición sin más de otro. Debemos recordar y reiterar que los Consejos Consultivos han sido objeto de un tratamiento doctrinal y de justicia constitucional muy intenso, dando prueba de su auténtica posición jurídica e institucional que, sin miedo a afrontar un debate serio sobre su régimen u organización interna tal y como también hemos anticipado, sí al menos debería elevarlo o extraerlo del campo del que ya hemos calificado duramente como el debate de la demagogia y la deslealtad.

En efecto, sintéticamente, la posición jurídico-institucional de los Consejos Consultivos puede ser configurada a través de dos sentencias del Tribunal Constitucional que nos muestran bien a las claras la real ubicación de estos órganos, superando el debate estrictamente doctrinal que en su día provocó la publicación de la *Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado* y el desarrollo de la función consultiva en el ámbito autonómico²⁹.

En primer lugar, la Sentencia 56/1990 de 29 de marzo³⁰ de la que se extraen dos importantes afirmaciones: que el Consejo de Estado tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece y, a los efectos que más nos interesan, que ningún precepto constitucional impide a las Comunidades Autónomas, en ejercicio de su autonomía organizativa, establecer en su ámbito territorial un órgano consultivo equivalente al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, siempre que éstas se ciñan a la esfera de las atribuciones y actividades del respectivo Gobierno y Administración.

En segundo lugar, la Sentencia 204/1992 de 26 de noviembre³¹ en la que el Alto Tribunal, habiendo afirmado ya la plena legitimidad de las Comunidades Autó-

²⁹ Sobre esta cuestión puede consultarse el excelente trabajo compilador de RUIZ MIGUEL, C.: «Los Consejos Consultivos como guardianes de la autonomía: bibliografía, jurisprudencia, doctrina legal y perspectiva». Revista Catalana de Derecho Público, nº 39, 2009.

³⁰ LA LEY 58173-JF/0000.

³¹ LA LEY 2064-TC/1992.

nomas para constituir órganos consultivos, requiere la necesaria identidad o estricta semejanza, en cuanto a organización y competencias, de dichos órganos consultivos con respecto al Consejo de Estado al objeto de mantener la independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica como presupuestos indispensables para hacer efectiva la garantía procedimental cualificada que significa la intervención de estos órganos consultivos. Y es que, para el Tribunal Constitucional, *«la intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo»*³²».

Esto es, el Tribunal Constitucional dota a los órganos consultivos autonómicos de una especial relevancia en el entramado institucional de la Comunidad Autónoma y por tanto, del Estado. Posición reforzada en aquellos casos en que el órgano consultivo cuenta con un reconocimiento estatutario en cuyo caso la institución recibe una mayor protección al no poder ser objeto de alteración o, en su caso, supresión, mediante un acto de legislación ordinaria³³. En cualquier caso, como señala la doctrina más autorizada, *«cualquiera de las dos fórmulas (creación mediante Ley o previsión estatutaria) es obviamente legítima, pero en ambas ha de quedar claro que se trata de una institución de autogobierno, incluíble, por tanto, en el contenido obligado de los Estatutos, al amparo del artículo 147.2.c) de la Constitución»*³⁴.

La aplicación de la doctrina constitucional expuesta nos conduce a identificar la correcta ubicación de los órganos consultivos en la estructura del Estado de Derecho, no como instituciones contingentes, sino, desde su creación, como órganos fundamentales para la defensa de la Constitución, el marco estatutario y el resto del ordenamiento jurídico. Y ello, reiterando ideas expuestas, como órganos de garantía, apoyando y reforzando la actividad del resto de poderes públicos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma que se trate³⁵.

Obvio es decir que esta labor, sin duda trascendente para el Estado de Derecho y los ciudadanos que gozan de sus beneficios, sólo se puede desarrollar adecua-

³² Fundamento jurídico cuarto.

³³ Para VIDAL ZAPATERO, siendo *«jurídicamente incoercible el mandato estatutario dirigido al legislador regional para que desarrolle normativamente el órgano... ...una vez creado éste cabe sostener que el legislador podrá modificar, por supuesto, su regulación (dentro de las posibilidades que ofrezca el propio Estatuto) pero no suprimirla sin más: la ley derogatoria sería verosimilmente inválida por antiestatutaria»*.

VIDAL ZAPATERO, J. M.: *«La posición institucional de los Consejos Consultivos»* en la obra colectiva coordinada por BIGLINO CAMPOS, P. *«Consejos Consultivos y Comunidades Autónomas: La institución en Castilla y León»*. Op. cit. pág. 53.

En similar línea puede también consultarse el trabajo de TORNOS MÁS, J.: *«La posición institucional de los Consejos Consultivos»*. Revista Española de la Función Consultiva, nº 12, julio-diciembre 2009.

³⁴ MEILÁN GIL, J.L.: *«Los retos de la función consultiva»*. Revista Española de la Función Consultiva. nº 7, enero-junio 2007, pág. 178.

³⁵ En este sentido pueden consultarse los trabajos de GRANADO HIJELMO, I.: *«La función de los Consejos Consultivos»* op.cit.; y VV.AA. BIGLINO CAMPOS, P., (coord.) *«Consejos Consultivos y Comunidades Autónomas: La institución en Castilla y León»*. Op. cit.

damente con la garantía de su independencia y autonomía orgánica y funcional, verdadera manifestación del respeto institucional que reclama el Tribunal Constitucional y que es recogido por la jurisprudencia para otorgar un valor determinante a los dictámenes de los Consejos Consultivos tal y como por ejemplo se advierte en la STS de 18 de octubre de 2011³⁶ en la que la Sala admite que la sentencia de instancia siga el criterio del correspondiente dictamen del Consejo Consultivo, habida cuenta de la presunción de imparcialidad que se le supone por su función legal y por la extracción y procedencia de sus miembros.

Si este es el planteamiento teórico adecuado, algunos movimientos en torno a los Consejos Consultivos y obviamente, la decisión de suprimirlos, vienen a subsolar las garantías que institucionalmente, como hemos visto, tienen los Consejos Consultivos. Y aún a riesgo de pesadez por reiteración, no podemos olvidar que las referidas propuestas se sostienen en base a razones de mera oportunidad política coto-placista ya que, como también hemos podido apuntar, pocos argumentos de solidez y auténtica eficiencia (no arbitrista) se han podido escuchar y mucho menos leer. No obstante, descolla como excepción el trabajo de MUÑOZ MACHADO quizá el más destacado, intelectualmente, partidario de la supresión de los Consejos Consultivos a través, esencialmente, de una redefinición de la estructura institucional de las Comunidades Autónomas que resulta en verdad muy sensata, contando además con el peso de la autoridad académica y doctrinal de quien lo hace. Sin embargo, se discrepa profundamente de la relativización que se hace de la función consultiva en las Comunidades Autónomas considerándola *«una molesta sala de espera, que no suele ofrecer garantías imprescindibles a los derechos de los administrados»*³⁷.

A diferencia de MUÑOZ MACHADO, creemos que no todas las garantías que deben arrojarse al ciudadano frente a los poderes públicos, en especial frente al ejecutivo, deben ubicarse en la jurisdicción contencioso-administrativa y mucho menos, como infelizmente sucede ahora, en el orden penal donde, precisamente, se descubre de manera muy hosca para el interés general lo que puede llegar a suceder cuando se prescinde de la labor del órgano consultivo externo³⁸. No creemos que la justicia como control sucesivo sea suficiente, es más, a la vista de lo que la realidad jurídico-política nos muestra casi todos los días, deberíamos repensar la eficacia de las medidas penales y procesales, incluso el propio funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, para hacer frente a la situación de debilidad institucional y generalizado descreimiento ciudadano. Tal vez merezca la pena reflexionar sobre nuevas formas de afrontar estas dificultades, hoy prácticamente enquistadas en nuestra nación, dando un mayor juego a quien, como los Consejos Consultivos, de manera externa e independiente puede orientar sobre lo que deben ser las mejores prácticas públicas, velando por su cumplimiento.

³⁶ LA LEY 208046/2011.

³⁷ MUÑOZ MACHADO, S.: *«Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo»*. Edit. Crítica. Barcelona, 2012, pág. 188 a 191.

³⁸ Dentro del mapa de los delitos contra la Administración, baste citar a título meramente ejemplificativo resoluciones como la SAP Granada de 21 de enero, 2013 en materia de urbanismo (LA LEY 91669/2013).

Finalmente, no podemos olvidar el alcance que la función consultiva tiene en el ámbito municipal donde las posibilidades de contar con un juicio técnico ajustado a la legalidad que contribuya a garantizar el control y acierto de decisiones que directamente afectan a la vida diaria de los vecinos son, para muchos pequeños y medianos municipios, bastante limitadas³⁹.

Podemos comprobar que, de nuevo, llegamos a una conclusión ya conocida: no resulta, tan indiferente para los ciudadanos que sus Administraciones Públicas dispongan de un apoyo jurídico de alta solvencia técnica e independiente, además de lo que puede suponer para los titulares de los órganos gestores el aval de un órgano consultivo externo en asuntos particularmente complejos susceptibles de generar responsabilidades personales.

La función consultiva como control preventivo se descubre detrás de cada expediente de consulta en el que siempre, o figura un ciudadano o el conjunto de la sociedad, esperando que la decisión o actuación que se trate, dentro de la más absoluta pulcritud jurídica, responda de manera rápida y eficaz a sus necesidades y expectativas en el momento que se producen.

IV: PROSPECTIVA Y FUTURO DESARROLLO DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS.

No siendo pocas las áreas de conocimiento que competencialmente corresponden a los Consejos Consultivos, no suponen un listado cerrado. Los Consejos Consultivos no son ajenos a la evolución que la normativa y la propia práctica someten a la actividad de los poderes públicos. En este sentido, los Consejos Consultivos pueden asumir y responder adecuadamente a las necesidades que surgen en los nuevos espacios de gestión o decisión pública que pasan por la presencia de órganos que, cualificados técnicamente, gocen de autonomía orgánica y funcional y, por tanto, de independencia. Así lo afirmaron con enorme prospectiva AMILIVIA y NALDA al indicar que *«se pretende sugerir vías de exploración sobre la adaptación de la función consultiva a las necesidades derivadas de los nuevos paradigmas que, en relación con los principios de gobernanza, buena administración o administración democrática, han de satisfacer las Administraciones Públicas»*⁴⁰.

Resulta por tanto tristemente sorprendente que los responsables políticos como legisladores o en su condición de altos cargos de la Administración, no aprecien las estructuras ya creadas y lejos de enriquecerlas jurídicamente aprovechando su potencialidad, lleguen a plantear su desaparición para acto seguido, sin solución de continuidad, deban proponer la creación de otras nuevas estructuras que soporten

³⁹ Vid. CARBONELL PORRAS, E.: «Entidades locales y función consultiva» en Jornadas sobre la función consultiva. Madrid, 17 y 18 de septiembre, 2009.

⁴⁰ AMILIVIA GONZÁLEZ, M. y NALDA GARCÍA, J.C.: «Principios de buena administración y función consultiva». Op. cit. pág. 17.

y den respuesta a los ya referidos nuevos imperativos que requiere la actividad pública y su control que, en imparable tendencia, pasan por la función consultiva externa⁴¹.

a) Tutela de la actividad contractual de las administraciones públicas.

Volviendo a insistir que el debate en el que nos encontramos muchos intervinientes han olvidado o nunca han llegado a conocer (más allá de algún titular periodístico) destacados aspectos de nuestra historia administrativa, no nos parece ocioso recordar que España ha tenido siempre un problema con la contratación pública y, particularmente, con la efectiva vigencia del principio de tutela restitutoria. Auténtica área de riesgo tanto para las malas prácticas administrativas como para casos de corrupción pública. Problemática que ha comprometido la propia imagen de la nación por la falta de seguridad jurídica en la contratación pública hasta llegar al punto de inflexión que supuso el requerimiento de la Comisión Europea para que España justificara el efectivo cumplimiento de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de abril de 2008, que condenaba al Reino de España por la insuficiencia del sistema español de recursos en materia contractual desde la perspectiva de las exigencias de la Directiva europea de recursos.

Conociendo el dato apuntado, podemos entender mejor el desarrollo normativo y organizativo que comienza con la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. En pocas palabras, el elemento fundamental de la nueva regulación de los procedimientos de recurso se circunscribía en relación al órgano administrativo de resolución que habría de configurarse de manera específica gozando, esencialmente, de una asegurada independencia⁴². Lo cual, para determinadas actos y contratos especial-

⁴¹ Así lo señala MONTORO CHINER afirmando que «*nada más europeo hoy en día que la función de consulta. Comités, comités consultivos, comités de conciliación, comités de gestión, en fin, la comitología es la forma habitual de actuación desde las instancias europeas. Comités de reglamentación, comités de salvaguarda, llegaríamos a cientos en su enumeración*».

MONTORO CHINER, M. J.: «*Técnica normativa y órganos consultivos. Prospectiva europea*». Op.cit. pág. 48.

⁴² Resulta particularmente elocuente lo prevenido por el artículo 2.9 de la Directiva 2007/66/CE en la relación a las exigencias de independencia del órgano de resolución haciéndolas equivalentes a las del ejercicio de la función jurisdiccional.

«*Cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso.*

El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.»

mente sensibles⁴³, evidenciaba la desconfianza hacia los órganos de contratación nacionales y el tradicional sistema de recursos administrativos asentados en el principio de autotutela que, si bien, en puridad, deben proceder con la imparcialidad y objetividad que les obliga la sujeción general al principio de legalidad, la práctica demostraba y aún demuestra, la debilidad de la tutela restitutoria en el ámbito de la contratación pública.

A la vista de estas exigencias, el *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* al regular el órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratos públicos en el párrafo tercero del artículo 41, reconoció la posibilidad de que las Comunidades Autónomas constituyeran su propio tribunal de recursos contractuales, bajo unas condiciones que, a la altura de este trabajo, resultarán muy conocidas al lector:

«En el ámbito de las Comunidades Autónomas, así como en el de los órganos competentes de sus Asambleas Legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad.»

En efecto, se trata de las condiciones propias de los Consejos Consultivos, por ello las Comunidades Autónomas han podido elegir entre tres posibles modelos:

- Trasladar la competencia de la resolución de los recursos al Tribunal Central de Recursos Contractuales.
- Constituir un órgano *ad hoc* para la resolución de estos recursos.
- Atribuir la resolución de los recursos a un órgano ya existente y que acredite el cumplimiento de los requisitos que la normativa exige. Es decir, como ya hemos anticipado, el Consejo Consultivo de la Comunidad.

Cualquiera de las tres opciones resulta válida y legítima, pero teniendo presente que la figura del Tribunal Central de Recursos Contractuales además de la necesidad de establecer un convenio de financiación, nos genera bastantes más dudas

⁴³ Vid. Capítulo VI del *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* sobre «Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos».

que las expuestas en su momento en relación al traslado de las competencias consultivas al Consejo de Estado y que, en términos de eficiencia y ahorro, puede ser cuestionable la creación de un nuevo órgano, parece muy sensato optar por adscribir el requerido órgano de resolución de recursos contractuales a los Consejos Consultivos. Respuesta organizativa por la que han optado la Comunidad Autónoma de Castilla y León⁴⁴, pionera en la materia, y la Comunidad Autónoma de Extremadura⁴⁵.

Esta solución organizativa presenta, de manera paralela a las ya descritas respecto al ejercicio de la función consultiva, no pocas ventajas que sucintamente podemos enumerar:

- Supone un bien orientado paso adelante en la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas sobre la base de instituciones ya creadas con una experiencia acreditada en lo tocante a garantizar su independencia y trabajar de manera convergente entre todas, otorgando al sistema la muy necesaria uniformidad que requiere la materia al objeto de evitar, como ya se dijo al citar la doctrina generada en el desempeño de la función consultiva, situaciones de confusión o incerteza jurídica por la posible dispersión de criterios⁴⁶.

- La mayor proximidad permite una resolución más ágil de los conflictos generados en materia de contratos.

- De forma concluyente, se trata de la solución más económica, pues las nuevas competencias en la materia no requieren incremento presupuestario por cuanto, ni se altera la organización administrativa del Consejo, ni las funciones desempeñadas por los miembros del Consejo Consultivo como Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales son retribuidas.

A la vista de todo lo expuesto parece razonable aprovechar lo que ya se tiene y no abandonarlo sin más como un juguete roto que realmente no lo está.

b) Ordenación de la “Torre de Babel” en materia de nueva gobernanza.

El fenómeno legislativo desarrollado en los últimos años relacionado con la creación de espacios de buena administración, transparencia y buen gobierno como

44 Artículo 62 de la *Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras*.

45 Disposición Final Segunda de la *Ley 13/2015 de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura*.

46 Preocupación siempre inherente al desarrollo del Estado Autonomo y que la realidad a veces nos muestra como una auténtica mácula de nuestra organización administrativa descentralizada territorialmente. Entendemos que no es el caso de los Consejos Consultivos y su doctrina que, como ya hemos dicho, pueden ser muestra ejemplar de trabajo convergente en orden a evitar la dispersión de criterios. Pero igualmente se comprende, a la vista de algunas situaciones de auténtica extravagancia jurídica, la lógica preocupación que un modelo descentralizado de resolución de recursos contractuales puede llegar a generar. Sobre este tema resulta de cita obligada el muy brillante trabajo de SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: «*El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales*». Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, nº32, junio de 2015.

elementos configuradores de lo que, como concepto síntesis, podríamos identificar como nueva gobernanza, ha tenido como resultado la creación o, más bien redefinición, de una destacada pluralidad de derechos que los ciudadanos han incorporado a su haz jurídico.

No vamos a entrar en la discusión sobre la novedad de estos derechos o, por ejemplo, si lo que ahora hemos identificado como buena administración siempre ha estado en la esencia de lo que tiene que ser el actuar de los poderes públicos y, por supuesto, específicamente, las Administraciones Públicas. El hecho cierto es que los sistemas tradicionales de autocontrol y garantía se ven desbordados por los esos nuevos paradigmas de nuestro sistema democrático y de derecho que han sido formalizados jurídicamente. Es más, la producción normativa ha sido tan elevada y a la vez tan marcada por el efecto multiplicador de la descentralización territorial que bien podemos estar hablando de una situación babélica donde el ciudadano, que ha de ser el principal beneficiado pero a la vez el principal actor en la exigencia de un espacio de nueva gobernanza, puede encontrarse algo confuso al apreciar una realidad jurídica compleja en la que muchos hablan de lo mismo, sin entender muy bien cómo se concretan y, sobre todo, cómo se garantizan esos planteamientos de nueva gobernanza que redundarán en la mayor legitimación del actuar público a través de la credibilidad de los ciudadanos.

La aportación de los Consejos Consultivos ante este escenario puede observarse desde una doble dimensión.

En primer lugar, a través del propio sentido y objeto de la función consultiva, ofreciendo su juicio y estableciendo criterios en relación a los nuevos paradigmas del actuar público. Contribución jurídica que se incorpora de manera natural a su labor diaria pues a ello dedica buena parte de la labor expresada en sus dictámenes. En este sentido, tomando como referencia el derecho/deber de buena administración cuyo contenido esencial se verifica a través de las formalidades de la actuación administrativa que aseguren procedimientos administrativos rigurosos y con garantías (cumplimiento de plazos, notificación de resoluciones correcta sustanciación de trámites procedimentales especialmente aquellos que suponen una participación de los ciudadanos, motivación etc)⁴⁷ es, recordemos, una de las áreas de particular atención en la sistemática de trabajo que desarrolla la función consultiva.

Y no es esta una cuestión baladí, la correcta e imparcial tramitación de los procedimientos administrativos desarrollados en el plazo establecido es equiparable en estos momentos al fundamental principio del debido proceso en el ámbito penal. Procedimientos que, ascendidos por esos nuevos paradigmas del actuar público, se

⁴⁷ Así lo afirma SÁNCHEZ BLANCO que aprecia en el procedimiento administrativo el paradigma de la buena administración.

SÁNCHEZ BLANCO, A.: «*El derecho a una buena administración. Control de desviaciones y concreción procedimental*». En la obra colectiva, «Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno». Editorial Iustel. Madrid, 2911.

han ido acomodando a reglas cada vez más complejas que requieren para su verificación y, en su caso, interpretación, la asistencia de órganos consultivos externos a la Administración actuante.

En segundo lugar, de forma más innovadora, la ya conocida posición institucional de los Consejos Consultivos con su notas caracterizadoras de independencia y cualificación técnica, los configura de manera idónea para asumir las funciones de control que algunas normas atribuyen a órganos específicos, aún pendientes de creación, cuya finalidad es garantizar los nuevos derechos y correlativas obligaciones en materia de transparencia y buen gobierno.

Podemos reproducir en este caso, los argumentos ya expuestos en el epígrafe anterior en lo tocante al aprovechamiento de estructuras institucionales ya creadas que colman estas nuevas necesidades y los espacios vacíos de garantía y control que ahora existen.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Recordando las explicaciones de un notable Profesor de Derecho Civil en Salamanca, viene a mi memoria el viejo principio jurídico que afirma «los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen». Generalizando ese principio podemos afirmar que «las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen».

Los Consejos Consultivos son lo que son y no lo que algunos dicen, esa puede ser la frase con la que concluir este trabajo que, tratando de aportar algunas consideraciones que ayudan al “ser lo que son”, rezuma una cierta dosis de indignación por lo que está sucediendo pero, sobre todo, una gran tristeza por lo que puede suceder si la tormenta política generada desbarata el sistema que tanto ha ayudado y podría ayudar a consolidar y mejorar nuestro Estado de Derecho en beneficio de todos.

Qué pena que la madurez cívica de nuestra sociedad no alcance para distinguir lo necesario de lo contingente y que, en este contexto, las ideas no se puedan combatir con mejores ideas. Deberíamos estar situarnos en un debate de perfiles esencialmente técnicos pero, sobre todo, alejado de subjetivismos de caracterización más fundamentalista que no parece reconocer lo que realmente supone hablar de democrática y de derecho.

Recordando a ZAMBRANA, «*la política es ante todo una actividad compleja que tiende a la conciliación de intereses, una actividad siempre amenazada por las alianzas que el afán de poder y de supervivencia realiza...⁴⁸*». No parece que sea la conciliación la que se descubre tras el debate sobre los Consejos Consultivos pero sí,

⁴⁸ ZAMBRANA, J.: «*El ciudadano conforme. Mística para la globalización*». Edit. Taurus. Madrid, 2006, pág. 199.

lamentablemente, el afán de poder y supervivencia. Y ello, con la espuria motivación de los ciudadanos y la innecesidad de los órganos consultivos, haciendo creer a aquellos, los auténticos receptores de la labor de los Consejos, que todo es dispositivo, que no hay nada esencial en la estructura del Estado, y que, además, es en su beneficio.

Todo es opinable e interpretable, habrá quien aprecie más o menos la contribución de los Consejos Consultivos al Estado de Derecho y a la gobernabilidad de las instituciones, pero lo que es incuestionable es su esforzado trabajo a favor del Estado de Derecho y por tanto de los ciudadanos, reflejado en decenas de miles de dictámenes que nos muestran cómo son realmente los Consejos Consultivos y no cómo se intenta que parezcan ser y así, poder justificar una supresión injustificable. Supresión que el tiempo no tardará en valorar adjetivando a sus impulsores.

Pese a todo, mantenemos intacta nuestra esperanza en el Estado de Derecho y que su funcionamiento reconduzca las cosas a los límites que no deberían haberse superado.

RESUMEN

La existencia de un Estado de Derecho supone, entre otros elementos, la existencia de una serie de instituciones que velen por garantizar sus elementos. Instituciones que en el desempeño de sus funciones contribuyen a fortalecer el Estado de Derecho y, por tanto, la democracia. Esta labor se concreta, entre otras, través de la función consultiva.

El debate generado sobre los Consejos Consultivos y su posible eliminación además de resultar interesado y desenfocado, tiene como principal efecto generar una gran fragilidad al Estado de Derecho en perjuicio de los ciudadanos y la garantía a sus derechos. Por otro lado, se desconoce el valor de estos órganos para asumir los nuevos retos que plantea el nuevo sistema de gobernanza pública.

Debemos plantear un debate equilibrado, objetivo, intelectualmente solvente y con mirada a largo plazo que tenga como resultado fortalecer el Estado de Derecho no debilitarlo.

PALABRAS CLAVE: Administración – Ciudadanos – Control – Democracia – Derecho – Gobernanza – Legalidad.

ABSTRACT

The existence of a rule of law means, among other things, the existence of a number of institutions to ensure secure its elements. Institutions in the performance of their functions help to strengthen the rule of law and therefore democracy. This work goes through, inter alia through the consultative function.

The debate generated on the Advisory Councils and the possible elimination as well as being interested and unfocused, its main effect generate a very fragile rule of law to the detriment of citizens and ensuring their rights. On the other hand, the value of these organs is unknown to face the new challenges posed by the new system of public governance.

We present a balanced discussion intellectually solvent, objective, and long-term perspective that results in strengthening the rule of law, not weaken it.

KEYWORDS: Administration – Citizens – Control – Democracy – Law – Governance – Legality.

LA CONTRIBUCIÓN DE ANDALUCÍA A LA RECONFIGURACIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO

Juan Cano Bueso
*Presidente del Consejo
Consultivo de Andalucía*

Sumario:

- I. LA CONSTITUCIÓN COMO PUNTO DE ENCUENTRO DE RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS: LA CUESTIÓN TERRITORIAL.
- II. LA RUPTURA DESDE ANDALUCÍA DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE AUTOGOBIERNO: EL ACTO «RECONSTITUYENTE» DEL 28 DE FEBRERO DE 1980. ANTECEDENTES Y DESARROLLO.
- III. LOS SÍNTOMAS DE AGOTAMIENTO DEL ESTADO AUTONÓMICO Y LA APROBACIÓN DE UN NUEVO ESTATUTO PARA ANDALUCÍA.
 1. La modernización en materia de derechos.
 2. La relectura en clave de igualdad de género.
 3. La modernización ecológica.
 4. Las garantías de los derechos de información y comunicación.
 5. La modernización territorial.
 6. La potenciación de las relaciones institucionales.
- IV. EPÍLOGO: LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN INSPIRAR UNA FUTURA REFORMA CONSTITUCIONAL.

I. LA CONSTITUCIÓN COMO PUNTO DE ENCUENTRO DE RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS: LA CUESTIÓN TERRITORIAL.

En diciembre de 1976 se va a producir un acontecimiento importante para la reciente historia española: el referéndum de aprobación de la Ley para la Reforma Política. Un texto breve pero decisivo para, supuestamente caminando «de la ley a la ley», proceder a cambiar la legitimidad del sistema político español. Se posibilitaba, así, la apertura de un proceso constituyente que, a través de un gran acuerdo político, incorporaba a España al constitucionalismo de matriz social surgido tras la Segunda Guerra Mundial. Los hechos que sucedieron a continuación son sobradamente cono-

cidos: el proceso de reforma política iniciará la transición de la dictadura a la democracia, supondrá la demolición del andamiaje institucional franquista y conducirá a la convocatoria de las elecciones democráticas de 15 de junio de 1977, que, a la postre, alumbrarían unas Cortes Constituyentes que mediante el método del *consenso* aprobarán una Constitución democrática: la Constitución española de 1978.

También se ha escrito que la nueva Constitución debía resolver los grandes problemas históricos de la sociedad española, algunos de ellos endémicos, que habían arruinado durante los últimos dos siglos la convivencia pacífica entre los españoles. Con la vista puesta en la desafortunada experiencia de nuestro constitucionalismo histórico, era evidente que la Constitución no podía ser fruto del triunfo de un bloque de españoles contra otro. La inestabilidad constitucional de nuestro pasado siglo XIX y primer tercio del XX tenía que finalizar. Si de verdad se quería dejar atrás el franquismo, sólo se podía caminar por la senda de la reconciliación nacional entre todos los españoles. Por ello, la norma suprema que las Cortes tenían que aprobar y el pueblo español ratificar, debía constituir un Estado social y democrático de Derecho homologable e incardinado en el constitucionalismo social más avanzado de Europa. La experiencia del siglo XIX debía ser irrepetible si no se querían frustrar las ansias de convivencia en paz de los españoles.

Algunos de estos problemas endémicos los había amortiguado el desarrollo económico y social que, al margen del estancamiento político, había propiciado la última etapa del desarrollismo franquista. Era obvio, entonces, que la Constitución debía resolver la desigualdad social mediante un adecuado equilibrio entre la economía social de mercado y la incorporación de los derechos económicos y sociales de los trabajadores existentes en las *supremas normas* propias del constitucionalismo social. Se daba, también, por sentado que la tradicional alianza de la Iglesia Católica con la clase dominante y su implicación en los asuntos públicos debía ceder en beneficio de una separación entre iglesias y Estado, al menos una aconfesionalidad a modo de laicidad menguada, que modernizara la relación entre los asuntos de gobierno y el mundo de las creencias personales. En tercer lugar, el espinoso asunto de la forma de gobierno casi venía resuelto por las circunstancias: Si el Rey, junto al pueblo español, eran los motores del cambio político, el accidentalismo llamaba a que lo importante en aquel momento era reconducir el estatus del titular de la Corona y sustraer los poderes al Rey como forma de organizar una monarquía parlamentaria. Quedaba, en fin, acaso, el más endémico de los problemas pendientes: el concerniente a la forma de organización territorial del Estado.

Esta formidable y secular cuestión era la de más compleja solución porque en España hablar de la constitución territorial del Estado equivale a suscitar de inmediato la emergencia de *las dos Españas* de las que hablara Antonio Machado. Aunque aparentemente deflactada por la urgencia de conquistar la libertad, en aquellos lugares donde había existido conflicto territorial histórico aparecía de súbito ligada a las urgencias reivindicativas. «Libertad, amnistía y Estatut de autonomía» era el cartel de época que presidía las manifestaciones ciudadanas en Cataluña y otro tanto sucedía en el País Vasco y, en menor medida, en otros territorios del Estado. Se corría el

riesgo de que el debate territorial reflotara el *patrioterismo*, el *esencialismo* y exacerbara los nacionalismos, de un signo o de otro, todo ello bajo la atenta mirada del llamado *estamento militar* que día tras día amenazaba con su intervención para *reconducir* la situación al ver amenazada la «sagrada unidad de España».

En definitiva, la unidad estatal y su articulación territorial constituían el debate más difícil de solventar, porque enseguida introducía elementos emocionales e irracionales que entorpecían el consenso constitucional sobre tan importante materia. La imposibilidad de acordar un modelo preciso propició que la Constitución, en su título preliminar, estableciese dos contundentes declaraciones: el artículo 2 que consagra «la indisoluble unidad de la Nación Española», desde el respeto al derecho a la autonomía de los diferentes territorios y la solidaridad entre ellos, y el artículo 1.2 que establece, sin ambages, que «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». A partir de ahí, en el título octavo de la Constitución se despliega la «Organización territorial del Estado», empezando por la Administración Local y siguiendo por las Comunidades Autónomas, distinguiendo entre *nacionalidades* y *regiones*, estableciendo a quién corresponde el ejercicio del derecho a la autonomía, cuáles son las vías de acceso distintas para su consecución, qué son y cómo se aprueban los Estatutos de Autonomía y sobre qué materias pueden asumir competencias, dependiendo de la vía elegida; finalmente, se establecen las bases de su sistema de financiación. A pesar de ello, al aprobarse la Constitución, algunos autores hablaron ya de que se había producido una auténtica desconstitucionalización de la cuestión territorial¹.

Sobre esta última cuestión pueden expresarse algunas dudas razonables. Para decirlo con brevedad, más bien creo que la Constitución propicia la territorialización del Estado con fundamento en el principio dispositivo, contiene un modelo asimétrico distinguiendo entre *nacionalidades* políticas (las que en su día plebiscitaron un Estatuto) y *regiones* administrativas (el resto) y que según la cualidad a la que pertenezca el territorio puede disponer de un determinado nivel de competencias y de un concreto aparato institucional. Todo ello sin olvidar el Concierto económico vasco y el Convenio navarro que llevan la asimetría a los límites de la confederación. Otro problema distinto ha sido las dificultades para cerrar el modelo que ha permanecido permanentemente abierto a través de la Disposición Adicional 1ª para el País Vasco y a través del art. 150.2 para todos los demás territorios.

II. LA RUPTURA DESDE ANDALUCÍA DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE AUTOGOBIERNO: EL ACTO «RECONSTITUYENTE» DEL 28 DE FEBRERO DE 1980. ANTECEDENTES Y DESARROLLO.

No fue Andalucía un territorio que plantease especiales reivindicaciones ni tensiones en el momento político inicial de la transición. O al menos éstas no

¹ CRUZ VILLALÓN, P.: «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa». En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. nº 4. 1982.

eran, en principio, demasiado visibles ni el constituyente las tuvo en cuenta a la hora de intentar dar una respuesta desde la Constitución a los problemas territoriales periféricos. Y ello a pesar de que algunas veledades regionalistas se habían puesto ya de manifiesto a finales del siglo XIX y principios del XX en ciertos ambientes pequeño burgueses influidos por el krausismo, el regeneracionismo y el federalismo. Parte de esta moderada agitación quedará después plasmada en algunos documentos y en la publicación de *El ideal andaluz* por Blas Infante en 1915. Esta obra política, que pretendía «dirigir espiritualmente al pueblo andaluz...defendiendo su personalidad, despertando su patriotismo que es decir tanto como dignidad²», tuvo en realidad muy poca difusión y escasa influencia política en su época.

Los orígenes intelectuales del discurso andalucista dominante hay que buscarlos, fundamentalmente, en los aledaños del regeneracionismo. Como ha escrito GONZÁLEZ DE MOLINA, M., «la visión histórica que el andalucismo político y cultural tuvo de Andalucía fue un visión esencialmente pesimista que explica en buena medida su irredentismo y la orientación izquierdista de sus propuestas programáticas³». Se trató de un movimiento simultáneo a la reafirmación de las identidades del resto de las llamadas *nacionalidades históricas* del Estado español, pero de mucha menor dimensión, acaso porque las élites impulsoras en Andalucía eran mucho más débiles que las catalanas o vascas. Una reivindicación en todo caso minoritaria en los albores de la II República, apenas un *sentimiento regionalista* que derivará después hacia una *conciencia regional* con fundamento en las desigualdades económicas y sociales que padecía Andalucía. CAZORLA, J. lo expresa perfectamente cuando explica el tránsito de la «conciencia de decadencia» a la «conciencia de desigualdad», que a partir de los años sesenta del pasado siglo prendió con facilidad entre la clase trabajadora andaluza. «Se ha pasado así —escribía CAZORLA— de una pasiva aceptación de una estructura inmóvil...a un planteamiento que, desde la conciencia de desigualdad, reivindica el derecho a la igualdad. Ese es el fundamento de la creciente conciencia regional andaluza de hoy...⁴».

Volviendo a los orígenes de este movimiento en Andalucía hay que destacar que la fundación por Blas Infante del *Centro Andaluz de Sevilla* propició el *I Congreso Andaluz de Ronda* en 1918 y la *Asamblea de Córdoba* en 1919. Como ha escrito RUIZ ROBLEDO, en el primero se reivindicó la autonomía y se aprobaron los símbolos de Andalucía (bandera, himno y escudo) y en el segundo se postuló un proyecto de reforma agraria. El *Manifiesto de los regionalistas*, redactado en Córdoba, en opinión de los expertos en andalucismo, supondrá el tránsito del regionalismo al

² Vid. LACOMBA, J.A.: «*Blas Infante. La forja de un ideal andaluz*». Ed. Fundación Blas Infante. Sevilla. 1983. pág. 54.

³ GONZÁLEZ DE MOLINA, M., «Argumentos para la renovación del discurso sobre la identidad política y cultural de Andalucía». En *Identidad Política y Cultural en S. XXI. Nuevos discursos para Andalucía*. S. Cruz Artacho y A. Valencia Sáiz (coord.). Centro de Estudios Andalucía, Sevilla, 2014, pág. 85.

⁴ CAZORLA, J., Prólogo a J.A. Lacomba. «*Cuatro textos políticos andaluces (1883-1933)*». Instituto de Desarrollo Regional. Granada, 1979, pág. XXIII-XXIV.

nacionalismo al definir a Andalucía como una *nacionalidad* «a la cual deberá otorgársele una soberanía igual en la intensidad a la solicitada por la Mancomunidad catalana...». La elaboración teórica de la Asamblea y del Manifiesto se resumía en la consideración de Andalucía como *realidad nacional* compatible con la pertenencia a una España, federalista y pactista, que postulaba la constitución de «los Estados Unidos de España».

Tras la Dictadura de Primo de Rivera surgió la *Junta Liberalista de Andalucía*, con un sesgo doctrinal fuertemente reivindicativo de *liberación, anticolonizador y antilatifundista*. En ella se encomendaba a los representantes de las Provincias la redacción de un Estatuto de Autonomía. Una vez proclamada la II República e impulsada por la Asamblea de Diputaciones, una Comisión procederá a redactar unas *Bases* (más bien un proyecto de mancomunidad) que serán aprobadas en febrero de 1932. Para debatir estas *Bases* se convocó, el 29 de enero de 1933, la *Asamblea de Córdoba* integrada por diputaciones, ayuntamientos y partidos políticos. La celebración de este cónclave puso de manifiesto el gran clima de división existente entre las distintas representaciones. A partir de la victoria del Frente Popular en las elecciones de febrero de 1936, se reactivó el proceso y cobraron nueva difusión las mencionadas *Bases*, a fin de que fuesen conocidas y valoradas por instituciones y partidos de cara a la futura redacción del Estatuto de Andalucía.

El estallido de la Guerra Civil, el fusilamiento de Blas Infante y la propia debilidad del movimiento andalucista impidieron la aprobación del Estatuto. En opinión de LACOMBA⁶ son varias las razones que contribuyeron a ello. Entre otras, la inexistencia de partidos políticos burgueses de corte andalucista que hubieran debido impulsar el proceso; también la oposición a la autonomía de los dirigentes en Andalucía de la partidos centralistas, la radicalización del proletariado y el desinterés de las representaciones socio-económicas andaluzas. La inexistencia de una pequeña burguesía hegemónica en la estructura de clases (al contrario de lo que sucedió en el País Vasco y Cataluña) impidió la creación de una *conciencia andaluza*, lo que propició que se pusiera el acento en la autonomía municipal y en el pactismo pimargalliano más que en la creación de una *conciencia nacional*. En definitiva, mientras que en el primer tercio del siglo XX los demás nacionalismos emergentes perfilaban su reivindicación en clave de la autonomía de la nacionalidad (catalanes y gallegos) o en postular el retorno a sus tradicionales instituciones de autogobierno (vascos), el andalucismo se seguía manteniendo en la construcción federal pactista de Pi i Margall, aunque ahora las partes que se federaban de abajo a arriba no fuesen ya los municipios sino las propias provincias.

⁵ Seguimos en estos antecedentes, fundamentalmente, la obra RUIZ ROBLEDO, A., *Comunidad Autónoma de Andalucía*. Publicaciones del Parlamento de Andalucía. Sevilla. 1988, págs. 18 y ss.

⁶ LACOMBA, J.A.: «El anteproyecto de Bases para el Estatuto de Andalucía. Cuestiones previas y problemas generales». En *AA.VV. Andalucía hoy. (Actas del I Congreso de Historia de Andalucía)*. Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba. 1079, pág. 182.

Se llegó, así, a la redacción del *Anteproyecto de Bases para el Estatuto de Autonomía* de 1933, texto que no respondía ni a lo aprobado por las diputaciones el año anterior ni a la influencia liberalista, sino más bien siguió la senda del Estatuto de Cataluña de 1932 con dos diferencias: la potenciación de la autonomía municipal y la previsión de que dentro del territorio andaluz pudiesen crearse nuevas regiones autónomas. Según las citadas *Bases*, Andalucía se organizaba políticamente en *Cabildo Regional*, a través de un Presidente elegido por sufragio universal, un Consejo Legislativo y otro Ejecutivo integrado por una Junta con un Presidente a su cabeza nombrado por el Presidente regional y sujeto a la confianza del Consejo Legislativo. Además se preveía un Poder Judicial propio. Frente al parlamentarismo que inspiraba el Estatuto catalán, Andalucía optaba por el Presidencialismo atenuado, Presidencia que ostentaba la representación del pueblo andaluz y la ordinaria del Estado en la Región. En cuanto a la atribución de competencias se seguía el *modelo catalán* que las articulaba en un sistema de listas. El texto acogía, en fin, una prolija regulación de la Hacienda propia.

Mítad por la lentitud de los trámites y también por la escasa fuerza política de los proponentes, unido a la rebelión militar contra la República y la subsiguiente Guerra Civil, el hecho cierto es que el Proyecto de Estatuto no pudo recorrer ninguno de los pasos previstos en el artículo 12 de la Constitución republicana de 1931 para su aprobación. Sin embargo, la tarea estaba empezada y el sacrificio y la ilusión de tantos luchadores por la causa constituiría una valiosa siembra que, con otros modos y desde distintos presupuestos, rebrotaría con mucha más fuerza tras la larga noche del franquismo.

Abierta la transición política, el imaginario colectivo asoció la lucha por la democracia con la descentralización política. Y este sinalagma perfecto soportó el discurso político de la mayoría de los partidos y fuerzas sindicales y asociativas. Como ha puesto de manifiesto GONZÁLEZ DE MOLINA, M., los referentes últimos de los debates seguían siendo los mismos que habían tenido lugar en la II República y estas mismas cuestiones alimentaron el discurso del andalucismo político, «un discurso basado en la conciencia de atraso económico y social y en las perspectivas que la democracia y la consiguiente reconfiguración territorial del Estado ofrecían para superarlo. Esta conciencia de atraso hundía sus orígenes en los años finales del siglo XIX y la depresión económica y política que significó el franquismo no hizo sino reforzarla⁷».

Y así, cuando España se disponía a salir del largo túnel del franquismo, empezaron a multiplicarse las iniciativas políticas para la implantación del autogobierno. Ya en los estertores de la Dictadura, en noviembre de 1973, se hará público el *Manifiesto fundacional de Alianza Socialista de Andalucía*, un documento de resistencia frente al Régimen y a la vez una propuesta sobre la base de un *regiona-*

7 GONZÁLEZ DE MOLINA, M., «Argumentos para la renovación del discurso sobre la identidad política y cultural de Andalucía». Op. Cit. pág. 86.

lismo solidario que postulaba en democracia «la ordenación colectiva de la economía». Esta misma asociación propondrá en mayo de 1976 la aprobación de un *Ante-proyecto de Estatuto de Autonomía de Andalucía* como «documento de trabajo para las organizaciones de la oposición democrática existentes en la región». Estaba compuesto de un preámbulo, 47 artículos y varias disposiciones. Aunque más breve en su redacción, disponía una estructura de competencias y órganos de gobierno bastante parecida a la que se aprobaría cuatro años después.

Por otra parte, el 10 de marzo de 1976, se constituyó en la Diputación de Córdoba la *Comisión promotora del Ente Regional para Andalucía*. A la sesión asistieron los presidentes de las diputaciones, diputados provinciales y algunos invitados como CLAVERO ARÉVALO, quien al dirigirse a los asistentes expuso que «el tema de la región, no sólo fue contemplado por el Caudillo en su testamento, sino por el Rey en su mensaje y por el Gobierno en su primer programa, estando ya contemplada la posible creación de Entes regionales en el número 6 de la base primera de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local⁸». En realidad, se trataba de un documento de personalidades mayoritariamente leales al Régimen, preocupadas por el subdesarrollo andaluz, y en el que denunciaban los incumplimientos de las inversiones en Andalucía de los distintos Planes de Desarrollo, a la vez que proponían la presentación de mociones en las distintas diputaciones para la creación de este Ente Regional a modo de Mancomunidad de Diputaciones.

En efecto, poco tiempo después, el 28 de diciembre de 1976, se presentaría para su aprobación el *Proyecto de Bases Estatutarias de la Mancomunidad Interprovincial de Andalucía*. En su Introducción, el documento de *Bases* reconocía que «una Mancomunidad no es una Región, pero puede constituir cauce eficaz para llevar a cabo intensas actividades regionales e incluso ser paso previo de un órgano regional». El *Estatuto de la Mancomunidad de Andalucía* fue ratificado por los ocho plenos de las Corporaciones Provinciales. Por cierto, que en la sesión celebrada en Jaén, el 23 de febrero de 1977, se aprobaría la adopción de la bandera verde, blanca y verde como enseña regional de Andalucía, bandera «que representa la unidad de todos los andaluces... (pero que) ... jamás podrá suponer el desplazamiento de la enseña roja y gualda, símbolo indiscutible de la unidad nacional. Por consiguiente, al adoptar tal acuerdo entendemos que básicamente dicha bandera no podrá representar nunca ningún tipo de separatismo sino, antes al contrario, la sola representación de una parte del todo nacional⁹». El 20 de marzo de 1977, el Director General de Administración Local, mediante carta remitida al Presidente de la de Córdoba, rechazó la constitución de la Mancomunidad de Diputaciones por no ser conforme con la legislación vigente de Régimen Local¹⁰.

8 Acta de la reunión celebrada para constituir la Comisión Promotora del Ente Regional para Andalucía. En *«La formación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus documentos»*. Edición y Estudio Preliminar a cargo de A. Ruiz Robledo. Secretaría General del Parlamento de Andalucía. Sevilla. 2003, pág. 17.

9 Acta de la séptima reunión de la Promotora del Ente Regional Andaluz. En *«La formación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus documentos»*. Op. Cit. págs. 75-76.

10 *«La formación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus documentos»*. Op. Cit. pág. 79.

Una vez iniciada la transición, la aprobación de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, según ya se ha señalado, modificó radicalmente la legitimación del sistema político y propició la convocatoria de unas elecciones a Cortes materialmente constituyentes. En aquella campaña electoral la cuestión autonómica ocupó ya un destacado lugar en los programas electorales de las fuerzas políticas que concurrieron a los comicios. Celebradas las elecciones generales el 15 de junio de 1977, los 91 diputados y senadores elegidos en Andalucía se reunieron en Antequera el 5 de julio siguiente y aprobaron una primera Declaración a favor de la autonomía para Andalucía. En ella, se denunciaba el subdesarrollo de la Región, sus causas y efectos, y se convocaba para el 27 de agosto en Málaga «a todos los parlamentarios de las ocho provincias andaluzas, a una reunión cuyo único punto del orden del día será el estatuto de autonomía para la región¹¹».

En efecto, el 27 de agosto tuvo lugar en Torremolinos (Málaga) la mencionada reunión para «luchar por conseguir que en la nueva Constitución que aprobarán las actuales Cortes se establezca que la soberanía de España, en cuanto Estado, es compatible con la autonomía de los distintos pueblos y regiones que la integran... todo ello sobre la base del respeto absoluto al principio de solidaridad interterritorial...y la máxima igualdad posible entre los distintos pueblos y regiones de España». De esta manera, se acordó por unanimidad de los presentes luchar por la consecución de un Estatuto de Autonomía como herramienta para el desarrollo político, económico y social de la región¹².

Un paso más importante se dará en Sevilla el 12 de octubre de 1977, donde se va a producir el proceso de institucionalización de la Asamblea de Parlamentarios de Andalucía y la creación de una Comisión Permanente compuesta por 18 miembros (7 PSOE, 7 UCD, 2 Grupo de Socialistas y Progresistas Independientes y 2 del PCE). Entre los miembros del PSOE figuraban Alfonso Guerra y Rafael Escuredo, que tanta transcendencia tendrían después en el desarrollo del Estado Autonómico, en general, y en la aprobación del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en particular. La intención de esta Asamblea no era otra que estudiar el Anteproyecto de Estatuto, gestionar y acordar el régimen provisional preautonómico con el Gobierno y conseguir la autonomía para Andalucía, a cuyos efectos se convocó a todos los andaluces a manifestarse el 4 de diciembre en todas las capitales de provincia.

Tras la sugerencia efectuada por la Asamblea de Parlamentarios, el acuerdo fue suscrito por siete partidos políticos (PSOE, UCD, PCE, PSA, Izquierda Democrática (ID), Partido del Trabajo (PTE) y Organización Revolucionaria de Trabajadores (ORT)). Todos coincidieron en que la manifestación debía caracterizarse por su espíritu unitario y limitarse a expresar un contenido exclusivamente autonómico. Casi un millón y medio de andaluces acudieron a la cita, que tuvo un desenlace particularmente violento en Málaga con la muerte del trabajador Manuel García Capa-

11 «La formación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus documentos». Op. Cit. págs. 83-84.

12 «La formación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus documentos». Op. Cit. págs. 87-88.

rros. La *conciencia andaluza* había sido puesta de manifiesto con esta gran movilización cuyo caldo de cultivo se encontraba en la lucha contra la desigualdad y el atraso secular que aquejaba a Andalucía en relación con otros territorios de España. No era, pues, el eje centro-periferia el motor de aquella lucha ni la diferenciación etnista frente a los demás pueblos de España, sino la denuncia de la marginación y la aspiración a la igualdad entre todos los territorios del Estado.

El mismo 12 de octubre la Asamblea de Parlamentarios de Andalucía estudió «en profundidad la propuesta formulada por los parlamentarios de Ceuta y Melilla de integrarse en aquella Asamblea, por estimarse por ellos el indiscutible carácter andaluz de sus poblaciones». A tal fin se establecía que la Comisión Permanente podrá invitar «a dos parlamentarios, uno de Ceuta y otro de Melilla, a fin de exponer la situación de los trabajos del Proyecto de Estatuto y recibir información sobre el estado de los trabajos de proyecto de los respectivos regímenes especiales de Ceuta y Melilla. En su momento, y cuando estén terminados ambos proyectos, se estudiará por esta Asamblea la articulación de ambos regímenes especiales, previo acuerdo, en su caso, entre la Comisión Permanente de esta Asamblea y los parlamentarios de Ceuta y Melilla. En todo caso, los trabajos a que se refiere este consenso deberán ajustarse a lo que se disponga en la Constitución y sea de aplicación a este supuesto¹³».

El 20 de octubre de 1977, la Comisión Permanente de la Asamblea de Parlamentarios acuerda nombrar dos Ponencias: una para preparar el borrador de Estatuto de Autonomía y otra para redactar las Bases del Régimen Provisional Autonómico. A propuesta del diputado Rafael Escuredo se acordó «la formación de una Ponencia de cuatro personas bajo el principio de representatividad de cada grupo». La Ponencia quedó integrada por los parlamentarios Jiménez Blanco, Navarro Esteban, Soto Martín y Vida Soria, concediéndole un plazo de hasta el 15 de diciembre próximo para que presente un borrador de Estatuto de Autonomía. A continuación, se pasó a examinar los fundamentos del Régimen Provisional Preautonómico que, en opinión de Escuredo, debían de contar con suficientes recursos administrativos y económicos. Se acordó, en fin, nombrar una Ponencia de estudio integrada por los parlamentarios Escuredo Rodríguez, Gallego Bezares, Huelín Vallejo y Navarro Esteban, fijando el 4 de noviembre para presentar a la Comisión un borrador de proyecto. El último punto del orden del día estuvo destinado a acordar una «movilización de masas para organizar una gran manifestación preautonómica en Andalucía», que se celebró el 4 de diciembre y a la que nos hemos referido más arriba¹⁴.

Para octubre de 1977 se encontraba ya redactado el *Borrador Provisional de Bases de un Estatuto de Autonomía de Andalucía*. Integrado por 18 amplios artículos, establecía una extraña Asamblea compuesta por todos los diputados y senadores elegidos en la Región para las Cortes del Estado, los presidentes de las diputaciones provinciales, los alcaldes de las capitales de provincia más ocho per-

¹³ «La formación de la Comunidad de Andalucía en sus documentos» Op. Cit. pág. 95.

¹⁴ «La formación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus documentos». Op. cit. págs. 100-102.

sonas elegidas por los alcaldes de cada provincia, excluido el de la capital. También se disponía que «la Región andaluza no tendrá capital fija» y que lo sería con carácter simbólico la ciudad donde residiera el Presidente del Consejo Ejecutivo. Para Ceuta y Melilla se establecía que «se organizarán en régimen autónomo especial, que, sin perjuicio de su relación directa con el Poder central del Estado, en cuanto resulte de aquel régimen o de la Constitución, se articulará en un solo cuerpo legal con este Estatuto, del que aquel régimen especial formará parte integrante». Posteriormente, en una corrección de errores al comunicado conjunto, distribuido por la UCD, se matizaba que «el régimen especial de Ceuta y Melilla será redactado conjuntamente por los parlamentarios de ambas ciudades. La Comisión Permanente y los parlamentarios de Ceuta y Melilla se reunirán periódicamente para informarse recíprocamente sobre la situación de los trabajos del proyecto de Estatuto de las provincias peninsulares y del proyecto de régimen especial de Ceuta y Melilla». Por su parte, y para el otro territorio no integrado en la estructura provincial, se preveía que «una vez reintegrado el territorio de Gibraltar a la soberanía de España, se incorporará a este Estatuto, como parte integrante del mismo, el régimen especial, en su caso, de su población¹⁵».

Así las cosas, el 4 de noviembre, en la ciudad de Jaén, la Comisión Permanente de la Asamblea de Parlamentarios aprobó por consenso un Proyecto de Régimen Provisional de Autonomía de Andalucía. En él se estipulaban como funciones del Consejo Regional, entre otras, «estimular la conciencia andaluza y coordinar los esfuerzos para el establecimiento, dentro del marco previsto por la futura Constitución del Estado, del definitivo régimen autonómico de Andalucía» (art. 10º.1). Los acuerdos de la Comisión Permanente fueron sometidos a la Asamblea de Parlamentarios en la reunión celebrada en Granada el 19 de noviembre de 1977, donde quedó ratificado y aprobado el Proyecto de Régimen Provisional de Autonomía, «considerándolo como marco de negociación con el Gobierno» y delegando en la Ponencia dicha negociación¹⁶. Por estas fechas, también, distintas fuerzas políticas de la izquierda hicieron público su Proyecto de Estatuto de Autonomía (Movimiento Comunista de Andalucía, Partido Comunista de España, Partido del Trabajo de España, Movimiento Socialista Andaluz y Partido Socialista Obrero Español)¹⁷.

Continuando con el sistema itinerante de las reuniones preparatorias, el 7 de diciembre en Huelva, Rafael Escuredo, en nombre de la Ponencia, informa a la Comisión Permanente de la Asamblea de Parlamentarios sobre el estado de la negociación con el Gobierno del Régimen Preautonómico, procediéndose en Granada el 7 de enero de 1978 a debatir el borrador de Decreto-Ley que la comisión negociadora había elaborado sobre dicho Régimen Provisional. Igualmente, se acordó solicitar de la Asamblea de Parlamentarios la delegación de la facultad para alcanzar un consenso para la elección del Presidente de la Junta.

15 «La formación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus documentos». Op. Cit. págs. 105 a 118.

16 «La formación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus documentos». Op. Cit. págs. 136-137.

17 Los respectivos textos están recogidos en «La formación de la ...». Op. Cit. págs. 149 a 208.

Por las mismas fechas, el Ministro para las Regiones, Manuel Clavero, en nombre del Gobierno, había elaborado, a su vez, un borrador de Real Decreto para la aprobación del régimen preautonómico, texto que fue sometido a la Asamblea de Parlamentarios reunida en Málaga el 13 de abril. Las crónicas recogen que por primera vez ondeó en el Palacio de la Diputación la bandera andaluza. En la citada reunión, la Asamblea aprobó por aclamación el texto presentado. Durante la sesión, el diputado Alfonso Guerra, portavoz que intervino en último lugar, adelantándose a debates que se producirían mucho tiempo después, tuvo ocasión de manifestar: «No vamos a discutir ahora si Andalucía tiene conciencia de nacionalidad o de región, pero sí podemos afirmar que tiene muy clara conciencia de su marginación».

La presión ejercida por la ciudadanía y por la propia Asamblea de Parlamentarios llevó al Gobierno de UCD a dictar el Real-Decreto Ley 11/1978, de 27 de abril, por el que se instituía la organización preautonómica y se creaba la Junta de Andalucía como incipiente órgano de autogobierno. Ésta quedaba compuesta por un Presidente y por dos órganos colegiados: el Pleno y el Consejo Permanente. Constituida en Cádiz el 27 de mayo de 1978, el Pleno procedió a elegir Presidente al senador socialista Plácido Fernández Viagas, que obtuvo 18 votos (socialistas, comunistas e independientes) frente al candidato de UCD Jaime García Añoveros al que únicamente votaron los 13 parlamentarios de UCD. El Presidente electo manifestó su «creencia absoluta en la unidad de España y la solidaridad entre sus pueblos», respondiéndole el Ministro Clavero «que los problemas andaluces vienen de cinco siglos de centralismo». Los cuatro grupos parlamentarios y las ocho diputaciones procedieron a designar sus representantes en el Pleno de la Junta, quedando distribuidos los 39 miembros de la manera siguiente: 14 PSOE, 13 UCD, 2 PCE, 2 Progresistas y Socialistas Independientes y 8 para las diputaciones que en todos los casos fueron ocupados por sus respectivos presidentes. El Consejo Permanente quedó integrado por 17 miembros, quince en representación de los partidos parlamentarios y dos por las corporaciones provinciales. En este incipiente Gobierno Rafael Escuredo fue nombrado Consejero de Política Territorial y Obras Públicas, cargo que compatibilizó con la portavocía en el Consejo Permanente de la Junta de Andalucía.

Aunque la Junta Preautonómica gozaba de escasas competencias y era un ente de naturaleza puramente administrativa, jugó un papel capital como impulsor de la consecución de la autonomía respaldada inicialmente por todos los partidos políticos y por la totalidad de provincias. Nació, así, el Pacto de Antequera, suscrito el 4 de diciembre de 1978, al conmemorar un año desde las primeras manifestaciones a favor del autogobierno. La propia Junta y once partidos que abarcaban todo el arco parlamentario suscribieron el Pacto, que no era sino un compromiso para que, «dentro del plazo más breve posible», se alcanzase «la autonomía más eficaz en el marco de la Constitución». Las partes se proponían redactar un proyecto de estatuto y dar los pasos procedimentales necesarios en orden a su aprobación.

El mes de diciembre de 1978, fecha en que se suscribió el Pacto de Antequera, se aprobó la Constitución Española. En ella no se prefiguraba mapa autonómico alguno. Siguiendo la estela de la Constitución republicana de 1931, la autono-

mía quedaba configurada como un derecho de las *nacionalidades* y *regiones*. Para la consecución del autogobierno se establecían unas vías procedimentales que, con fundamento en el principio dispositivo o de voluntariedad, podían recorrerse para, previo cumplimiento de los requisitos previstos, aprobar un estatuto de autonomía y acceder, así, al autogobierno con rango de Comunidad autónoma.

Sin embargo, en la mente del constituyente no estaba la generalización del mapa autonómico. De hecho, en el momento de redactar la Constitución, la cuestión territorial no había alcanzado en modo alguno el deseable consenso. Existían fuerzas políticas que, como Alianza Popular, postulaban la simple descentralización administrativa; otras situadas a la izquierda y heredadas de la legitimidad republicana propugnaban el Estado federal. Por no hablar de ciertos partidos y fuerzas nacionalistas que se aproximaban a posturas confederales. La UCD y el Gobierno del Presidente Suárez tenían en mente la necesidad de dar respuesta política a las llamadas *nacionalidades históricas*, sin que les pareciese necesario ni oportuno atender a otras demandas territoriales que debían quedar constituidas como simples entidades dotadas de descentralización administrativa.

Aunque la intención política del Gobierno de UCD era clara, el balance final de estas divergencias quedó confusamente plasmado en la Constitución. En ella se establecían unas vías distintas de acceso al autogobierno cuyo resultado final era una extraordinaria asimetría en la profundidad y alcance de la autonomía conseguida. En efecto, en virtud de la Disposición Transitoria Segunda, «los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía» podían acceder inmediatamente al máximo nivel de autogobierno. Esta fórmula, pensada para Cataluña, País Vasco y Galicia, contrastaba con la vía lenta y de menos autogobierno establecida en el art. 143 de la Constitución. Excepcionalmente, se abría la posibilidad del art. 151 para que, superados una serie de obstáculos procesales, se pudiese acceder, también, a máximos techos de autogobierno sin haber plebiscitado en el pasado un estatuto de autonomía.

La diferencia cualitativa entre las distintas vías de acceso era, pues, notable. Las llamadas *comunidades históricas* accedían inmediatamente al autogobierno con un alto techo de competencias y un Parlamento con capacidad legislativa garantizada por la Constitución. En cambio, el acceso al autogobierno por la vía común no gozaba de esta naturaleza política y veía sensiblemente mermado su haz de competencias. Autonomía política para las primeras y descentralización administrativa para las segundas. Esta era, en suma, la idea que impregnaba al Gobierno del Presidente Suárez: una variable federalización de las nacionalidades históricas y una lenta y limitada descentralización administrativa para el resto. La decisión de optar por una u otra vía no se planteó en términos técnicos sino puramente políticos. Andalucía no estaba dispuesta a ser relegada en la nueva distribución del poder que la Constitución propiciaba.

El 1 de marzo de 1979, Rafael Escuredo vuelve a ser elegido diputado por la Provincia de Sevilla y un mes más tarde es designado candidato a la Presidencia de la

Junta de Andalucía a propuesta del PSOE. Pocos días después, concretamente el 2 de junio, en la Diputación de Sevilla, tiene lugar el acto de constitución de la renovada Junta, siendo elegido Presidente Rafael Escuredo con los votos favorables del PSOE y del PCE. Impulsada por la voluntad política del nuevo Presidente, la Junta de Andalucía surgida de las elecciones generales de 1979 iba a adoptar en Granada, el 21 de junio del mismo año, la importante decisión, adoptada por aclamación, de caminar hacia el autogobierno por la vía del art. 151 de la Constitución. Para ello era necesario que lo aprobasen las Diputaciones afectadas y las tres cuartas partes de los municipios de las Provincias que representasen, al menos, la mayoría del censo electoral en cada una de ellas, y, además, que dicha iniciativa fuese ratificada en referéndum por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia.

Para finales de agosto, todas las diputaciones y más del 95 % de los municipios habían adoptado el acuerdo de caminar hacia el autogobierno por la vía del art. 151 de la Constitución. La primera etapa estaba, pues, cubierta. Por las mismas fechas, una comisión integrada por representantes de PSOE, UCD, PCE y PSA había redactado en Carmona un primer borrador de Estatuto de Autonomía y habían acordado la fecha del 4 de diciembre como la más idónea para la celebración del referéndum de ratificación de la iniciativa, condicionado a que el Gobierno dictase el decreto-ley de convocatoria. El Presidente Escuredo, en una frenética campaña de explicación y movilización, había recorrido exhaustivamente el territorio andaluz y dialogado hasta la extenuación con las instituciones centrales del Estado. Así, por ejemplo, en audiencia concedida por el Rey Juan Carlos al Consejo Permanente de la Junta, el Presidente Escuredo tuvo oportunidad de plantear al Monarca «el sentimiento de solidaridad del pueblo andaluz con otras comunidades nacionales, haciendo hincapié en que, precisamente, por este sentir solidario, el pueblo andaluz ni solicita privilegio, ni los admitirá para otros, pero que la paciencia puesta a prueba en Andalucía, no puede ni debe agostarse en la indiferencia o incompreensión».

La segunda etapa de la lucha por el autogobierno era más difícil de cumplir. Recuérdese que el art. 151 de la Constitución exigía, además, la ratificación de la iniciativa autonómica mediante referéndum favorable aprobado por la mayoría absoluta de los electores de cada provincia. Llamaba, pues, la atención el contraste entre la facilidad de acceso al autogobierno para las *nacionalidades históricas*, frente a las duras exigencias de la vía del art. 151 que parecía redactada para que ningún territorio pudiese utilizarla. Ni que decir tiene que la exigencia de la mayoría del censo en cada una de las provincias hacía que los votos en blanco y las abstenciones computasen contra la iniciativa autonómica, lo que unido al pésimo estado de actualización del censo hacía extremadamente difícil la superación del requisito constitucional. A ello había que añadir la posibilidad de que cualquier provincia no superase el listón y quedase descolgada de la iniciativa, lo que planteaba un problema adicional de paralización y bloqueo, de acuerdo con la recién aprobada Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de Referéndum.

La insistente presión del Presidente Escuredo y su determinación a favor de la autonomía plena para Andalucía propiciaron el pacto con el Presidente Suárez que llevó

a la convocatoria del referéndum de ratificación de la iniciativa autonómica para el 28 de febrero de 1980. Sin embargo, ahí terminó el cumplimiento del pacto. Entre otras razones porque el 15 de enero de 1980 la Comisión Nacional del partido gobernante, la Unión de Centro Democrático, acordó la *racionalización de las autonomías*, lo que iba a significar un cambio sustancial en la voluntad política del Gobierno respecto a la iniciativa autonómica en curso. Las conclusiones del Comité Ejecutivo de UCD para *un sistema autonómico racional* eran bien claras: el Partido que sustentaba al Gobierno estimaba que «la aplicación general del artículo 143 de la Constitución permite encauzar globalmente y con ritmos de tiempo adecuados todo el proceso», a la vez que ponía de manifiesto, refiriéndose sin duda al proceso andaluz, que «UCD en los últimos tiempos ha venido observando que...el acceso a la autonomía se enfoca equivocadamente como un asalto al Estado y, con connotaciones claramente demagógicas, como una solución de los problemas económicos, sociales o culturales que padecen algunas regiones españolas...». En virtud de tal decisión, todas las Comunidades Autónomas (salvo Cataluña, País Vasco y Galicia) debían constituirse por la vía del art. 143 de la Constitución. Ello significaba que, a partir de ese momento, la UCD recomendaría el voto en blanco o la abstención en el referéndum de ratificación de cualquier iniciativa por el procedimiento del art. 151 de la Constitución.

Al día siguiente de la reunión del Comité Ejecutivo de UCD, el Presidente Escuredo convocó una reunión extraordinaria, por el procedimiento de urgencia, de Consejo Permanente de la Junta. En ella el Presidente manifiesta que «la posición de la Junta de Andalucía, como Institución, es contraria a la posición del Comité Nacional de UCD». Tras su intervención, el Consejo Permanente se ratificó en el artículo 151 como vía adecuada para que Andalucía acceda a su autogobierno; en el 28 de febrero como la fecha idónea para la celebración del referéndum, así como en la realización de una campaña en positivo encaminada a fomentar la participación. Esta sesión sería la primera en la que los miembros del Grupo Político de UCD presentes apoyarán la iniciativa autonómica por la vía del artículo 143 de la Constitución. La incoherencia del portavoz de UCD le llevó a solicitar la vía del art. 143 y a la vez proponer el referéndum para el 28F, recordándole el portavoz socialista que dicha vía no precisa constitucionalmente de referéndum alguno¹⁸.

El día 21 de enero de 1980, previa convocatoria del Presidente de la Junta, se reunieron los partidos políticos signatarios del Pacto de Antequera. En la sesión acordaron solicitar el voto afirmativo en el referéndum de ratificación de la iniciativa por la vía del art. 151, llamar a la participación de todos los andaluces en el proceso de votación, a la vez que los partidos firmantes renuncian «*al enfrentamiento político entre sí y a cualquier beligerancia que contradiga el espíritu de unidad de la campaña*». La UCD estuvo ausente de la sesión y Alianza Popular se abstuvo de votar. Empezaba así a conformarse el bloque opositor al éxito del referéndum, y a partirse el espectro político andaluz (y el nacional) en un bloque de centro-derecha, contrario a la iniciativa autonómica, y otro bloque de centro-izquierda favorable a la misma¹⁹.

¹⁸ Vid. «*La formación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus documentos*». Op. Cit. pág. 728.

¹⁹ Vid. «*La formación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus documentos*». Op. Cit. pág. 741.

Que en lo sucesivo esta iba a ser la tónica general lo demuestra la siguiente convocatoria del Pleno de la Junta de Andalucía pocos días después, concretamente en Jaén el 31 de enero, donde el Presidente Escuredo comienza la sesión dando cuenta de la ausencia de los miembros de UCD, la cual fue fuertemente criticada por algunos de los presentes. Los acuerdos de aquella sesión se refirieron a la necesidad de efectuar una llamada al pueblo andaluz para su participación activa en el referéndum, a pedir la colaboración de todos los cargos públicos en la campaña y solicitar de las diputaciones, ayuntamientos y demás entidades «la creación de comités cívicos pro-autonomía en los que se integren ciudadanos procedentes de todos los sectores sociales, por encima de sus personales adscripciones ideológicas y partidarias²⁰». Los miembros de la Junta eran conscientes de las dificultades que planteaba el éxito del referéndum y del esfuerzo supremo que era necesario realizar.

Sin embargo, el Gobierno no estaba por facilitar que el referéndum llegara a buen puerto. La ausencia de medios personales y materiales para el desempeño de su función llevó a la convocatoria del Consejo Permanente en Granada el 8 de febrero. En él, y a instancias de su Presidente, el Consejo condenó con energía «la política obstruccionista y parcial del Gobierno en la convocatoria, organización y desarrollo del Referéndum del 28 de febrero, política que supone una humillación y vejación para el pueblo andaluz», a la vez que apela a la responsabilidad del Gobierno para que «deje de ser beligerante y facilite la consulta popular en igualdad de condiciones con los referéndum celebrados en el País Vasco y Cataluña». La UCD votó en contra de estos acuerdos que fueron aprobados con el voto a favor de PSOE y PCA y en algún caso con la abstención del PSA. Al día siguiente, 9 de febrero, se celebró en Granada la Asamblea de Parlamentarios Andaluces. No asistieron los parlamentarios de UCD. Las propuestas presentadas por el PSOE y el PCA de apoyo a la Junta de Andalucía fueron aprobadas por unanimidad de los presentes. En ellas se expresaba una nueva queja «frente a lo que es claramente una política de atropello y obstaculización del Gobierno a la libre voluntad del pueblo andaluz». Se mostraba la confianza en la ciudadanía, se solicitaba nuevamente la participación en el referéndum y se apelaba a «la dignidad y el orgullo del alma andaluza... De este modo nuestro pueblo contribuirá decididamente a la consolidación de la unidad de España, al progreso de la democracia y al desarrollo de criterios de justicia para todos». Finalmente se efectuaba un alegato a favor de que la bandera de Blas Infante, depositada en la sede de la Junta de Andalucía, se convirtiera en el símbolo de una Andalucía unida y firmemente decidida a regir su propio destino²¹.

Por aquellos días, las comparecencias parlamentarias de los Ministros del Gobierno empezaban a constituir una verdadera tortura para sus componentes. Interpelaciones y mociones presentadas por todos los Grupos Parlamentarios de la oposición ponían contra las cuerdas al Presidente Suárez y a su Gobierno, que tenían ver-

²⁰ Vid. Acta de la IV Reunión del Pleno de la Junta de Andalucía. En «*La formación de la Comunidad Autónoma en sus documentos*». Op. Cit. págs. 749-754.

²¹ Las actas de la XVII Reunión del Consejo Permanente de 8 de febrero de 1980 y de la Asamblea de Parlamentarios Andaluces de 9 de febrero de 1980 pueden consultarse en «*La formación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en sus documentos*». Op. Cit. págs. 781 a 789.

daderas dificultades para salir airoso de los debates. Así, en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados, celebrada el 6 de mayo de 1980, se debatieron y votaron varias mociones subsiguientes a interpelaciones sustanciadas en la sesión del 14 de febrero anterior. La del PSA solicitaba que por la Comisión de Presupuestos del Congreso se elaborase un estudio comparativo de los costes de los referéndums celebrados en Cataluña, Euskadi y Andalucía y que se celebrase un Pleno monográfico para debatir la situación de la cuestión autonómica. La moción planteada por el PCA lamentaba las dificultades de diverso tipo que el Gobierno interponía para la celebración del referéndum de Andalucía. Ambas solicitaban una sesión plenaria especial del Congreso de los Diputados para debatir el proceso autonómico.

La misma determinación que mostraba el Presidente Escuredo a favor de la autonomía plena la exhibía el Presidente Suárez y su partido a la hora de propiciar el fracaso de la consulta. Ya el propio contenido del Real Decreto 145/1980, de 26 de enero, de convocatoria del referéndum andaluz, incorporaba elementos de clara hostilidad. La campaña electoral se limitó a 15 días (frente a los 21 días de que habían dispuesto en el País Vasco y en Cataluña), la publicidad electoral se convirtió en propaganda contra el referéndum, el Gobierno retuvo las partidas presupuestarias destinadas a tal fin, el aparato central del Estado (Ministerios, Gobiernos Civiles, algunas Diputaciones Provinciales etc.) se empleaba a fondo contra el Gobierno preautonómico, los empresarios hicieron una campaña denigrante de la autonomía y se redactó para la consulta, en fin, una críptica pregunta, incomprensible para la mayoría de los ciudadanos, carente de cualquier referencia al objeto (la autonomía plena) y al territorio (Andalucía)²².

Tras una campaña vibrante a favor del Estatuto, de la que ya se habían descolgado completamente UCD y AP, el escrutinio mostró a las claras una respuesta política impresionante: cerca de dos millones y medio de andaluces (el 55'8 % del censo electoral) votaron a favor de la ratificación de la iniciativa autonómica. Lo hicieron ampliamente los partidos de izquierda (PSOE, PCE, PSA y otros); UCD y AP propiciaron el voto en blanco o la abstención. Solo un grupo no numeroso de militantes de la UCD se apartó de la disciplina de partido y votó favorablemente la iniciativa, siendo sonada la dimisión como Ministro de Cultura de Manuel Clavero, que propugnó el *sí* en el referéndum. Rafael Escuredo y el bloque de izquierdas habían vencido al aparato del Estado, al Gobierno español y al Presidente Suárez, que cavó su fosa política en el referéndum de Andalucía.

Sin embargo, si políticamente el 28F fue un éxito de las fuerzas autonomistas, jurídicamente el proceso encallaba en Almería, donde los votantes no habían sobrepasado el listón del 50 % de votos afirmativos (concretamente el 42'3 %). Ello supuso que el 24 de abril de 1980 la Junta Electoral Central proclamara que «ha resultado rechazada la ratificación de la iniciativa autonómica». Las alternativas, con

²² La consulta se llevó a cabo formulando la siguiente pregunta: «¿Da usted su acuerdo a la ratificación de la iniciativa prevista en el artículo ciento cincuenta y uno de la Constitución a efectos de su tramitación por el procedimiento establecido en dicho artículo?» (art. 4º del Real Decreto 145/1980, de 26 de enero). El texto se atribuyó al Ponente constitucional y destacado miembro de UCD José Pedro Pérez-Llorca.

la legislación en la mano, eran todas insatisfactorias: bien esperar cinco años para reiniciar el procedimiento del art. 151, o bien constituirse en Comunidad Autónoma por la vía del art. 143. Esta última era la posición de UCD y AP, pero no la de las fuerzas políticas de la izquierda que habían impulsado y mantenido la máxima autonomía para Andalucía. Ni la posibilidad de repetir el referéndum ni la oferta de constituirse por la vía del art. 143 –aunque con Asamblea legislativa garantizada por el Gobierno– convencieron al Presidente Escuredo y a las fuerzas políticas que lo respaldaban. Hasta cuatro Propositiones de Ley de modificación de la Ley Orgánica de distintas modalidades de referéndum, básicamente ordenadas a la repetición del referéndum en la Provincia de Almería, fueron presentadas y rechazadas por el Pleno del Congreso, en fecha 12 de junio de 1980, por «ser contrarias al interés nacional».

Un Gobierno desorientado, y aun más debilitado tras la moción de censura interpuesta por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, optó en septiembre de 1980 por someterse a una cuestión de confianza a fin de reagrupar los mayores apoyos posibles. En el transcurso del debate, el Ministro Martín Villa ofreció a la Cámara una solución al desbloqueo andaluz acordada con el Grupo Parlamentario Andalucista. Enseguida quedó en evidencia que el PSA trató de pactar con UCD un Estatuto inconstitucional mediante el establecimiento de un nuevo procedimiento de aprobación por la vía del art. 144 de la Constitución. La propuesta, realizada al margen de las restantes fuerzas políticas, mereció la total oposición del Presidente Escuredo y la rotunda negativa de la izquierda, de la propia Junta de Andalucía y de la Asamblea de Parlamentarios, excepto UCD y PSA.

Una nueva propuesta de modificación de la Ley de Referéndum (que se convertiría en la Ley 12/1980, de 16 de diciembre, de modificación del párrafo 4º del art. 8) iba a obtener, en cambio, el voto favorable de la Cámara. Mediante el nuevo texto se entendía ratificada la iniciativa en las provincias en las que se hubiese superado la mayoría absoluta del censo electoral siempre y cuando se hubiere alcanzado la mayoría absoluta de votos afirmativos de la totalidad del censo en el conjunto del territorio que pretenda acceder a la autonomía. Mediante la segunda modificación, siempre que concurrieran los requisitos anteriores, se autorizaba a los diputados y senadores electos por Almería para que pudieran solicitar la sustitución de la iniciativa fallida y la aprobación de la iniciativa en la provincia. Ello se llevó a efecto mediante la Ley Orgánica 13/1980, de 16 de diciembre, «por los motivos de interés nacional a los que se refiere el Título VIII de la Constitución» y al «objeto de que Almería se incorpore al proceso autonómico de las otras provincias andaluzas en el procedimiento del artículo 151 de la Constitución²³».

23 El art. 8.4 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de Referéndum establecía: «Celebrado el referéndum, si no llegase a obtenerse la ratificación por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia, no podrá reiterarse la iniciativa hasta transcurridos cinco años».

La nueva Ley Orgánica 12/1980, de 16 de diciembre, para el desbloqueo de la autonomía andaluza introdujo dos nuevos párrafos del siguiente tenor:

«Esto no obstante, la iniciativa autonómica prevista en el artículo ciento cincuenta y uno se entenderá ratificada en las provincias en las que se hubiere obtenido la mayoría de votos afirmativos previstos en el

A pesar de la dudosa constitucionalidad de estas leyes (pues el art. 151.1 exige la ratificación en referéndum por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de *cada provincia*) y la propia retroactividad que se confirió a la norma, un amplio sector de la doctrina le otorgó la consideración de operación de ingeniería constitucional para salvar la legitimidad política del proceso. La mencionada Ley gozaría, además, como todas las normas jurídicas, de la presunción plena de constitucionalidad mientras el Tribunal Constitucional, mediante el correspondiente recurso y posterior sentencia, no manifestase lo contrario. Mientras tanto, y como señaló en su momento algún autor, nos encontrábamos ante una «aplicación peculiar del artículo 151 de la Constitución²⁴». Hoy estas disposiciones procedimentales son pura historia jurídica y la finalidad perseguida se ha legitimado plenamente por el transcurso del tiempo. Es más, lo previsible será que estas normas procesales desaparezcan del texto constitucional en una futura reforma de la suprema norma.

De esta manera, tan laboriosamente trabajada, Andalucía conseguía superar los difíciles obstáculos que planteaba la Constitución y se encaminaba a la elaboración y aprobación de un Estatuto de Autonomía equiparable, en términos generales, al del País Vasco y Cataluña. La obtención de un cierto consenso despejó el camino. Se procedió a la elaboración de otro texto, aprobado de nuevo en Carmona el 28 de febrero de 1981, y se eligió la delegación encargada de negociar el Proyecto de Estatuto con la Comisión Constitucional del Congreso. Tras su tramitación en las Cortes, donde se discutieron las enmiendas y los motivos de desacuerdo planteados por las distintas fuerzas políticas, el Proyecto pactado fue sometido a referéndum y aprobado en todas las provincias el 20 de octubre de 1981, ratificado por las Cortes, sancionado por el Rey y publicado como Estatuto de Autonomía para Andalucía en el BOE el 11 de enero de 1982.

La aprobación del Estatuto propició la celebración de las primeras elecciones autonómicas el 23 de mayo de 1982. En ellas, el PSOE obtuvo una amplia mayoría absoluta (66 escaños sobre 109) y Rafael Escuredo fue elegido Presidente de la Junta de Andalucía. Con su elección se culminó un proceso institucional que devolvió la dignidad al pueblo andaluz, ese pueblo que «no quiso nunca ser más que nadie pero tampoco menos que ninguno». La región andaluza, ahora ya Comunidad Autónoma y *nacionalidad histórica*, había conseguido en la calle lo que el centro-derecha centralista le negaba en las instituciones: un Estatuto de Autonomía que incorporaba

párrafo anterior, siempre y cuando los votos afirmativos hayan alcanzado la mayoría absoluta del censo de electores en el conjunto del ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno.

Previa solicitud de la mayoría de los Diputados y Senadores de la provincia o provincias en las que no se hubiese obtenido la ratificación de la iniciativa, las Cortes Generales, mediante Ley Orgánica, podrán sustituir la iniciativa autonómica prevista en el artículo ciento cincuenta y uno siempre que concurren los requisitos previstos en el párrafo anterior».

²⁴ Vid. BONACHELA MESAS, M.: «El proceso autonómico andaluz. Una aplicación peculiar del art. 151 de la Constitución». En CAZORLA, J. (Ed.): *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas. Aspectos jurídicos y perspectivas políticas*. Granada. 1984. Vol. I, págs. 336 y ss.

el máximo techo competencial y el armazón institucional de naturaleza política permitido por la Constitución. Y todo ello se había fraguado desde la afirmación de una doble identidad compatible (española y andaluza) y desde una «concepción cívica del andalucismo²⁵», es decir, desde el entendimiento de que el andalucismo popular no postulaba el reconocimiento de elementos étnicos que lo diferenciases de los demás pueblos integrantes del Estado, sino que todo ello se había forjado desde valores eminentemente republicanos a favor de la democracia, la igualdad y la fraternidad solidaria entre los distintos pueblos de España.

Visto en perspectiva histórica el referéndum del 28 de febrero de 1980 constituye, en mi opinión, el *hecho diferencial* de Andalucía en el complejo panorama del Estado Autonómico, un *hecho* que no es arcaico, ni foral ni medieval, sino bien reciente y derivado de la actual Constitución, y cuya importancia estriba en haber sido impulsado desde el pueblo al que sus dirigentes, en primer lugar el Presidente Escuredo, supieron lúcidamente interpretar. Pero aun más; la importancia política del 28F, que trasciende claramente al territorio de Andalucía, estriba en haber propiciado una nueva lectura constitucional del incipiente despliegue autonómico, abandonando buena parte de la asimetría inicial y conformando un modelo en términos de igualdad de derechos de los ciudadanos y solidaridad entre los diversos territorios. Por ello no me parece excesivo calificar el 28F de acto *reconstituyente* –en el sentido de modificativo de la voluntad procedente del Poder constituyente– que condujo, desde el reconocimiento de la realidad andaluza y los acuerdos entre las fuerzas políticas, al establecimiento de una nueva *praxis* del desarrollo autonómico en su conjunto. Todo ello otorgó a Andalucía un protagonismo indiscutible en la formulación del nuevo modelo básicamente simétrico, que arrancó en 1981 y se vio convalidado en los Acuerdos Autonómicos de 1992.

Recuérdese que en la mente del constituyente no estaba la generalización del proceso autonómico. Fue el acceso a la autonomía de Andalucía, por la dificultosa vía del artículo 151, la que reconfiguró el escenario descentralizador, al quebrar el modelo abierto, pero claramente indiciado en la Constitución, de la diferenciación entre *nacionalidades* y *regiones*. A partir de aquí se propiciaron los acuerdos autonómicos de 1981 para la fijación del mapa territorial, la homologación política básica de la estructura institucional de todas las Comunidades Autónomas y una fecha estimativa para el cierre del proceso de descentralización.

La gran aportación de Andalucía al establecimiento del Estado Autonómico fue la ruptura del modelo asimétrico inicialmente previsto en la Constitución y la construcción de un paradigma territorial planteado en términos de igualdad básica entre los distintos territorios, a salvo los hechos diferenciales amparados y protegidos por la propia Constitución. Los acuerdos autonómicos de 1992 ampliaron los techos competenciales de las Comunidades Autónomas que habían accedido por la vía lenta del artículo 143 de la Constitución. Y durante veinticinco años aproximadamente el sistema de descentrali-

²⁵ Vid. GONZÁLEZ DE MOLINA, M.: «Argumentos para la renovación del discurso sobre la identidad política y cultural de Andalucía». Op. Cit. pág. 92.

zación ha fluido razonablemente, permitiendo el ingreso de España en la Unión Europea, la plena consolidación democrática, la construcción del Estado social de derecho y la consecución de las mayores cuotas de bienestar nunca conocidas en España.

III. LOS SÍNTOMAS DE AGOTAMIENTO DEL ESTADO AUTÓNOMICO Y LA APROBACIÓN DE UN NUEVO ESTATUTO PARA ANDALUCÍA.

Es cierto que a finales del siglo XX y comienzos del XXI el sistema político de descentralización, construido a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, empieza a dar sensaciones de fatiga. La propia Constitución territorial de España, que había prestado óptimos servicios para la consecución de una nueva forma de Estado, muestra a las claras sus limitaciones y posibilidades. El *Estado Autónomico* pacientemente construido durante un cuarto de siglo parece no dar más de sí. Y los partidos de corte nacionalista, antes expectantes y ahora inquietos, empiezan a fraguar movimientos centrífugos que explicitan en paralelo la debilidad de los poderes centrales del Estado.

Es el tiempo en que el Bloque Nacionalista Galego, Partido Nacionalista Vasco y *Convergència i Unió* suscriben la Declaración de Barcelona, firmada el 16 de julio de 1998, a favor del reconocimiento de las *realidades nacionales* y de la *plurinacionalidad* del Estado. Son los momentos en que en Cataluña se agotan los «tiempos de paciencia» y declina el liderazgo de Jordi Pujol para dar paso a los «tiempos de impaciencia²⁶» bajo la batuta del Gobierno tripartito, y que culminarán en los “tiempos de independencia” con la presidencia de Artur Mas. Es, en fin, la ocasión en que el Partido Socialista Obrero Español se ve impelido a unificar criterios sobre la materia, a cuyos efectos el Consejo Territorial del Partido aprueba en Santillana del Mar, el 30 de agosto de 2003, la importante Declaración sobre «la España plural: la España constitucional, la España Unida, en positivo».

En paralelo, es el momento también en que en el seno de las fuerzas políticas de centro-derecha se incrementa la mitificación de la Constitución y del consenso constitucional que la hizo posible en 1978. Desde entonces se ha venido manteniendo en estos sectores de opinión una suerte de ideología de la no reforma, de sacralización del texto vigente, de la intangibilidad de la Constitución y hasta de los propios Estatutos de Autonomía. Ello no obstante, es lo cierto que la inexistencia de *consensus básico* entre las dos grandes fuerzas políticas estatales, en orden a la reforma constitucional, ha impedido el necesario y sosegado debate sobre la conveniencia de dar la palabra al Pueblo, activando las cláusulas de reforma de la suprema norma.

Esta sacralización de la Constitución y de la bondad intrínseca de la suprema norma, esta mitificación hacia el espíritu de la transición ha propiciado que las costuras constitucionales estallasen por la vía de las reformas estatutarias en un intento –desde el País Vasco y Cataluña– de modificación de la Constitución a través

²⁶ Las expresiones son de F. DE CARRERAS: «*Paciencia e independencia. La agenda oculta del nacionalismo*». Ed. Ariel. Barcelona 2014.

de la reforma de los Estatutos. Se trataba, desde opciones nacionalistas y hasta independentistas, de recobrar con vehemencia la asimetría inicial de la Constitución a favor de las llamadas comunidades históricas, perdida por el efecto Andalucía y la homogenización que después se impuso a través de los Pactos Autonómicos. No otra cosa fue el Plan Ibarretxe, rechazado por su exorbitante contenido en el Congreso de los Diputados, y el Proyecto de Estatuto de Cataluña surgido del Parlament y corregido por las Cortes Generales y por el Tribunal Constitucional.

Pues bien; en el polo opuesto a estas dos reformas, planteadas en términos de conflicto con el Estado, se situaba la que en otro lugar hemos denominado *la reforma tranquila* de Andalucía. Una propuesta que inicialmente pretendía retocar y actualizar sólo algunas cuestiones del entonces vigente Estatuto, y que, debido a la deriva política de los acontecimientos de Cataluña, terminó finalmente convirtiéndose en un nuevo Estatuto de 250 artículos y 11 disposiciones adicionales, transitorias, finales y una derogatoria íntegra del anterior Estatuto de Autonomía. Una iniciativa tramitada inicialmente en el Parlamento de Andalucía sólo con los votos del PSOE-A y de IU-CA, a los que posteriormente, ya en el Congreso de los Diputados, se adhirió el PP tras la estimación de determinadas enmiendas.

Si es un principio esencial del Derecho que las normas deben responder a la realidad de su tiempo, era evidente que la reforma agraria no respondía a los criterios de la política agraria comunitaria; que la descentralización provincial de la Junta de Andalucía no se había producido a través de las diputaciones provinciales; era no menos evidente que se necesitaba una respuesta a los flujos migratorios en nuestra condición de frontera sur de Europa; que habíamos ingresado, en fin, en la Unión Europea sin que el Estatuto hiciera la menor referencia a la fase ascendente de toma de decisiones y a la participación de las Comunidades Autónomas en la conformación y ejecución de las políticas comunitarias. La consolidación de las libertades y la tolerancia social habían hecho emerger nuevos derechos de libertad, a la par que nuestra plena incorporación a la sociedad del bienestar demandaba nuevas prestaciones públicas, plena igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, presencia de criterios medioambientales en las políticas públicas para hacer compatible la economía y la ecología. Nuevas respuestas a nuevas necesidades de nuevos tiempos.

Necesario resulta reiterar que no fue en absoluto una reforma improvisada y urgida sólo por las modificaciones que en otros lugares se emprendían. Más bien se formuló como una oportunidad política para adaptar la Norma Institucional Básica de Andalucía a las nuevas circunstancias de los nuevos tiempos. Y también como una forma de no quedar relegada en un proceso de cambios, a la vez que se exhibía músculo territorial ante el propio Estado. La reforma del Estatuto en Andalucía vino precedida de una serie de consideraciones y estudios conducentes a procurar el acierto de la medida²⁷. Se

²⁷ Vid. CANO BUESO, J.: «Consideraciones sobre el Estatuto de Autonomía para Andalucía». En *Modelo de Estado y reforma de los Estatutos*. V. Garrido Mayol (Dir.). Ed. Fundación Profesor Manuel Broseta. Valencia. 2007. págs. 305-328.

entendió desde el principio que una prudente meditación sobre una operación jurídico-política tan importante, precisaba dar cumplida respuesta, al menos, a cuatro preguntas capitales²⁸. La primera, si era *necesaria* la reforma del Estatuto; en caso afirmativo, *cuándo* convendría llevarla a cabo; en tercer lugar, *cómo* debería acometerse en términos políticos y parlamentarios; y, por último, con arreglo a qué principios y límites constitucionales debía conducirse. *Oportunidad, temporalidad, tramitación y adecuación*. Estos eran los cuatro puntos básicos que una estrategia de reforma constitucionalmente adecuada debiera establecer de manera apriorística y por ese orden de prioridades.

Surgió, así, un nuevo Estatuto, aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, un texto de similar potencialidad a la del Estatuto de Cataluña, pero con importantes diferencias de filosofía y concepción. Ante todo, porque se trataba de una reforma planteada desde la lealtad institucional y el respeto debido a los límites y posibilidades constitucionales e inspirada por el deseo de profundizar el sistema de autogobierno propio y actualizar el desarrollo del Estado autonómico en su conjunto.

A la hora de enjuiciar la reforma autonómica en Andalucía es necesario destacar varios elementos. En primer lugar, el hecho de que nos encontramos ante la única Comunidad Autónoma que conquistó su nivel de máximo autogobierno a través de la figura del referéndum y que con su peculiar proceso autonómico reconfiguró el Estado asimétrico basado en la distinción entre *nacionalidades* y *regiones*. Por otra parte, habida cuenta del peso político, geográfico y demográfico de Andalucía en el conjunto del Estado era bastante plausible que el modelo estatutario que Andalucía terminó adoptando terminase por elevarse a pauta general en la reforma territorial del Estado para el primer tercio del Siglo XXI. Y, en todo caso, como ya se ha dicho, Andalucía, que se había ganado por derecho propio un lugar de preferencia en la distribución del poder territorial, no podía permanecer impasible ante un nuevo impulso asimétrico que se estaba fraguando desde Cataluña y el País Vasco.

Para ser rigurosos con la historia es conveniente recordar que no nos encontramos ante una reforma *seguidista* de ninguna otra. Baste observar la fecha en que el Presidente de la Junta de Andalucía propone la posibilidad de reforma (Debate sobre el Estado de la Comunidad de junio de 2001) para que podamos afirmar que la propuesta presidencial se realiza ligada a una directriz política de alcance denominada la «segunda modernización de Andalucía». Tampoco es menor el dato de que se trata de un Estatuto pactado y consensuado con la práctica totalidad de las fuerzas políticas del arco parlamentario, al obtener 306 votos favorables de los 308 diputados presentes y un apoyo del 99,35 % de los votos emitidos. Es, a diferencia del Estatuto de Cataluña, una norma dotada de una altísima legitimación político-parlamentaria. Sólo el Partido Andalucista, con una exigua representación en el Parlamento de Andalucía, se ausentó del consenso estatutario, lo cual le llevó en las siguientes elecciones de 2008 a la irrelevancia absoluta y a su desaparición como partido parlamentario.

²⁸ Vid. CANO BUESO, J.: «La nueva configuración de la Constitución territorial de España. Una crónica». En *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*. nº 1. Junio-diciembre. 2007. págs. 207-233.

Decíamos, además, que es un Estatuto pensado desde las posibilidades y límites que permite la Constitución. Por ello la asunción competencial se efectuó inicialmente por la Ponencia teniendo presente el respeto a los títulos de intervención estatal, a las bases que debía dictar el Estado sobre las distintas materias, a las leyes orgánicas como fuentes de derecho estatal (en materia de justicia, administración local, sistema electoral, régimen competencial etc.) y a las resoluciones que durante tantos años ha ido adoptando el Tribunal Constitucional por vía de recursos de inconstitucionalidad o conflictos de competencias sobre las más diversas materias. La posterior evolución de la tramitación del Proyecto de Estatuto en sede parlamentaria quebró parcialmente esta pulcritud inicial al aceptarse bloques de enmiendas y redacciones en la sede de la Consejería de Justicia de más que dudoso encaje constitucional.

Se ha dicho desde diversas instancias, y es opinión bastante extendida, que el Estatuto de Andalucía finalmente resultante está afectado de las mismas tachas de inconstitucionalidad que incorporaba el Estatuto de Cataluña. Pero esa afirmación es falsa por exagerada y conviene aclarar este tópico equívoco. En efecto, si se realiza un estudio comparativo del texto de ambos Estatutos se llegará a las siguientes conclusiones: En primer lugar, solo diez artículos o apartados de artículos declarados inconstitucionales en el Estatuto de Cataluña mantienen idéntica redacción en el de Andalucía (uno se refiere a las competencias compartidas en materias de cajas de ahorros y los nueve restantes, a la introducción del Consejo de Justicia de Andalucía); en segundo lugar, en nueve ocasiones las redacciones son similares pero con la diferencia importante de que en el Estatuto andaluz se reconduce la redacción «a lo que disponga la legislación del Estado» o «de acuerdo con la Constitución». Finalmente, sólo en veinticinco ocasiones existen en ambos Estatutos preceptos idénticos que han sido declarados constitucionales por el Tribunal Constitucional.

Las cuestiones que más disenso originaron inicialmente fueron en buena medida corregidas: Particularmente, la configuración de Andalucía como *nacionalidad histórica* y la referencia en el Preámbulo a la *realidad nacional*, quedó depreciada a modo de simple alusión contenida en el Manifiesto andalucista de Córdoba de 1919. Por otra parte, la asunción de competencias *exclusivas* sobre la aguas de la Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir que transcurran por su territorio y no afecten a otra Comunidad Autónoma, fue una *conditio sine qua non* para que el Grupo Parlamentario de IU-CA suscribiese la iniciativa de reforma estatutaria. Siendo así que su firma era necesaria para la aprobación del texto en el Parlamento de Andalucía, que requería una mayoría reforzada de tres quintos, se asumió esta competencia en el art. 51 EAA conscientes desde el primer momento del riesgo de inconstitucionalidad que se cernía sobre este precepto. Ello a pesar de las cinco cautelas introducidas en el texto al asumir la competencia *exclusiva*, –que las aguas no afecten a otra Comunidad Autónoma, y sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general–; se trataba, así, de salvar los títulos de intervención estatal y se terminaba por invocar el propio art. 149.1,22ª CE que en buena medida

desactivaba el alcance general de la asunción competencial. Todas estas cautelas escondían, en realidad, la evidencia de que el objeto regulado en el precepto estatutario era competencia exclusiva del Estado, ex art. 149.1.22ª de la Constitución, pues en su diseño actual la cuenca afecta a cuatro Comunidades Autónomas (Andalucía, Castilla-La Mancha, Extremadura y Murcia), aunque el 90 % de la misma discorra por el territorio de Andalucía y el río sea un símbolo económico, social y cultural de la Comunidad andaluza.

En principio, el Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha se planteó la posibilidad de recurrir el art. 51 EAA, iniciativa que fue desactivada mediante un escrito del Presidente de la Junta de Andalucía, Manuel Chaves, al Presidente castellano-mancheño Barreda, ofreciéndole garantías de presencia de representantes de esta Comunidad en los organismos de gestión de la Cuenca y comprometiéndose a que los intereses de estos últimos estarían en todo caso salvaguardados. El escrito fue suficiente y aquietó, inicialmente, las preocupaciones de las autoridades de Castilla-La Mancha. No sucedió lo mismo con Extremadura, cuyo Consejo de Gobierno planteó recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 43, 50.1 a), 50.2 y 51, todos ellos relacionados con el ejercicio de las competencias hidrológicas, impugnación que fue resuelta por la STC 30/2011, de 16 de marzo, que estimó parcialmente el recurso y declaró inconstitucional y nulo el art. 51 del Estatuto, al pretender «fragmentar la unidad de gestión de una cuenca hidrográfica intercomunitaria, como es la del Guadalquivir, para asumir competencias sobre la misma que corresponden al Estado ex art. 149.1.22ª CE... a lo que se une la inadecuación formal del Estatuto de Autonomía para la concreción del criterio territorial de delimitación de las competencias reservadas al Estado por dicho precepto constitucional».

La inseguridad jurídica generada tras la admisión a trámite del Recurso de Inconstitucionalidad y el deseo de mantener el compromiso con el Grupo Parlamentario de IU-CA, forzó al Gobierno del Presidente Zapatero a la utilización del mecanismo previsto en el art. 150.2 de la Constitución. En efecto, el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, traspasó las funciones y servicios del Estado a la Comunidad autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la Cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma.

Conocida la Sentencia del Tribunal Constitucional, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estimó el Recurso promovido por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra el Decreto de Transferencias 1666/2008, que traspasaba a la Junta de Andalucía las competencias sobre la Cuenca del Guadalquivir, que quedó anulado a tal efecto. Este nuevo fallo no afectó, sin embargo, a la encomienda transitoria de gestión acordada entre los Ejecutivos central y andaluz por un periodo de seis meses improrrogables, a la vez que se encargaba a una comisión bilateral la fórmula jurídica para solucionar el caso. La gestión de las aguas desde el traspaso hasta la reversión de la competencia creó no pocos problemas a las autoridades andaluzas y a los usuarios de la Cuenca, algunos de los cuales aun no han terminado de

resolverse (por ejemplo, la nulidad de las sanciones impuestas durante ese periodo por autoridad que resultó ser manifiestamente incompetente²⁹).

Llegados a este punto, puede ser útil intentar una valoración general, política y jurídica, del alcance de las reformas emprendidas. Si exceptuamos el intento de refundar la Comunidad Política de Euskadi y algunas veleidades exorbitantes del último Estatuto de Cataluña, hay que dejar apuntado que el nuevo Estatuto de Andalucía, según ha quedado ya argumentado, no pretendió la ruptura de la Constitución, ni el vaciamiento del Estado ni el debilitamiento de sus instituciones. Tampoco trataba de salir al paso de una situación institucional de urgencia en la demanda ciudadana por cuanto los niveles de autogobierno de que venía disfrutando Andalucía eran más que estimables. Ello no significa que el decurso del tiempo y la introducción de principios de razonabilidad, eficiencia y subsidiariedad no aconsejaran reajustar al alza las competencias para prestar unas mejores políticas públicas a los ciudadanos. Se trataba, entonces, de revisar lo que en 1980-1982 se hizo con alguna precipitación y con no menos improvisación, para conseguir hoy que el estado autonómico incrementase sus niveles de legalidad y legitimidad, de pluralismo político, de calidad democrática y de eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos. Y todo ello, sin perder la perspectiva de la necesidad de preservar el mantenimiento de la igualdad sustancial de derechos y deberes de todos los ciudadanos en el conjunto del territorio español y la solidaridad entre todos ellos.

Ciertamente, existían ya por entonces en el horizonte inmediato algunos motivos de preocupación, entre los que no es el menor la suerte que pudiera correr el Estatuto de Cataluña en los recursos planteados ante el Tribunal Constitucional, cuyo pronunciamiento –se entendía– señalaría las posibilidades y límites del Estado autonómico con la vigente Constitución. También se precisaba resolver, por ejemplo, las discrepancias surgidas a la carta en materia de inversiones del Estado y la regulación y gestión de los recursos hídricos. Se era consciente de que ambas materias, por ejemplo, precisaban soluciones multilaterales capaces de conciliar intereses distintos e, incluso, antagónicos.

29 Un cuarto nivel lo constituyen los tres Estatutos de otras tantas Comunidades Autónomas que en su día accedieron a la autonomía por la llamada vía lenta del art. 143 CE. Se trata de Valencia, Baleares y Aragón. Las tres normas tienen en común el importante hecho de haber sido consensuadas entre los dos grandes partidos del arco parlamentario a nivel estatal, aunque todas hayan recibido votos contrarios de fuerzas nacionalistas (Valencia) o la abstención de alguna de ellas (Baleares y Aragón).

Por lo que se refiere a la reforma del Estatuto de Valencia hay que considerar que, tal vez porque fue la primera en tramitarse, se ha concebido con un alcance limitado y es, en rigor, la única *reforma* tramitada. El idioma valenciano y la barrera electoral para acceder a las Cortes Valencianas fueron los aspectos más controvertidos.

En relación con el Estatuto de Baleares los debates se centraron, sobre todo, en el título de derechos y deberes, en la regulación de los Consejos Insulares y en el nuevo sistema de financiación y de inversiones estatales. Aunque no contiene una disposición derogatoria expresa, se trata de un Estatuto de nueva planta que sustituye íntegramente al anterior.

Por lo que concierne, en fin, al Estatuto de Aragón, es un texto más breve pero que incorpora una disposición derogatoria del anterior. El plurilingüismo, los recursos hídricos y el Archivo de la Corona de Aragón fueron los aspectos más debatidos.

Por lo que se refiere a las inversiones del Estado en las Comunidades Autónomas que reformaron sus Estatutos, los distintos territorios hicieron depender el montante del gasto en función de las variables más convenientes a sus respectivos intereses. Así, si exceptuamos Valencia, que promovió la primera reforma, Cataluña abrió el camino para que las inversiones estatales en infraestructuras, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, se equiparara a la participación relativa del PIB de Cataluña en relación al PIB del Estado, para un periodo de siete años. Andalucía, además de consignar sus asignaciones complementarias a modo de *deuda histórica*, prefirió que la inversión estatal fuese equivalente al peso de la población andaluza sobre el conjunto del Estado, para un periodo de siete años. En el caso de Baleares debía acudir a la peculiaridad del hecho insular, mientras que Aragón prefería que se ponderase la superficie del territorio, la despoblación, la orografía así como su condición de Comunidad fronteriza.

Todas estas disposiciones inversoras que imponían obligaciones al Estado fueron desactivadas en la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, donde el Tribunal Constitucional dejó aclarado que «dicha disposición no resulta vinculante para el Estado, de manera que no es un recurso que el Estado deba consignar obligatoriamente en los Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio económico, ya que es al Estado a quien corresponde en exclusiva, atendiendo a la totalidad de los instrumentos para la financiación de las Comunidades Autónomas, a las necesidades de cada una de éstas y a las posibilidades reales del sistema financiero del Estado, decidir si procede dotar, en su caso, y en qué cuantía aquellas asignaciones en virtud de la competencia exclusiva que sobre la materia le atribuye el art. 149.1,14 CE (Hacienda general)». El Tribunal concluye, así, que estas disposiciones estatutarias no vinculan al Estado en su política de inversiones, ni limita la libertad de las Cortes Generales para decidir sobre la propia existencia y cuantía de dichas inversiones. Por eso el supremo intérprete de la Constitución resolvía, para el caso de Cataluña que, interpretada así, la disposición adicional tercera, apartado 1 EAC no es contraria a la Constitución (F.J.138). Obviamente, el mismo entendimiento hay que hacer de los demás preceptos similares en los restantes Estatutos reformados. (STC 100/2013, de 23 de abril).

Andalucía, en los términos ya expuestos, asumió la pseudo-competencia exclusiva sobre la Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir, ante la protesta, más o menos intensa, de las Comunidades de Castilla-La Mancha, Murcia y Extremadura cuyo peso en la Cuenca es, en total, de alrededor del 10 %. Ya hemos explicado que las cautelas contenidas en el art. 51 del Estatuto de Andalucía no fueron, sin embargo, suficientes para evitar su declaración de inconstitucionalidad al considerar el Tribunal Constitucional que el Estatuto de Andalucía alteraba el reparto de poder en materia de aguas establecido en la Constitución y atacaba los principios de unidad de cuenca hidrográfica y del ciclo hidrológico.

Apuntado cuanto antecede resulta más que evidente la dificultad futura para impulsar un sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las inversiones del Estado efectuado en términos de multilateralidad, lealtad y solidaridad. Y

otro tanto ocurre con la política hidráulica. Pero, señalados estos problemas, es indudable que las reformas han supuesto una modernización evidente en múltiples aspectos de la normativa institucional básica de las Comunidades Autónomas, cuyo mérito se atribuye, fundamentalmente, a Cataluña y Andalucía, al corresponderles a ellas las reformas de mayor alcance y profundidad. Con la máxima síntesis posible dejamos apuntados algunas cuestiones que deben valorarse muy positivamente:

1. La modernización en materia de derechos.

El Estado autonómico viene caracterizado por la igualdad de derechos de todos sus ciudadanos en cualquier punto del territorio español. Y éste constituye un principio nuclear que vertebra nuestra Constitución en cuanto se erige en un elemento de unidad y cohesión. Existe, por tanto, una cierta uniformidad de derechos y obligaciones para todos los españoles, en la medida en que están vinculados, todos ellos, por un ordenamiento jurídico común cuyo vértice se encuentra en la suprema norma. Por otra parte, también es cierto que la Constitución no contiene previsión alguna que autorice concretamente a las Comunidades Autónomas a establecer una tabla propia de derechos y deberes. Antes al contrario, los Estatutos hasta ahora vigentes remitían a la Constitución el catálogo de estos derechos y deberes de los ciudadanos de sus respectivas Comunidades, en términos de igualdad en cuanto al reconocimiento y garantías de su ejercicio. Ninguna duda cabe, entonces, respecto de que los *derechos fundamentales* son los derechos reconocidos por la Constitución, iguales para todos los españoles.

Ahora bien, el hecho de que los españoles sean titulares de derechos y deberes reconocidos por la Constitución no impide, en principio, que desde el respeto a los derechos fundamentales, las Comunidades Autónomas puedan modular cuestiones atinentes a las condiciones de ejercicio de esos derechos, o reconocer otros derivados de los propiamente llamados fundamentales, e, incluso, regular *derechos* de nueva planta que vengán a enriquecer y complementar los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. Valga, como ejemplo, el derecho a establecer la voluntad vital anticipada, como *derecho conexo* al fundamental del derecho a la vida, o todos los *derechos sociales* complementarios que en materia de prestación y protección pueda establecer la Comunidad Autónoma.

En el esquema del análisis constitucional, y atendiendo a la distribución de competencias, podemos distinguir tres situaciones en materia de derechos y deberes:

- Una primera situación, donde la Constitución impone una igualdad de trato entre todos los españoles y para ello apodera a la Ley Orgánica en orden a regular el contenido básico de esos derechos, que son los llamados fundamentales; y, en sentido inverso, desapodera a las Comunidades Autónomas para poder incidir sobre ellos. Básicamente, alude a cuanto guarda relación con la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero.

- Una segunda regulación sobre la que la Constitución pretende un núcleo duro de homogeneidad, pero cuya normativa no impide que se pueda modular, desde la Comunidad Autónoma, un contenido y alcance del derecho superpuesto al estimado como básico.

- Una tercera y última situación, donde la Constitución no impide la conversión en derechos para los ciudadanos –y deberes para la Administración– de contenidos concretos de los principios rectores de la política social y económica, formulados en forma de derechos, subjetivos de prestación o protección, exigibles ante los Poderes Públicos, o que deriven, en fin, de un título competencial acogido en el Estatuto.

La reforma estatutaria en esta cuestión abrió un mundo de posibilidades que tiene tres límites establecidos por la Constitución: el artículo 81.1, que impone una Ley Orgánica para la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, y los artículos 139.1 y el 149.1, que aluden a las condiciones de igualdad en el ejercicio de los derechos que, en todo caso, hay que respetar.

Pues bien, acreditada, como está, la vocación de ciertos Parlamentos y Gobiernos autonómicos en relación con la impulsión de políticas sociales, la reforma –en particular, la de Andalucía– ha posibilitado el establecimiento de su propio catálogo de derechos, adicionales o complementarios a los constitucionalmente garantizados. Se podrá decir en algunos casos que ya están reconocidos en leyes ordinarias, pero su incorporación al bloque de la constitucionalidad no es inane, pues los dota de un superior rango normativo al puramente legal y los hace indisponibles ante futuras reformas legislativas que pretendieren desconocerlos o desvirtuarlos. Estaríamos postulando, entonces, a título de mero ejemplo, la posibilidad de acoger y garantizar la protección social, jurídica y económica de la familia, incluyendo las parejas no casadas; la protección y atención integral a los menores, mayores y las personas con discapacidad o dependencia, el derecho de todos a vivir con dignidad el proceso de su muerte, el acceso a la vivienda, los derechos medioambientales y, en general, el establecimiento de una Carta de Derechos Sociales que ponga en conexión la conciliación de la vida laboral y familiar, que propicie la longevidad activa, el amparo de personas en situaciones de dependencia, que propugne discriminaciones positivas que permitan garantizar la libertad sexual y convivencial; que otorgue cobertura a los derechos relacionados con la utilización de las nuevas tecnologías; que refuerce los derechos relacionados con los consumidores y usuarios, que concrete los derechos participativos y prestacionales de los inmigrantes, etc...

Al aseguramiento del ejercicio de estos derechos y a la consecución de los objetivos que se consagran se orientan los Principios Rectores de las Políticas Públicas que vinculan a todos los Poderes de la Comunidad Autónoma: la prestación de servicios públicos de calidad, la lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia y el belicismo, la especial protección de la lengua de signos, la lucha contra la marginación, la pobreza, la exclusión o la discriminación, la integración de los inmigrantes, la eliminación de la siniestralidad laboral, la apuesta por el uso racional del suelo y la lucha contra la especulación urbanística constituyen, entre otras, directrices en

orden a amparar los nuevos derechos que deben concretarse mediante leyes de desarrollo. Estos nuevos derechos están jurisdiccionalmente protegidos y su desconocimiento podrá ser invocado ante la jurisdicción correspondiente.

2. La relectura en clave de igualdad de género.

En este apartado se incluyeron las obligaciones de establecer medidas de discriminación positiva de cara a conseguir la real y efectiva igualdad de trato entre hombres y mujeres. En tal sentido las reformas –sobre todo, la de Cataluña y Andalucía– acogieron, entre otras prescripciones, por ejemplo, la radical igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la especial protección de las mujeres contra la violencia de género, la garantía de la paridad en la composición de los órganos consultivos y de asesoramiento de la Comunidad Autónoma, así como el establecimiento de criterios de igualdad de género para la elaboración de las listas electorales en las elecciones al Parlamento de la Comunidad Autónoma.

3. La modernización ecológica.

En el momento de redactar los primeros Estatutos en los años 80 del siglo pasado, la preocupación por los temas medioambientales no era una prioridad en nuestro país. Ni en el terreno de las industrias contaminantes ni en la preservación del medio natural se había cultivado desde los Poderes Públicos la preocupación necesaria de cara a una toma de conciencia en clave ecológica. Y ello, con independencia de que, a través de legislación ordinaria y bien tempranamente, la Junta de Andalucía fuese pionera en la creación de una Agencia de Medio Ambiente en España.

Pues bien, hoy parece fuera de discusión que la modernización ecológica se alza como un deber ético ineludible de la actual generación que ha cobrado progresiva conciencia de la importancia del medio ambiente para la supervivencia de la especie. Por ello, es una obligación de todos legar a las generaciones futuras un planeta habitable. De esta relectura en clave ecológica dio cuenta de manera paradigmática la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que representa el mayor avance en normativa ambiental de máximo rango de la democracia española, muy superior en potencialidad a las restantes reformas aprobadas que sólo suelen dedicar un artículo a esta importante materia.

En efecto, el nuevo Estatuto de Andalucía establece un Título específico (el VII) que confiere un papel relevante a los sectores productivos del sistema económico donde Andalucía es verdaderamente competitiva: la agricultura ecológica, las energías renovables, el turismo sostenible, la tecnología eficiente y limpia, la red de espacios naturales protegidos, etc. A tal efecto, las Administraciones Públicas andaluzas deben diseñar los mecanismos institucionales y las políticas adecuadas para hacer compatible la actividad económica con la óptima calidad ambiental. Este impulso al desarrollo sostenible va acompañado de medidas fiscales con finalidad ecológica, que gravan actividades especialmente contaminantes y, en sentido inverso, incentivan a empresas que adapten sus sistemas productivos a actividades y a modelos sostenibles.

De esta preocupación medioambiental surgen en el nuevo texto una gama de preceptos destinados a la observancia del principio de precaución, a la protección de la calidad del agua, del aire y del suelo, la lucha contra la contaminación acústica, la reducción, reciclaje y reutilización de residuos, la prevención de incendios forestales y la lucha contra la desertización, la apuesta por el desarrollo rural, el uso eficiente del suelo y, en general, la protección del medio ambiente orientada a combatir contra los factores contaminantes que propician al cambio climático.

4. Las garantías de los derechos de información y comunicación.

Otra novedad importante, en la que Andalucía fue, también, referencia en las reformas, consistió en el reconocimiento del papel determinante de los medios de comunicación de masas para la formación de una opinión pública plural y crítica. Partiendo de la potencialidad de estos medios en la sociedad de la información, el texto andaluz dedica, también, un Título específico (el VIII) (también lo hace Baleares) a regular algunos aspectos de los medios de comunicación social.

Así, se configura el estatuto jurídico de los medios de comunicación de titularidad pública en Andalucía, es decir, una empresa pública de radio y televisión, gestionada de forma directa y concebida con el carácter de servicio público. La exigible objetividad e imparcialidad de las informaciones, así como la expresión del pluralismo social, político y cultural, quedan garantizados en el texto, junto a la especial preservación en la programación de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales concernidos en el espacio de la comunicación. A tal efecto, el Título se cierra mediante la creación de un Consejo Audiovisual que vela por estos derechos, libertades y valores en las diferentes programaciones de los medios públicos y privados, con especial protección de los valores educativos y culturales andaluces y prestando especial atención a los derechos de la juventud y de la infancia.

El carácter de servicio público de estos medios audiovisuales, su sujeción a control parlamentario, la elección de sus órganos ejecutivos por el Parlamento y la supervisión de la adecuación de sus contenidos a través de un Consejo Audiovisual configuran un nuevo panorama de la regulación de los medios de comunicación que el nuevo Estatuto de Autonomía ha querido atender ponderando la importancia de éstos para la conformación de una sociedad democrática, abierta, plural y libre.

5. La modernización territorial.

Es cierto que un Estado social, como el que acoge la Constitución española de 1978, se caracteriza por una proliferación de Administraciones públicas prestadoras de todo tipo de servicios a los ciudadanos. Pero, a partir de ahí, nuestro modelo de organización administrativa se ha ido deslizando hacia un sistema de reparto de responsabilidades territorialmente mal distribuidas, a través de una red de Administraciones extraordinariamente compleja. Este fenómeno tiene como consecuencia que sobre el territorio incidan la Administración central y la periférica del Estado, la Administración de la Comunidad Autónoma, las Diputaciones, los Ayuntamientos y

otros órganos de naturaleza administrativa de carácter territorial. Esta situación de abigarramiento institucional provoca una serie de perturbaciones negativas: entre otras, favorece el surgimiento permanente de conflictos competenciales entre las distintas entidades territoriales, cuadruplica en ocasiones la estructura administrativa que presta cobertura a una determinada materia (turismo, juventud, etc.), incrementa desproporcionadamente el gasto público, fragmenta el funcionamiento administrativo, produce confusión ante el ciudadano en torno al titular de la competencia y, además, diluye la responsabilidad del órgano público que debiera conocer del asunto.

En tales circunstancias resultaba altamente conveniente una clarificación competencial entre las distintas entidades territoriales a la vez que el Estatuto debía restaurar y atraer hacia sí todo lo que no perteneciera al núcleo duro de la competencia en materia de Régimen Local. Debe tenerse en cuenta que este problema había que contemplarlo a la luz de una doble incidencia: de una parte, la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, que tiene su anclaje en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución, y que regula el régimen jurídico de las Corporaciones Locales; y de otra, la referencia al artículo 140 de la suprema norma, donde se reconoce la *autonomía local* como garantía institucional de Ayuntamientos y Diputaciones.

Ahora bien, conviene decir enseguida que las *bases* que dicte el Estado deben limitarse a lo que precede y es materia nuclear para el conjunto. Más allá de lo que es de esencia básico, dicha legislación no tendría por qué imponerse al Estatuto de Autonomía. Pero es que, además, en relación con la garantía institucional de la autonomía local el Tribunal Constitucional tiene reiterado (por todas, STC 46/1992, de 2 de abril) que dicha autonomía local «goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar; más allá de este contenido mínimo, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones diversas, válidas en cuanto respeten esa garantía institucional» (F.J. 2). El concepto constitucional de *autonomía local* contenido en el artículo 140 de la Constitución, por consiguiente, responde a una determinada configuración legal, que no tiene por qué ser la existente. Se concluye, por tanto, que el Régimen Local no es intangible, que caben distintos tratamientos jurídicos, y que tal vez había llegado el momento de *autonomizar* esta materia confiriéndole más protagonismo decisorio al Estatuto de Autonomía y menos a la Ley de Bases de Régimen Local, operación para la que se precisaba un gran acuerdo político y el concurso de las Cortes Generales.

Sin embargo, este acuerdo no se pudo lograr. Aun así, la reforma supuso un salto adelante a favor de la *estatutorización* del régimen local, desde el momento en que se creaba un nuevo Título (Andalucía y Baleares) o Capítulo (Cataluña) antes inexistente destinado a la organización territorial de la Comunidad Autónoma. Así, en el Estatuto de Cataluña y en el de Andalucía se enumeran un listado de competencias propias garantizadas para los ayuntamientos y se prevé la posibilidad de transferir o delegar nuevas competencias de la Comunidad a los ayuntamientos, siempre con la necesaria suficiencia financiera. En todo caso, se crea un órgano mixto de relación de la Comunidad Autónoma y los ayuntamientos como ámbito permanente de diálogo y colaboración.

Por lo demás, una Ley de Régimen Local, (hoy, Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía), en el marco de la legislación estatal, regula las relaciones entre la Comunidad Autónoma y las diversas figuras territoriales tales como comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades, consorcios y otras. Las Diputaciones Provinciales, figura interpuesta y controvertida, o bien quedan circunscritas a la coordinación y asistencia a los municipios, especialmente los de menor población, así como al ejercicio de las competencias que le pudieren venir atribuidas por la legislación del Estado o de la Comunidad Autónoma, o las que pudieren serle delegadas, siempre bajo la dirección y control de la Comunidad Autónoma que se reserva en todo caso la coordinación de los planes provinciales de obras y servicios. Un fondo de nivelación municipal permitirá la participación de los ayuntamientos en los tributos de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de otras colaboraciones financieras para materias específicas.

Esta *reconfiguración* del gobierno local debiera de haber partido de una reforma previa de la vigente Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, que contiene abundantes excesos y fue concebida desde la desconfianza estatal hacia la *estatutorización* de estas Administraciones territoriales. Contra esta exorbitante regulación de las *bases* han reaccionado los nuevos Estatutos, a cuyos efectos han tenido en cuenta la deriva legal y la práctica constitucional española y europea (Carta Europea de la Autonomía Local de 1985). Así, por ejemplo, a favor de los municipios juega el principio de subsidiariedad. En contra de las Diputaciones –en las Comunidades pluriprovinciales– se alza la importante decisión tomada en su día de no articular la Administración ordinaria de los servicios periféricos de la Comunidad Autónoma a través de estas instituciones provinciales, sino mediante la creación de otra Administración de nueva planta.

6. La potenciación de las relaciones institucionales.

Frente a la parca redacción que contenían los Estatutos hasta ahora vigentes, donde apenas se regulaban las relaciones de la Comunidad Autónoma con el Estado y con otras Comunidades Autónomas, todos los nuevos Estatutos aprobados despliegan un exhaustivo título, articulado en varios capítulos. En el primero de ellos se establecen las relaciones con el Estado, se crea una Comisión bilateral Comunidad Autónoma-Estado como marco de relación general y permanente entra ambas, en asuntos que afecten a las competencias o sean de interés para la respectiva Comunidad. Todo ello, sin perjuicio de los instrumentos multilaterales de colaboración y participación.

Las reformas abordan a continuación las relaciones con otras Comunidades –y, en el caso de Andalucía, también con las Ciudades Autónomas–. En este último supuesto se regulan los requisitos para el establecimiento de convenios y acuerdos de cooperación y se alude a las especiales relaciones de colaboración, cooperación y asistencia con las ciudades de Ceuta y Melilla.

Asunto novedoso, sin duda, lo constituye la apertura a Europa de la Comunidad Autónoma, en el marco de lo dispuesto por la legislación estatal y europea. Y

así, se perfila la participación de cada Comunidad en la conformación de la posición del Estado ante la Unión Europea en los asuntos en los que tenga competencia o interés, tanto de manera bilateral (si la decisión afecta a sus competencias exclusivas), como multilateral, en los restantes supuestos. La participación de la Comunidad Autónoma en los procesos de decisión comunitarios se llevará a cabo directamente o a través de la representación del Estado, y la Comunidad Autónoma deberá ser informada por el Estado de las propuestas normativas y de las decisiones judiciales que le afecten. Igualmente, la Comunidad se abre a la presencia en las instituciones de la Unión para la defensa y promoción de sus intereses, estableciéndose la participación ante el Consejo de Ministros, ante la representación permanente de España, ante el Consejo de las Regiones y en los órganos consultivos y preparatorios del Consejo y de la Comisión cuando se traten asuntos de su competencia legislativa. La Delegación Permanente ante la Unión Europea, la participación en las propuestas legislativas y las relaciones con las regiones europeas con las que se compartan objetivos e intereses, culminan esta pormenorizada regulación, cuya constitucionalidad se pretendió ajustar desde el respeto a la normativa de la Unión Europea y a la legislación del Estado.

Finalmente, se disciplinan las relaciones con el exterior, estableciendo la participación y los medios de información acerca de los tratados y convenios internacionales que afecten a materias de su específico interés. Por otro lado, se introduce la posibilidad de suscribir acuerdos de colaboración con otras regiones para la promoción de intereses recíprocos y otras acciones de participación y relación externa. Por último, se regulan los programas de cooperación al desarrollo de interés para la Comunidad Autónoma.

IV. EPÍLOGO: LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN INSPIRAR UNA FUTURA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Los estatuyentes andaluces de 2007 eran conscientes de que estaban asistiendo a un salto adelante, de carácter cualitativo y cuantitativo, en la conformación del Estado autonómico. No otra cosa debía ser la resultante de esta operación de reforma de la *Constitución territorial de España* que, en ausencia de reforma constitucional, se estaba produciendo mediante la aprobación de *nuevos* Estatutos de Autonomía. Y también eran conscientes de que, con su impulso, conducían de nuevo al Estado Autonómico a una nueva situación de asimetría. Cataluña había protagonizado un salto adelante con su reforma y en aquellas circunstancias quedarse inmóvil era regresar al pasado. Y Andalucía no podía ni debía dilapidar su patrimonio político y devaluar *el hecho diferencial del 28 de febrero*.

Aun así, los principios constitucionales que inspiraron la reforma andaluza no fueron precisamente coincidentes con los de Cataluña. Los estatuyentes andaluces consideraron que los principios que debían inspirar esta nueva Constitución territorial para España, sintéticamente expresados, deberían ser los siguientes:

- 1º) El respeto a la *diversidad* en el marco de la *unidad*.

2º) El amparo de los *hechos diferenciales* constitucionalmente protegidos, reconocimiento y amparo que no debe comportar privilegios medievales.

3º) El mantenimiento de la *igualdad sustancial de status* jurídico en derechos y deberes para todos los ciudadanos en el conjunto del territorio del Estado.

4º) Un *sistema de financiación solidario y suficiente*, acordado multilateralmente entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas, y que tenga en cuenta, también, las necesidades financieras de los Ayuntamientos.

5º) El respeto a las reglas que garantizan la *unidad de mercado* y a las *competencias exclusivas del Estado* que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de transferencia o delegación.

6º) La configuración constitucional de un *Senado territorial* de integración, operativo y funcional, que incorpore los instrumentos imprescindibles de coordinación, colaboración y cooperación, y que convierta un Estado polifónico *ad intra* en una única voz *ad extra*.

7º) Una adecuada regulación de la *acción exterior* de las Comunidades Autónomas que dé respuesta a este nuevo fenómeno de *participación* en las políticas de la Unión Europea y que permita un espacio propio de política exterior, desde el respeto a los intereses generales de España y a la posición del Estado como sujeto único de las relaciones internacionales.

Cómo se deban producir, al día de hoy, otras nuevas reformas constitucionales que garanticen la convivencia en paz, prosperidad, justicia y solidaridad para el Siglo XXI, corresponde decidirlo a quienes constitucionalmente ostentan la soberanía del pueblo español, que tienen sobradamente acreditadas las virtudes del consenso, la moderación y el diálogo. Si conseguimos cuadrar esta operación de reforma en términos políticos razonables y en términos jurídicos adecuados, el Estado español podrá continuar disfrutando otro largo periodo de convivencia en paz, libertad, justicia y prosperidad.

El *cierre* del modelo es difícil de predecir; es más, en rigor es improbable, de acuerdo con la tesis que hemos mantenido que hace depender los procesos centrípetos o centrífugos de concretas circunstancias históricas. Si, tal como consideramos, el Estado es un producto histórico y España una construcción histórica, lo que esté por venir, estará. Sólo el político con capacidad de adelantarse a su tiempo estará en condiciones de incidir sobre el futuro inmediato. Al jurista le resta recordar las posibilidades y límites que el Derecho Constitucional vigente ofrece y el margen de maniobra posible para abordar el empeño.

Si en un inmediato futuro, como parece, se abre el proceso de reforma constitucional, Andalucía debe estar en primera línea para condicionar y decidir sobre la Constitución resultante, sobre todo en materia de reparto del poder territorial. Le

sobran títulos para ello, pues Andalucía fue la única Comunidad Autónoma que conquistó mediante referéndum su Estatuto de Autonomía y la única que con su peculiar vía de acceso (el art. 151 de la Constitución) reconfiguró el panorama asimétrico previsto por el poder constituyente. Tal como hemos dicho más atrás, con su “hecho diferencial”, el “28F”, singularidad no medieval ni arcaica, sino derivada de la propia Constitución, cambió el modelo desigual hacia otro homogéneo y simétrico planteado en términos de igualdad y solidaridad. Por lo demás, con su numeroso grupo de parlamentarios, contribuyó de manera decisiva a la suscripción de los Acuerdos Autonómicos de 1981 para definición del mapa territorial y la homogenización institucional, y de 1992 para la igualación de los techos competenciales e institucionales de las Comunidades del art. 143. Si a todo ello añadimos que es el territorio más extenso, más poblado y que más esfuerzos ha realizado para estabilizar la organización territorial del Estado, es obvio que Andalucía debe tener una posición de liderazgo en la futura reforma constitucional de cara a no perder posiciones ganadas legítimamente por el pueblo andaluz.

RESUMEN

Entre los abordados durante la elaboración de la Constitución de 1978, uno de los debates más complicados fue el de la articulación territorial del Estado. Y el modelo autonómico que finalmente consagró la Carta Magna planteaba como principales problemas, según el autor, la asimetría y el no haberse cerrado.

Dentro del desarrollo posterior de ese modelo se repasa el caso de Andalucía, que accedió a la autonomía a través de la vía atípica del artículo 151 de la Constitución y cuyo primer Estatuto de Autonomía entró en vigor en 1982.

El autor califica el referéndum de 1980 que permitió a Andalucía la equiparación a las nacionalidades históricas de acto “reconstituyente”, al establecer una nueva praxis del desarrollo autonómico hacia un modelo más simétrico que el previsto en la Carta Magna.

Las señales de fatiga que el autor detecta en la actualidad en ese modelo, y las tensiones resultantes, le sirven para analizar las aportaciones positivas de la reforma del Estatuto Andaluz aprobada en 2007, una revisión total del texto. A partir de él se proponen una serie de principios que deberían inspirar una futura reforma constitucional.

PALABRAS CLAVE: Constitución – Modelo autonómico – Asimetría – Andalucía – Estatuto – Referéndum – Acto reconstituyente – Reforma constitucional.

ABSTRACT

Among those addressed during the drafting of the 1978 Constitution, one of the most difficult debates was the territorial organization of the state. And the regional model that finally consecrated the Magna Carta (Constitution) raised as main problems, according to the author, the asymmetry and had not been closed.

Within the further development of this model the case of Andalusia, who acceded to the autonomy through atypical way of Article 151 of the Constitution and whose first Statute of Autonomy came into force in 1982.

The author describes the 1980 referendum that allowed Andalucía equating the "tonic" to establish a new praxis of regional development into a more symmetrical than that provided for in the Constitution historical nationalities model act.

Signs of fatigue that he detects at the moment in that model, and the resulting tensions, help to analyze the positive contributions of the reform of the Andalusian Statute passed in 2007, a total revision of the text. From it a several principles that should inspire a future constitutional amendment are proposed.

KEYWORDS: Constitution – Autonomous model – Asymmetry – Andalusia – Statute – Referendum – Restorative act – Constitutional amendment.

LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR LA PETICIÓN DE INFORMES PRECEPTIVOS Y DETERMINANTES: A LA BÚSQUEDA DE UNA INTERPRETACIÓN COHERENTE DE LOS ARTÍCULOS 42.5.c) Y 83 DE LA LEY 30/1992

Pablo Javier Collado Beneyto

*Abogado de la Generalitat Valenciana
Jefe de Servicio del Consell Juridic Consultiu
de la Comunitat Valenciana*

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. REGULACIÓN DE LA LEY 30/1992 SOBRE LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER Y NOTIFICAR EN PLAZO, Y SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO.
- III. CUESTIONES JURÍDICAS INTERPRETATIVAS QUE SUSCITAN LOS ARTÍCULOS 42.5.c) Y 83 DE LA LEY 30/1992.
- IV. CRITERIOS ESENCIALES A CONSIDERAR PARA INTERPRETAR LOS PRECEPTOS APLICABLES A LA SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA RESOLVER Y NOTIFICAR.
- V. ANÁLISIS DE CUESTIONES JURÍDICAS CONCRETAS DE LA SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA RESOLVER Y NOTIFICAR.
 - a) Interpretación integradora de los artículos 83.3 y 42.5 Ley 30/1992.
 - b) El alcance del concepto “*informes*”, y, concretamente, el de “*informes preceptivos y determinantes*”.
 - c) Si el informe vinculante u obstativo que sea desfavorable a la actuación pretendida por la Administración que debe decidir el asunto, puede ser objeto de impugnación por ésta.
 - d) La suspensión derivada de pedir un informe determinante opera automáticamente (*ipso iure*) o también requiere de un acto administrativo expreso por el que se acuerde.
 - e) La suspensión puede tener eficacia retroactiva o es irretroactiva.
 - f) El día inicial de la suspensión (*dies a quo*”).
 - g) El momento final de la suspensión del procedimiento (*dies ad quem*).
 - h) Cómputo del plazo restante para resolver y notificar cuando se levanta la suspensión del procedimiento.
 - i) En caso de falta de recepción del informe determinante, ¿el plazo máximo de suspensión siempre es el de 3 meses previsto en

la legislación procedimental común?, o, ¿hay que entenderlo reducido cuando haya norma específica que prevea un plazo inferior para la emisión del informe?

- j) Si transcurre el plazo máximo para la recepción del informe determinante sin que haya llegado a la Administración consultante, ésta queda bloqueada porque necesariamente debe esperar a recibirlo para continuar con la instrucción del procedimiento y resolver, o puede seguir instruyendo del procedimiento y adoptar la decisión que estime procedente.**
- k) El plazo máximo de suspensión de 3 meses previsto en la legislación procedimental común es un plazo conjunto para todos los informes determinantes que se soliciten en el mismo procedimiento, o se aplica individualmente respecto de cada informe determinante, o depende del caso concreto planteado y del tipo de informe determinante de que se trate.**

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en acrónimo, LPAC), en su Disposición Derogatoria, apartado 2, letra a), deroga expresamente a la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992).

No obstante, transitoriamente, la Ley 30/1992 continua aplicándose porque la LPAC entra en vigor «*al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado*¹» (Disposición Final 7ª, primer párrafo LPAC²), y porque los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la LPAC se continuarán rigiendo por “*la normativa anterior*” (Disposición Transitoria 3ª LPAC).

El objeto de este estudio es realizar un análisis del tratamiento jurídico dado por la Ley 30/1992 a la suspensión del procedimiento administrativo para resolver y notificar, cuando el efecto suspensivo obedezca a la petición de informes preceptivos y determinantes (artículo 42.5.c) Ley 30/1992); tratar de encontrar soluciones a algunos de los problemas que se derivan de la aplicación de esa causa suspensiva, y en especial, por la contradicción entre sus artículos 42.5.c) y 83; y, por último, examinar las novedades que respecto a esta cuestión introduce la LPAC.

¹ Publicado en el BOE el 2 de octubre de 2015, por lo que su entrada en vigor se producirá el 2 de octubre de 2016.

² Sin perjuicio de que se posponga todavía más en otros aspectos como el registro electrónico de apoderamientos, o el registro electrónico (Disposición Final 7ª, segundo párrafo LPAC).

II. REGULACIÓN DE LA LEY 30/1992 SOBRE LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER Y NOTIFICAR EN PLAZO, Y SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

La todavía vigente Ley 30/1992 somete el procedimiento administrativo al “*criterio de celeridad*”³ y a la regla de “*impulso de oficio*” (artículo 74.1 Ley 30/1992), y, en consonancia con ello, exige que la obligación de la Administración de “*dictar resolución expresa en todos los procedimientos*” y de “*notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación*”, se produzca en un “*plazo máximo*”⁴ (artículos 42.1 primer párrafo y 42.2).

Ahora bien, la Ley 30/1992 permite que, a los efectos de evitar el silencio estimatorio o la caducidad del procedimiento, “*será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro del acto, así como el intento de notificación debidamente acreditado*” (artículo 58.4 Ley 30/1992 y apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de modificación de aquélla). Igualmente, señala que “*las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos... surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda*” (artículo 58.3 Ley 30/1992⁵).

Tan sólo se exceptúa de la obligación de resolver expresamente sobre el fondo del asunto en 3 casos (artículo 42.1 segundo y tercer párrafo Ley 30/1992):

- a) Cuando se produzca la terminación convencional del procedimiento por pacto o convenio.
- b) Cuando se trate de procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación⁶ previa a la Administración.
- c) Cuando exista prescripción, caducidad del procedimiento, desistimiento de la solicitud o desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, en que

3 Se trata no sólo de un principio general, sino que se manifiesta en deberes concretos de la Administración recogidos en la propia Ley 30/1992, como el de acordar «*en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo*» (artículo 75.1), o el de resolver y notificar dentro de un plazo máximo, que analizamos más detenidamente en este artículo (artículo 42).

Estos principios de celeridad e impulso de oficio, así como los deberes indicados en el párrafo anterior se mantienen en la LPAC en sus artículos 71.1, 72.1 y 21.

4 En el ámbito de la Unión Europea, el artículo 41 de su Carta de Derechos Fundamentales, dentro del derecho a una buena administración, reconoce que toda persona tiene derecho a que las instituciones y rganos de la Unión traten sus asuntos «*imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable*».

5 El contenido de tales preceptos se reproduce literalmente en los apartados 4º y 3º del artículo 40 LPAC.

6 El artículo 21.1 último párrafo LPAC también incluye a los procedimientos relativos al ejercicio de los derechos sometidos «*únicamente al deber de declaración responsable*».

basta con que la Administración declare formalmente la concurrencia de ese supuesto, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

En cuanto al día inicial (*dies a quo*) del plazo máximo para resolver y notificar la Administración, se distingue según se trate de procedimientos iniciados a solicitud del interesado, en cuyo caso es “*la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro⁷ del órgano competente para su tramitación*”, o de que se trate de procedimientos iniciados de oficio, supuesto en que es “*la fecha del acuerdo de iniciación*”⁸ (artículo 42.3 Ley 30/1992).

Respecto a la unidad de cómputo del plazo, hay que distinguir en función de que se trate de días⁹, meses o años. Si son días, se entienden hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y festivos¹⁰, “*siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa*” (artículo 48.1 Ley 30/1992). Si se trata de meses o años, se computan “*de fecha a fecha*” (artículo 5.2 Código Civil, de aplicación supletoria).

Así mismo, la Ley 30/1992 contiene 3 reglas especiales en cuanto al día final (*dies ad quem*) del plazo: 1^a) Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entiende que el plazo expira el último día del mes (artículo 48.2 in fine); 2^a) Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (artículo 48.3), y 3^a). En caso de que un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso (artículo 48.5)¹¹.

7 El artículo 21.2 b) LPAC tiene un contenido distinto pues se refiere a la fecha de entrada en el “registro electrónico” de la “Administración u Organismo competente” para su tramitación.

8 Dado que, el primer día del plazo es el de la fecha de registro de entrada de la solicitud (en los procedimientos iniciados a instancia de parte) o el día del acuerdo de iniciación (en los procedimientos iniciados de oficio), lógicamente, el último día del plazo fijado en meses o en años, para no computar 2 veces el mismo ordinal y no conceder un día de más a la Administración, será el día inmediato correlativo anterior en el mes correspondiente al número ordinal del día en que comienza el plazo.

Así por ejemplo, siguiendo este criterio el CJCCV (en adelante, CJCCV) en su Dictamen 741/2014, afirma que «*el procedimiento de resolución de la expresada adjudicación del PAI se inició mediante Decreto de la Alcaldía (...), de 3 de junio de 2014, por lo que la autoridad consultante disponía de 3 meses, hasta el 2 de septiembre de 2014, para dictar y notificar la resolución definitiva...*». No obstante, el mismo CJCCV en alguna otra ocasión ha considerado que el plazo para resolver y notificar la Administración en un procedimiento iniciado de oficio comenzaba a correr a partir del día siguiente al del acuerdo de iniciación, y no el mismo día de ese acuerdo (por ej. Dictamen CJCCV 588/2014).

9 La LPAC también contempla la posibilidad de que las normas expresen los plazos por horas, en cuyo caso se entenderán hábiles «*salvo que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea se disponga otro cómputo*», pero con la limitación de estos plazos por horas no tengan una duración superior a 24 horas, porque de ser así «*se expresarán en días*» (artículo 30.1 LPAC).

10 En el artículo 30.2 LPAC también se excluyen “los sábados” del cómputo de los plazos por días.

11 Estas 3 reglas subsisten se mantienen en el artículo 30, apartados 4^o, 5^o y 6^o LPAC. No obstante, en cuanto al cómputo de plazos en Registros Electrónicos sólo serán días inhábiles los que se fijen en la sede electrónica, «*sin que resulte de aplicación a los mismos lo dispuesto en el artículo 30.6*», es decir, la regla general relativa a que cuando «*un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso*».

El artículo 42.2 Ley 30/1992 señala que «*el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento*», así como que «*este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea*¹²». Sin embargo, algunos preceptos de la Ley 30/1992 únicamente hacen referencia al plazo máximo para resolver, sin aclarar si dentro ese plazo máximo se debe también notificar (por ej. en cuanto al procedimiento de revisión de oficio, el artículo 102.5 primer inciso menciona que cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de 3 meses “*sin dictarse resolución*” producirá la caducidad¹³), lo que debe considerarse como un mero olvido del Legislador, pero que no excluye la exigencia de que también se produzca dentro de ese plazo máximo la notificación -o al menos el intento de notificación debidamente acreditado que contenga el texto íntegro de la resolución-, puesto que así se establece como norma de procedimiento administrativo común en el artículo 42.2 Ley 30/1992 (Dictamen del Consejo de Estado 289/2913 y STS 4/12/2012)¹⁴.

El artículo 42.5 Ley 30/1992 (en la redacción dada por la Ley 4/1999) permite que «*el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender*», entre otras causas, por la petición de «*informes que sean preceptivos y determinantes*¹⁵ del contenido de la resolución (en adelante, informes determinantes) a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos¹⁶», pero por un plazo máximo que «*no podrá exceder en ningún caso de tres meses*» (letra c)), lo que supone que la suspensión se levantará automáticamente si no se ha recibido en ese plazo el informe y, en consecuencia, que continuará

12 La redacción del artículo 21.2 LPAC es prácticamente idéntica.

13 El artículo 106.5 LPAC, sobre revisión de oficio de disposiciones y actos nulos, tampoco hace referencia a la obligación de notificar, pero fija un plazo para resolver de 6 meses, a diferencia de los 3 meses previstos en la Ley 30/1992.

14 Por el contrario, la STS 18/3/2008 mantiene la tesis contraria, basada en una mera interpretación literal del artículo 102.5 Ley 30/1992, y, como consecuencia de ello considera no caducado un procedimiento de revisión de oficio en el que la resolución se dictó en plazo (sin entrar en el análisis de si su notificación también se produjo dentro aquel plazo), porque «*a diferencia de lo que ocurre con otros preceptos, en éste no hay referencia a la notificación sino al dictado de la propia resolución*».

15 La LPAC, en su artículo 22.1.d), amplía la posibilidad de suspender el plazo para resolver y notificar por la petición de informes, porque basta que se trate de “*informes preceptivos*”, suprimiéndose la exigencia actual de que además “*sean determinantes*” del contenido de la resolución.

16 Parte de la doctrina ha criticado esta causa de suspensión porque considera que la concreta norma reguladora del procedimiento encargada de precisar el plazo máximo para resolver y notificar, ya debería haber tenido en cuenta la necesidad de ese informe determinante al fijar la duración total del procedimiento. Como muestra, CIERCO SEIRA (en la misma línea que SANTAMARÍA PASTOR) esa causa suspensiva supone una disfunción porque «*se viene a otorgar eficacia suspensiva a un trámite que el legislador ya contempló al diseñar la secuencia procedimental de turno y que, por tanto, pudo tener en cuenta a la hora de fijar el plazo global del procedimiento*» (“La Petición de Informes y la Suspensión del plazo para resolver el Procedimiento Administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Enero/Marzo 2010, página 169, Editorial Aranzadi).

corriendo el plazo para resolver y notificar. Singularmente paradójico se presenta ese levantamiento de la suspensión en aquellos casos en los que la Administración consultante se ve imposibilitada para adoptar una resolución porque el carácter vinculante u obstativo del informe es lo que lo hace determinante para resolver, ya que hasta que no se emita y su contenido sea conocido por la Administración no se podrá acreditar que se ha ajustado a ese carácter vinculante u obstativo del informe.

Frente a tales previsiones, el artículo 83 en sus apartados 3 y 4 Ley 30/1992 –no modificados por la Ley 4/1999– choca con el citado artículo 42.5.c), al menos, por las siguientes razones:

1ª) Porque, en cuanto a la petición de informes determinantes, no se refiere estrictamente a la posibilidad de “suspender” sino a la de “interrumpir el plazo de los trámites sucesivos”, cuando “suspensión” e “interrupción” no son en puridad figuras jurídicas equivalentes¹⁷.

2ª) Porque, al no fijarse un plazo máximo de interrupción y no permitirse la prosecución de las actuaciones, hasta que no se reciba el informe determinante no vuelve a contar el plazo máximo para resolver y notificar (salvo que se trate de informe determinante de otra Administración Pública distinta para expresar el punto de vista de sus competencias respectivas); mientras que el artículo 42.5.c) fija un plazo temporal máximo suspensivo vencido el cual la suspensión se levanta y continúa corriendo el plazo para resolver y notificar.

Precisamente, para solventar los problemas que en la actualidad se les plantean a los Órganos consultantes cuando concluye el plazo máximo de suspensión sin haber recibido el informe, el artículo 80.3 *in fine* LPAC remite en cuanto a los efectos de la suspensión a lo establecido «en la letra d) del apartado 1 del artículo 22», en la que se contempla que «en caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento», de modo que desaparece esa posibilidad de interrupción indefinida del plazo para resolver hasta la recepción del informe determinante que estaba contenida en el artículo 83.3 Ley 30/1992.

¹⁷ Conforme a la teoría general del Derecho la suspensión del plazo funciona como una “parada de reloj”, es decir, el tiempo consumido antes de producirse se computaría como tiempo transcurrido por lo que, levantada la suspensión, ese tiempo habría que descontarlo del plazo máximo para el ejercicio de la acción o del derecho, esto es, si se trata de la suspensión del plazo para resolver y notificar el procedimiento, alzada la suspensión el plazo no volvería a contar por entero, sino que únicamente quedaría el tiempo restante a partir de lo ya consumado antes de la suspensión. Sin embargo, en la interrupción del plazo, cuando cesa la causa interruptiva, el tiempo transcurrido antes de la interrupción se considera que no ha transcurrido, de tal manera que se reinicia de nuevo el plazo, es decir, es como si nuevamente el contador del “cronómetro se pone a cero”, lo que supondría para la Administración que tiene la obligación de resolver y notificar que, desaparecida la causa de interrupción, volvería a disponer de la totalidad del plazo. Solucionando esta falta de precisión terminológica el artículo 80.3 LPAC, en su artículo 107.3 (equivalente al actual artículo 83.3 Ley 30/1992), prevé que en el caso del transcurso del plazo máximo para la emisión de informes preceptivos sin que se hubieran emitido, se podrá “suspender” el plazo máximo legal para resolver el procedimiento.

Por otra parte, en la práctica es muy frecuente que ese plazo máximo de suspensión del procedimiento de 3 meses sea superior al plazo que la concreta norma especial haya fijado para la emisión del correspondiente informe determinante¹⁸.

Toda esta compleja regulación del plazo de que dispone la Administración para resolver y notificar, y de esta causa de suspensión, obliga al Consejo de Estado y al resto de Órganos Consultivos equivalentes a analizar de forma concienzuda los expedientes que se someten a su consideración para determinar si ha caducado el procedimiento o se ha producido el silencio estimatorio, como requisito previo para poder entrar en el análisis de fondo del asunto planteado¹⁹. En ocasiones si el plazo todavía no ha transcurrido y concurre causa de suspensión estas Instituciones Consultivas llegan a sugerir que la Administración consultante proceda a suspender el procedimiento²⁰.

III. CUESTIONES JURÍDICAS INTERPRETATIVAS QUE SUSCITAN LOS ARTÍCULOS 42.5.c) Y 83 DE LA LEY 30/1992.

Los artículos 42.5.c) y 83 Ley 30/1992 suscitan serias dudas interpretativas en aspectos muy diversos, tales como los siguientes:

A) La posible contradicción entre la literalidad de los citados preceptos, y cuál deba ser la interpretación integradora de ambos, puesto que del artículo 83.3 se desprende la *interrupción indefinida* de los trámites sucesivos del procedimiento administrativo y que no transcurre el plazo para resolver y notificar hasta que se reciban los informes determinantes solicitados, mientras que el artículo 42.5 prevé la *suspensión* del plazo para resolver y notificar, pero con carácter temporalmente limitado en el tiempo.

18 Por ejemplo, el CJCCV como regla general ha de emitir sus dictámenes en el plazo máximo de 1 mes a contar desde la recepción del expediente, y cuando se solicitan con urgencia, el plazo de emisión es de 10 días (artículo 14 Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de la Generalitat, de Creación del CJCCV –en adelante, LCJCCV–, y artículo 71 Reglamento del CJCCV, aprobado por Decreto 138/1996, de 16 de julio, del Consell, –en acrónimo, RCJCCV–).

19 El Dictamen CJCCV 94/2014 relativo a la resolución de un contrato por un Ayuntamiento, considera que *«cuando se remitió el Expediente a este Consell el día 31 de enero de 2014 se había superado el plazo de tres meses del que disponía la Corporación municipal para resolver el procedimiento, incluida la suspensión que, por plazo máximo de tres meses, supuso la solicitud de Informe de la Conselleria de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente»*, y, en consecuencia, *«procede declarar en el presente caso la caducidad del procedimiento de resolución contractual incoado»*, aunque *«sin perjuicio de que como la caducidad no produce por sí sola la prescripción de las acciones, el Ayuntamiento de Altea, si así lo estima, pueda iniciar un nuevo procedimiento de resolución contractual en el que podrán conservarse aquellos actos y trámites que pudiera resultar oportunos.»*

20 El Dictamen CJCCV 413/2014 dictado en relación con una pretendida revisión de oficio, estima que procede completar la instrucción del procedimiento poniendo en conocimiento de los interesados la iniciación de ese procedimiento para que puedan formular las alegaciones que estimen oportunas, pero advierte que *«el artículo 102.5 sanciona con la caducidad del procedimiento el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin haberse dictado resolución, por lo que de conformidad con el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992 se aconseja la suspensión del procedimiento cuando vuelva a remitirse el expediente a este Consell para su dictamen.»*

B) El alcance del concepto “*informes*”, y, concretamente, el de “*informes preceptivos y determinantes*”.

C) Si el informe vinculante u obstativo que sea desfavorable a la actuación pretendida por la Administración que debe decidir el asunto, puede ser objeto de impugnación por ésta.

D) Si la suspensión derivada de pedir un informe determinante opera automáticamente (*ipso iure*) o, si también requiere de un acto administrativo expreso por el que se acuerde aquélla.

E) Si la suspensión puede tener eficacia retroactiva o es irretroactiva.

F) Cuál es el día inicial del plazo (*dies a quo*) de la suspensión.

G) Cuál es el momento final del plazo (*dies ad quem*) de la suspensión.

H) Cómo ha de computarse el plazo restante para resolver y notificar cuando se levanta la suspensión del procedimiento.

I) En caso de falta de recepción del informe determinante, si el plazo máximo de suspensión siempre es el de 3 meses previsto en la legislación procedimental común o si hay que entenderlo reducido cuando haya norma específica que prevea un plazo inferior para la emisión del informe.

J) Si transcurre el plazo máximo para la recepción del informe determinante sin que haya llegado a la Administración consultante, ésta queda bloqueada porque necesariamente debe esperar a recibirlo para continuar con la instrucción del procedimiento y resolver, o puede seguir instruyendo el procedimiento y adoptar la decisión que estime procedente.

K) El plazo máximo de suspensión de 3 meses previsto en la legislación procedimental común es un plazo conjunto para todos los informes determinantes que se soliciten, o se aplica individualmente respecto de cada informe determinante, o depende del caso concreto planteado y del tipo de informe determinante de que se trate.

IV. CRITERIOS ESENCIALES A CONSIDERAR PARA INTERPRETAR LOS PRECEPTOS APLICABLES A LA SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA RESOLVER Y NOTIFICAR.

Para responder a todas las cuestiones apuntadas en el anterior apartado 3 debe acudirse a una interpretación armónica y coherente de todos los preceptos legales aplicables al caso, utilizando las reglas hermenéuticas previstas en el Código Civil (Cc), poniendo el énfasis en el espíritu y finalidad de la norma.

En efecto, el artículo 3.1º Cc, afirma que las normas *«se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»*, y en el primer inciso del apartado 2º de este artículo también se indica que *«la equidad ha de ponderarse en la aplicación de las normas»*.

También la jurisprudencia advierte que, *«si bien en materia de interpretación de las normas legales es preciso partir de la literalidad de su texto, no puede menos de tenerse en cuenta el valor de resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico»* (STS 2/7/1991, Sala Civil), o que *«el intérprete no debe detenerse en la mera exégesis gramatical, sino que debe atender a los demás elementos interpretativos que mencione el art. 3.1 del ‘c’ fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma, y esta tarea resulta necesario realizarla cuando se comprueba que la aplicación meramente literal de la Ley lleva consigo resultados prácticos no convincentes o contradictorios»* (RDGRN 30/7/1982).

Por otra parte, el artículo 7 Cc recuerda que *«los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»*, y que *«la Ley no ampara el abuso del derecho²¹ o el ejercicio antisocial del mismo»*, lo que, según la jurisprudencia (entre otras, STS Civil 14/2/1986), constituye una *«muestra de la reprobación por parte del legislador hacia aquéllas conductas que bajo una aparente acomodación a la norma disimulan o encubren, bien una arbitrariedad, bien una extralimitación»*, con la oculta finalidad de producir un perjuicio injustificado a terceros.

Aplicando estas premisas al tema que nos ocupa es fácil llegar a la conclusión de que la voluntad del Legislador, contenida en la Ley 30/1992 (y también en la LPAC) es la de instaurar la *“garantía del interesado”* a recibir respuesta expresa y en plazo a sus solicitudes, y, a que se le notifiquen los actos administrativos que le afecten, con la correlativa *“obligación de la Administración”* de resolver y notificar en plazo y con arreglo a criterios de celeridad.

Así se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, que en su apartado 9 aclara que *«el objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella»*, sino que *«el verdadero objetivo de la Ley, es que los ciudadanos obtengan una respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido»*,

²¹ En concreto, los elementos esenciales del abuso del derecho serían los siguientes: *«a) uso de un derecho objetivo o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva, cuando el derecho se actúa con intención de perjudicar o sin un fin serio y legítimo, o bajo forma objetiva cuando el daño proviene de causa de anormalidad en el ejercicio del derecho»* (STS Civil 3/11/1992), mientras que *«no actúa abusivamente quien utiliza su derecho respondiendo al mismo criterio finalista que a la norma legal inspira»* (STS Civil 18/5/1981).

previéndose «el carácter positivo de la inactividad de la Administración» como «la garantía que se establece cuando no se cumple» ese objetivo.

Atendiendo a la principal finalidad perseguida, la lógica consecuencia será que la posibilidad de suspender –en la medida en que supone demorar el pronunciamiento de la Administración– sólo cabrá en los supuestos tasados previstos en la Ley. Además, tales supuestos habrán de ser interpretados restrictivamente, puesto que el objetivo de la suspensión no es otro que el de evitar la producción de la caducidad del procedimiento administrativo o el efecto del silencio administrativo cuando, pese a haber actuado la Administración irreprochablemente, con la agilidad y diligencia²² que le resulta exigible en la instrucción del procedimiento, deba esperar a la práctica de otros trámites necesarios (por ej. requerimientos a los interesados para la subsanación de deficiencias y aportación de documentos o elementos de juicio necesarios²³, o necesidad de un pronunciamiento preceptivo y previo de un órgano de la Unión Europea²⁴...), o que son propuestos por otros sujetos (por ej. la práctica de pruebas técnicas o análisis contradictorios dirimientes a propuesta de los interesados²⁵).

Es meridiana la claridad de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de modificación de la redacción inicial de la Ley 30/1992, cuando en su apartado III indica que «se parte de la premisa de que un procedimiento administrativo que no sea ágil y breve es difícil que pueda ser una institución al verdadero servicio a los ciudadanos», y como excepción dispone que «el plazo puede suspenderse, acogiendo la inspiración del moderno derecho público comunitario, por causas tasadas...».

De lo expuesto se deduce que, en la interpretación de los artículos de la Ley 30/1992 relativos al tema que nos ocupa, hay que tratar de conjugar armónicamente dos aspectos: por un lado, el criterio de celeridad en la tramitación del procedimiento y el respeto al derecho de los interesados a que en un plazo razonable se dicten y se les notifique las resoluciones que les afecten, considerando las causas de suspensión como excepcionales y de interpretación restrictiva; pero,

²² Así la Memoria del Consejo de Estado del año 2003 recordaba que: «Sobre la Administración pesa una obligación general de diligencia que debe llevar al riguroso cumplimiento de los plazos. El artículo 47 de la Ley 30/1992 dispone que los términos y plazos legales obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos».

²³ Incluso en el supuesto de que la Administración no hubiera acordado expresamente la suspensión, el silencio estimatorio no se produciría ante una solicitud que presentase defectos sustanciales, porque como indica la STS 2/2/2012, «tenga carácter estimatorio o desestimatorio», el primer requisito necesario para que se entienda producido el silencio administrativo es la «existencia de una solicitud previa», porque «las solicitudes deben reunir los requisitos formales prevenidos en el art. 70 de la LRJ-PAC y la documentación precisa para permitir que la Administración adopte una decisión», de tal modo que «cuando se trata del silencio positivo, es la solicitud misma la que constituye el presupuesto de la eficacia material de aquél, de modo que se comunican a esta eficacia los defectos de la solicitud presentada...».

²⁴ Estas causas suspensivas también están previstas en los apartados a) y b) del artículo 42.5.Ley 30/1992 y en los apartados a) y b) del artículo 22.1 LPAC.

²⁵ Esa causa de suspensión está prevista por el artículo 42.5.d) Ley 30/1992 y en el artículo 22.1.e) LPAC.

por otro lado, como contrapeso, para no caer en el perverso efecto de beneficiar a quien no ha actuado con la diligencia y buena fe que le resulta exigible, que el alcance de esos derechos de los interesados se atempere atendiendo al comportamiento (mala o buena fe, dolo, negligencia o diligencia, etc) de la Administración y/o del interesado.

De la lectura de la Ley 30/1992 se extrae fácilmente la conclusión de que el Legislador es plenamente consciente de que, tanto la Administración puede utilizar estrategias para minimizar los derechos del interesado, o retrasar el cumplimiento de sus obligaciones, como la de resolver y notificar en plazo (por ej. mediante la práctica de actos de instrucción innecesarios o de requerimientos injustificados²⁶), como de que el interesado puede usar las suyas para intentar provocar el silencio administrativo positivo o la caducidad del procedimiento (ej. a través de su negativa a recibir notificaciones²⁷, o de hacer imposible materialmente la recepción de las notificaciones²⁸).

En cualquier caso, la jurisprudencia se suele pronunciar a favor del carácter tasado de las causas de suspensión del procedimiento (STS 16/3/2009)²⁹, por lo que resulta loable el esfuerzo realizado en la LPAC para introducir otras causas suspensivas que también se refieren a la práctica de actuaciones o trámites que a priori no son previsibles, pero que sobrevienen necesarios para que la

26 El artículo 35 f) Ley 30/1992 reconoce el derecho de los interesados a no presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o que no sean exigibles por las normas de procedimiento aplicable, derecho que es ampliado por el artículo 53.1.d) LPAC pues se refiere a los documentos «en poder de las Administraciones Públicas» –concepto más amplio que el de Administración actuante– y también lo reconoce respecto a los documentos “elaborados” por las Administraciones Públicas.

Estos derechos no tienen como correlato del deber de la Administración de no practicar tales requerimientos, y caso de así hacerlo, esos requerimientos ilegales no producirán efecto suspensivo del plazo para resolver y notificar.

27 El artículo 59.4 Ley 30/1992 indica que «cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento».

Además el artículo 42.1.5 LPAC exige para que se tenga por efectuado el trámite, que se especifique «el medio» de notificación.

28 La Ley 30/1992 (y también la LPAC) respecto de las notificaciones en que, pese a haberse intentado, no se han podido practicar personalmente, ante la falta de reprochabilidad del comportamiento de la Administración, e, incluso la eventual conducta omisiva u obstructiva del destinatario, indica que «a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado» (artículos 58.4 Ley 30/1992 y 40.4 LPAC), pues como afirma el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, en el régimen de las notificación se introduce «una previsión dirigida a evitar que por la vía del rechazo de las notificaciones se obtenga una estimación presunta de la solicitud», o a que se produzca la caducidad del procedimiento.

29 La STS 16/3/2009 respecto de un supuesto en que la Administración acuerda, con carácter indefinido, la suspensión de la decisión sobre la autorización solicitada hasta que se tramite el deslinde, declara que «la decisión adoptada por la Administración no encaja, ciertamente, en ninguno de los supuestos de suspensión del plazo para resolver previstos en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, y tampoco pueden ser asumidas».

Administración pueda decidir un asunto³⁰. No obstante, en algún caso aislado el TS ha admitido la suspensión del procedimiento por alguna causa no expresamente prevista en el artículo 42.5 Ley 30/1992, aunque motivándolo en la *doctrina de los actos propios*, porque los interesados aceptaron la decisión de suspensión del procedimiento que les fue notificada (STS 28/1/2010)³¹.

De todo lo expuesto, se pueden extraer 2 conclusiones claras:

1ª) Las causas de suspensión han de ser interpretadas restrictivamente, como excepción que son al principio de celeridad que rige en el procedimiento administrativo y al deber de la Administración de resolver y notificar dentro de un plazo máximo.

2ª) No basta con la concurrencia meramente formal o literal de la causa de suspensión para que esta produzca el efecto suspensivo del procedimiento, sino que su correcta utilización y su extensión temporal debe estar directamente conectada con la finalidad prevista por el Legislador, que sería la de evitar que la Administración que ha actuado con la diligencia y agilidad exigida, se vea imposibilitada de resolver y notificar en plazo por causas imputables a los interesados o por circunstancias que escapan a su control.

Por tanto, deben rechazarse aquellas interpretaciones que dejan en manos de la Administración consultante, o incluso del Órgano o Institución informante, una injustificada suspensión del procedimiento desde la perspectiva descrita (por ej. mediante la petición de un dictamen a un Consejo Jurídico Consultivo autonómico cuando la instrucción del procedimiento es inexistente o manifiestamente insuficiente, con la subrepticia finalidad de evitar el silencio administrativo o la caducidad, por el inminente vencimiento del plazo de

³⁰ Así por ej. la LPAC introduce como causas suspensivas, entre otras, que «*para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional...*» (artículo 22.1.g) LPAC); el requerimiento por una Administración Pública a otra «*para que anule o revise un acto que entienda que es ilegal y que constituya la base para el que la primera haya de dictar en el ámbito de sus competencias...*» (artículos 22.2.a) y 39.5 LPAC); o que el órgano competente para decidir, mediante acuerdo motivado, aprecie la necesidad de realizar «*actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento*» (artículos 22.2.a) y 87 primer párrafo LPAC).

³¹ En la STS 28/1/2010, tras afirmar que, «*es cierto que en la Ley 30/1992 no existía un precepto singular que dispusiera la suspensión de los plazos ante solicitudes relativas a las cuestiones de confidencialidad de los documentos*», admite dicha posibilidad, por 2 razones: la primera, porque considera que «*se trata de una laguna legal consecutiva a la falta de previsiones generales sobre el tratamiento que ha de dispensarse a aquellas solicitudes, requeridas de un análisis del contenido de los documentos calificados de confidenciales a fin de preservar a la vez los intereses de todas las partes personadas en un expediente sancionador y, simultáneamente, respetar la reserva con que han de ser tratados los documentos en los que se contengan datos empresariales que no han de ser puestos en conocimiento de terceros*», estimando lógico que «*se suspendan las actuaciones correspondientes para examinar con el rigor debido las cuestiones relativas a la confidencialidad de los documentos*», y, la segunda, porque «*aun cuando ello por sí sólo no pudiera obstar a la caducidad, no deja de ser significativo que la declaración de que el plazo había quedado interrumpido fuera, una vez notificada a los interesados, consentida por todos ellos*», en la medida que «*las empresas personadas dieron, en efecto, su aquiescencia sin poner reparos a la decisión adoptada en este sentido por el Tribunal de Defensa de la Competencia*».

resolución³²), o un alargamiento artificial e innecesario del plazo máximo de suspensión (por ej. permitiendo varios plazos de suspensión distintos, cuando no exista obstáculo legal para que los informes determinantes que se hayan de practicar se puedan pedir simultáneamente).

Según GONZÁLEZ CELADA³³, resulta obligada una interpretación restrictiva de las causas de suspensión, de modo que no puede justificarse su uso abusivo *«a los efectos de ampliar los plazos normativamente previstos de un modo arbitrario, y en claro perjuicio de terceros»*, y, singularmente, en cuanto a la causa de suspensión del artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, ya que como indica CIERCO SEIRA³⁴, la suspensión por la petición de un informe determinante obedece a que se trata de *«un trámite cuya evacuación no está a disposición del encargado de la instrucción»*, ya que *«podrá el instructor tratar de acelerar el ritmo de la consulta, pero, en última instancia, quedará a merced del órgano consultado emitir el juicio y, por ende, emitirlo a tiempo»*.

V. ANÁLISIS DE CUESTIONES JURÍDICAS CONCRETAS DE LA SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA RESOLVER Y NOTIFICAR.

Procedemos a continuación a realizar un análisis de las concretas cuestiones jurídicas apuntadas con anterioridad en torno a los artículos 42.5.c) y 83 Ley 30/1992.

a) Interpretación integradora de los artículos 83.3 y 42.5 Ley 30/1992.

Para la jurisprudencia del TS la petición de informes determinantes es una causa de *“suspensión”* del procedimiento (no de interrupción), por lo que operaría como una *“parada de reloj”*, lo que quiere decir que el tiempo consumido antes de que el procedimiento hubiera estado suspendido habría que descontarlo del plazo máximo para resolver y notificar (STS 18/3/2008). Esta interpretación, por otra parte, es la más acorde a la finalidad de la Ley 30/1992, que es la de la celeridad en la tramitación del procedimiento y que no recaigan sobre los interesados las consecuencias perjudiciales de los retrasos de la Administración en la tramitación del procedimiento, como ocurriría si se reiniciase, desde el principio, el plazo máximo para resolver y notificar.

En cuanto a si la parada del procedimiento tiene una duración máxima o puede perdurar indefinidamente hasta la recepción del informe determinante, la STS 2/2/2010 declara *«correcta la doctrina de la Sala de instancia acerca de que no cabe una suspensión indefinida del procedimiento cuando se interesan informes preceptivos a la vista de que el apartado 5 c) del art. 42 LRJAPAC estatuye que el plazo máximo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses»*.

³² Con este modo de actuar se estaría vulnerando el principio reiteradamente aplicado por la jurisprudencia de que *«la Administración no puede beneficiarse de su propia torpeza»* en su actuar.

³³ Letrado del Consejo Consultivo de Castilla y León, y Letrado del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León. «La suspensión en los procedimientos de revisión de oficio y resolución de contratos...» *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 21, pág. 30.

³⁴ *«La Petición de Informes y la Suspensión del plazo para resolver el Procedimiento Administrativo»*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Enero/Marzo 2010, página 167.

Previamente ya otras SSTS habían seguido esta tesis, como la STS 4/3/2009 que afirma que *«el artículo 83.3 debe ser leído en conexión con el artículo 42.5, letra c), de la misma Ley 30/1992, tras su reforma de 1999, de modo que, entre otras consecuencias, la interpretación conjunta de ambos preceptos autoriza una suspensión que no exceda en ningún caso de tres meses»*, siguiendo la doctrina contenida en la STS 18/3/2008.

La STS 18/3/2008 declaró que *«la interpretación del artículo 83.3 de la Ley 30/1992 no puede privar de sentido a la regla taxativa establecida en el artículo 42.5, cuya redacción actual (aplicable al caso) procede de la reforma de aquélla aprobada por la Ley 4/1999»*, considerando que *«el texto del nuevo artículo 42.5 de la Ley 30/1992, en cuanto norma de 1999 que expresa la voluntad legislativa posterior a 1992, debe prevalecer a efectos interpretativos para resolver cualquier antinomia que pudiera surgir de la pervivencia de los preceptos originales de la misma Ley 30/1992, pues ésta ha de considerarse un cuerpo dotado de coherencia interna»*.

Para la citada Sentencia *«la reforma en 1999 de la Ley 30/1992 ha pretendido introducir una cierta disciplina en la duración de los procedimientos iniciados de oficio que puedan tener efectos gravosos para el administrado, sometiéndolos a un riguroso plazo de caducidad»*, de tal modo que *«la regla general..., consiste en que el vencimiento del plazo máximo para resolver dichos procedimientos sin que se haya dictado la resolución correspondiente determina de modo automático su caducidad y archivo (artículo 44.2)»*, pero advierte que *«el rigor queda atenuado... permitiéndose que en circunstancias excepcionales se ‘pare el reloj’ del cómputo temporal, esto es, se suspenda el plazo máximo para resolver»*, si bien *«no admite que dicha ‘parada de reloj’ sea indefinida sino que la somete, a su vez (en algunos de los supuestos, no en todos), a límites temporales propios»* y *«transcurrido el tiempo de suspensión, el cómputo del plazo legal para resolver vuelve a correr sin que la Ley 30/1992 tolere una segunda ‘parada de reloj’ por el mismo concepto y para el mismo informe...»*.

b) El alcance del concepto “informes”, y, concretamente, el de “informes preceptivos y determinantes”.

Según la jurisprudencia la expresión “informe” se ha de interpretar en sentido estricto, de manera que el efecto suspensivo del artículo 42.5.c) Ley 30/1992 no se extiende a otros actos de trámite distintos como, por ejemplo, el de información pública (STSJCV 1948/2004, de 2/2/2004)³⁵.

³⁵ La STSJC 1948/2004 considera que *«el trámite de información pública no es incardinable en el art. 42.5.c), ya que la exposición a información pública, por un lado, no es equiparable a “un informe” y, por otro lado, no tiene el carácter de “preceptivo y determinante” en el sentido de que cómo trámite es obligatorio y su omisión determina la nulidad pero en cuanto a su contenido ni es preceptivo porque en muchas ocasiones se publica para información pública una actuación y nadie se persona ni hace alegaciones y, tampoco es determinante en el sentido que la Administración no está obligada a seguir las alegaciones en un información pública sino que será un elemento más a la hora de dictar la resolución...»*.

Además, con la Ley 30/1992, para que se produzca el efecto suspensivo, no basta que el informe sea “*preceptivo*” (STSJ de Madrid 19/12/2006)³⁶, sino que también ha de ser “*determinante*” en la resolución que hubiera de dictarse (STSJCV 140/2010, de 5/2/2010, o Memoria del Consejo de Estado del año 2003).

Es incontestable el carácter “*preceptivo y determinante*” de un informe cuando expresamente la norma lo califica como vinculante³⁷, u, obstativo (también llamado cuasivinculante, impeditivo o semivinculante)³⁸ para la decisión a adoptar, porque la Administración, bien no puede apartarse del criterio manifestado en el

36 En la STSJ de Madrid 19/12/2006, respecto a informes que fueron solicitados y unidos al expediente y que, a juicio de la Administración demandada suspendían el plazo para resolver, declara que se trata de un «*criterio que no comparte este Tribunal ya que dichos informes ni son preceptivos ni debían por consiguiente emitirse para dictar resolución...*».

37 Algunos autores, partiendo de una interpretación restrictiva de las causas de suspensión, consideran que sólo los informes vinculantes pueden ser determinantes. Así, RIVERO GONZÁLEZ indica que «*parece útil equiparar, a los efectos de reducir la discrecionalidad en la utilización de este motivo de suspensión del plazo de resolución, el carácter ‘determinante’ al de ‘vinculante’, de tal suerte que sólo la solicitud de informes que sean preceptivos y vinculantes podrá dar lugar a la suspensión del plazo de resolución*» («*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*», Aranzadí, Elcano, 2000).

38 Por ej. se califican como preceptivos y vinculantes u obstativos los siguientes informes:

- El del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente, respecto de los procedimientos de revisión de oficio de actos o disposiciones administrativas (artículos 102 Ley 30/1992 y 106 LPAC).

- El de la Conselleria competente en materia de economía y hacienda, respecto de la existencia de crédito adecuado para hacer frente a cualquier incremento de gasto que pueda derivar de un anteproyecto de Ley, proyecto de disposición administrativa o proyecto de convenio, en el ejercicio de inicio de su eficacia o en cualquier ejercicio posterior (artículo 28 bis 2 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana, aprobado por Decreto Legislativo de 26/6/1991).

- El de la Dirección General competente en materia de control y coordinación de ayudas públicas de la Generalitat, sobre la compatibilidad con el D. Comunitario Europeo de los proyectos que pretendan conceder, establecer, o modificar ayudas públicas con cargo a los Presupuestos de la Generalitat (Disposición Adicional 4ª Ley de Medidas Comunitat Valenciana para año 2012 y artículo 6 Decreto 147/2007 de 7 de septiembre, del Consell, que regula el procedimiento de notificación y comunicación a la Comisión Europea de los proyectos de la Generalitat dirigidos a establecer, conceder o modificar ayudas públicas).

- El de la Conselleria competente en materia de vías pecuarias para la aprobación del instrumento de ordenación urbanística o territorial que conlleve modificación del trazado de un vía pecuaria (artículo 21.2.a) Ley 3/2014, de 11 de julio, de Vías Pecuarias de la Comunitat Valenciana).

- El de la Conselleria competente en materia de puertos para la aprobación o modificación de los instrumentos de planeamiento urbanístico que afecten a los puertos (artículo 4.3.f) Ley 2/2014, de 13 de junio, de Puertos de la Comunitat Valenciana).

- El de la Administración competente en materia de transporte respecto a la formulación de instrumentos de planeamiento urbanístico y proyectos de cualquier tipo, la ejecución de obras públicas o privadas y los cambios de usos que impliquen la implantación de cualquier tipo de elemento edificatorio o de urbanización, etc, en los ámbitos incluidos en la delimitación de área de reserva de suelo para infraestructuras de transporte (artículo 69.1 Ley 6/2011, de 1 de abril, de Movilidad de la Comunitat Valenciana).

- El de la conselleria competente en materia de cultura, sobre los proyectos de planificación o transformación del territorio que por la legislación específica no estén sujetos a trámites de evaluación ambiental pero que comprendan en su ámbito bienes inscritos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano o bienes de naturaleza arqueológica o paleontológica (artículo 11.6 Ley 5/2007, de 9 de febrero, de Patrimonio Cultural Valenciano).

- El de la Administración titular de la vía pública sobre la determinación en el planeamiento urbanístico de zonas de protección de carreteras en terrenos clasificados como urbanos (artículo 33.2 de la Ley 6/1991, de 27 de marzo, de Carreteras de la Comunitat Valenciana).

dictamen, ni siquiera motivando porque se separa de aquél (informe vinculante), o bien se encuentra ante la imposibilidad jurídica de llevar a cabo la actuación pretendida si no cuenta con ese informe favorable (informe obstativo)³⁹.

Igualmente, cuando la norma atribuye de forma expresa y clara⁴⁰ el carácter determinante de un informe preceptivo, se podrá acordar sin mayores problemas la suspensión del plazo para resolver y notificar.

No obstante, dado que la suspensión del procedimiento prevista en el artículo 42.5.c) Ley 30/1992 ha de interpretarse restrictivamente en la medida en que permite *de facto* ampliar el plazo real para resolver y notificar, así como que los artículos 82 y 83 de la citada Ley establecen la regla general de que los informes son “*facultativos y no vinculantes*” y que los informes son “*preceptivos por disposiciones legales*”, y atendiendo a que dichos preceptos se han dictado en ejercicio de la competencia exclusiva estatal del artículo 149.1.18^a de la Constitución (procedimiento administrativo común y bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas), no parece que el concepto jurídico indeterminado “*informe determinante*”, se pueda extender ilimitadamente mediante un reglamento (local⁴¹ o autonómico) a cualquier informe preceptivo, ni tampoco mediante una Ley autonómica.

39 Sin perjuicio de que, en ciertas materias, las normas prevean que la no emisión en plazo del informe: a) Permita proseguir el procedimiento (por ej. cuando se trata de informes de Administración Pública distinta para garantizar el punto de vista de sus competencias respectivas –artículos 83.4 Ley 30/1992 y 80.4 LPAC–); o, b) Produzca la pérdida del carácter vinculante u obstativo; o, c) Consideren que el informe sea presuntamente desfavorable, o, en su caso, favorable.

40 Por ej. se predica el carácter de informe determinante en el artículo 54.9 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunitat Valenciana – LOTUP-, respecto de la declaración ambiental y territorial estratégica; en el artículo 83 de la Ley estatal 62/2003, de Medidas, respecto de los informes del Centro para el Desarrollo Tecnológico e Industrial y de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva; en el artículo 12 del Real Decreto 1993/1995, que aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades en la gestión de la Seguridad Social, respecto del informe del organismo correspondiente de la Seguridad Social para la autorización de instalaciones de aquellas entidades; o en la Disposición Transitoria 1^a de Ley 2/2013, de 29/5, de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28/7, de Costas, etc.

41 La STS 16/7/2008 en cuanto a un precepto de una Ordenanza municipal que indicaba que «*será preciso el informe favorable de la Comisión Municipal del Patrimonio Histórico Artístico*», para la instalación de determinados elementos y equipos de telecomunicaciones, cuando está exigencia no estaba prevista ni en la legislación general de telecomunicaciones ni tampoco en la legislación de patrimonio histórico artístico, considera que aunque nada se opone a que se pueda contar con ese informe en relación con esas instalaciones, al exigir que sea favorable, «*se convierte en vinculante para el otorgamiento o no de la licencia de manera que se priva al órgano competente para decidir acerca del otorgamiento o denegación de la autorización del ejercicio de su competencia de forma que en caso de que el informe sea desfavorable quien habrá decidido la denegación habrá sido la Comisión Municipal del Patrimonio Histórico artístico, y no el órgano que ostenta la competencia*».

Para la citada Sentencia este precepto «*vulnera los arts. 82 y 83 de la Ley 30/1992, cuando establecen el primero de ellos que ‘A efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales...’. Y añade el art. 83 que: ‘Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes’*» y concluye que, dado que la competencia es irrenunciable, de tener carácter vinculante ese informe «*dejaría en manos de un órgano consultivo la decisión que compete exclusivamente al órgano al que la norma se la concede*».

También suele haber coincidencia en que, si la norma guarda silencio sobre el carácter determinante o no de un informe preceptivo que haya de pronunciarse exclusivamente sobre circunstancias fácticas, no jurídicas, ese informe no puede considerarse determinante, salvo que sea absolutamente indispensable para poder decidir materialmente sobre el fondo del asunto por versar sobre cuestiones en las que la Administración carece de capacidad para formarse un juicio adecuado, debido a que ese informe haya de ser evacuado por técnicos dotados de una especial o singular pericia para el análisis de los hechos de la que carece la Administración que debe instruir y resolver (ej. ingeniero de caminos, canales, puertos o comunicaciones, ingeniero industrial...) (SSTS 8/3/2010⁴² o 29/11/1999, STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 352/2005, o STSJCV 140/2010, de 5/2/2010)⁴³. No obstante, incluso, en ese supuesto excepcional, existen sentencias que no les reconocen carácter determinante porque no existe norma que así los califique expresamente (STSJCV 904/2009, de 17/9/2009⁴⁴) o que, al menos, les atribuya carácter vinculante u obstativo (STS 22/9/2003)⁴⁵.

La cuestión se torna todavía más polémica en el caso de los informes preceptivos de carácter jurídico a los que no se les haya asignado expresamente por la norma carácter determinante, ni vinculante, ni obstativo (por ej. de la Abogacía del Estado, de la Abogacía de la Generalitat, o los dictámenes sobre ciertas materias del Consejo de Estado o de los Consejos Consultivos autonómicos), puesto que en todas las Administraciones Públicas existen técnicos con conocimientos jurídicos (por ej. Secretarios en Corporaciones Locales, Técnicos de Administración General en la Administración del Estado o en las CCAA...) que ante la falta de recepción del informe en plazo podrían asesorar en Derecho, o proponer una resolución

42 La STS 8/3/2010 afirma que «no cabe entender que la suspensión del plazo para resolver opera sólo cuando se pidan informes que sean vinculantes; tal suspensión también puede ser acordada en caso de solicitud de informes que, aun no siendo vinculantes, “sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución”, esto es, que sean necesarios para que el órgano que ha de resolver se forme criterio acerca de las cuestiones a dilucidar», pues «precisamente por tratarse de informes que revisten una singular relevancia en cuanto a la configuración del contenido de la decisión, es exigible que el órgano competente para resolver esmere la motivación en caso de que su decisión se aparte de lo indicado en aquellos informes.»

43 Así, por ejemplo, la STS 29/11/1999 incluye en los informes determinantes los «que, por su contenido no jurídico, suelen calificarse de ‘técnicos’ (por ejemplo, el informe que se solicita para acreditar ‘el estado de conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento’ (artículo 141.1 Ley 30/1992), a efectos de la solución que haya de darse a una reclamación de responsabilidad extracontractual».

La STSJ 352/2005 Islas Canarias, Las Palmas, considera como informe determinante el informe psicopedagógico exigido en una Orden para poder acceder a la flexibilización del periodo de escolarización, en la medida en que tal informe recoge la situación evolutiva y educativa de un alumno que sirve de base para poder dictar la resolución.

44 En la STSJCV 904/2009, de 17/9/2009, parece negarse el carácter determinante de los informes sobre circunstancias fácticas cuando la norma no ha declarado expresamente su carácter determinante, porque literalmente afirma que «cuando la legislación entiende que un informe es preceptivo y determinante lo establece claramente».

45 La STS 22/9/2003 declara que un informe preceptivo no es determinante «porque no es vinculante ni obstativo, sin que tampoco por cualquier otro concepto limite o condicione la libertad estimativa del órgano administrativo que ha de resolver...».

ajustada a la legalidad, puesto que *a priori* no hay una situación de falta de capacidad técnica que impida a la Administración resolver adecuadamente⁴⁶.

No obstante, la jurisprudencia mayoritaria, siguiendo la doctrina mantenida por el Consejo de Estado (Dictamen 8/7/1999 y Memoria del Consejo de Estado del año 2003⁴⁷), y por la mayoría de los Consejos Consultivos autonómicos (entre ellos, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana –en adelante, CJCCV–⁴⁸), califica como determinantes los dictámenes del Consejo de Estado o de los Consejos Consultivos autonómicos, o de la Abogacía del Estado o de las abogacías de las CCAA, o de las respectivas Intervenciones (SSTS 7/4/2003, 4 y 13/11/2003 y 18/2/2004)⁴⁹, aunque todavía existen opiniones en sentido contrario, como la del Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen de ese Consejo 151/2014)⁵⁰.

Por otra parte, dado el carácter restrictivo de la causa de suspensión, si en idéntico asunto fueran exigibles dos informes preceptivos de Órganos distintos que hubieran de pronunciarse sobre los mismos aspectos jurídicos (por ej. de la Abogacía y del Consejo Consultivo Autonómico), lo lógico será que sólo se reconozca el carácter determinante al emitido por el correspondiente al Consejo Consultivo, por su carácter de supremo órgano asesor en materia jurídica y por su objetividad e independencia en el ejercicio de su función como consecuencia de la autonomía orgánica y funcional que tiene reconocida legalmente (Dictamen Consejo Consultivo de Aragón 34/2013 y Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 97/2014⁵¹).

⁴⁶ La STSJCVC 140/2010, de 5/2/2010, respecto a un procedimiento sancionador, no considera determinante un informe estrictamente jurídico, porque el órgano competente puede resolver sin necesidad de ese informe.

⁴⁷ En la Memoria del Consejo de Estado de ese año se otorga el carácter de determinantes a los informes que «ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les lleven a resolver con fundamentado rigor y con previsible acierto, los que permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo», e incluye, entre otros, por ejemplo los informes preceptivos del Consejo de Estado, y admite que «pueden existir otros informes con esas cualificaciones, cuales, en ciertos supuestos, los de la Abogacía del Estado, los de la Intervención General del Estado o los de la Inspección General del Departamento».

⁴⁸ Por ej. el Dictamen CJCCV 524/2014 asevera que, «según dispone el art. 42.5 de la Ley 30/92 ..., el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los anteriores casos: «c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución...», apostillando «supuesto en el que se encuentra el dictamen de este Consell Jurídic Consultiu.»

⁴⁹ Particularmente, la STS 4/11/2003 afirma que «los informes de la Abogacía del Estado, de la Intervención General del Estado, y del propio Consejo de Estado, en su caso, pueden entenderse comprendidos en la letra c) artículo 42.5 de la Ley 30/1992...».

⁵⁰ El Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 151/2014 considera que «no procede que con la solicitud del preceptivo dictamen de este Organismo se haya acordado (al amparo del art. 42.5 c) LRJ-PAC) la suspensión del procedimiento resolutorio, porque este Consejo Consultivo no es propiamente un órgano de la Administración activa ni de carácter asesor», sino que «es un órgano de control preventivo externo de la actuación administrativa proyectada, que interviene antes de dictarse la Resolución del correspondiente procedimiento...».

⁵¹ El Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 97/2014, en relación con un procedimiento en el que ese dictamen tenía carácter obstativo de la resolución y además era preceptivo el informe jurídico de otro órgano administrativo, indica que «sin perjuicio de su carácter preceptivo, no parece plausible considerar... que el informe de la Asesoría Jurídica pueda considerarse como determinante del contenido

A modo de conclusión, cabe afirmar que el concepto jurídico indeterminado “*informes determinantes*” introducido en la Ley 30/1992, por su novedad y falta de concreción, ocasiona una gran controversia jurisprudencial y doctrinal en cuanto a su alcance, y esta cuestión no es baladí porque de esa calificación va a depender según la Ley 30/1992 la posibilidad de suspender el procedimiento.

En cualquier caso, este problema no existirá para los procedimientos que se inicien bajo la vigencia de la LPAC, porque ésta acaba de raíz con el problema de delimitar qué informes preceptivos son “*determinantes*”, al no hacer mención alguna en su texto a ese tipo de informes y permitir la suspensión del procedimiento por la petición de informes “*preceptivos*” (artículo 22.1.d) LPAC), suprimiendo la exigencia de que también hayan de ser “*determinantes para la resolución del procedimiento*”.

c) Si el informe vinculante u obstativo que sea desfavorable a la actuación pretendida por la Administración que debe decidir el asunto, puede ser objeto de impugnación por ésta.

La jurisprudencia de lo contencioso-administrativo se muestra reacia a la admisibilidad de la impugnación de los informes vinculantes u obstativos del Consejo de Estado y del resto de Órganos consultivos autonómicos, manteniendo una postura más flexible cuando ese tipo de informes son emitidos por otras Administraciones Públicas para preservar sus propias competencias respectivas (Auto TSJ Cataluña 19/3/2014).

El Auto TSJ Cataluña 19/3/2014 considera que el dictamen favorable de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya en un procedimiento de revisión de oficio, «*no constituye meramente un obstáculo sobrevenido al ejercicio de una potestad administrativa preexistente, sino que supone la carencia de uno de los presupuestos o requisitos legales que han de concurrir para el nacimiento de aquélla*», por lo que no admite a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Ayuntamiento contra un dictamen desfavorable de esa Comissió en un concreto procedimiento revisorio de oficio de determinados actos administrativos.

Para ese Auto, a diferencia de la admisibilidad de la impugnación de otros informes vinculantes porque son «*la plasmación del criterio de otra Administración, que interviene en función de las competencias que tiene encomendadas*», no sucede lo mismo con el dictamen vinculante del Consejo de Estado o de otra Institución Consultiva análoga porque “*no puede ser equiparado*”, ya que funciona como una “*voz de la ley que actúa en garantía de los interesados, y de ahí el carácter habilitante del mismo*”. Para apuntalar esta solución también aduce el Auto que con la inadmisión a trámite no se afecta a la tutela judicial

de la resolución, a los efectos de la suspensión del procedimiento en los términos indicados en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992..., sin perjuicio de la posibilidad de que en otros procedimientos el informe de la Asesoría Jurídica pueda tener el carácter de informe preceptivo y determinante a los efectos de suspensión del procedimiento...».

efectiva porque el Ayuntamiento puede acudir al proceso de lesividad, y añade además que sería perfectamente constitucional que el Legislador suprimiese la potestad administrativa de revisión de oficio.

No obstante, el Auto no resulta satisfactorio porque podría llevar a la absurda consecuencia de que la eventual actitud pasiva de la Institución Consultiva bloquease la potestad revisoria que, aunque excepcional, está prevista en la Ley vigente. En efecto, el carácter de presupuesto habilitante del dictamen supone que la potestad de revisión de oficio no se pueda ejercer sin su existencia favorable, por lo que, a priori, no cabría esa revisión no sólo contra el criterio desfavorable de la Institución Consultiva, sino tampoco cuando no se pronunciará el Órgano consultivo.

En mi opinión ese tipo de informes desfavorables pueden ser impugnados separadamente porque son un “*acto de trámite cualificado*”, ya que deciden el fondo del asunto, y, conforme a la legislación de procedimiento administrativo común, la Administración con competencia decisora en aquella materia tendría legitimación activa para su impugnación en la medida que reuniría la condición de interesada y que esos informes le pueden suponer un perjuicio a sus intereses legítimos, al impedirle, teóricamente, adoptar una decisión contraria al sentido del informe desfavorable⁵² (artículos 107.1 y 31 Ley 30/1992, 112.1 y 4 LPAC, y 44.1 y 19.1.c), d), e) y g) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –LJCA–).

De cualquier modo, de la LPAC se deduce fácilmente la posibilidad de impugnar los informes vinculantes u obstativos para la actuación pretendida por otra Administración, cuando sean desfavorables, porque en su artículo 39.5 dispone que «*cuando una Administración Pública tenga que dictar, en el ámbito de sus competencias, un acto que necesariamente tenga por base otro dictado por una Administración Pública distinta (por ejemplo, el acto de una Corporación Local para resolver un procedimiento de revisión de oficio, que está condicionado inexorablemente por el dictamen del Consejo Consultivo autonómico correspondiente) y aquella entienda que es ilegal, podrá requerirla previamente para que anule o revise el acto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, de rechazar el requerimiento, podrá interponer recurso contencioso-administrativo.*»

52 La STS 22/7/2000 y la STSJ Andalucía (Granada) 1561/2011, de 27/6/2011, consideran que la Administración no puede resolver por el carácter vinculante u obstativo del dictamen emitido en contra. En concreto esta STSJ Andalucía se refiere a un supuesto en que el Pleno de un Ayuntamiento aprobó un instrumento urbanístico cuando había transcurrido el plazo para la emisión del dictamen del Consejo Consultivo sin que éste se hubiera evacuado, y señala que “*la diferenciación entre dictamen vinculante y obstativo en que abunda la demandante... no permite llegar a la conclusión del Ayuntamiento que pretende que pudo dictarse el acto en ausencia del dictamen; ciertamente el dictamen positivo no vincula a la aprobación necesariamente, pero la ausencia de dictamen favorable impide la aprobación conforme al artículo 129 del TRLS 1992 en relación a la Ley 1/1997 de Andalucía y la jurisprudencia del TS (por todas STS 22/7/2000)*”, por lo que “*el acuerdo del Ayuntamiento que aprobó definitivamente el Plan Parcial sin existir, en ese momento procedimental, dictamen favorable del Consejo Consultivo es contrario a derecho e incurre en vicio de nulidad de pleno derecho al omitir un trámite esencial del procedimiento (art 62.1.e) de la Ley 30/1992)*”.

d) La suspensión derivada de pedir un informe determinante opera automáticamente (*ipso iure*) o también requiere de un acto administrativo expreso por el que se acuerde.

La tesis mayoritaria, seguida por este CJCCV, considera necesaria para que se produzca la suspensión del procedimiento que concurren los 2 requisitos a que se refiere el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992: que exista un acuerdo expreso de suspensión -no sólo la simple petición de dictamen- y que se notifique a los interesados.

Esta postura se apoya en la propia dicción literal del precepto que dice que “*se podrá*” suspender (no que “*se suspenderá*”), por lo que configura la suspensión como una facultad de la Administración, que dispone de la opción de suspender o no cuando concorra una de las causas legales que lo permiten. Pero fundamentalmente esa interpretación es la más acorde con la utilización tasada y restrictiva de la suspensión y de sus causas, como excepción que es a la regla general de que la Administración debe resolver y notificar en plazo.

El Consejo de Estado considera que *«de la propia lectura del precepto se infiere que la suspensión del plazo del procedimiento no se verifica de modo automático ni necesario»*, porque *“se trata de una potestad de la Administración que instruye el procedimiento, que puede hacerlo o no al amparo de la ley»*(Dictamen del Consejo de Estado 17/5/2007), de tal manera que *«para que pueda producirse... debe existir un acuerdo expreso de suspensión del procedimiento, sin que la mera petición de un informe de un pronunciamiento previo de un órgano de las Comunidades Europeas o la declaración de inicio de negociaciones o la realización de las pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes implique automáticamente la referida suspensión»* (Memoria del Consejo de Estado del año 2003). Y, por ello, entre otros dictámenes, en el de 21/7/2011 declara caducado el procedimiento por el transcurso del plazo máximo para resolver dado que la *«suspensión está condicionada a la notificación a los interesados y no consta que esta notificación se practicara.»*

También los Tribunales Superiores de Justicia suelen coincidir en la necesidad de un acuerdo expreso de suspensión notificado a los interesados. Así, por ejemplo, la STSJ País Vasco 10/11/2010, según la cual *«no cabe acoger la oposición de la Administración demandada, pues ni se acredita que el informe requerido del Ministerio de Administraciones Públicas fuera preceptivo y determinante del contenido de la resolución, ni tampoco obran en el expediente administrativo las comunicaciones al interesado de la petición y recepción del referido informe, razones suficientes para entender que el plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución al interesado no quedó, entre tanto, en suspenso (art. 42.5.c) de la Ley 30/1992»*. O, la STSJ de Madrid 26/6/2008 que indica que *«la suspensión del plazo para resolver tiene carácter excepcional y debe, por tanto, ser objeto de interpretación restrictiva; la norma aplicable ha condicionado dicha suspensión al cumplimiento ineludible de los requisitos mencionados (la comunicación a los*

interesados tanto de la petición de informe como de su recepción) en términos que no dejan lugar a dudas, al utilizar la forma verbal imperativa hasta en dos ocasiones (deberá)». O, la STSJ Cantabria 19/12/2008, que aprecia la caducidad de un procedimiento de resolución contractual por haberse agotado el plazo para resolver, al no producir efecto suspensivo el Dictamen del Consejo de Estado que fue solicitado y emitido, y «sin que la Administración suspendiese el plazo de tramitación del expediente de resolución contractual».

Así mismo la postura general del TS es que la suspensión no se produce de forma automática. Por ejemplo, la STS 11/9/2014 afirma que *«resulta indudable la exigencia legalmente dispuesta por la Ley 30/1992 de proceder a acordar expresamente la suspensión de un procedimiento y su notificación a los interesados, para que pueda considerarse suspendido un procedimiento.»*

Del mismo modo en las SSTS 27/3/2012, 24/4/2012 y 3/7/2012 tras afirmar que es posible suspender el procedimiento en las condiciones previstas en el artículo 42.5.c) Ley 30/1992, matiza que *«igualmente es claro que eso (la suspensión) lo debió acordar la Administración durante el curso del procedimiento para evitar la caducidad que finalmente se produjo, y no alegarlo ahora, ya que era una facultad que la Ley le otorgaba y que no utilizó.»*

Igualmente en relación con un informe psicopedagógico, calificado como determinante por la normativa reguladora del procedimiento, la STS 25/2/2009 señala que *«el procedimiento no fue suspendido, por lo que siguió corriendo el plazo para la producción del acto por silencio.»*

Sin embargo, aunque de forma aislada, existen pronunciamientos judiciales que permiten la suspensión automática por la petición del dictamen (STS 18/3/2008 y STSJ Cataluña 23/5/2008)⁵³, incluso sin necesidad de notificación al interesado de la solicitud de dictamen (SSTSJ Navarra 31/7/2002 y 11/7/2006)⁵⁴.

La LPAC sigue la tesis mayoritaria porque de la lectura de su artículo 22 se deduce con total nitidez un doble régimen de suspensión del plazo para resolver:

⁵³ La STS 18/3/2008 es favorable a la tesis de la suspensión automática del plazo para resolver por la simple petición del dictamen, pues en el supuesto analizado indica que el plazo quedó *«suspendido por la petición de informe a la Comisión Asesora»*, es decir, el 11/7/2001, aunque en ese caso el acuerdo de suspensión se adoptó el 10/9/2001.

La STSJ de Cataluña 23/5/2008 también sigue una interpretación no rigorista, porque en un supuesto en que se pidió el Dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora el 2/12/2004, once días antes del vencimiento del plazo máximo, tras citar los artículos 42.5.c) y 83.3 de la Ley 30/1992, manifiesta que *«en una interpretación de los mismos favorable a la conservación de los actos del procedimiento, desde el 2 de diciembre del año 2004 se suspendió el plazo de resolución durante un período de tres meses, a fin de que el órgano consultivo confeccionare y entregare su dictamen al órgano decisorio, plazo que finalizaba el 2 de marzo del año 2005, tras el cual el Conseller disponía de 11 días para resolver.»*

⁵⁴ Las SSTSJ Navarra 31/7/2002 y 11/7/2006 declaran que *«la expresión 'se podrá suspender' no se refiere al ejercicio de una potestad discrecional, sino la virtualidad de producir ese efecto por las causas enumeradas y no por otras distintas»*, y por ello, estima que la suspensión es automática, sin necesidad de una resolución expresa notificada a los interesados.

potestativo o automático, según la causa de suspensión sea de las incluidas en su apartado 1 (en que “*se podrá suspender*”) o en su apartado 2 (en que necesariamente “*se suspenderá*”), y la suspensión por la petición de informes preceptivos se encuentra en la letra d) del apartado 1, es decir, dentro de los supuestos en que “*se podrá suspender*”.

Únicamente el artículo 96.6.g) LPAC aplica la “*suspensión automática*”⁵⁵ por la petición de informes preceptivos, cuando se cumplan 2 requisitos en los procedimientos iniciados tras su entrada en vigor:

1º) Que se soliciten en la instrucción de procedimientos de tramitación simplificada, y,

2º) Que el informe preceptivo pedido sea el “*Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”.

e) La suspensión puede tener eficacia retroactiva o es irretroactiva.

La suspensión no puede nunca tener efectos retroactivos, porque si así fuera se podrían producir efectos desfavorables para los interesados (la no caducidad del procedimiento iniciado de oficio para el ejercicio de la potestad sancionadora o de otras potestades susceptibles de producir efectos gravosos o perjudiciales al interesado, o la producción de un acto presunto estimatorio), lo que chocaría frontalmente con la legislación de procedimiento administrativo común (artículos 57 Ley 30/1992 y 39 LPAC) que sienta la regla general de la irretroactividad de los actos administrativos, y que sólo excepcionalmente admite la retroactividad cuando, entre otros requisitos, con ella se produzcan “*efectos favorables al interesado*”, lo que no ocurriría aquí.

Además tal interpretación iría en contra de la configuración de la obligación administrativa de resolver y notificar dentro de plazo como una garantía del interesado, y con el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento, especialmente teniendo en cuenta que esa demora en el inicio del plazo suspensivo no le es imputable a los interesados, sino a la Administración que no ha observado una mínima diligencia, por lo que no sería justo hacer recaer sobre aquellos las consecuencias perjudiciales de esa retroactividad.

f) El día inicial de la suspensión (*dies a quo*).

Al pedirse un informe determinante suelen llevarse a cabo una serie de trámites, generalmente no coincidentes en el tiempo, que serían los siguientes:

⁵⁵ Según el artículo 96.6.g) LPAC en los procedimientos de tramitación simplificada «*desde que se solicite el Dictamen al Consejo de Estado, u órgano equivalente, hasta que sea emitido, se producirá la suspensión automática del plazo para resolver*».

- 1º) La petición de informe.
- 2º) El acuerdo expreso de suspensión.
- 3º) La inscripción de la petición en el Registro de Salida de la Administración consultante.
- 4º) La recepción de la petición en el Registro de Entrada del Órgano o Institución informante.
- 5º) La comunicación de la petición a los interesados.
- 6º) La incorporación al expediente de la Administración consultante del documento acreditativo de la recepción de la petición de informe por el Órgano o Institución informante (por ej. copia del oficio de petición de informe con el sello del Registro de Entrada del Órgano informante; acuse de recibo de la notificación de la petición de dictamen practicada a través de Correos...).
- 7º) La inclusión en el expediente de la Administración consultante de la justificación documental de la comunicación a los interesados de la petición de informe.
- 8º) La comunicación a los interesados de la recepción del informe por la Administración consultante.

Atendida esa diversidad de trámites, así como que, en ocasiones, no se materializan algunos ellos por la Administración consultante, se plantean, fundamentalmente, 2 grandes cuestiones:

1ª) Si es necesaria la práctica de todos y cada uno de ellos para que el plazo se pueda considerar válidamente suspendido, o, si es suficiente con que concurren sólo algunos de los mencionados, y,

2ª) Si, una vez practicados todos los trámites que resultan imprescindibles, el momento de inicio de la eficacia suspensiva queda postergado a la práctica del último trámite necesario llevado a cabo, o si, por el contrario, alguno o algunos de esos trámites son un mero requisito o condición de validez de la suspensión (por ej. la incorporación al expediente de la acreditación de que la petición de informe ha sido comunicada a los interesados y recibida por el Órgano informante), de tal manera que una vez realizados éstos, el *dies a quo* del plazo suspensivo se retrotrae al momento de la práctica de otro u otros trámites (por ej. al momento del acuerdo de petición de informe y suspensión del procedimiento, o a la inscripción en el Registro de Salida, o al de fecha de recepción de la petición por el Órgano informante...).

La solución a estos interrogantes reclama con urgencia una postura uniforme y consolidada de la jurisprudencia pero, desafortunadamente, todavía no hay una respuesta unívoca y clara a tales cuestiones, existiendo posicionamientos de todo tipo.

Abordando la 1ª) cuestión (requisitos necesarios para la validez de la suspensión), está fuera de toda duda que la “*petición*” del informe determinante, así como que deba “*comunicarse*” la petición a los interesados, y que “*la acreditación de la notificación efectuada*” se haya de “*incorporar al expediente*”, son requisitos necesarios, pues así se exige expresamente en la legislación de procedimiento administrativo común (artículos 42.5.c) y 59.1 segundo párrafo Ley 30/1992, y 22.1.d) y 41.1 tercer párrafo in fine LPAC), si bien la acreditación documental de la comunicación no resultará necesaria «*cuando el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de notificación*» (en este caso, de la petición de informe determinante), o «*interponga cualquier recurso que proceda*», supuestos en los que se tomarán esa respectiva fecha como la de notificación (artículos 58.3 Ley 30/1992 y 40.3 LPAC).

Tampoco plantea mayores problemas la necesidad de adopción de un acuerdo escrito de suspensión, por las razones antes expresadas, y compartidas mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia.

Igualmente resulta obvio que para la validez de la suspensión es necesario que la petición llegue a conocimiento del Órgano o Institución informante, pues de no ser así, la petición se convertiría en un mero ritual sin efectividad material alguna para lograr el efecto perseguido por las normas que exigen la práctica de informes preceptivos, finalidad que no es otra que la de proveer al órgano decisorio de aspectos fácticos y jurídicos de gran importancia para adoptar una decisión acertada, oportuna y conforme al ordenamiento jurídico. Evidentemente, ese fin no puede ser cumplido cuando el Órgano o Institución que ha de informar no ha tenido la oportunidad de conocer la petición de informe.

Avala esta interpretación la STS 18/1/2013, referida a un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa contra un Acuerdo del Ayuntamiento de Burgos que aprobó definitivamente una modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana. El recurso se fundamentaba en que no se habían emitido los informes preceptivos de otras Administraciones Públicas (Diputación Provincial y Servicio Territorial del Ministerio de Fomento), ni tampoco se había acreditado que los correspondientes oficios de petición de esos informes –que sí obraban en expediente– se hubieran remitido efectivamente a los informantes.

En esa Sentencia, el Tribunal Supremo descarta el razonamiento seguido por el Ayuntamiento y la Sala de instancia «*en el sentido de que la norma exige que los informes se pidan pero no requiere que se incorporen al expediente los acuses de recibo*”, porque entiende que “*tal exigencia viene impuesta directamente por el artículo 59 de la Ley básica estatal 30/1992, y además responde a una regla de*

sentido común, pues si la norma -cualquier norma- exige que se pida un informe a un organismo en el curso de un procedimiento administrativo, es porque la norma procedimental considera relevante ese informe, y si se quiere que esa petición sea operativa y eficaz, tal cosa sólo puede ocurrir si la petición de informe es realmente recibida por su destinatario, lo cual exige a su vez que exista constancia fehaciente de tal recepción”, en la medida en que “de otro modo, la petición de informe quedaría reducida a una entelequia sin sustancia alguna, pues bastaría con dictar un oficio de remisión de petición de informe, sin la menor intención de cumplimentarlo, para que el trámite se tuviera por evacuado; conclusión esta que por absurda debe rechazarse» (FJ 2º).

Por tanto, al resolver el recurso, la Sentencia extiende la aplicación de las reglas de la notificación contenidas en el artículo 59 de la Ley 30/1992 a las peticiones de informes entre Administraciones Públicas. Afirma la Sentencia que *«resulta pertinente y útil la cita del artículo 59 de la misma Ley 30/1992, en cuanto establece, primero, que las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado; y segundo, que la acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente», aclarando que se trata de “una norma de carácter básico, con un contenido material preciso y una exigencia legal clara y explícita, cual es la de que las notificaciones han de practicarse por medios que dejen constancia de su efectiva práctica y que la acreditación de la notificación ha de constar incorporada al expediente de su razón...» (FJ 1º).*

La exigencia de aplicar a las “comunicaciones interadministrativas” –e incluso “intradministrativas”– los artículos de la legislación procedimental común referidos a la notificación es palpable en aquellos casos, en los que como en el analizado en la Sentencia, los actos administrativos que se deben comunicar no son indiferentes para los interesados (por ej. porque no se trata de cuestiones meramente organizativas o internas), sino que de ellos o de los que son su necesaria consecuencia, se les pueden producir efectos beneficios o perjudiciales (como por ej. ocurre si no se da la posibilidad real de emitir un informe preceptivo en contestación a su petición, porque éste informe podría coincidir con las tesis de los interesados, y, servir de base a una eventual impugnación del acto administrativo adoptado y además ese informe es un elemento decisivo para la adecuada formación de la voluntad decisoria).

Por ello, la indicada Sentencia rechaza el argumento de que no existía legitimación para denunciar indefensiones ajenas (las de los Órganos informantes que no han podido materialmente pronunciarse porque no se les pidió el informe), *“sino que al no constar que se les hubiera pedido ni constar por ende que se llegaran a emitir, el expediente quedó desprovisto de datos y elementos de juicio necesarios para garantizar la legalidad, acierto y oportunidad” (FJ 3º).*

En cuanto a la inscripción en el Registro de Salida de la petición de informe, es cierto que constituye una obligación formal de la Administración según

la legislación de procedimiento común (artículos 38 Ley 30/1992 y 16.1 LPAC)⁵⁶, pero su no inscripción, con independencia de las responsabilidades que eventualmente pudiera ocasionar (por ej. del funcionario encargado del Registro que, por su falta de diligencia ha enviado la petición sin previamente registrarla de salida), no afectará a la validez de la suspensión si se acredita que ha llegado a conocimiento del Órgano informante (por ej. con una copia de la petición registrada de entrada por éste último órgano) y concurren el resto de trámites necesarios.

Lo mismo debe afirmarse respecto a los efectos de la falta de inscripción en el Registro de Entrada de la Administración consultada de una petición de informe: la inscripción es una obligación formal, pero su no realización o su práctica defectuosa no afecta a la validez de la suspensión si se acredita que el Órgano informante ha tenido conocimiento de la petición.

La acreditación documental de la recepción por el Órgano o Institución informante de la petición de informe es una carga de la Administración consultante, pues como recuerda la STS 18/1/2013, aquella *«tiene la obligación de impulsarlo –el procedimiento– de oficio en todos sus trámites (art. 74) y por tanto ha de velar no sólo porque se pidan los informes que la norma de referencia exige, sino también porque esas peticiones sean debidamente cursadas, sean recibidas por sus destinatarios, estos den acuse de recibo en debida forma, y las diligencias de notificación correspondientes se unan al expediente de su razón o al menos se deje constancia de su efectiva práctica por cualquier medio fehaciente»* (FJ 2º).

Por tanto, esa acreditación documental será necesaria para la validez de la suspensión cuando algún interesado cuestione que aquella recepción se produjo pero, al igual que en cuanto a las notificaciones a los interesados, no será necesaria si el Órgano o Institución informante *«realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto* (en este supuesto, de la petición de informe)» (artículos 58.3 Ley 30/1992 y 40.3 LPAC), como ocurriría si emitiera su informe, o si formulara requerimientos a la Administración consultante para completar la defectuosa o insuficiente documentación recibida en orden a evacuar el informe, porque ello evidenciaría que la petición llegó efectivamente a su destinatario.

Incluso, a efectos teóricos, si llegase a plantearse el hartazgo improbable supuesto de que la recepción de la petición no fuera posible porque el Órgano o Institución informante la rechazase, o, porque resultase infructuosa la notificación de esa petición a ese Órgano pese a haber actuado la Administración consultante

⁵⁶ Los órganos de las Administraciones Públicas tienen el deber de llevar un Registro General en el que se practiquen, no sólo los asientos de inscripción de entrada de documentos, sino también las anotaciones de documentos oficiales dirigidos a otros órganos o a particulares, con la indicación de la fecha, y otros datos (órgano remitente, órgano destinatario, contenido del documento, etc (artículos 38.2 Ley 30/1992 y 16.3 LPAC), por lo que, obviamente, las peticiones de informes o dictámenes han de registrarse de salida con indicación de su fecha.

conforme le era exigible en cuanto a las notificaciones por la legislación procedimental común (artículos 58 y 59 Ley 30/1992 y 40 y 41 LPAC), la solución que habría que dar sería la contemplada en esos preceptos en la medida en que fuera compatible con el régimen jurídico previsto para la no emisión en plazo de informes determinantes. Así, por ejemplo, ante un eventual rechazo de la recepción de la petición de dictamen, la Administración consultante debería hacerlo “*constar en el expediente*” (artículo 59.4 Ley 30/1992 y 41.5 LPAC), pero podría resultar problemático que tuviera por “*efectuado el trámite*”, que continuase “*siguiéndose el procedimiento*” y dictase la resolución que estimara oportuna, especialmente, en los supuestos de informes vinculantes u obstativos.

Por otra parte, es cierto que tiene gran importancia el conocimiento por el interesado de la fecha de recepción del informe por la Autoridad consultante, puesto que de esta forma puede saber en qué momento ha vencido el plazo suspensivo, así como para intentar acceder a un informe que si es vinculante u obstativo condiciona jurídicamente el sentido de la propia resolución a adoptar. Por ello, la legislación procedimental común (artículos 42.5.c) Ley 30/1992 y 22.1.d) LPAC) incluye esa obligación de comunicar a los interesados la recepción del informe, y también alguna Sentencia (por ej. STS 20/12/2011)⁵⁷ aprecia que su no cumplimiento afecta a la *eficacia interruptiva* de la petición de informe determinante.

No obstante, considero que el hecho de no comunicar a los interesados que se ha recibido el informe no afecta por sí mismo a la eficacia de la suspensión, de tal manera que si concurren el resto de requisitos se entenderá levantada en el mismo día de la recepción de ese informe (con independencia de que se comunique o no a los interesados). Especialmente, si se tiene en cuenta que el interesado tiene derecho en cualquier momento a acceder al expediente y a obtener copia de los documentos contenidos en él (artículos 35.a) Ley 30/1992 y 53.1.a) LPAC), documentos entre los que se encontraría el informe, por lo que podrá comprobar cuando se ha levantado la suspensión.

Ahora bien, si con posterioridad a la evacuación de ese informe fuera legalmente exigible conceder el trámite de audiencia y vista del expediente, y al poner de manifiesto ese expediente a los interesados se omitiese el referido informe, ello daría lugar a indefensión, y podría servir de base para la impugnación de la resolución que recayese (artículos 63.2 Ley 30/1992 y 48.2 LPAC).

Procede ahora el análisis de la 2ª cuestión, esto es, la relativa a determinar si el momento de inicio de la eficacia suspensiva queda postergado a la práctica del último trámite necesario llevado a cabo, o si, por el contrario, alguno o algunos de esos trámites son un mero requisito o condición de validez de la suspensión, pero no

⁵⁷ La STS 20/12/2011 niega «*la eficacia interruptiva de la petición de informes, por la falta de notificación al interesado tanto de la solicitud como de la recepción de los informes, desconociendo éste la suspensión de la tramitación del expediente de revocación de su licencia de armas.*»

impiden que, una vez cumplidos todos, el *dies a quo* del plazo suspensivo se retrotraiga al momento de la práctica de otro u otros trámites.

Cumplidos todos los requisitos para la validez de la suspensión, se estima que debería fijarse el día inicial del efecto suspensivo en aquel en que se produce el asiento de inscripción de la petición de informe en el Registro de Salida, siempre que, previa o simultáneamente⁵⁸, se hubiere acordado expresamente la suspensión (o, en el eventual supuesto, de que no se hubiera practicado esa inscripción, habría que estar a la fecha de inscripción de entrada en el Registro del Órgano informante⁵⁹ o, de no haberse practicado ésta, al de la acreditación material de la recepción de la petición de informe). Sin embargo, el resto de requisitos sólo serían necesarios para que la suspensión pudiera operar pero, una vez constatada su concurrencia y siempre que hubieran acontecido antes de que haya transcurrido el plazo máximo para resolver y notificar (BOIX MAÑÓ)⁶⁰, no afectarán al *dies a quo*, que habrá de retrotraerse al de la fecha de Registro de Salida de la Administración consultante, o en su defecto, al de Entrada en el Órgano consultado, o, a la acreditación material de su recepción.

Y ello por las siguientes razones:

1ª) Ni la fecha de Registro de Entrada en el Órgano o Institución informante, ni la acreditación documental de la recepción por éste de la petición de informe preceptivo, se mencionan expresamente en la legislación procedimental común (artículos 42.5.c) Ley 30/1992 y 22.1.d) LPAC) sino que su finalidad es únicamente la de garantizar la posibilidad real de emisión del dictamen, exigencia que deriva –como expresa la STS 18/1/2013– del propio sentido común, puesto que para emitir un informe en un asunto concreto es necesario que quién ha de informar tenga conocimiento del mismo, así como del contenido del respectivo expediente.

2ª) Aun siendo cierto que la legislación procedimental común, desde un punto de vista literal, fija el momento inicial de la suspensión en la “*petición*”

⁵⁸ Si el acuerdo de suspensión fuera posterior, esta última fecha deberá ser la de inicio de la suspensión, puesto que resulta necesario un acto expreso y escrito acordando la suspensión, al que no se le puede dar efecto retroactivo.

⁵⁹ Así se sostiene también en el Dictamen Consejo Jurídico Consultivo Región de Murcia 40/2007.

⁶⁰ BOIX MAÑÓ, Patricia, sostiene que la comunicación a los interesados es un requisito *sine qua non* de la virtualidad jurídica de la suspensión, pero que cumplido ese requisito, la eficacia suspensiva se produce desde el acuerdo de suspensión (o petición de informe).

No obstante, puntualiza con acierto que «no debería ser irrelevante el momento en que se efectúe la comunicación al interesado», poniendo como ejemplo «el supuesto en que la Administración Pública acordase la suspensión del plazo de resolución de un procedimiento y dicho acuerdo se notificase una vez transcurrido el plazo máximo para resolver o se demorase en exceso», lo que considera que no se compagina adecuadamente con las garantías del interesado y los principios inspiradores del procedimiento, por lo que afirma que «hubiera sido deseable exigir expresamente que la comunicación o intento de comunicación del acuerdo de suspensión (o de la petición de informe) a los interesados haya tenido lugar dentro del plazo máximo de resolución del procedimiento aunque se computen los efectos de la suspensión desde que se acordó...».

del informe, lo más acertado es diferir el día inicial de la suspensión, a la fecha del Registro de Salida en la Administración consultante (o, en su defecto, a la fecha del Registro de Entrada en el Órgano o Institución informante), pues los Registros Administrativos (especialmente, los Registros Electrónicos) presentan unas garantías de autenticidad de las fechas de práctica de los asientos de las que carecen los simples actos administrativos escritos, y, además, los encargados de las unidades de Registro deben cursar los envíos “*sin dilación*” a sus destinatarios y a las unidades administrativas correspondientes (artículos 38.2 Ley 30/1992 y 16.2 LPAC).

Si se toma como fecha la del Registro de Salida, o en su defecto, la de Registro de Entrada, se elimina la posibilidad de que la Administración instructora se demore en registrar de salida la petición (a veces, se practica hasta varias semanas después), o lo que es peor, que ceda a la tentación de antedatar la fecha del acuerdo de petición de dictamen, ganando tiempo en perjuicio de los interesados, al impedir de ese modo la caducidad del procedimiento o la producción del silencio estimatorio (STS 30/6/2008⁶¹, Dictámenes CJCCV 261 y 262/2015⁶² o Dictamen Consejo Jurídico Murcia 181/2009⁶³).

No parece lógica la interpretación que pueda favorecer la falta de diligencia, e incluso el abuso de Derecho de la Administración consultante, porque no existe ningún impedimento para que quién que adopta el acuerdo de petición de informe, y que está obligado a inscribirlo en su Registro de Salida, lleve a cabo esa inscripción registral en el mismo día de adopción de la solicitud de informe, y si se demora sólo él tendrá que sufrir las consecuencias.

En este sentido, la citada STS 18/1/2013, aunque no analiza específicamente esta cuestión, viene a criticar eventuales comportamientos reprochables de las autoridades o del personal de la Administración que al amparo de interpretaciones meramente formalistas y literales de las normas pueden dar

61 La STS 30/6/2008 respecto al inicio del plazo suspensivo del procedimiento indica que ha de “*coincidir en el de salida de la petición del órgano requirente –pues no debe perjudicar al administrado la demora en su remisión–...*”.

62 Los Dictámenes CJCCV 261 y 262/2015, emitidos en relación con la tramitación de procedimientos de revisión de oficio, señalan que “*si conforme al criterio adoptado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2008, el plazo queda suspendido con ‘la salida de la petición del órgano requirente’, en el asunto examinado dicha salida tuvo lugar el 25 de marzo de 2015 (20 días después del escrito del Conseller de 5 de marzo de 2015), fecha en la que ya había caducado, por tanto, el procedimiento de revisión de oficio conforme al artículo 102.5 de la Ley 30/1992*”, añadiendo que “*no puede quedar suspendido un procedimiento administrativo en una fecha en la que ya se encuentra caducado*”.

63 El Dictamen Consejo Jurídico Murcia 181/2009 afirma que “*referir la efectividad de la suspensión del citado plazo de caducidad a la fecha del acto en que se acuerde solicitar estos Dictámenes plantea muy serias dudas jurídicas, dadas las dificultades para un efectivo control y verificación de tal fecha por parte del interesado, extremo que sin duda afecta a sus intereses*”, por lo que refiere la fecha efectiva de la suspensión “*al momento en que la solicitud del Dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante*”, lo que “*otorga mayores garantías de control*”, fijando ese momento “*en la fecha en que la solicitud de Dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público*”.

lugar a consecuencias absurdas o injustas, como sería el que bastase dictar un «*oficio de remisión de petición de informe, sin la menor intención de cumplimentarlo, para que el trámite se tuviera por evacuado...*».⁶⁴

3ª) La legislación procedimental común se refiere como momento inicial a “*la petición*” de informe, limitándose a apostillar que “*deberá comunicarse a los interesados*”, de donde se deduce que la notificación a todos los interesados es un modo o comportamiento adicional impuesto a la Administración a los solos efectos informativos⁶⁵ para que se pueda producir la suspensión del procedimiento⁶⁶.

De entenderse que el día inicial de la suspensión es el de la notificación al último de los interesados, la suspensión podría perder en algunos supuestos su propia virtualidad, pues dada la celeridad con la que en muchas ocasiones emiten sus informes los Órganos consultados, podría darse el caso de que el informe se evacuara y se recibiera antes de que la petición de informe hubiera llegado a todos los interesados en el procedimiento. Efectivamente, dado que la petición de informes se realiza entre órganos administrativos, Administraciones Públicas o Instituciones con forma pública de personificación⁶⁷, que cuentan con sus correspondientes Registros Generales de Entrada y Salida de documentos, lo más corriente será que esa recepción de la solicitud de informe se produzca antes por el Órgano o Institución informante –que ya estará en disposición de poder evacuar su informe–, que por los propios interesados cuya notificación resulta en ocasiones dificultosa.

En definitiva, el hecho de que el incumplimiento de ese deber exceda de una simple irregularidad formal⁶⁸, y que constituya un requisito *sine qua non* para la suspensión, no es obstáculo para que, una vez acreditada esa notificación (o, en su

64 Recuérdese que esta STS desmonta el argumento de la Sala de instancia de que el acuse de la petición de informe preceptivo no se exigía expresamente en la norma sectorial, sino simplemente su petición.

65 El Dictamen Consejo Jurídico Murcia 181/2009 ya señala que el empleo por el artículo 42.5.c) Ley 30/1992 del concepto “*comunicación*”, «*en vez del de ‘notificación’ (que es el utilizado en dicha Ley para anudar la eficacia de un acto administrativo respecto del interesado), denota que dicha comunicación se prevé a los solos efectos informativos del hecho de la solicitud y recepción del Dictamen (aunque en tal comunicación deban consignarse las fechas en que se entienda suspendido y reanudado el plazo de resolución del procedimiento, claro está)*».

66 La STS 20/12/2011 sostiene que la interpretación de la Sala de instancia no infringe el artículo 42.5.c) de la Ley estatal, en la medida en que no desconoce que «*la suspensión se pueda extender al tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe*”, de modo que “*lo que la Sala sentenciadora rechaza es que opere la suspensión en el caso examinado al no haberse notificado al interesado ni la petición del informe ni la recepción de los mismos incumpliendo el artículo citado...*».

67 La STS 30/6/2008 afirma que «*el inicio y el término de esa suspensión no depende de la notificación al interesado –sin perjuicio de que la Ley la exija– sino de la actuación de la Administración, ya que transcurre enteramente en el ámbito de las relaciones administrativas y aquél es ajeno a este trámite*».

68 La STSJ de Madrid 1313/2008, de 23 de junio, advierte que el cumplimiento de ese deber de comunicación a los interesados, no puede entenderse como «*una mera ‘irregularidad formal’ carente, por tanto, de efecto invalidante alguno*”, porque “*no puede olvidarse que la suspensión del plazo para resolver tiene carácter excepcional y debe, por tanto, ser objeto de interpretación restrictiva; la norma aplicable ha condicionado dicha suspensión al cumplimiento ineludible de los requisitos mencionados (la comunicación a los interesados tanto de la petición de informe como de su recepción) en términos que no dejan lugar a dudas, al utilizar la forma verbal imperativa hasta en dos ocasiones (deberá).*»

caso, la no existencia de interesados en el concreto procedimiento, o, el desconocimiento por la Administración, pese a haber actuado con la diligencia debida, de la existencia de interesados⁶⁹), el efecto suspensivo se pueda entender operado en la fecha de Registro de Salida.

g) El momento final de la suspensión del procedimiento (*dies ad quem*).

Conforme a la legislación procedimental común (artículos 42.5.c) Ley 30/1992 y 22.1.d) LPAC) caben 2 posibles situaciones en cuanto al día final del plazo suspensivo, según el informe se reciba dentro del plazo máximo de suspensión legalmente previsto o no, lo que analizamos seguidamente.

1. Informe recibido dentro del plazo legal de suspensión.

En este supuesto el momento final del plazo de suspensión será el de “recepción del informe” por la Administración consultante, si bien deberá ser “comunicada” la recepción del informe a los interesados.

Ahora bien, esa falta de comunicación únicamente podrá dar lugar a la responsabilidad de la autoridad o funcionario público que no la practicase, pero no afectará al levantamiento de la suspensión (SAN 15/1/2014)⁷⁰, pues de lo contrario quedaría dentro de la órbita de la Administración alargar el plazo de suspensión por la vía de no notificar a los interesados la recepción del informe.

Conviene matizar que el levantamiento de la suspensión se producirá el día mismo de la recepción del informe –no el siguiente a aquella recepción–, por dos razones:

1ª) La legislación procedimental común habla de la suspensión por el “*tiempo que medie*” hasta “*la recepción del informe*”, pero no contiene ninguna indicación expresa en cuanto a que dicho día en que ya se ha recibido también se mantenga la suspensión, pues desde ese día la Administración destinataria es perfectamente conocedora del informe y puede continuar el procedimiento,

⁶⁹ La STS 6/2/2014, en relación con un procedimiento de deslinde de costas, en el que los interesados alegaban la caducidad del procedimiento por entender que no se podía computar como tiempo de suspensión el de petición de informe a la Comunidad Autónoma, por considerar que no se les había notificado la solicitud y recepción de aquel informe, considera que «*no cabe reprochar a la Administración el no haber comunicado a los interesados la solicitud y recepción de aquel informe* (a la Comunidad Autónoma, previsto en el artículo 22 Reglamento de la Ley de Costas, aprobado por RD 1471/1989, de 1 de diciembre), pues, sencillamente, en aquel momento inicial de la tramitación no eran todavía conocidos los posibles interesados», pues según la secuencia procedimental es «*en un momento posterior, una vez obtenida la información sobre los titulares de las fincas*» cuando se les conoce.

⁷⁰ La SAN 15/1/2014 afirma que «*no es la notificación a la interesada de la recepción de los informes la que determina la reanudación del plazo, sino, como dice el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992... 'la recepción del informe', a diferencia de lo que sucede con el día final* (del plazo para resolver y notificar), *que sí viene referido legalmente a la notificación* (artículo 42.2 de la misma Ley)».

mientras que la reanudación del plazo el día siguiente supondría una interpretación más laxa y perjudicial para el interesado.

2ª) En cuanto al plazo general para resolver y notificar, cuando el procedimiento se inicia de oficio el plazo comienza a contar el mismo día “*del acuerdo de iniciación*”, y, si se inicia a instancia de parte interesada, el día de “*entrada en el registro del órgano competente*” para su tramitación (artículo 42.3 Ley 30/1992)⁷¹, o, dicho con otras palabras, cuando la Administración tiene la posibilidad real de instruir el procedimiento –porque ella misma ha acordado su iniciación o conoce la solicitud del interesado–, por lo que, idéntico criterio habrá de mantenerse para la reanudación del plazo para resolver.

2. Transcurso del plazo máximo legal para la recepción del informe sin que todavía se hubiera recibido.

Como el plazo de suspensión “*no podrá exceder en ningún caso de tres meses*” (artículo 42.5.c) in fine Ley 30/1992 y 22.1.d) LPAC), vencidos los 3 meses sin que se hubiera recibido el informe se levanta la suspensión.

Como ese plazo máximo de suspensión se computa por meses, habrá de contarse de *fecha a fecha* (artículo 5.1 Código Civil), por lo que, siendo el primer día del plazo la fecha de Registro de Salida de la petición de informe⁷², el último día del plazo será el día correlativo inmediato anterior al día del inicio en el mes de vencimiento del plazo de suspensión, pues de lo contrario se estaría concediendo un día de más⁷³ (por ej. si el plazo de suspensión se inicia el día 16 de enero de 2015,

71 Como hemos indicado anteriormente el artículo 21.3 LPAC, en los procedimientos iniciados a instancia de parte, prevé que el plazo se compute desde la entrada “*en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente*” para su tramitación.

72 Siempre que, como hemos apuntado anteriormente, exista un previo o simultáneo acuerdo expreso de suspensión y, además, concurran el resto de requisitos para la validez de la suspensión (que la petición de informe haya llegado a conocimiento del Órgano informante y se haya notificado a los interesados).

73 La STC 209/2013, de 16/12/2013, aunque referida a los plazos de los interesados para actuar frente a la Administración, establece la constitucionalidad y la conformidad a Derecho de la interpretación que considera que en cuanto al cómputo de los plazos en meses si el plazo se inicia en un determinado día, el ordinal de ese día no se puede volver a computar en el mes de vencimiento del plazo, sino que ha de ser el día inmediatamente anterior, pues de lo contrario se estaría concediendo un día más. Según esta STC *«puede afirmarse gráficamente que, por lo mismo que de lunes a lunes hay más de una semana (ocho días, no siete), de 26 de enero a 26 de febrero hay más de un mes, sin que, en principio, se le haya privado al demandante de parte del plazo mensual que le correspondía por el hecho de que el día ad quem se identificara con el día equivalente al de la notificación.». Añade que «...tampoco resulta irrazonable interpretar, como hace la Sentencia impugnada, que el ordinal del día ad quem coincide con el del día en que se practicó la notificación: por lo mismo que de martes a lunes hay una semana, de 27 de enero –que es el día siguiente al de la notificación– a 26 de febrero hay el mes legalmente garantizado para la interposición del recurso de alzada».*

Este criterio también se mantiene en la LPAC en cuanto a los plazos de los interesados, en la que dado que el día inicial es el día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o el siguiente a aquél en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo, se considera que *«el plazo concluirá el mismo día en que se produjo la notificación, publicación o silencio administrativo en el mes o el año de vencimiento»* (artículo 30.4 segundo párrafo LPAC).

concluiría el 15 de abril de ese año, inclusive, por lo que el día 16 de abril la suspensión quedaría levantada y continuaría el plazo para resolver y notificar por el tiempo que restase).

h) Cómputo del plazo restante para resolver y notificar cuando se levanta la suspensión del procedimiento.

Aunque la concreta norma reguladora del procedimiento hubiera establecido la unidad del cómputo del plazo para resolver y notificar en meses, cuando se levanta la suspensión del procedimiento necesariamente el tiempo pendiente para resolver y notificar se ha de computar por días dado que los Órganos o Instituciones informantes suelen emitir sus opiniones en plazo y, por consiguiente, el levantamiento de la suspensión normalmente se produce con la recepción del informe por la Administración consultante (no por la expiración del plazo máximo suspensivo de 3 meses), de tal manera que esa recepción puede tener lugar cualquier día de un mes, e incluso, lo más habitual es que el día de recepción no coincida con el día en que todavía quedan exactamente uno o varios meses de cómputo de plazo.⁷⁴

Respecto a si los días restantes del plazo para resolver y notificar, una vez levantada la suspensión, se han de computar como días naturales o hábiles, ello dependerá de cuál sea la unidad de cómputo del plazo para resolver y notificar fijada en la norma reguladora del correspondiente procedimiento, pudiendo encontrarnos con las siguientes situaciones:

1. Que el plazo se fije expresamente en una norma en meses (supuesto más habitual) o, se fije por Ley o normativa comunitaria europea en días naturales.

Considerando que, tras el levantamiento de la suspensión, ese plazo residual restante hasta el final del plazo para resolver y notificar se enmarca dentro de un plazo general de resolución y notificación fijado en días naturales, o en meses –computándose éstos de fecha a fecha, sin descontar los días inhábiles–, los días restantes habrán de considerarse como días naturales, salvo el último día del plazo que necesariamente deberá ser hábil, pues si fuera inhábil se prorrogaría al primer día hábil siguiente (artículos 48.3 Ley 30/1992 y 30.5 LPAC).⁷⁵

⁷⁴ Por ej. si la norma concreta de procedimiento fija el plazo para resolver y notificar en 6 meses, y si, en unos concretos supuestos se iniciase el 1 de febrero de 2015, el plazo para resolver y notificar debería concluir el 31 de agosto de ese año, pero estadísticamente hay más probabilidades de que, dentro de ese período, la recepción del informe determinante y levantamiento de la suspensión se produzca entre los días 2 y 31, que el día 1.

⁷⁵ Así por ej. fijado en 3 meses en una norma el plazo máximo total para resolver y notificar determinado tipo de procedimientos, y suponiendo su cómputo de fecha a fecha en un asunto concreto un total 92 días naturales, si la suspensión del procedimiento se produjese cuando hubieran transcurrido 60 días naturales desde su inicio, una vez levantada la suspensión tan sólo quedarían 32 días naturales, sin perjuicio de que si el último día del plazo fuera inhábil el plazo se prorrogaría al primer día hábil siguiente.

2. Que el plazo se fije por la concreta norma en días hábiles, o deba considerarse que –conforme a la legislación procedimental común⁷⁶– se trata de días hábiles al limitarse la norma a expresar que es un plazo en días, pero sin especificar si son hábiles o no.

Como este plazo restante se enmarca dentro del plazo general para resolver y notificar cuya unidad de cómputo son los días hábiles, los días restantes también serán hábiles, si bien habrá que tener en cuenta la regla según la cual «cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso» (artículos 48.5 Ley 30/1992 y 30.6 LPAC).

i) En caso de falta de recepción del informe determinante, ¿el plazo máximo de suspensión siempre es el de 3 meses previsto en la legislación procedimental común?, o, ¿hay que entenderlo reducido cuando haya norma específica que prevea un plazo inferior para la emisión del informe?

CIERCO SIERA sostiene que cuando el tiempo previsto para la emisión del informe «es inferior a los tres meses, ya sea porque la normativa sectorial así lo fije o bien porque se aplique el plazo supletorio de diez días, la invocación del artículo 42.5.c) no puede instrumentarse a modo de chistera en grado de generar sin más una suerte de prórroga adicional hasta los tres meses», y, por el contrario, cuando es “superior a los tres meses, de resultas del señalamiento directo por una norma específica... la suspensión tampoco podrá alargarse hasta cubrir por completo ese período⁷⁷».

También la STSJ de Aragón de 14/3/2005 mantiene la tesis de que si el plazo para la emisión de dictamen contemplado en la norma específica es menor a 3 meses, hay que estar a ese plazo menor, por lo que declara caducado el procedimiento de revisión de oficio analizado en atención a que, según la Ley aragonesa, el plazo de emisión del Dictamen de la Comisión Asesora sólo era de 30 días, de tal manera que consideraba que no podía ampliarse el plazo máximo de resolución por un plazo de suspensión por petición de dictamen superior a 30 días. Interpuesto recurso de casación por la Diputación General aragonesa contra esa sentencia, la STS 18/3/2008 considera aceptable esa tesis, porque la interpretación de las normas de la Comunidad Autónoma que realiza el TSJ de Aragón «no infringe el artículo 42.5.c) de la Ley estatal en la medida en que no desconoce que el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento puede ser suspendido cuando se soliciten informes que sean preceptivos y determinantes..., ni niega que la duración de dicha suspensión se pueda extender el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe», lo que ha servido para que parte de la doctrina considere que el plazo máximo de suspensión de 3 meses de la legislación procedimental común se reduce en aquellos supuestos en que la norma autonómica fija un plazo inferior de evacuación para algunos informes determinantes (por ej. para la emisión de informe del respectivo Consejo Consultivo).

⁷⁶ Artículos 48.1 Ley 30/1992 y 30.2 LPAC.

⁷⁷ CIERCO SIERA, obra indicada pág. 193.

Sin embargo, la STS analizada propiamente no hace suya esa postura del TSJ, no la declara irrefutable, sino que lo que viene a decir es que la interpretación del precepto autonómico corresponde al Tribunal de Justicia autonómico siempre que no vulnere la legislación básica estatal, y, que, en el caso analizado, la tesis puede aceptarse porque respeta el artículo 42.5.c) Ley 30/1992 –en lo que nos interesa porque con esa suspensión no se superan los 3 meses del precepto básico estatal–, pero no excluye de plano otras interpretaciones de otros Tribunales Superiores de Justicia para artículos semejantes de otras CCAA que también puedan ser respetuosas con el citado precepto estatal.

Además existen otras Sentencias del Tribunal Supremo que no vinculan el plazo máximo de suspensión del procedimiento con el fijado en la normativa autonómica para la evacuación del informe (STS 11/4/2011⁷⁸).

Por lo tanto, el plazo de 3 meses marcado en la legislación procedimental común es un plazo máximo de suspensión que no permite que una norma autonómica pueda prever un plazo superior por el mismo motivo.

Lo que sí que podrá hacer una norma autonómica es reducir el efecto suspensivo fijando un plazo inferior de suspensión en aquellos procedimientos en los que la Comunidad Autónoma tenga competencias *ratione materiae*, pero sin que se pueda presumir que por la simple circunstancia de que la norma autonómica fije un plazo inferior a 3 meses para la emisión de un informes, esté reduciendo también ese plazo máximo⁷⁹ de suspensión previsto en la legislación procedimental común, puesto que se trata de plazos que se computan y obedecen a una finalidad distinta.

78 La STS 11/4/2011 se refiere a un supuesto en que se alegó la caducidad de un procedimiento de resolución contractual tramitado por una Comunidad Autónoma, procedimiento en el que, según un Decreto autonómico, resultaba preceptivo el informe de la Dirección de Patrimonio y Contratación que había de emitirse dentro de los 15 días a contar a partir del día de la recepción de la solicitud. En esta sentencia no se cuestiona el criterio mantenido por la sentencia de instancia en el sentido de que la suspensión por la petición de este concreto informe no era sólo por el plazo fijado en la norma autonómica para su evacuación, sino que *«debían añadirse los 23 días que mediaron entre la solicitud el 19 de julio del informe de la Dirección de Patrimonio y Contratación y la presentación del mismo el 11 de agosto de 2.005»*, afirmando el Tribunal Supremo que aquel informe era preceptivo y *“que no se podrá tener en cuenta para el cómputo del plazo de caducidad, el tiempo transcurrido entre el momento en que fue solicitado y el de su emisión y recepción por la Administración actuante”*.

79 La legislación común de procedimiento dice que ese plazo de suspensión *«no podrá exceder en ningún caso de tres meses»*, es decir, está estableciendo una duración máxima para la suspensión ante la falta de recepción de informe, pero no impide que la Administración Consultante pueda acordar expresamente el levantamiento de la suspensión transcurrido el plazo para la evacuación del informe que se hubiera fijado en la norma concreta –o, incluso, en cualquier momento, anterior o posterior, en que lo estime oportuno–, lo que conllevaría que continuase corriendo el plazo para resolver y notificar. Incluso, resulta admisible que ese alzamiento de la suspensión se produzca de manera implícita cuando la Administración consultante que acordó la suspensión, posteriormente continúe con la instrucción del procedimiento en aquellos casos en que resulte admisible (por ej. cuando no se emiten en plazo los informes de AAPP distintas para garantizar el punto de vista de sus competencias respectivas, o cuando una norma sectorial concreta disponga expresamente que no emitido el informe en plazo se entenderá que éste es favorable...).

Así, en cuanto al cómputo de la suspensión del procedimiento, la tesis más seguida por la jurisprudencia es la de que el plazo se inicia el mismo día de la inscripción en el Registro de Salida de la petición de informe (con el cumplimiento del resto de requisitos reiteradamente expuestos) y finaliza el mismo día de la recepción del informe por la Administración consultante (excepto que se hubiera procedido previamente al levantamiento de la suspensión, o, en su defecto, que no se hubiera recibido en el plazo de los 3 meses).

Sin embargo, el cómputo del plazo para la evacuación del informe determinante comienza el mismo día del asiento de inscripción de la solicitud de informe en el Registro de Entrada del órgano, Administración o Institución informante (artículos 42.3.b) Ley 30/1992, por analogía)⁸⁰, y puede ser, a su vez, objeto de sus propias causas de suspensión⁸¹ (distintas a las previstas en la legislación procedimental común).

80 En el hipotético caso de que no hubiera practicado el Registro de Entrada de la petición de informe, la Administración consultante, a efectos de calcular el plazo que el Órgano e Institución informante tiene para emitir el informe, debería considerar como fecha de inicio aquella en que efectivamente se produjo la recepción, así como disponer de la correspondiente acreditación documental (por ej. con acuse de recibo de Correos firmado por personal del Órgano o Institución informante, en el que constara la fecha de recepción).

81 La suspensión del plazo para emitir informe preceptivo se suele producir cuando el Órgano o Institución que ha de informar formula requerimientos justificados a la Administración consultante, bien porque la petición de informe no reúne los requisitos necesarios para ser tramitada (por ej. no viene firmada o viene suscrita por persona manifiestamente incompetente), bien porque no acompaña la documentación exigible para su emisión (por ej. una petición de dictamen a un Consejo Consultivo sobre un procedimiento de revisión de oficio, sin acompañar en el expediente en el que se ha dictado el acto administrativo que se pretende revisar).

La STS 4/7/2014 viene a admitir ese efecto suspensivo del transcurso del plazo para evacuar un informe preceptivo y obstativo cuando existe un requerimiento justificado del Órgano o Institución informante de que se complete el expediente, y ese requerimiento no es cumplimentado por la Administración instructora. En el caso examinado por la Sentencia, el Ayuntamiento de Melón solicitó informe respecto al Plan General de Ordenación Urbana a la Confederación Hidrográfica del Norte, organismo que no emitió el informe, sino que requirió a la Corporación municipal para que justificase la disponibilidad de recursos hídricos para atender el incremento de demanda de agua por duplicarse la población en 10 años, así como por prever el Plan un parque empresarial y un campo de golf, e igualmente la justificación de las depuradoras existentes o la necesidad de otras nuevas. Sin embargo el Ayuntamiento no cumplimentó tal requerimiento sino que aprobó definitivamente el Plan, por lo que el Tribunal Supremo declara que *«la Sala de instancia acierta cuando afirma que en este caso no hubo informe –ni expreso ni presunto– pues cuando se pidió a la Confederación Hidrográfica ésta requirió al Ayuntamiento la justificación de la disponibilidad de los recursos hídricos necesarios... ; requerimiento que –como señala la sentencia– no fue atendido con el argumento de que no lo exigía la Ley.»*

En el caso de los Órganos Consultivos suele existir previsión normativa expresa de la suspensión del plazo para dictaminar. Así, en el CJCCV, el plazo máximo de emisión del dictamen comienza *«a contar desde la recepción del expediente»* (artículos 14.1 LCJCCV y 71 de su Reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto del Consell 138/1996–), pero, ante la eventualidad de que este esté incompleto, señala que *«el Consell Jurídic Consultiu, a través de su Presidente/a, puede solicitar al órgano consultante que se complete el expediente con cuantos antecedentes e informes estime necesarios»*, supuesto en el que *«el plazo para emitir dictamen quedará en suspenso hasta la recepción de los documentos solicitados»* (artículo 15.1 LCJCCV y 66 RCJCCV). Junto a esta causa suspensiva, también se apunta en la Memoria del CJCCV del año 2014 que, *de lege ferenda*, sería conveniente la suspensión del plazo para emisión del dictamen en los supuestos en que se conceda audiencia y vista del expediente a los interesados por la Institución consultiva, sobretodo, si el dictamen ha de ser emitido con urgencia, para garantizar un periodo razonable para el estudio de los asuntos.

Según mi criterio, la reducción del plazo máximo suspensivo de 3 meses de la legislación procedimental común sólo debería producirse si estuviera contemplada expresamente en la concreta norma reguladora del procedimiento, de tal modo que resultase incontrovertida que la voluntad del autor de la norma fuera que transcurrido el plazo de emisión del informe⁸² se levantase automáticamente la suspensión (lo que no suele ocurrir en la práctica⁸³). Sin embargo, en el resto de casos en que no exista esa previsión específica no necesariamente la suspensión se levantará por la no evacuación temporánea del informe, sino que podrá continuar por el tiempo que reste hasta los 3 meses (siempre que el informe no se hubiera recibido antes).

La necesidad de esperar al informe extemporáneo es clara cuando se trata de informes vinculantes u obstativos y la norma sectorial atribuye (o se derivan de ella) efectos desestimatorios por su no recepción en plazo⁸⁴, porque si

De cualquier manera, ha de tratarse de requerimientos debidamente motivados, en que por la naturaleza y contenido de la información exigida, hasta tanto no se disponga de ésta no se pueda emitir un acertado informe, pues son de aplicación los principios de eficacia y celeridad en el procedimiento administrativo, y en consecuencia, como señala la STS 7/7/1997 *«la Administración no puede arbitrariamente exigir cualquier documentación, sino aquella que sea indispensable para fijar los datos en base a los cuales ha de dictarse la resolución y esos datos han de ser ignorados para la Administración, ya que si ésta los conoce, por haber presentado el interesado los documentos que se le piden, no tiene alcance la indicada consideración—es decir, la posibilidad de requerir la documentación—, tratándose de datos suficientes para resolver y dictar la correspondiente resolución»*.

82 Cuestión de gran importancia es la de si el plazo es común para informar y notificar el informe emitido a la Administración consultante, o, si, por el contrario, se trata de plazos distintos (es decir, emitido el informe en plazo, la Administración todavía dispondría de un plazo máximo de 10 diez días hábiles para la notificación del informe, por aplicación del artículo 58.2 Ley 30/1992 y 40.2 LPAC).

Para mí, el plazo para emitir el informe y el plazo para notificarlo a la Administración consultante son plazos distintos, sin que exista un plazo común para informar y notificar, por las siguientes razones:

1ª) Porque la legislación procedimental común sólo establece respecto a “la resolución” la necesidad de que dentro del plazo máximo para dictarla también se notifique (artículos 4.12 Ley 30/1992 y 21.1 LPAC), pero el dictamen es un acto administrativo de trámite, como se deduce de la propia normativa común de procedimiento que habla de *«las resoluciones y los actos de trámite»* (por ej. artículos 107.1 Ley 30/1992 y 112.1 LPAC), por lo que para los actos de trámite el plazo de notificación es un plazo adicional.

2ª) Por razones prácticas, porque la elaboración de los informes requiere de un previo estudio en profundidad, minucioso y reposado sobre cuestiones diversas que muchas veces presentan gran complejidad técnica o jurídica, lo que hace conveniente que, para garantizar su acierto y, en definitiva, que se ilustre adecuadamente al órgano decisorio, el plazo de 10 días para su notificación sea adicional al plazo para su emisión, lo que se evidencia aún más cuando los informes han de ser emitidos con urgencia (en estos casos, el plazo se suele reducir a 10 o incluso a menos días hábiles), y de entenderse que en ese plazo común también debe procederse a la notificación prácticamente todos los informes urgentes serán extemporáneos.

83 Por ejemplo, en el caso del CJCCV, el artículo 14 LCJCV fija el plazo máximo para dictaminar en 1 mes (salvo en caso de petición urgente en que queda reducido a 10 días), pero ni la LCJCV ni el RCJCV hacen referencia expresa alguna a la duración del plazo de suspensión del procedimiento para resolver y notificar, de tal manera que, en principio, habría que entender que aunque transcurriera ese plazo (1 mes, o 10 días) no se produciría la reanudación del procedimiento, hasta que se recibe el informe, o en su caso, hasta el transcurso de los 3 meses a que se refiere el artículo 42.5.c) Ley 30/1992.

84 Por ejemplo, la falta de emisión de la declaración ambiental estratégica, del informe ambiental estratégico, de la declaración de impacto ambiental o del informe de impacto ambiental, en los plazos legalmente establecidos, en ningún caso podrá entenderse que equivale a una evaluación ambiental favorable (artículo 10 Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental).

la Administración consultante dictara una resolución favorable, lo más normal es que se declarase inválida por los órganos judiciales por no constar ese tipo de informe.

Pero también puede ser conveniente prolongar la suspensión hasta 3 meses, a la espera de la recepción del informe, porque su conocimiento es sumamente relevante para garantizar una decisión conforme a Derecho, justa y acertada. Esos casos en los que, expirado el plazo para la recepción del informe, la Administración podrá optar por continuar el procedimiento o esperar al informe determinante extemporáneo serían los siguientes:

1º) Informes de Administraciones Públicas distintas de la que tramite el procedimiento, cuyo objeto es “*expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas*” (por ej. en materia de aguas, ordenación del territorio⁸⁵, de defensa, de medio ambiente, etc), en los que si se agota el plazo sin que fueran evacuados “*se podrán proseguir las actuaciones*”, y, el informe extemporáneo “*podrá no ser tenido en cuenta*” al adoptar la correspondiente resolución (artículos 83.4 último párrafo Ley 30/1992 y 80.4 LPAC).

2º) Informes determinantes que no tengan carácter vinculante ni obstativo para la adopción de la decisión.

3º) Informes vinculantes u obstativos, en los que la norma disponga que pasado su plazo de emisión sin que se hubieran evacuado perderán su carácter vinculante u obstativo⁸⁶.

85 La STS 22/6/2012 respecto de un informe solicitado por un Ayuntamiento a la Comisión de Ordenación del Territorio de Canarias (COTMAC), con carácter previo a la aprobación definitiva de un Plan Parcial, informe que no fue emitido en plazo, siendo que era determinante, señala que “*no existía en el momento de aprobación del Plan parcial que enjuiciamos una regulación expresa en el ordenamiento autonómico respecto del plazo de emisión del informe preceptivo de la COTMAC, por lo que era obligado acudir a las normas estatales y, dentro de ellas, a las del procedimiento administrativo común para determinar el plazo de diez días en el que debía evacuarse el informe y las consecuencias de su no emisión*” y “*en aplicación del apartado 4 del mismo artículo 83 de la LRJPAC es claro que el procedimiento podía seguir adelante aunque fuese preceptivo y determinante el informe solicitado, ya que debía ser emitido por otra Administración Pública y no interrumpió el plazo de los trámites sucesivos*”, de tal forma que “*transcurrido el plazo de diez días, podía proseguir el curso de las actuaciones aunque el informe no hubiera sido emitido (artículo 85.4 LRJPAC)*».

86 Eso sucede por ej. con el informe del Organismo de Cuenca respecto de los procedimientos de autorización de vertido al dominio público hidráulico de cuencas gestionadas por la Administración General del Estado, informe que habrá de determinar las características del vertido y las medidas correctoras a adoptar a fin de preservar el buen estado ecológico de las aguas, si bien transcurrido el plazo para su emisión sin que se haya emitido se puede otorgar la autorización ambiental integrada de conformidad con la legislación sectorial aplicable (artículo 35 Ley 6/2014, de 25 de julio, Prevención de Contaminación y Calidad Ambiental de Comunidad Valenciana).

4º) Informes vinculantes u obstativos, en los que la norma haya previsto que transcurrido el plazo máximo para su emisión sin que se hubieran evacuado se entenderán favorables⁸⁷.

En el 1º de los supuestos (informe determinante de Administración distinta para preservar su competencia respectiva), por previsión expresa del Legislador, si ha vencido el plazo para evacuar estos informes sin que se hubieran emitido, la Administración podrá optar por proseguir el procedimiento y adoptar la resolución que estime procedente, sin que la recepción posterior a la resolución de ese informe tardío afecte por sí sólo a la validez de la decisión adoptada previamente (SSTS 16/10/2014 y 20/5/2014)⁸⁸.

La cuestión varía cuando, aun siendo este informe extemporáneo, se recibe antes de la resolución del asunto, porque la jurisprudencia del TS ha matizado que la expresión “*podrá no ser tenido en cuenta*” (artículos 83.4 Ley 30/1992 y 80.4 LPAC) no puede ser interpretada como una facultad libérrima de la Administración para desconocer el contenido de ese informe (SSTS 29/6/2004 y 4/7/2014)⁸⁹. Es

87 Por ej. así ocurre con:

- El informe preceptivo y vinculante de la Administración General del Estado en lo relativo a cuestiones de legalidad o a la afectación a intereses generales de competencia estatal, respecto a la aprobación definitiva para las Ciudades de Ceuta y Melilla de Planes Especiales no previstos en el Plan General, y de sus modificaciones, así como respecto de determinadas modificaciones del Plan General, que debe emitirse en el plazo de 3 meses y se entiende favorable si no se emite en dicho plazo (Disposición Adicional 3ª del Texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).
- El informe de la Conselleria competente en materia de puertos respecto a las autorizaciones en zonas colindantes con el dominio público portuario, que si no es emitido en el plazo de 1 mes se entiende favorable (artículo 17 Ley 2/2014, de 13 de junio, de Puertos de la Generalitat).
- El informe de los órganos competentes de la Generalitat en materia de espectáculos y, cuando proceda, en materia de intervención ambiental, con el objeto de que se evacuen los informes referentes al cumplimiento de las condiciones generales técnicas, que se entienden favorables cuando el Ayuntamiento no haya recibido comunicación expresa en el plazo de un mes desde la recepción del expediente por el órgano autonómico (artículo 10.2 Ley 14/2010, de 1 de diciembre, de Espectáculos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunitat Valenciana).

88 La STS 16/10/2014 se refiere a un supuesto en que la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias, al no recibir en plazo el informe del Ministerio de Defensa que había solicitado, aprobó el Plan Especial del Paisaje Protegido de La Isleta, señalando la Sentencia que «*en este caso, al haber sido emitido cuando el Plan Especial ya había sido definitivamente aprobado, el citado informe quedó privado de toda eficacia...*».

La STS 20/5/2014 aclara que el artículo 83 Ley 30/1992 contempla una «*cláusula de garantía, encaminada a preservar que a falta de algún informe preceptivo –salvo excepciones muy puntuales...– el procedimiento pueda proseguir, porque, en la medida en que se encamina a la satisfacción de algún interés público, la realización de dicho interés no puede resultar enervada ni postergada de modo indefinido; es más, ni siquiera la falta de previsión expresa de un plazo sirve a tal efecto de excusa, ya que siempre existe un plazo: no cabe aducir en contra dicha falta de previsión expresa, porque la normativa básica también se cuida de fijar el que procede aplicar en tal caso.*»

89 Así la STS 29/6/2004, con relación a una Orden de la Consejería de Industria de Canarias sobre un concurso público para la asignación de potencias eólicas, en la que se preveía que si determinado tipo de informes preceptivos no se emitían en plazo se entenderían favorables, declara que el último apartado del artículo 83.4 Ley 30/1992 que «*refiere que ‘el informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución’, no puede ser comprendido de modo que vincule a la Administración a negar validez y eficacia jurídica a aquellos informes que, aún evacuados fuera de plazo,*

más, a efectos prácticos, la regla general deberá ser la de atenderlo para evitar lesionar las competencias sectoriales de otras Administraciones Públicas y futuras impugnaciones jurisdiccionales.

En el 2º) supuesto (informes determinantes que no tengan carácter vinculante ni obstativo para la adopción de la decisión), si ha vencido el plazo para su evacuación sin que se hayan emitido, se podrá continuar con la instrucción del procedimiento y dictarse la resolución que se estime conforme a Derecho, puesto que la Administración consultante no queda obligada por el sentido de este tipo de informes. En caso de recibirse tardíamente el informe, pero antes de dictarse la resolución, la Administración podrá, incluso, resolver en sentido contrario al informe, siempre que tal resolución tenga una motivación adecuada y suficiente del diferente criterio seguido (artículos 54.1.c) Ley 30/1992 y 35.1.c) LPAC).

En el 3º) supuesto (informes vinculantes u obstativos que, por previsión normativa, pierden éste carácter si no son emitidos en plazo), transcurrido el plazo para su evacuación se podrá continuar el procedimiento y dictar la resolución oportuna, puesto que el eventual informe extemporáneo que pudiera recaer habrá perdido su carácter vinculante u obstativo, y, en caso de ser recibido antes de adoptar la resolución, bastará con que el acto decisor motive adecuadamente, si fuera el caso, sobre su separación del informe (artículos 54.1.c) Ley 30/1992 y 35.1.c) LPAC).

En el 4º) supuesto (informes vinculantes u obstativos a los que la norma atribuya carácter favorable si son extemporáneos), transcurrido el plazo para su evacuación la Administración podrá continuar el procedimiento y dictar, previa motivación, la resolución oportuna, puesto que por voluntad de la norma ha de entenderse que, presuntamente, el informe es favorable. Así mismo, al igual en el supuesto anterior, caso de ser recibido el informe antes de adoptar la resolución, bastará con que se motive las razones por las que se separa del informe (artículos 54.1.c) Ley 30/1992 y 35.1.c) LPAC).

advirtan de una actuación del particular manifiestamente antijurídica que propicia una resolución ilícita de la Administración», y considera que esa Orden «no puede interpretarse de forma literalista, autónoma y descontextualizada de los principios informadores del procedimiento administrativo establecidos en la Ley 30/1992..., de modo que habilite a la Administración a dictar con pleno conocimiento resoluciones contrarias a Derecho por no tomar en consideración Informes, que aún evacuados con vulneración de las reglas procedimentales, se refieren no a cuestiones de mera oportunidad sino que conciernen a elementos esenciales referentes a la juridicidad del acto», porque «la Administración decidente no puede dejar de apreciar y valorar los intereses medioambientales dignos de preservación y tutela por enclavarse el parque eólico proyectado en espacios protegidos y en sus áreas limítrofes con un elevado grado de afectación del paisaje....».

También la STS 4/7/2014 matiza que, respecto de un informe preceptivo evacuado extemporáneamente por la Dirección General de Patrimonio de la Xunta de Galicia, «al no recibir el informe dentro del plazo señalado, el Ayuntamiento podía disponer que prosiguieran las actuaciones», pero «ello no significa que el informe recibido tardíamente quede privado ex lege de toda virtualidad», porque «aunque la expresión legal ('se podrán proseguir las actuaciones'), siendo imprecisa, no puede entenderse en el sentido de que la Administración actuante pueda, a su libre criterio, atender o desatender el informe, menos aun cuando se trata de informes que tienen legalmente atribuido el carácter de preceptivos y vinculantes».

j) Si transcurre el plazo máximo para la recepción del informe determinante sin que haya llegado a la Administración consultante, ésta queda bloqueada porque necesariamente debe esperar a recibirlo para continuar con la instrucción del procedimiento y resolver, o puede seguir instruyendo del procedimiento y adoptar la decisión que estime procedente.

Como se ha indicado en el apartado **I)** anterior, no plantea problemas la prosecución del procedimiento cuando la no recepción en plazo del informe determinante se produce en alguno de los 4 supuestos analizados antes, es decir, cuando se trate de:

1º) Informes de Administraciones Públicas distintas de la que tramite el procedimiento, cuyo objeto sea *“expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas”*.

2º) Informes determinantes que no tengan carácter vinculante ni obstativo para la adopción de la decisión.

3º) Informes vinculantes u obstativos, en los que la norma disponga que pasado su plazo de emisión sin que se hubieran emitido perderán su carácter vinculante u obstativo.

4º) Informes vinculantes u obstativos, en los que la norma haya previsto que transcurrido el plazo máximo para su emisión sin que se hubieran evacuado se entenderán favorables.

Ahora bien, la cuestión se complica más cuando el informe no recibido tenga naturaleza vinculante u obstativa y no encaja en ninguno de esos cuatro supuestos (por ej. así ocurriría con el dictamen que debe emitir el Consejo de Estado o los Consejos Consultivos autonómicos en los procedimientos de revisión de oficio).

En ese caso, si vencido el plazo para la recepción del dictamen (por ej. 1 mes) todavía no ha vencido el plazo máximo suspensivo (según la legislación procedimental común, este plazo no puede superar los 3 meses), lo lógico es que la Administración mantenga la suspensión hasta que venza ese periodo máximo suspensivo, a no ser que reciba el informe extemporáneo antes de su vencimiento en cuyo caso la suspensión quedará levantada con la recepción del dictamen.

Pero, si pese a todo, transcurre ese plazo máximo de suspensión, y la Administración consultante no recibe ese informe vinculante u obstativo, podría plantearse, fundamentalmente, hacer 2 cosas:

1ª) Continuar esperando a la emisión del informe tardío y, una vez recibido, resolver conforme a él.

2ª) Resolver sin esperar a la emisión del informe.

Analizamos a continuación esas posibilidades.

1ª) Esperar a la emisión del informe tardío y resolver conforme a éste una vez sea emitido.

Sin perjuicio de que el plazo para resolver y notificar continúe desde el momento en que se levanta automáticamente la suspensión por haber pasado el plazo máximo suspensivo, si, con posterioridad, se recibe el informe y todavía se está dentro de plazo para resolver, la Administración debería resolver atendiendo al contenido del informe recibido, salvo que éste fuera obstativo y favorable en cuyo caso podrá separarse de él con una adecuada y justificada motivación (artículos 54.1.c) Ley 30/1992 y 35.1.c) LPAC).

2ª) Resolver sin esperar a la emisión del informe.

Puede darse la hipótesis de que la Administración opte por continuar con la instrucción del procedimiento y resolver cuando, levantada automáticamente la suspensión, el plazo máximo de resolución y notificación se encuentre próximo y se le puedan llegar a producir, por causas ajenas a ella, efectos perjudiciales (la caducidad del procedimiento o el silencio estimatorio).

Esa resolución adoptada sin informe plantearía serias dudas de legalidad, aunque haya poderosas razones lógicas y de equidad que podrían darle cobertura.

La necesidad de esperar al informe determinante cobra sentido si el procedimiento queda paralizado -sin fijación de un límite temporal máximo- hasta el mismo momento de recepción del informe, como ocurría cuando no se cuestionaba la aplicación del artículo 83.3 Ley 30/1992, que disponía que ese tipo de informes podían “*interrumpir el plazo de los trámites sucesivos*”, supuesto éste en que, con independencia del retraso del Órgano e Institución informante, la Administración al recibir el informe siempre tenía la posibilidad de resolver por no existir plazo máximo de interrupción o suspensión.

Pero no tiene justificación racional si, como ha interpretado la jurisprudencia del TS⁹⁰, prevalece el artículo 42.5.c) Ley 30/1992, y en

⁹⁰ Según la STS 18/3/2014 «*la reforma en 1999 de la Ley 30/1992 ha pretendido introducir una cierta disciplina en la duración de los procedimientos iniciados de oficio que puedan tener efectos gravosos para el administrado, sometiéndolos a un riguroso plazo de caducidad*», de tal modo que «*la regla general... consiste en que el vencimiento del plazo máximo para resolver dichos procedimientos sin que se haya dictado la resolución correspondiente determina de modo automático su caducidad y archivo (artículo 44.2)*», pero advierte que «*el rigor queda atenuado... permitiéndose que en circunstancias excepcionales se ‘pare el reloj’ del cómputo temporal, esto es, se suspenda el plazo máximo para resolver*», si bien «*no admite que dicha ‘parada de reloj’ sea indefinida sino que la somete, a su vez (en algunos de los supuestos, no en todos), a límites temporales propios*» y «*transcurrido el tiempo de suspensión, el cómputo del plazo legal para resolver vuelve a correr*».

consecuencia, transcurrido el plazo máximo de suspensión sin que se haya recibido el informe continúa corriendo el plazo para resolver el procedimiento, porque, por circunstancias totalmente ajenas a la Administración consultante, se podrá producir la caducidad o el silencio desestimatorio⁹¹.

De sostenerse que, levantada la suspensión, por falta de emisión de este tipo de informes dentro del plazo máximo de suspensión, la Administración consultante queda totalmente impedida para resolver el asunto planteado, se estaría convirtiendo al Órgano o Institución informante en una especie de “*perro del hortelano, que ni come ni deja comer*” porque: por un lado, incumple su obligación de expresar su criterio antes de que transcurra el plazo para resolver (“*no come*”) y; por otro lado, con esa inactividad impide a la Administración consultante cumplir con su obligación de resolver y notificar en plazo (“*no deja comer*”), pues ésta desconoce el criterio del Órgano consultivo, y, en consecuencia, ni puede resolver -por no poder justificar que el criterio del Órgano consultivo es favorable a la actuación pretendida-, ni tampoco puede acceder a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para impugnar el silencio de la Autoridad informante.

Además, esa espera más allá del plazo máximo suspensivo tiene todavía menos justificación cuando las consecuencias para quién consulta son más graves, como ocurre si la Administración no puede reiniciar el procedimiento caducado, bien porque cuando se pretenda volver a iniciar la vía procedimental ya se haya producido la prescripción de la acción administrativa⁹², bien porque, aunque no haya

91 Podría acudir al mecanismo previsto en el artículo 29.1 LJCA para combatir la inactividad del Consejo de Estado o del respectivo Órgano Consultivo, en la medida que también pueden calificarse como Administración, aunque de naturaleza consultiva, que estaría incumpliendo su deber de realizar la prestación concreta de hacer consistente en emitir dictámenes preceptivos exigidos por sus respectivas Leyes de creación o por otras normas. Según este artículo 29.1 LJCA «*Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación..., esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación*», de tal modo que «*si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración*».

La posibilidad de interponer el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de las AAPP por no emitir sus informes en plazo aparece expresamente reconocida en alguna norma, como por ej. en los artículos 19 y 24 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, que contempla que si las AAPP afectadas por el borrador del plan o programa y el documento inicial estratégico no emitieran sus informes en plazo, o si éstos no resultaran suficientes, el órgano ambiental, si no tuviera los elementos de juicio suficientes para decidir sobre la evaluación ambiental estratégica, podrá requerir al titular del órgano jerárquicamente superior de aquel que tendría que emitir el informe, sin perjuicio de la posibilidad que tiene el promotor de reclamar a la Administración competente la emisión del informe, a través del procedimiento previsto en el artículo 29.1 LJCA.

92 La legislación procedimental común después de declarar que la caducidad no produce por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, recuerda que «*los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción*». (artículos 92.3 Ley 30/1992 y 95.3 LPAC)

Esa prescripción podría darse por ej. en el caso de que se quisiera reiniciar un procedimiento caducado de declaración de lesividad en el que se exigiera un informe vinculante u obstativo que no se hubiera emitido, si cuando se quiere volver a iniciar ese procedimiento ya hubiera transcurrido el plazo máximo de 4 años que existe para declarar la lesividad (artículos 103.2º y 3º Ley 30/1992 y 107.2º y 3º LPAC.).

prescrito ésta, una norma sectorial específica prohíba expresamente reiniciar el procedimiento⁹³, o, bien porque pueda recaer un eventual pronunciamiento judicial que considere que la reiniciación no es conforme con el ordenamiento jurídico por suponer un abuso de derecho por parte de la Administración y una vulneración del principio de seguridad jurídica.⁹⁴

De afirmarse ese *status quo* se podría derivar la producción a la Administración consultante de daños y perjuicios, e incluso, si no formase parte del mismo sector público al que pertenece el Órgano o Institución Consultiva, podría servirle de justificación para plantear una eventual reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual frente al Órgano consultivo⁹⁵.

Por otra parte, hay que recordar que: 1º) Los informes vinculantes u obstativos únicamente lo son para la Administración consultante, pero no para los órganos judiciales, puesto que éstos tienen atribuida en exclusiva la función de juzgar y ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 Constitución española); y 2º) Algunos informes obstativos (como los del Consejo de Estado o de los Consejos Consultivos autonómicos, en procedimientos de revisión de oficio) van destinados exclusivamente al análisis de cuestiones de interpretación jurídica, no meramente económica o fáctica, por lo que no debe excluirse que el órgano judicial, en aplicación de lo que constituye su propio conocimiento jurídico, pueda apreciar que la decisión adoptada por la Administración es conforme a Derecho pese a la inexistencia o, el criterio contrario, del informe (por ej. que la resolución de revisión de oficio de un acto administrativo es conforme con el ordenamiento jurídico porque existen evidentes causas de nulidad de pleno derecho en el acto revisado).

Siendo cierto que el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva no siempre exige una resolución judicial sobre el fondo del asunto sino que basta una

93 En algunas materias, el D. Positivo excluye expresamente la posibilidad de reiniciar los procedimientos caducados. Por ejemplo, en la Ley General Tributaria que, por previsión expresa de la Ley 30/1992, se aplica directamente a los procedimientos tributarios, se dispone en su artículo 211.4 que la declaración de caducidad del procedimiento sancionador «impedirá la iniciación de un nuevo procedimiento sancionador».

94 La mayoría de los pronunciamientos judiciales admiten la reiniciación de los procedimientos caducados, siempre que no se hubiera producido la prescripción de la acción, con base en el artículo 92.3 Ley 30/1992 (SSTS 12/6/2003 y 5/12/2001, o STSJ Castilla-La Mancha 10/7/1998), e incluso, para que se conserven determinados trámites del procedimiento caducado (STSJ Galicia de 30/9/1999).

Sin embargo, por ser contraria a la seguridad jurídica, alguna sentencia aislada (por ej. STSJ Murcia 21/2/2000 y STS 30/5/2002) y parte de la doctrina (SANTAMARÍA PASTOR, LÓPEZ RAMÓN, DE DIEGO...) rechazan la reiniciación de procedimientos caducados –sobre todo, en materia sancionadora–, o al menos, en el supuesto de reinicio del procedimiento se oponen a la posibilidad de aprovechar los trámites anteriormente practicados en el procedimiento caducado (STS 21/11/2012).

95 Conviene puntualizar que no cualquier retraso de la Administración (en este caso, del Órgano o Institución consultiva) implica necesariamente el deber de indemnizar, porque como se afirma en la Memoria del Consejo de Estado del año 2003, aunque «el cumplimiento de los plazos es no sólo deseable sino jurídicamente obligatorio, ello no puede llevar a imputar a la Administración todos los daños y perjuicios derivados de un retraso, por leve y justificado que éste sea, pues ello supondría la extensión del instituto resarcitorio más allá de sus límites naturales».

resolución de inadmisión por causa legal para ello y apreciada razonadamente por el órgano judicial (SSTC 108/2000, entre otras), no debe olvidarse que *«hay que evitar convertir cualquier irregularidad formal en obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y obtención de una resolución de fondo al margen de la función y el sentido, de la razón y de la finalidad que inspira la existencia del requisito procesal»*, que han de ser *«medidos en su justa proporción y ello para evitar la preponderancia de lo que es solo instrumento (medio) entendido literalmente, con mengua de la finalidad última de la función judicial, no otra que la de resolver definitiva y eficazmente los conflictos que a ella se le someten»* (STC 11/1998).

Y, concretamente, esa desproporción otorgada por el Legislador a un requisito procesal, con mengua de la propia función judicial, es lo que llevó a la STC 185/2012 a declarar inconstitucional la nueva redacción dada al artículo 98.2 del Código Civil, en la medida en que el precepto exigía un informe favorable del Ministerio Fiscal para que el Juez pudiese otorgar la custodia compartida de los hijos menores en los procesos de separación o divorcio en los que no mediase acuerdo entre los padres, porque ello suponía una auténtica *«facultad de vetar la decisión discrepante del Juez, bastándole para ello con no informar, hacerlo neutralmente o desfavorablemente»*, declarando que el hecho de que *«el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo»*.

Por toda la problemática expuesta, no parece razonable dejar en manos de una eventual inactividad de un Órgano o Institución informante externo, la posibilidad real de una Administración de resolver y notificar en plazo.

Así, en la Memoria del CJCCV del año 2013 se manifiesta que:

«La premisa de que las Autoridades Consultantes tengan que actuar en tales procedimientos de manera automática, siguiendo el dictado de los Órganos Consultivos sobre la aplicación e interpretación del Derecho, así como la afirmación de que la separación de la Resolución administrativa del sentido del Dictamen contamina irremediabilmente de invalidez la decisión adoptada, y la idea de que los Órganos Judiciales en tales casos deban limitarse a comprobar la adecuación de la Resolución al contenido del Dictamen, sin poder fiscalizar éste, además de poder atentar a la propia autonomía de las Administraciones Públicas en la gestión de sus respectivos intereses (artículo 137 de la Constitución Española, en adelante CE), puede convertir en papel mojado el derecho constitucional reconocido en el artículo 24.1 CE a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión, derecho del que también gozan las personas jurídicas de Derecho Público (STC 64/1988), como sería el caso de las Administraciones consultantes que tienen reconocida personalidad jurídica propia), y, además, puede mermar el necesario equilibrio que ha de existir entre los diferentes Poderes del Estado, concretamente entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, pues queda vedado al Legislador cercenar el monopolio de los jueces para “juzgar y ejecutar lo juzgado” (artículo 117.3 CE).

Ese equilibrio se rompería si las funciones del Consejo de Estado y del resto de Órganos Consultivos se entendiesen como ‘cuasijurisdiccionales’ o ‘codecisoras’, ya sea en el sentido de que bloqueasen la actuación de las Autoridades consultantes impidiéndoles impetrar el auxilio judicial lo que las llevaría a un callejón sin salida, o ya sea en el sentido de vincular a los Órganos judiciales si se considerase que su papel queda limitado a comprobar que la resolución no se adopta contra el sentido del informe obstativo desfavorable, pero sin poder entrar en el análisis del dictamen y, en definitiva, en el fondo del asunto.

No debe olvidarse que, aunque el Consejo de Estado y el resto de Órganos Consultivos de las CCAA cuando emiten este tipo de dictámenes ejercen una importante función –incluso reconocida por la propia Constitución en su artículo 107 y en la doctrina del Tribunal Constitucional–, no ejercen una función jurisdiccional propiamente dicha, no son un Órgano Judicial, ni están integrados en el Poder Judicial, ni sus dictámenes están sacralizados con el efecto de ‘cosa juzgada’ del que únicamente gozan las sentencias judiciales».

En cualquier caso, ante el mantenimiento del carácter vinculante u obstativo de ciertos dictámenes o informes, se estima sumamente acertada la previsión contenida en algunas normas sectoriales de que ese carácter permanecerá en tanto el informe sea emitido en plazo, pero una vez expirado el plazo para su emisión ha de entenderse favorable, permitiendo de esta manera que, en esos casos, la Administración consultante pueda continuar con la tramitación del procedimiento y dictar la resolución que considere ajustada a Derecho.

El tratamiento jurídico que da la LPAC a la cuestión que analizamos en este apartado supone un ligero avance, en la medida en que deja claro que, transcurrido el plazo máximo suspensivo sin recibir los “*informes preceptivos*” –con independencia de su carácter vinculante, obstativo o no vinculante–, “*proseguirá el procedimiento*”, desapareciendo cualquier referencia a la “*interrupción*” que se contenía en el artículo 83.4 in fine Ley 30/1992, por lo que no cabe duda que a partir de ese momento continuará corriendo el plazo para resolver y notificar.

Y si el Legislador prevé la prosecución del procedimiento, hay que interpretar que esa continuación se permite con todas sus consecuencias jurídicas, es decir, para hacer posible que la Administración pueda adoptar, motivadamente, la resolución que estime conforme a Derecho, puesto que de lo contrario estaríamos ante una suerte de informe presunto desestimatorio, que la LPAC no contempla para ese supuesto.

Habida cuenta que el artículo 22.1.d) LPAC no prevé que por el paso del tiempo se produzca la desaparición del carácter preceptivo del informe, o, si fuera el caso, de su vinculatoriedad u obstatividad, si la Administración recibe ese informe después del plazo máximo de suspensión pero antes de haber resuelto, y el informe le es desfavorable, en principio, no podrá resolver en sentido favorable, sin perjuicio de la

posibilidad de impugnarlo si considera que su contenido no es conforme a Derecho. No obstante, la STS 4/7/2014 admite la posibilidad de separarse del contenido de un informe vinculante cuando se recibe habiendo transcurrido el plazo máximo de suspensión y prácticamente ultimado el procedimiento administrativo⁹⁶.

Para eliminar la problemática planteada hubiera sido deseable que el legislador hubiera:

1º) Previsto expresamente que transcurrido el plazo máximo suspensivo sin recibirse el informe preceptivo, no sólo continuará el procedimiento, sino que la Administración habrá de dictar resolución motivada y dentro de plazo, con independencia del carácter vinculante, obstativo o no vinculante del informe preceptivo, y,

2º) Aclarado que efectos jurídicos produce el informe vinculante u obstativo en el eventual supuesto de recibirse antes de resolver, pero transcurrido el plazo suspensivo máximo, esto es, si ese informe extemporáneo sigue conservando su naturaleza vinculante u obstativa, o, si por el contrario, se convierte en no vinculante, en cuyo caso la Administración podrá resolver incluso en sentido diferente al del informe siempre que exprese las razones por las que se separa de él.

k) El plazo máximo de suspensión de 3 meses previsto en la legislación procedimental común⁹⁷ es un plazo conjunto para todos los informes determinantes que se soliciten en el mismo procedimiento, o se aplica individualmente respecto de cada informe determinante, o depende del caso concreto planteado y del tipo de informe determinante de que se trate⁹⁸.

⁹⁶ La STS 4/7/2014 matiza que, respecto de un informe preceptivo evacuado extemporáneamente por la Dirección General de Patrimonio de la Xunta de Galicia, «al no recibir el informe dentro del plazo señalado, el Ayuntamiento podía disponer que prosiguieran las actuaciones», pero «ello no significa que el informe recibido tardíamente quede privado ex lege de toda virtualidad», porque «aunque la expresión legal ('se podrán proseguir las actuaciones'), siendo imprecisa, no puede entenderse en el sentido de que la Administración actuante pueda, a su libre criterio, atender o desatender el informe, menos aun cuando se trata de informes que tienen legalmente atribuido el carácter de preceptivos y vinculantes». Por ello puntualiza que «el recto entendimiento del citado artículo 83.4 lleva a considerar que la Administración que dirige el procedimiento debe exponer las razones por las que el informe recibido tardíamente no puede ser tenido en consideración (explicando, por ejemplo, que al haber sido recibido en la fase final del procedimiento y estando ya cumplidos todos los trámites de audiencia e informes, no resulta viable que las indicaciones del informe tardío encuentren reflejo en la resolución final)».

⁹⁷ O, si fuera el caso, el plazo máximo legal de suspensión expresamente previsto *ratione materiae* por una norma autonómica por la petición de informes determinantes, norma que no podría contemplar uno superior a 3 meses, al ser los artículos 42.5.c) Ley 30/1992 y 22.1.d) LPAC preceptos aprobados por el Estado en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de procedimiento administrativo común (artículo 149.1.18ª CE).

⁹⁸ Las afirmaciones que se realizan en este apartado serían plenamente aplicables a la suspensión del plazo para resolver por la petición de informes prevista en el artículo 21.1.d) LPAC, con el único matiz de que en la LPAC la eficacia suspensiva se refiere a los informes "preceptivos", no siendo exigible que tengan carácter "determinante".

A pesar de que algunas sentencias puedan inducir a pensar que el plazo máximo de 3 meses de suspensión opera de forma independiente respecto de cada informe determinante (STS 7/4/2003⁹⁹), estimo que únicamente operará individualmente cuando exista una imposibilidad jurídica de petición simultánea de los informes determinantes.

Por el contrario, cuando no exista obstáculo jurídico alguno para que los informes determinantes puedan pedirse simultáneamente, el plazo máximo de 3 meses de suspensión será conjunto para todos aquellos que admitan esa sincrónica tramitación, no pudiéndose abrir nuevos plazos de suspensión utilizando la excusa de su solicitud en momentos temporales distintos, pues ello supondría una vulneración flagrante por parte de la Administración de su deber general de actuar con arreglo al criterio de celeridad y de impulso de oficio y a los principios de eficacia y eficiencia (artículos 74.1 Ley 30/1992 y 71.1 LPAC), y más concretamente del deber de acordar *«en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo»* (artículos 75.1 Ley 30/1992 y 72.1 LPAC).

Una actuación administrativa negligente, indolente o perezosa que produzca dilaciones inexcusables en la práctica de los trámites procedimentales, no puede ser la causa del alargamiento del plazo para resolver y notificar¹⁰⁰, porque iría en contra de la propia finalidad perseguida por la legislación procedimental común que se manifiesta en el derecho del interesado a obtener respuesta en un plazo razonable, así como en la interpretación excepcional y restrictiva de las causas de suspensión del procedimiento y su utilización prudente y moderada, sólo justificada ante situaciones en que, pese a actuar la Administración con la diligencia que le resulta exigible, la desbordan y escapan de su control¹⁰¹. Como ha mantenido la jurisprudencia: la Administración no puede beneficiarse de su propia torpeza.

Partiendo de tales premisas, se examinan a continuación las hipótesis posibles respecto de la petición de varios informes determinantes en un mismo procedimiento, y que serían:

A) Que se pidan a Órganos o Instituciones diversas, debiéndose diferenciar según:

⁹⁹ La STS 4/11/2003, que interpreta la STS 7/4/2003, indica que *«los 3 meses de suspensión del plazo –a que se refiere el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992– para la emisión de aquellos informes (preceptivos y determinantes) no tienen por qué entenderse como límite máximo para todos ellos en su conjunto.»*

¹⁰⁰ Según la STS 27/5/1982 el principio de economía procesal que consagraba la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en garantía de los legítimos intereses de los administrados y de la propia eficacia administrativa, obliga a suprimir toda suerte de dilaciones que no estén plenamente justificadas y sean irrelevantes en orden a la resolución definitiva del expediente.

¹⁰¹ CIERCO SIERA avisa de que: *«De poco servirá que los plazos de resolución se acorten, y que tal acortamiento luzca como éxito, si luego resulta que la Administración no enseña todas sus cartas y esconde una baza en forma de suspensión a cada paso. Las alteraciones del plazo normativo, si de verdad se aspira a un plazo taxativo, deben ser las mínimas posibles y, en todo caso, responder a una causa justificada en lo imprevisible del evento, en lo incontrolable de su desarrollo y en la esencialidad del trámite. En definitiva: bien está articular un plazo flexible, pero con el cuidado de saber que de lo flexible a lo ilusorio sólo hay un paso»* (obra citada, pág 195).

1º) Sea posible jurídicamente solicitarlos simultáneamente.

2º) No puedan pedirse simultáneamente, porque algunos de ellos hayan de practicarse necesariamente en un momento temporal posterior.

B) Que se pidan a un mismo Órgano o Institución en momentos temporales diferentes.

1. Petición de informes determinantes a Órganos o Instituciones diversas, cuando son susceptibles legalmente de solicitarse al mismo tiempo.

En este supuesto, el plazo máximo de suspensión para esos trámites será el de 3 meses previsto en la legislación procedimental común, sin que pueda alargarse más allá por la vía de pedirlos en momentos temporales diferentes, puesto que de este modo se premiaría la actitud poco diligente de la Administración, que se beneficiaría de su propia torpeza. No puede dejarse a la libérrima voluntad de la Administración consultante incrementar de modo artificial el plazo para resolver, por medio de la utilización del mecanismo de la secuenciación temporal de la petición de los diferentes informes determinantes para retrasar arbitrariamente la resolución.

Al tratarse de trámites susceptibles de impulsión simultánea, conforme a los artículos 74.1 y 75.1 Ley 30/1992 (y 71.1 y 72.1 LPAC), la Administración debe acordar en el mismo día la petición de estos informes y suspender el procedimiento, así como proceder a su inscripción en el Registro de Salida, pues el día de la inscripción es el día inicial de la suspensión.

Pero la práctica pone de manifiesto que la Administración no siempre actúa así. Hay ocasiones en que la suspensión no se acuerda simultáneamente respecto de todas las peticiones de informes determinantes, o, aun acordándose simultáneamente, los asientos de en el Registro de Salida se inscriben en días diferentes.

A continuación, se analizan las situaciones que, en general, pueden darse.

1º) Que la Administración consultante inscriba en la misma fecha en el Registro de Salida todas las peticiones de informes determinantes susceptibles de solicitarse simultáneamente (siempre que se cumplan el resto de requisitos examinados para que puede tenerse por suspendido el procedimiento)¹⁰².

102 Para la validez de la suspensión por la petición de informes determinantes se exigen determinados requisitos antes analizados (acuerdo expreso de suspensión, comunicación a los interesados de la petición...), por lo que si en un procedimiento se solicitan, por ejemplo, 2 informes determinantes y sólo respecto del informe A concurren esos requisitos pero no se dan en el informe B, la suspensión sólo se producirá respecto del informe A, de tal modo que se levantará el efecto suspensivo una vez recibido ese informe, o transcurrido el plazo para su recepción sin que ésta se hubiera producido, independientemente de la situación en la que se encuentre el otro informe solicitado.

Aquí habría de distinguirse atendiendo a que, respecto de la no recepción de los informes determinantes exista un plazo máximo suspensivo idéntico para todos ellos (normalmente, el plazo general de 3 meses), o, que exista un plazo diferente (por ej. porque exista una norma sectorial que expresamente fije para algún tipo de informe determinante un plazo máximo de suspensión menor al de 3 meses recogido en la legislación procedimental común).

Plazo máximo suspensivo idéntico.

En esa situación el plazo de resolución quedará suspendido hasta que hayan sido recibidos todos los informes determinantes pedidos, a no ser que venciera ese plazo máximo sin la recepción de alguno de ellos, lo que implicaría que, a partir de ese momento continuaría corriendo el plazo para resolver y notificar.

Plazo máximo suspensivo diferente.

Si la recepción de cada uno de los informes determinantes se hace efectiva dentro de su respectivo plazo máximo suspensivo, el levantamiento de la suspensión tendrá efecto cuando se reciba el último de los informes determinantes.

Pero, si alguno de los informes determinantes no son recibidos dentro de su respectivo plazo máximo suspensivo, las situaciones que se pueden suscitar serían, fundamentalmente, éstas:

1ª) Que no se reciban en plazo ninguno de los informes determinantes.

El plazo de suspensión del procedimiento será el máximo previsto para aquel informe que tuviera un plazo de suspensión mayor (por ej. 3 meses, aunque los otros informes lo tengan fijado en plazos inferiores).

2ª) Que no se reciba dentro de plazo el informe que tiene fijado en la norma una eficacia suspensiva temporal mayor, pero que si se reciban en plazo el resto de los informes determinantes.

La suspensión se levantaría cuando venciera el plazo suspensivo máximo previsto para aquél (normalmente, el de 3 meses previsto en la legislación procedimental común) sin que hubiera sido recibido por la Administración consultante.

3ª) Que se reciba en plazo el informe que tiene fijado en la norma una eficacia suspensiva temporal mayor, pero ya hubiera vencido el plazo máximo suspensivo de los otros informes sin que éstos se hubieran recibido.

Se alzaría la suspensión cuando se reciba ese informe que tiene plazo mayor, al haber vencido los plazos máximos suspensivos previstos para los otros informes.

2º) Que la Administración consultante inscriba en fechas distintas en el Registro de Salida las peticiones de informes determinantes susceptibles de solicitarse simultáneamente.

También serían de aplicación las reglas descritas en el anterior apartado 1º), pero con la particularidad de que el día final del plazo máximo de suspensión fijado para el supuesto de no recepción del respectivo informe (*dies a quem*) debería calcularse tomando como día inicial del plazo suspensivo (*dies a quo*) el correspondiente a la inscripción de la petición de informe determinante de fecha más antigua en el Registro de Salida¹⁰³, para evitar que la Administración, espaciando el tiempo de la práctica de los asientos, pudiera caer en la tentación de alargar el plazo para resolver, erosionando el derecho del interesado a obtener respuesta en plazo razonable y con vulneración de las normas y principios citados de la legislación procedimental común.

2. Que no puedan pedirse simultáneamente los informes determinantes a diversos Órganos o Instituciones, sino que alguno o algunos de ellos deben solicitarse después de la práctica de los anteriores o tras la previa instrucción del resto del procedimiento.

La solicitud de emisión de un informe determinante de un Órgano o Institución que sólo pueda elaborarlo tras la evacuación de otros anteriores informes o, después de la completa instrucción del procedimiento, puede constituir causa para abrir un nuevo plazo de suspensión del procedimiento, porque en este caso la Administración consultante se ve obligada a pedir el informe en un momento distinto por causas ajenas a ella.

El supuesto paradigmático de informe determinante que sólo puede emitirse tras la previa y completa instrucción del procedimiento, incluida la redacción de la Propuesta de Resolución, sería el del dictamen preceptivo del Consejo de Estado y del CJCCV¹⁰⁴.

En este sentido, el Dictamen CJCCV 369/2014, relativo a un procedimiento de resolución contractual en materia de urbanismo, aprecia 2

103 Por ej. si en un mismo procedimiento hubieran de solicitarse 2 informes determinantes cuyo plazo máximo de suspensión previsto por su no emisión fuera de 1 y 3 meses, respectivamente, y el asiento de inscripción en el Registro de Salida del primero se produjera el 28/2/2015 y del segundo el día 15/3/2015, el plazo máximo de suspensión por la no recepción de ninguno de los dos en tiempo se empezaría a contar desde el 28/2/2015, por lo que, en el mejor de los casos, el plazo vencería el 27/5/2015 (no el 14/6/2015), al considerarse como *dies a quo* la fecha de inscripción de la petición informe determinante más antigua.

104 Los artículos 2.4 LCJCV y 5 RCJCV disponen que «los asuntos sobre los que haya dictaminado el Consell Jurídic Consultiu no podran remitirse a informe de ningún otro órgano de la administración de la Generalitat ni de ninguna otra administración, salvo que la ley expresamente lo establezca».

El artículo 82.1 segundo párrafo LPAC indica que la audiencia a los interesados será anterior «a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que éstos formaran parte del procedimiento».

suspensiones distintas y que se computan separadamente: una por la petición del informe determinante de la Conselleria competente en materia de urbanismo, y, otra por la solicitud del informe determinante del CJCCV¹⁰⁵.

Como ya se ha indicado, el efecto suspensivo exige que se acuerde expresamente la suspensión del procedimiento respecto de cada petición de informe determinante y que se cumplan el resto de requisitos formales de la legislación procedimental común, porque de no ser así la suspensión sólo operará respecto de aquél o aquellos dictámenes en los que concurran tales exigencias.

Precisamente, esta es la tesis seguida en el Dictamen CJCCV 657/2014 que, referido a un procedimiento de resolución de un contrato administrativo de adjudicación de la condición de Agente urbanizador de un PAI, en el que se pidió, en un primer momento, el Dictamen del Consejo Superior de Territorio y Paisaje, y, una vez recibido éste, el del CJCCV, pero en el que únicamente se acordó la suspensión por la petición del primero de los dictámenes, se avisa de que: *«solicitado el dictamen preceptivo a este Órgano consultivo no consta que se haya acordado la suspensión del procedimiento al amparo del precitado artículo 42.5 de la Ley 30/1992, lo que deberá tenerse en cuenta por la entidad local a efectos de la eventual caducidad del procedimiento de resolución...»*.

3. Petición a idéntico Órgano o Institución de su informe determinante, en momentos temporales diferentes de un mismo procedimiento.

En relación con el mismo procedimiento administrativo instruido no es infrecuente que la Administración que lo tramita solicite un segundo, o incluso, un tercer informe, al mismo Órgano o Institución informante.

En esos casos surge el interrogante de qué sucede si el informe determinante se solicita prematuramente, es decir, cuando todavía no se está en el momento procedimental oportuno (por ej. la petición de dictamen al CJCCV cuando

105 En concreto, respecto al plazo máximo de 3 meses de que disponía el Ayuntamiento para resolver el Convenio urbanístico, este Dictamen señala que el procedimiento fue *«incoado mediante Decreto de 7 de febrero de 2014»*, y *«se acordó la suspensión del plazo mediante Decreto de 27 de marzo de 2014, con ocasión de la solicitud de Informe a la Conselleria de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente»*, informe que *«fue recibido en el Registro de la Corporación municipal consultante el día 2 de junio de 2014»*, siendo que el 4 de junio el Ayuntamiento *«volvió a suspender el plazo para resolver con ocasión de la solicitud de dictamen a este Consell»*, por lo que concluye *«que aquel plazo no volverá a correr hasta la recepción del presente Dictamen por el Ayuntamiento, que dispone de aquel plazo de tres meses para resolver el presente procedimiento a contar desde el 7 de febrero de 2014, del que hay que descontar el lapso temporal que va desde el día 27 de marzo al 2 de junio de 2014; y desde el 4 de junio hasta el día que reciba el presente Dictamen»*.

En mi opinión existe una errata en el Dictamen citado, pues utiliza incorrectamente la palabra “descontar” cuando debería decir “añadir” al plazo máximo para resolver y notificar, puesto que si se descontara ese tiempo de suspensión del plazo máximo se produciría el efecto contrario, se acortaría en el tiempo el *dies ad quem*, mientras que el Dictamen se está refiriendo a que se dispone de más tiempo real para resolver, porque se prolonga el plazo por la concurrencia de las citadas causas suspensivas.

todavía falta la propuesta de resolución u otros actos de trámite necesarios en ese concreto procedimiento).

Esta cuestión adquiere toda su importancia si se comprueba que la Administración cursa su petición únicamente con la intención de *parar el reloj*, y así evitar la caducidad del procedimiento o eludir el silencio estimatorio ante la proximidad del vencimiento del plazo para resolver, pero con pleno conocimiento de que el informe no puede ser ni solicitado ni emitido todavía. No se trata de una hipótesis planteada a efectos meramente dialécticos, ya se ha constatado en alguna ocasión aislada que la Administración consultante ha procedido conscientemente de ese modo para disponer de mayor espacio temporal de instrucción del procedimiento (por ej. para pedir otros informes preceptivos, para practicar el trámite de audiencia y vista del expediente, o para contestar a las alegaciones aportadas por los interesados en el trámite de información pública), pues de otro modo podría no llegar a tiempo de resolver y/o notificar.

Mediante el uso de esta argucia, de este subterfugio, la Administración consultante puede pretender paliar su propia falta de diligencia, para intentar ampliar su plazo de resolución durante todo el tiempo que haya de perder el Órgano o Institución informante por la incompleta o defectuosa instrucción del expediente recibido y la carencia de elementos de juicio suficientes para evacuar su consulta, intentando que la suspensión permanezca hasta que se devuelva expediente para que se complete su instrucción.

Esa forma de proceder debe ser rechazada de plano porque la legislación procedimental común no la ampara: la regla general es la obligación de cumplir el plazo para resolver, y la excepción, que ha de ser objeto de interpretación restrictiva, la suspensión de ese plazo en supuestos tasados en que no puede resolver por circunstancias que no le son imputables, por lo que no procederá la suspensión si desaparece la causa que inicialmente la justificaba o si la Administración pretende hacer un uso abusivo de ella.

Por eso, en principio, no cabe un nuevo cómputo total del plazo de suspensión ante una reiteración del Dictamen, porque la obligación de resolver y notificar temporáneamente se configura como una garantía del interesado, la cual se podría desnaturalizar si quedase al albur de la Administración consultante el alargamiento del plazo de suspensión, y consiguientemente del plazo para resolver, como consecuencia de su conducta reprochable al obedecer a una forma de actuar descuidada o negligente o, incluso, maliciosa¹⁰⁶.

Ese rechazo aparece refrendado por la STS 18/3/2008 según la cual, *«transcurrido el tiempo de suspensión, el cómputo del plazo legal para resolver*

106 Esa malicia resulta fuera de toda duda si, por ejemplo la Administración instructora acordase la suspensión con motivo de reiterar la petición de dictamen al mismo Órgano o Institución informante que respecto de aquel asunto ya ha emitido su informe sobre el fondo de lo planteado.

vuelve a correr sin que la Ley 30/1992 tolere una segunda 'parada de reloj' por el mismo concepto y para el mismo informe...».

Por otra parte, esa interpretación restrictiva del uso y extensión temporal de las causas suspensivas por la Administración instructora se observa también en la jurisprudencia cuando analiza el resto de causas de suspensión o interrupción del procedimiento.

Así sucede, por ejemplo, con la causa suspensiva del apartado a) del artículo 42.5 Ley 30/1992 (requerimiento al interesado de subsanación de deficiencias o aportación de documentos necesarios), pues los requerimientos también pueden ser fiscalizados jurisdiccionalmente al objeto de comprobar su adecuación y justificación, y de evitar la arbitrariedad de la Administración en su práctica¹⁰⁷. En este sentido, la STS 22/2/1986 insiste en la necesidad de que el requerimiento sea absolutamente imprescindible para que pueda producir efectos suspensivos o interruptivos, tratando de disuadir a la Administración de la tentación de realizar requerimientos innecesarios que produzcan resultados inicuos para los interesados. Según esta STS, *«en principio no cabe dejar en manos de la Administración la posibilidad de interrumpir a su arbitrio el cómputo del plazo mediante el cómodo recurso de requerir al beneficiario de esa figura jurídica la aportación de documentos, salvo que se trate de aquellos cuya aportación sea indispensable para resolver y cuya no aportación podría acarrear la caducidad del procedimiento»*, doctrina que según RIVERO GONZÁLEZ¹⁰⁸ sería igualmente aplicable si la Administración formulase sucesivos requerimientos de subsanación de defectos o de aportación de documentos, con la finalidad de tratar de provocar las consiguientes suspensiones procedimentales.

En definitiva, se trataría de impedir que la Administración bajo la apariencia de utilizar una causa suspensiva prevista en la legislación procedimental común hiciera un uso abusivo, injustificado o arbitrario de ella, alargando interesada e innecesariamente el plazo de resolución y notificación, con la producción de un efecto diametralmente opuesto al perseguido por el Legislador: la protección y garantía del interesado de que si la Administración no resuelve y notifica en plazo se producirá la caducidad del procedimiento o el silencio administrativo, a no ser que el eventual retraso en la tramitación del procedimiento obedezca a alguna de las causas tasadas legalmente y que dicha causa no haya sido provocada por una conducta reprochable de la Administración consultante.

107 El control judicial es especialmente importante en cuanto a los requerimientos formulados por la Administración tributaria. En este ámbito, la STS 30/4/2015 señala que *«la Inspección, cuando efectúa un requerimiento individualizado de información, debe precisar los datos que pide, para conocimiento del requerido, pero también para facilitar el eventual control jurisdiccional ex artículo 106.1 de la Constitución Española»*, ya que, en definitiva, *«se trata, en fin, de eliminar todo atisbo de arbitrariedad en el ejercicio de esta intensa potestad por parte de la Administración.»*

108 «La obligación de resolver y los efectos de su incumplimiento: el silencio administrativo», RIVERO GONZÁLEZ, Manuel, Abogado del Estado. Subdirector General de los Servicios Contenciosos del Estado.

Por tanto, si fuera evidente que la petición de informe resulta temporalmente improcedente porque no se ha llegado al nivel de instrucción requerido por la norma para que se pueda solicitar aquél debería negarse el efecto suspensivo (por ej. porque la norma que exija la petición tras la instrucción del procedimiento y la práctica del trámite de audiencia y vista del expediente, y, cuando se pide el informe sólo consta que se ha acordado la iniciación del procedimiento, o falta la práctica del trámite de audiencia).

En todo caso, de permitirse el efecto suspensivo, al menos debería levantarse la suspensión en el momento en que la Administración consultante recibiera el requerimiento para completar la instrucción del procedimiento antes de solicitar nuevamente el informe.

No obstante, en alguna ocasión, las Instituciones consultivas no han considerado que su requerimiento levanta la suspensión sino, antes al contrario, que el procedimiento permanece suspendido hasta la emisión de su dictamen, o de no emitirse en plazo, hasta el transcurso del plazo máximo suspensivo previsto en la norma (Dictamen CJCCV 531/2014¹⁰⁹).

Cuestión distinta es que la necesidad de reiteración del informe no obedezca a una falta de diligencia en la instrucción del procedimiento por la Administración, sino que esté justificada legalmente, y obedezca a causas imputables a terceros, como sería el caso de que fuera atribuible al propio Órgano o Institución informante que no forma parte del sector público en el que se inserta la Administración consultante.

Pensemos, por ejemplo, en que el informe determinante lo tuviera que emitir un Consejo Consultivo autonómico respecto de una petición de dictamen realizada por una Corporación Local, cuando esa Institución Consultiva requiriese documentación que ya obrase en el expediente que le fue remitido inicialmente junto a la petición de dictamen, o, cuando por error el dictamen evacuado se pronunciase sobre elementos fácticos y/o jurídicos distintos de los que constasen en el expediente recibido, supuestos éstos en que la Corporación Local necesitaría reiterar la petición del dictamen, y en que de no considerarse posible ampliar el plazo para resolver durante el tiempo perdido por causas totalmente ajenas a la Administración instructora se podría producir la caducidad del procedimiento o un acto presunto estimatorio.

109 En ese dictamen se indica que *«el cómputo del plazo de tramitación del procedimiento de resolución –incoado por el Pleno el 17 de abril de 2014– quedó en suspenso cuando la Autoridad municipal interesó el Dictamen de esta Institución Consultiva, en oficio de 3 de julio del mismo año, y continuó de esta forma por un mes adicional cuando la Presidencia de este Órgano Consultivo requirió completar la documentación remitida, en oficio de 5 de agosto del mismo año, hasta que esta se recibió y registró de entrada con fecha 15 de septiembre de 2014...»*.

Aquí sí que podría plantearse la posibilidad de abrirse un nuevo cómputo del plazo de suspensión si, cuando se reitera la petición del dictamen, la Administración consultante acredita que el expediente remitido estaba completo y que la Institución Consultiva ya pudo emitir su pronunciamiento la primera vez que recibió el expediente, puesto que en este caso la demora en el plazo para resolver y notificar no sería achacable a la Administración consultante, sino al incorrecto funcionamiento de la Institución Consultiva en la supervisión de la documentación que le fue remitida.

Esta interpretación también podría encontrar su apoyo en alguna STS que estima como causa suficiente de ampliación de plazo la necesidad de recabar informes externos, cuya celeridad o lentitud, en su emisión no depende de quién ha de resolver. Así, la STS 29/4/2011 considera que la ampliación de plazo es «una posibilidad admisible cuando la Administración no encuentre otra forma razonable para el cumplimiento del plazo y lo justifique adecuadamente (Sentencias de 10 de julio de 2008 y 4 de marzo de 2009)», declarando en el caso que la ampliación era conforme a Derecho, atendiendo además de al voluminoso número de expedientes a tramitar, a «la necesidad de recabar informes externos, cuya mayor o menor rapidez de tramitación no depende directamente del órgano que ha de resolver...».

RESUMEN

Hasta la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, continuará aplicándose la Ley 30/1992. Ambas normas abordan la regulación de la suspensión del plazo para resolver y notificar por la petición de informes preceptivos, pero con algunas diferencias (por ej. la Ley 39/2015 suprime el requisito adicional de que tales informes sean “determinantes”).

El autor, partiendo de la regulación contenida en la Ley 30/1992, plantea diversas cuestiones jurídicas sobre la aplicación de esta causa suspensiva, tratando de lograr armonizar dos aspectos contrapuestos: por un lado, el principio de celeridad (y su manifestación como derecho del interesado a obtener en plazo resolución expresa), y, por otro lado, el evitar que por causas ajenas a una diligente instrucción procedimental pueda llegar a producirse el silencio administrativo o la caducidad del procedimiento.

Asimismo, el autor constata que la Ley 39/2015 paliará algunos de los problemas apuntados.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento administrativo común – Obligación de resolver y notificar en plazo – Suspensión del procedimiento – Petición de informes preceptivos.

ABSTRACT

Until the entry into force of Law 39/2015, of Common Administrative Procedure, shall continue to apply Law 30/1992. Both standards address the regulation of the suspension of the period to resolve and notify the request of required reports, but with some differences (eg. The Law 39/2015 suppresses the additional requirement that such reports are "determinants").

The author, based on the regulations contained in Law 30/1992, raises a number of legal questions on the application of this precedent cause, seeking to harmonize competing considerations: first, the principle of speed (and its manifestation as right interested to get in within specific resolution), and on the other hand, the stop for reasons beyond procedural instruction diligent can reach the administrative silence or expiration of the procedure occur.

The author also notes that the Law 39/2015 will alleviate some of the problems noted.

KEYWORDS: Common administrative procedure – Obligation to resolve and report on the procedure – Petition – Suspension term of mandatory reports.

Recepción del artículo: 11/9/2015 - Evaluación anónima: 30/12/2015 - Aceptación versión final: 21/1/2016

LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

Enrique Fliquete Lliso
Consejero del Consejo Jurídico
Consultivo de la Comunitat Valenciana

Sumario:

- I. LA NULIDAD DE PLENO DERECHO POR VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
- II. EL *NON BIS IN IDEM* COMO DERECHO FUNDAMENTAL EX ART. 25.1 C.E.
- III. LA DIMENSIÓN MATERIAL Y PROCESAL DEL PRINCIPIO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- IV. SOLUCIONES EN VÍA ADMINISTRATIVA ANTE LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*.

I. LA NULIDAD DE PLENO DERECHO POR VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992), en su apartado 1, a), sanciona con la nulidad de pleno derecho a aquellos actos de las Administraciones públicas que “*lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*”. Los derechos y libertades cuya vulne-

1 La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015), que entrará en vigor el 2 de octubre de 2016, prevé, en su artículo 47.1.a), el mismo textual que el aún vigente art. 62.1.a):

«1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

ración es invocable en vía de amparo constitucional, son los que se reconocen en la Sección Primera, Capítulo Segundo, Título primero, de la Constitución, junto al art. 14 y la objeción de conciencia del art. 30, a la luz del art. 53.2 C.E.: «*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*» 2. Como indica el Dictamen 744/2009 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana «*no toda lesión de un derecho de los reconocidos en el Título I de la Constitución determina la nulidad de los actos administrativos causantes de aquélla. Los derechos y libertades protegidos con la sanción de nulidad son, como dice textualmente el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 -tanto en su redacción inicial como en la actual de 1999- “los susceptibles de amparo constitucional”*».

En la medida que la mención a la nulidad de pleno derecho en el art. 62 Ley 30/1992 se realiza por la remisión a la protección especial en sede constitucional a través del Recurso de Amparo, son dichos derechos y libertades del art. 53.2 CE, los que, en caso de lesión, causan la nulidad del acto administrativo. Una nulidad que debe ser apreciada por parte de la propia Administración autora del acto, como mecanismo adicional al de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, mediante la autotutela administrativa, según previsión expresa del art. 102 de la Ley 30/1992³. De esta forma, la Administración asume la protección de los derechos fundamentales a través de la vía de revisión de sus propios actos cuando éstos constituyan lesión de los derechos fundamentales, y ello en coherencia con la misión fiscalizadora de la legalidad de su actuación, con sede en la presunción que atribuye el art.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

2 También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior; las que regulen materias reservadas a la Ley; y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.»

2 En los mismos términos el art. 41 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC):

«1. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución.

2. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.»

3 Artículo 102. Revisión de disposiciones y actos nulos: «1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, 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.»

57.1 de la Ley 30/1992, y derivada, a su vez, de la afirmación del pleno sometimiento a la legalidad que se consagra en el art. 103.1 de la Constitución⁴.

El trámite revisorio del acto administrativo cuando se lesionan derechos fundamentales no es, por otra parte, la única vía para la invocación de tal vulneración. Como se ha indicado, es un mecanismo adicional a los que se prevén en el art. 53.2 CE pues comparte objeto con el recurso de amparo y con el procedimiento de tutela ante los tribunales ordinarios que menciona el primer inciso del art. 53.2 C.E. Dicho procedimiento es el que se regulaba en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona –vigente hasta el 8 de abril de 2003⁵– y que, actualmente, tiene su regulación en el orden contencioso-administrativo en el Capítulo I, Título V, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA)⁶.

4 Así, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 12 de marzo de 2012, en su Fundamento de Derecho tercero se argumenta tal presunción de legalidad en los siguientes términos: «conforme ya dijimos en las Sentencias (tres) de 8 de septiembre de 2011 (recursos 5943/08 , 5912/08 y 6106/08) y de 30 de septiembre de 2011 (recurso 2631/08) ...todo acto administrativo, expresión jurídica por antonomasia del ejercicio de las facultades administrativas, cualquiera que sea el órgano o Administración que lo dicte, goza de la presunción de legalidad que le atribuye específicamente el artículo 57.1 de la Ley 30/1992 y que, en todo caso, exige una valoración por parte del órgano jurisdiccional llamado a controlar su legalidad en orden a si dicha presunción ha sido eficazmente desvirtuada. Junto a esa presunción de legalidad o validez del acto administrativo también cabe hablar de una presunción de imparcialidad u objetividad del órgano o funcionario autor del mismo, tal y como reconoce la Sentencia de 27 de marzo de 2003, dictada por la Sala especial del artículo 61 LOPJ de este Tribunal Supremo cuando, con referencia a los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, se subraya que su actuación se desarrolla “con plena imparcialidad y sometimiento no menos pleno a la Ley y al Derecho” , realidad esta que “no supone sino una particularización de la regla más general de sujeción a la legalidad de todos los poderes públicos españoles, como único cauce viable para conseguir un verdadero reinado del Estado de Derecho” , y que se traduce en marco jurídico general que “permite precaver cualquier desviación de aquel mandato de plena sujeción a la legalidad y de imparcialidad” . Concretamente, “el artículo 9.1 de la misma Constitución expresa que tanto los ciudadanos como, en lo que ahora interesa, los poderes públicos, están «sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico»”. En parecida dirección, el artículo 103.1 de esa misma norma suprema previene que la Administración Pública (en la que sin duda alguna quedan insertos los funcionarios policiales) “sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. El apartado 3 de este mismo precepto previene que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos y, dentro de éste, “las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. Reglas paralelas de sujeción a la ley y de imparcialidad de los funcionarios públicos, en cuanto personas que desempeñan la actividad administrativa (de la que participan aquellos miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad), contiene la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que, en su artículo 3, estatuye: “Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales (...) con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho».

5 Los artículos 1 a 5 de la Ley 62/1978 fueron derogados por la disposición derogatoria única de la Ley 38/2002 de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (B.O.E. 28 octubre); Los Artículos 6 a 10 fueron derogados por Ley 29/1998, 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (B.O.E. 14 julio). Y los artículos 11 a 15 fueron derogados por el número 2.3.º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (B.O.E. 8 enero).

6 Intitulado como “Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona”. En el art. 114 se determina el objeto del procedimiento:

«1. El procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la

De esta forma nuestro ordenamiento jurídico prevé tres procedimientos cuyo objeto específico es la protección de los derechos fundamentales lesionados por la Administración: la autotutela administrativa, a través de la revisión de oficio; la heterotutela de los Tribunales ordinarios por el procedimiento preferente y sumario; y la tutela del Tribunal Constitucional a través del Recurso de Amparo. Ello sin menoscabo de la siempre posible invocación de la lesión de derechos fundamentales como causa de nulidad de pleno derecho del acto administrativo, tanto en vía administrativa –a través de los mecanismos revisorios ordinarios, pues supone una infracción muy cualificada del ordenamiento jurídico (vía revocación de los actos de gravamen, vía recursos administrativos)–, como en sede jurisdiccional contencioso-administrativa –por el trámite del procedimiento ordinario–.

Cabe asimismo indicar que si bien en el art. 62.1.a) se utiliza el término lesión «*los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*» en el art. 41.2 de la LOTC, se utiliza el término violación «*El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes*». No obstante tal diversidad de términos no parece implicar una diferencia en el grado de la infracción del derecho a los efectos de su invocación, pues lesión y violación, aunque plantean una desigual intensidad⁷, despliegan mecanismos de protección con idéntico objeto y finalidad: «*restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado*», según tenor del art. 114.2 de la LJCA.

Por otra parte, la identidad de objeto entre procedimiento jurisdiccional para protección de derechos fundamentales y procedimiento revisorio de oficio por lesión de derechos fundamentales, plantea la cuestión acerca de la posible compatibilidad de ambos trámites. Tal y como indica el art. 102 Ley 30/1992, la revisión de oficio del acto administrativo sólo cabe sobre «*actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo*»; Y, por su parte, el recurso contencioso-administrativo para la protección derechos fundamentales, de conformidad con el art. 25 de la LJCA, en relación con el 31 y 114 de la misma

Constitución española, se regirá, en el orden contencioso-administrativo, por lo dispuesto en este capítulo y, en lo no previsto en él, por las normas generales de la presente Ley.

2. Podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado.

3. A todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente.»

⁷ Violar, en el diccionario RAE es «*Infringir o quebrantar una ley, un tratado, un precepto, una promesa, etc.*» Lesionar es causar «*Daño, perjuicio o detrimento*» de forma que “violar” parece implicar una acción no graduable, de ejecución completa, mientras que “lesionar” admite una graduación.

norma, sólo procederá respecto a actos que pongan fin a la vía administrativa⁸. En ambos casos, la exigencia de que se trate de actos que pongan fin a la vía administrativa, advierte de la necesidad de que no exista ningún mecanismo ordinario en sede administrativa en el cual se pueda invocar la lesión de los derechos fundamentales, pues caso de que exista tal posibilidad de autotutela, no será admisible ni la revisión de oficio ni la fiscalización jurisdiccional.

Sin embargo, que el requisito de ambos procedimientos sea que el acto haya puesto fin a la vía administrativa, no permite afirmar que con ello se produzca una duplicidad de procedimientos con idéntico objeto, pues el recurso contencioso para protección de los derechos fundamentales excluirá que, con idéntico objeto, partes, acto y fundamentos, se pueda tramitar un posterior procedimiento de revisión de oficio. Sin embargo, la culminación de un procedimiento de revisión de oficio sí que permite su fiscalización jurisdiccional, compatibilizando el procedimiento en vía contencioso-administrativa con el trámite administrativo de revisión⁹. De esta forma no es posible que, una vez sometida a debate jurídico la posible existencia de una lesión de derechos fundamentales causada por el acto administrativo en sede contencioso-administrativa, y tras la resolución judicial de fondo sobre inexistencia de tal lesión, el acto no podrá ser objeto de una revisión de oficio con fundamento en el mismo supuesto de hecho y la invocación de la misma violación del derecho fundamental ya resuelta.

8 Art. 25, LJCA: «1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.»

Art. 31, LJCA: «1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente.»

Art. 114, LJCA: «2. Podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado.»

9 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de Febrero de 2013: «Lo que antecede pone de manifiesto que en ese proceso jurisdiccional se analizaron todos los motivos impugnatorios deducidos por el recurrente, quedando desestimados por sentencia ya firme, y esto supone que, en el caso de haber sido omitido alguno, no cabe invocarlo ahora como causa de nulidad en el procedimiento de revisión de oficio una vez que la resolución sancionadora quedó firme tras el procedimiento judicial. La razón de que así deba ser es la naturaleza y finalidad que corresponde al procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos nulos de pleno derecho, pues éste se configura como un remedio extraordinario y, como tal, subsidiario de los instrumentos procedimentales ordinarios de impugnación de actos administrativos; de modo que no resulta viable cuando para hacer valer la pretendida nulidad ya se han utilizado los cauces procedimentales ordinarios, el acto dictado ha sido impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa y este proceso jurisdiccional ha terminado por resolución firme». Por su parte, la Sentencia de la misma Sala de 18 de julio de 2013, pone el acento en que la cosa juzgada es impeditiva respecto al trámite de revisión con el mismo objeto si «se hubiere producido un enjuiciamiento definitivo del debate jurídico planteado», pues de no ser así, y queda imprejuizado el debate por cuestiones procesales que hayan impedido un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada, no opera la cosa juzgada.

En todo caso, estos mecanismos específicos para la protección de los derechos fundamentales no tienen sólo eficacia mero declarativa –con la declaración sobre la efectiva lesión del derecho– sino que también deben implicar las medidas necesarias para restablecer y preservar el derecho fundamental lesionado. Y en el caso de los actos administrativos, va a determinar la declaración de nulidad de pleno derecho del acto infractor del derecho fundamental, con los efectos que para tal nulidad prevé la Ley 30/1992¹⁰. Adquiere por ello especial relevancia el concepto de lesión del derecho fundamental y su intensidad, en la medida que su existencia, por una parte, provocará la nulidad del acto pero, y por otra parte, obligará a su restablecimiento y preservación.

Así, el concepto de “lesión” del derecho fundamental deberá sustentarse en elementos objetivos pues no puede quedar al albur de la subjetividad del titular del derecho la apreciación de la existencia de una lesión. Al efecto, los “actos que lesionen” en la dicción del art. 62.1.a), van a tener una doble limitación: por una parte, la propia del concepto de lesión del derecho fundamental, tomando referencia en su núcleo esencial y, por otra parte, la del carácter residual y extraordinario del procedimiento de revisión, a efecto de utilizar tal cauce revisorio para declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo¹¹.

La cuestión pasa por la identificación de la efectiva existencia de una lesión en los derechos y que tal lesión se manifieste como impedimento para el ejercicio del derecho fundamental. De esta forma, la correlación entre la lesión y el derecho fundamental debe entenderse que se exige no sólo respecto a los derechos susceptibles de ser

¹⁰ De entre ellos, el previsto en el art. 67 de la Ley 30/1992, sobre la imposibilidad de convalidación de los actos nulos de pleno derecho. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 de noviembre de 1999, respecto a los vicios de nulidad absoluta indica que «...son insubsanables, conforme al principio recogido en las máximas *quod nullum est, nullum producit effectum o quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalesceré*». Igualmente, la Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 8 de abril de 2010: «Estamos en presencia de una nulidad de pleno derecho que, de conformidad con el precepto invocado como infringido, no admite convalidación, pues no se trata de un simple supuesto de anulabilidad, sino de nulidad con efectos *ex tunc*. No se está, pues, en presencia de los supuestos contemplados en los anteriores artículos 65 y 66 de la misma LRJPA, que regulan la conversión y conservación de los actos, y en los que se hace mención expresa tanto a los supuestos de nulidad como a los de anulabilidad, dualidad que no se contempla en el artículo 67, que se limita a los supuestos de anulabilidad. Y es que el principio de conservación de los actos administrativos no puede respaldar la pretensión de convalidación de un acto nulo, ya que un acto nulo ni siquiera se subsana por el transcurso del tiempo».

¹¹ Como expuse en un previo estudio sobre la nulidad de pleno derecho por la causa del art. 62.1.a) de la Ley 30/1992, «Otro factor a tener en cuenta, a efecto de advertir cual es el motivo de la afirmada excepcionalidad, sería el carácter residual y extraordinario del procedimiento de revisión. La revisión, desde el tenor del art. 102 de la Ley 30/1992, solo es posible contra los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o los que no hayan sido recurridos en plazo (...) La percepción de la lesión y su visibilidad, por ello, conduce a que ésta sea objeto de alegación en el expediente administrativo origen de la lesión, y que, asimismo, pueda fundar la acción impugnatoria en vía de recurso en sede jurisdiccional. Se trataría, por tanto, de un motivo de alegación que se explicitaría, más propiamente, contra el acto no firme», FLIQUETE LLISO, E., «La revisión de oficio de los actos nulos por infracción de los derechos fundamentales: doctrina del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana», *Revista Española de la función consultiva*, núm. 17, enero-junio 2012, Ed. pág. 162.

invocados como lesionados, sino también respecto al propio concepto de lesión, que será el que alcanza la intensidad necesaria como para afectar al ejercicio del derecho. Desde la exigencia de una dimensión de lesión que trascienda al ejercicio del derecho y lo limite, no resulta dubitado que si la lesión se produce en el contenido esencial del derecho, ésta se conformará en el supuesto de nulidad de pleno derecho.

La identificación del contenido esencial del derecho es una misión que se debe poner en relación con el concepto de reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE a efecto de identificar cual es dicho contenido esencial; La sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de julio¹² indica que la reserva de ley orgánica se limita a elementos necesarios como son la regulación de los aspectos esenciales para la definición del derecho, su ámbito y límites en relación con otros derechos y libertades, sin que toda regulación que afecte al ejercicio de un derecho constituya forzosamente su desarrollo: *«una cuestión no esencial o definitoria del contenido del derecho, sino accidental al mismo, ni puede considerarse «desarrollo», en el sentido del art. 81 de la C.E.»*¹³.

El contenido esencial de un derecho fundamental *«señala una frontera que el legislador no puede traspasar, delimita un terreno que la ley limitadora no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad...es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades*

12 Recurso de inconstitucionalidad núm. 961/1985 contra la Ley del Parlamento de Cataluña 18/1985, de 23 de julio, de Cámaras Profesionales Agrarias.

13 *«En principio, no toda regulación referente a las asociaciones, su actividad y funciones puede considerarse como «desarrollo» del derecho de asociación, pues ello supondría una extensión desmesurada del ámbito de la Ley Orgánica al respecto. Ciertamente, cabe considerar que la regulación de determinados aspectos, esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas, son elementos necesarios del «desarrollo» normativo a realizar por Ley Orgánica. Pero, aparte de estos elementos esenciales y necesarios, la Ley Orgánica puede ampliar el contenido del derecho de que se trate, o bien puede remitir a leyes ordinarias la regulación de aspectos que no resulten decisivos o capitales en su configuración, o, finalmente, puede optar por no incluir en su «desarrollo» aquellos aspectos que el legislador orgánico estime innecesarios o accidentales. En cualquier caso, no es posible estimar que cualquier regulación que en alguna forma afecte al ejercicio de un derecho constituye forzosamente un «desarrollo» del mismo, y, en consecuencia, ha de responder a los requisitos del art. 81 de la C.E. En el presente caso, es claro que la representación ante administraciones públicas de organizaciones o asociaciones no es el elemento definidor o necesario del derecho de asociación; y que, en los términos en que ha de interpretarse el art. 9.1 de la Ley (según señalamos en el fundamento jurídico 13) no supone una restricción de ese derecho respecto de las organizaciones o asociaciones de profesionales del sector agrícola. En consecuencia, la regulación por una norma, en este aspecto, sectorial (en cuanto se refiere a unas organizaciones o asociaciones específicas del sector agrario) de una cuestión no esencial o definitoria del contenido del derecho, sino accidental al mismo, ni puede considerarse «desarrollo», en el sentido del art. 81 de la C.E., ni obviamente, se opone a Ley Orgánica alguna. Por ello, no puede exigirse, en la situación presente del ordenamiento, una reserva de Ley Orgánica para regular la materia objeto del art. 11 de la L.B.C.A.»*

14 MARTÍN-RETORTILLO, L., DE OTTO Y PARDO, I., «Derechos fundamentales y Constitución», Cuadernos Cívitas, Madrid, 1988. págs. 125 y ss. En similares términos para MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., «la garantía del contenido esencial es la expresión, pues, de un imperativo incondicionado dirigido a los poderes públicos, del que resultan para estos deberes positivos –hacer efectivos los derechos fundamentales– y negativos –no lesionar los derechos fundamentales–», MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L. «La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales», Cuadernos y debates, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, pág. 48. Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales y su garantía vid. MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., Y DE DOMINGO PÉREZ, T., «Los derechos fundamentales en el sistema constitucional», Ed. Comares, 2011.

*públicas*¹⁴». El problema se encuentra en la concreta determinación de tal contenido esencial, pues la Constitución reconoce derecho fundamental «*mediante determinación abstracta y genérica del mismo que no indica ni las concretas facultades que comprende ni el concreto status jurídico del titular de la potestad de que trate (...) la regulación del ejercicio ha de partir de la determinación del contenido del derecho tal como resulta de la construcción dogmática del mismo en la interpretación de la definición abstracta*¹⁵».

En tal sentido, la función del legislador estriba en garantizar el respeto del contenido esencial del derecho fundamental, porque «*la reserva de ley del artículo 53.1 CE impone al legislador una barrera infranqueable, que ha de ser siempre respetada como garantía esencial de nuestro Estado de Derecho (...) que asegura que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes*¹⁶». Tal misión del legislador, con sede en el art. 53.1 CE, obliga a su vez a que la norma emanada no traspase la frontera que supone el contenido esencial del derecho fundamental, porque, de así ocurrir, la ley no superará el juicio de constitucionalidad que expresamente prevé el meritado precepto, con remisión al art. 161.1 CE.

No obstante lo anterior, en el textual del art. 62.1.a), de la Ley 30/1992, el concepto de lesión no se limitaría al contenido esencial del derecho, sino que, siguiendo el art. 55.1 LOTC, se extiende a aquellos actos que impiden el pleno ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en vía de Amparo constitucional. E impedir el pleno ejercicio del derecho conducirá a que la lesión no pueda referirse sólo a meros aspectos tangenciales o a formalidades no invalidantes del derecho, sino que debe afectar a su contenido mismo, impidiendo realmente su ejercicio¹⁷. Sin posibilidad real de revertir el estatus del derecho fundamental y de su titular al momento previo de la lesión, esto es, excluyendo que se pueda convalidar o subsanar el acto sin afectar su sanción de nulidad radical¹⁸. De tal forma que la exigencia de efectiva violación del derecho fundamental deberá estar sustentada en una fundamentación jurídica que excluya la solución en sede de la legalidad ordinaria para situarla en el juicio de constitucionalidad, cuyo núcleo del debate sean los derechos fundamentales garantizados, su efectiva lesión y que sea atribuida de forma relevante e inequívoca al acto administrativo.

15 MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., «Derechos fundamentales y Constitución», *ob. cit.*

16 SSTC 6/1981, de 6 de marzo y 37/1987, de 6 de marzo, entre otras

17 Dictámenes del Consejo de Estado 3221/2000 y 3226/2000, de 26 de octubre, por todos.

18 «*La vulneración de derechos fundamentales, como infracción muy cualificada del acto administrativo, explicita la denuncia de un actuar de la Administración que omitiría el respeto a los mínimos esenciales en un Estado de Derecho. La trasgresión de derechos fundamentales supera todo estándar común y razonable de aceptación sin una reacción por parte del administrado respecto a los actos administrativos, y no requiere un conocimiento preciso del ordenamiento para advertir de la existencia de la lesión*» FLIQUETE LLISO, E., «La revisión de oficio de los actos nulos por infracción de los derechos fundamentales: doctrina del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana», *ob. cit.* pág. 162.

II. EL *NON BIS IN IDEM* COMO DERECHO FUNDAMENTAL EX ART. 25.1 C.E.

Siguiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional, 189/2013, de 7 de noviembre, «*Por la prohibición del bis in idem (...) se impide que de nuevo se sancionen administrativamente hechos ya castigados en aplicación del ordenamiento jurídico administrativo, siempre que concurra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos: lógica consecuencia de la incontrovertida traslación de las garantías del proceso penal al proceso administrativo sancionador, y a cuyo respecto tenemos reiterado, ya desde la STC 2/1981, de 30 de enero, que el principio non bis in idem veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (STC 2/1981, FJ 4). La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (por todas, SSTC 159/1985). Como se ha dicho por este Tribunal por todas la STC 188/2005, de 7 de julio ...los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE “consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento”.*»

Evidenciándose que la prohibición de *bis in idem* se configura como un contenido del derecho fundamental del principio de legalidad penal¹⁹ del art. 25.1 CE: «*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según*

¹⁹ La Sentencia Tribunal Constitucional 154/1990, de 15 de octubre recuerda que «*Según consolidada jurisprudencia constitucional, que se inicia en la STC 2/1981, ha de entenderse implícitamente incluido el principio non bis in idem en el art. 25 C.E., como íntimamente vinculado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del sancionado*». No obstante, Cano Campos evidencia la existencia de críticas a tal incardinación: «*Tampoco está del todo claro el fundamento de la prohibición y su naturaleza jurídica. El TC desde sus primeras sentencias vinculó claramente el non bis in idem al principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la CE, pero esta posición, que goza del cómodo status de «doctrina dominante», ha sido objeto de numerosas críticas. Su conexión con los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad parece clara, por lo que numerosos autores ven en tales principios el auténtico fundamento del non bis in idem, el que estaría en la base de todas sus manifestaciones, mientras que su naturaleza de derecho fundamental por su conexión con el principio de legalidad sólo sería predicable de alguna de sus vertientes, en concreto de la que prohíbe la doble sanción*» CANO CAMPOS, T. «non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, núm. 156, septiembre-diciembre 2001, pág. 192.

En todo caso la cualificación como derecho fundamental que efectúa el Tribunal Constitucional es, en esencia, coincidente con la que efectúan los convenios internacionales sobre derechos humanos: «*El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en bis in idem, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Así, en primer término, el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP) –hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por España (“Boletín Oficial del Estado” de 30 de abril de 1977)– dispone que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya con*

la legislación vigente en aquel momento», pero no expresamente pues no se encuentra nominativamente citado en el transcrito art. 25.1 siendo cualificado como derecho fundamental por el Tribunal constitucional por vía interpretativa²⁰.

Es requisito para poder apreciar la duplicidad que prohíbe el art. 25.1 CE que se produzcan la triple identidad sujetos, hechos y fundamentos entre ambas sanciones (administrativas y penales) que exige la doctrina constitucional²¹. Por otra parte la duplicidad se entiende proscrita en el terreno de la aplicación del derecho sancionador pero no en el ámbito de su creación²²: «*El principio non bis in idem*

denado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. De otra parte, también el art. 4 del Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante, CEDH), aunque no ha sido ratificado por España –pero sí firmado–, reconoce este derecho con un contenido similar. Lo dispuesto en él constituye un adecuado marco de referencia en cuanto expresivo de un modelo jurídico- constitucional común en nuestro entorno. Este artículo establece: “1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada”. A los efectos de la aplicación de las garantías del proceso justo (art. 6.1 CEDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye dentro de los conceptos de infracción y sanción penal también las de carácter administrativo, partiendo de un concepto sustantivo de la materia y no considerando relevante la denominación de la legislación en la que se encuentran (por todas, STEDH de 21 de febrero de 1984, caso Öztürk c. República Federal de Alemania); y a los efectos del art. 4 del Protocolo 7 CEDH equipara la persecución y castigo penal en el seno de un proceso penal con el procedimiento y la sanción administrativos (SSTEDH de 23 de octubre de 1995, caso Gradinger c. Austria; de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer c. Austria; de 30 de mayo de 2002, caso W. F. c. Austria; de 6 de junio de 2002, caso Sallen c. Austria)» Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero de 2003.

20 Sentencia Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre: «*Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el art. 25 de la Constitución y que dimanán del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas.*»

21 Sentencia Tribunal Constitucional 2/1981, de 30 de enero: «*El principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc..., – que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.*»

22 «*El non bis in idem no se mueve tanto en el ámbito de la creación del Derecho sancionador cuanto en el de su aplicación, pues más que impedir que un determinado comportamiento se encuentre tipificado de forma simultánea en varios preceptos como delito o infracción administrativa, algo que en ocasiones será inevitable, lo que prohíbe es la aplicación conjunta de tales preceptos al comportamiento en cuestión. La prueba de que en ocasiones es inevitable que un mismo comportamiento pueda subsumirse en dos o más normas sancionadoras nos la ofrece el CP al regular el concurso de normas (art. 8: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código [...]») o la propia LAP cuando prohíbe sancionar los hechos que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente (art. 133), pues tales previsiones sólo tienen sentido si se parte de la posibilidad de que dos o más normas tipifiquen como delito e infracción administrativa los mismos hechos. En cualquier caso, en el tema subyace un problema de técnica legislativa, pues si el legislador abandonara su actual hipertrofia sancionadora, trataría de incorporar elementos diferenciadores en la tipificación de los ilícitos penales y administrativos, respetara*

determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimiento, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado²³».

En su virtud, nadie puede ser castigado más de una vez por el mismo hecho, siendo el castigo manifestación del *ius puniendi* del Estado y, por ello, ejercicio directo del poder ante la comisión del ilícito. Así si el ilícito es uno, en cuanto lesiona un bien jurídico, el castigo por tal ilícito solo puede ser uno y previsto en ley²⁴. Una cuestión diferente es que el ilícito se configure en los diferentes ámbitos del sistema punitivo –bien penal, bien derecho administrativo sancionador–, o incluso en el mismo ámbito –hechos subsumibles en diferentes tipos penales o diferentes supuestos de infracción administrativa–, y que, por tales configuraciones, puedan existir normativamente, en los dos ámbitos punitivos, dos sanciones teóricamente aplicables a un mismo ilícito. Pero cuando se materializan varias sanciones, esto es, desde el mismo momento en que se produce la duplicidad, se vulnera el derecho fundamental, y, asimismo, se hace inexcusable la desaparición de uno de los actos sancionadores, para evitar el mantenimiento de la situación trasgresora.

el principio de ultima ratio del Derecho penal, reservando al mismo los comportamientos y las respuestas más graves del ordenamiento sancionador, y hubiera, en fin, una mayor coordinación entre las distintas instancias competentes para aprobar normas sancionadoras, el solapamiento y la convergencia de éstas sería mucho menor, reduciéndose así, considerablemente, el campo de aplicación del non bis in idem y los problemas que el mismo plantea». CANO CAMPOS, T. «non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», *ob. cit.*, pág. 194.

23 Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre.

24 Sentencia Tribunal Constitucional 154/1990, de 15 de octubre: «Este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero ello no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a ordenes jurídicos sancionadores diversos. El principio non bis in idem es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción. Esa adecuación lleva al legislador a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de los que habrán de actuar los criterios de graduación, pero aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como «autosuficiente» desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infringirse al condenando una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido».

III. LA DIMENSIÓN MATERIAL Y PROCESAL DEL PRINCIPIO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

¿Cuándo se produce la duplicidad? La duplicidad exige de una primera sanción, y de otra coetánea o posterior, que sancione al mismo sujeto, por los mismos hechos, y con la misma fundamentación²⁵. No obstante, la duplicidad no se rige por el principio temporal, puesto que el primer acto sancionador no necesariamente va a ser el acto válido, respecto al posterior que generará la duplicidad. Y ello porque existe una jerarquía constitucionalizada entre sanción administrativa y sanción penal, que va a determinar la expulsión del acto sancionador jerárquicamente sometido al otro acto sancionador. El acto susceptible de ser expulsado del mundo jurídico no es el primero –o el segundo–, sino el resultante de la prioridad del orden penal respecto al administrativo sancionador.

La prevalencia de la sanción penal respecto a la administrativa resulta afirmada por el Tribunal Constitucional en numerosas Sentencias²⁶: *«Podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el art. 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la Autoridad judicial»*. Subordinación que se predica de los actos sancionadores de la Administración respecto a la actuación jurisdiccional.

Y no se refiere al ejercicio de la heterotutela jurisdiccional fiscalizadora del acto sancionador emanado de la Administración –que se predica en el art. 106.1 CE²⁷–, pues no se trata de la afirmación de la potestad de control de legalidad de la previa actuación administrativa –cuya última *ratio* se encuentra en la decisión judicial sobre conformidad a Derecho–, la cual prevalece sobre la autotutela de legalidad

²⁵ *«La regla parte para su aplicación de las denominadas tres identidades: identidad de sujeto, identidad de hecho e identidad de fundamento. La identidad de fundamento alude a los bienes jurídicos implicados: si el hecho de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos (o el mismo bien varias veces) no hay identidad de fundamento y, por tanto, cabe la duplicidad de sanciones. Por consiguiente el supuesto del que parte la regla no es el nudo hecho, sino el hecho que lesiona o pone en peligro un bien jurídico; es decir, el ilícito o la infracción. En realidad, lo que se viene a decir con este entendimiento del principio es que no cabe imponer dos sanciones por una sola vulneración del ordenamiento jurídico, por la comisión de una única infracción. El supuesto de hecho de la norma –el idem– sería la infracción; la consecuencia jurídica –el bis–, la sanción»* CANO CAMPOS, T. «non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», *ob. cit.*, págs. 195 y 196.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3º.

²⁷ Artículo 106 CE: *«1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»*.

de la Administración²⁸ por el mandato constitucional. Se trata de la atribución exclusiva a los órganos jurisdiccionales de la potestad de actuar el derecho en materia penal y de una prevalencia general de sistema punitivo penal respecto al sistema sancionador administrativo que se justifica en el propio valor superior de la heterotutela y la cosa juzgada. Siguiendo a MONTERO, «*La potestad jurisdiccional se diferencia porque no se ejercita como desarrollo de una posición jurídica material de la que los órganos jurisdiccionales sean titulares, sino puramente actuando el Derecho respecto a situaciones jurídicas materiales correspondientes a otros sujetos. Es, pues, una mera potestad de actuación del Derecho que encuentra en esa sola función su justificación plena*²⁹» que conduce a la afirmación sobre la atribución exclusiva a los órganos jurisdiccionales de la potestad de actuar el Derecho por vía de heterotutela.

De esta atribución deberá colegirse la subordinación de los actos de la Administración al imponer sanciones a la autoridad judicial, tanto en ejercicio de la facultad jurisdiccional revisoria como en el caso de que se produzca duplicidad, pues tal subordinación «*exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada*». Y es en la cosa juzgada donde encuentra fundamento constitucional: «*La cosa juzgada despliega un efecto positivo de manera que lo declarado por Sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema*³⁰».

Sin embargo, la lectura del art. 133 de la Ley 30/1992 parece privilegiar el criterio temporal para la resolución de situaciones de concurrencia de sanciones por los mismos hechos: «*No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados*

28 Artículo 103 CE: «*1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*»

29 ORTELLS RAMOS, M., «Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española», *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº3, 1984-1985, Universidad de Extremadura, pág. 448.

30 Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3º, *ob. cit.* También la Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991: «*(...) para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria, impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal, es indispensable que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección (...). El interés legítimo de la Administración en su conjunto es el de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 de la CE); el de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular el de asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público que les está encomendado, de donde fácilmente se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo del interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta, salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste.*».

penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Resulta de tal dicción que la sanción posterior de unos hechos ya sancionados está proscrita, pero con independencia de que se trate de una previa sanción penal o administrativa. Las premisas que se deducen de tal textual son:

1.- Existencia de unos hechos que ya han sido sancionados en vía penal o en sede administrativa.

2.- Existencia de un posterior trámite sancionador respecto a hechos ya sancionados.

3.- Identidad de sujeto, hecho y fundamento, entre los que conforman la primera sanción y los que integran el trámite sancionador posterior.

4.- Consecuencia jurídica: prohibición de la segunda sanción.

La utilización del término “*hayan sido sancionados*” no deja entrever más criterio que el temporal en la determinación de la sanción que debe subsistir en caso de duplicidad, pues lo hace sin discriminación alguna respecto a la sanción penal y la administrativa. Ello con fundamento en la firmeza y vinculación de los hechos contenidos en resolución firme previa. Lo prohibido es la reiteración: «*La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona (STC 66/1986, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, FJ 3)³¹».*

Pero, según se ha expuesto, el eventual conflicto entre la previa sanción penal y una hipotética segunda sanción administrativa, se debe resolver no por la justificación de firmeza de la primera respecto a la segunda *non nata*, sino por la prevalencia jurídico constitucional de la sanción penal sobre la sanción administrativa.

Tampoco el enunciado del art. 133 da respuesta a otras situaciones de duplicidad. Específicamente ante la inexistencia de firmeza de la previa sanción, esto es, cuando no haya recaído resolución firme en ninguna de las posibles sanciones en curso sobre el mismo hecho –de forma que no exista previa firmeza de una, ni prevalencia temporal– que obligaría a la suspensión de uno de los dos procedimientos sancionadores, hasta que recayese sanción firme en el otro. Una situación que con-

31 Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero de 2003, *ob. Cit.*

duce a la necesidad de determinar cuál de los trámites sancionadores debe tener prevalencia y por ello continuar hasta su resolución firme, frente al otro procedimiento que deberá suspenderse. Y para ello, la vertiente procesal del principio *non bis in idem* determina la subordinación de la actuación administrativa respecto a la judicial, en caso de conflicto, de tal forma que todas las actuaciones sancionadoras de la Administración deberán suspenderse hasta que recaiga sentencia firme en sede penal, por los mismos hechos, sujetos y fundamento.

Siguiendo con la literalidad del art. 133 de la Ley 30/1992, es posible la existencia de dos procedimientos sancionadores simultáneos, pues en el textual del meritado precepto «*No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente*» la prohibición se refiere a la existencia de la segunda sanción y la efectiva aplicación de la misma, pero no a la génesis de la misma, esto es, a la existencia de un procedimiento sancionador capaz de determinar si puede imponerse la sanción prevista para un hecho típico. La imposición de la sanción es el último acto del procedimiento sancionador, de tal forma que podrá existir procedimiento sancionador pero no podrá concluir sancionando, aunque se produzca el supuesto de hecho infractor sancionable. Un hecho infractor sin sanción. En consecuencia es posible que existan dos procedimientos sancionadores, sin incurrir en la prohibición material de *non bis in idem*.

Sin embargo es la dimensión procesal del principio *non bis in idem* la que conduce a la prevalencia del procedimiento penal respecto a la vía administrativa sancionadora y a la necesaria suspensión de los trámites en sede administrativa, hasta que se obtenga el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales. En el Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana núm. 96/2000, de 16 de marzo, se pone de manifiesto el ámbito de afección procedimental del *non bis in idem*, y se relaciona con las excepciones de litispendencia y cosa juzgada, para, a partir de tales premisas, culminar con la procedencia de suspensión del procedimiento en sede administrativa, cuando concurre simultáneamente con un proceso judicial sobre la misma cuestión³². Necesaria suspensión que debería cursar con los efectos

32 Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana, 96/2000, de 16 de marzo de 2000: «*Con carácter previo al análisis de cualquier otro aspecto procede examinar la situación de pendencia jurisdiccional que afecta al expediente que se somete a consulta. Para ello, conviene recordar que existe un principio general, consagrado por las leyes procesales y reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, en virtud del cual cuando una determinada cuestión se encuentra "sub iudice", sometida al conocimiento de un Juez o Tribunal, ningún otro órgano jurisdiccional puede entrar a conocer el mismo asunto. El fundamento de ello radica en el principio "non bis in idem", que se concreta en las excepciones de litispendencia, -que impide otro proceso simultáneo sobre la misma cuestión-, y la excepción de cosa juzgada, -que excluye cualquier otra resolución sobre lo ya decidido-. La regla de "cierre procesal" y absorción plena de toda la competencia para conocer de una cuestión por parte del juzgador, debe aplicarse igualmente a los procedimientos administrativos y, en especial, al procedimiento de revisión de oficio. Ello es así, puesto que la necesidad de ahorrar esfuerzos procesales innecesarios y evitar posibles fallos contradictorios es perfectamente aplicable a los procedimientos administrativos. En este sentido cabe invocar la doctrina del Consejo de Estado, manifestada, entre otros, en sus dictámenes 49/1993, 51/1994 y 66/1995. Con arreglo a lo expuesto, la litispendencia puede ser alegada y debe prosperar en sobre la legalidad o no del acto cuya revisión de oficio se pretende, se encuentra pendiente de resolución un recurso interpuesto ante los Tribunales correspondientes». los procedimientos de revisión de oficio siempre que se acredite que sobre la misma cuestión, es decir,*

de la infracción del principio *non bis in idem* en caso de incumplimiento. No obstante, la duplicidad de procesos o más propiamente, procedimientos, no afecta al ámbito material del citado principio, y por ello, la falta de suspensión no es, en puridad, una lesión del derecho fundamental del art. 25.1 CE, en la medida que no supone que se impida el ejercicio de tal derecho –que solo en su vertiente material de no imposición de dos sanciones por el mismo hecho tiene su contenido esencial y encuentra cobijo en sede del mecanismo protector del derecho fundamental–.

Por otra parte, la legislación positiva ha optado por ordenar la suspensión del procedimiento sancionador cuando concurre con un proceso penal. El artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, (en adelante Real Decreto 1398/1993) recoge la previsión textualmente³³, obligando a suspender el procedimiento sancionador si los hechos pudieran ser constitutivos de ilícito penal, comunicándolo al Ministerio Fiscal, solicitando testimonio de las actuaciones practicadas tanto al Ministerio Fiscal como al órgano judicial encargado del proceso penal.

También la legislación sectorial ha incluido dicha previsión. Sirva como ejemplo el art. 245.1 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana –norma no vigente–: «*Cuando con ocasión de la tramitación de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística se desprendan indicios del carácter de ilícito penal del hecho, el órgano instructor del expediente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal a efectos de la exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, suspendiendo la tramitación del expediente administrativo entre tanto no recaiga resolución del Ministerio Fiscal o resolución judicial firme. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa, pero no la adopción de las medidas de restauración de la legalidad y de la realidad física alterada (...)*». Norma que fue invocada en el Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana núm. 178/2015, de 12 de marzo, para declarar la nulidad de pleno derecho de una sanción urbanística por haber recaído condena penal por los mismos hechos, si bien tal nulidad se predicó por la causa del 62.1 f) Ley

33 Artículo 7. Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal:

«1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien».

30/1992, ya que se trataba de un acto contradictorio con norma expresa y desde tal causa se argumentó la vía revisoria³⁴.

En todo caso, ante la concurrencia de procedimientos, va a ser exigible la suspensión de uno de ellos, hasta que concluya el otro. Y sólo en el caso de que el procedimiento concluya sin la imposición de sanción, se podría alzar la suspensión del otro. Sin embargo, no en todo supuesto en el que el primer acto resolutorio concluye no imponiendo la sanción cabría la continuación del procedimiento suspendido. El contenido del acto resolutorio del primer trámite sancionador resultará a estos efectos determinante: si en éste se efectúa un relato de hechos probados que desvirtúa la comisión del tipo infractor, y estos hechos configuran a su vez el tipo infractor de la sanción cuyo trámite está suspendido, la no imposición de sanción previa no determina la posibilidad de sancionar en el trámite suspendido, pues el relato fáctico firme condiciona –tanto como cosa juzgada en el ámbito penal como por presunción de legalidad *iuris tantum* del acto administrativo sancionador no desvirtuado–, a los hechos objeto del segundo procedimiento suspendido.

Igualmente, solo cabrá la continuación del procedimiento suspendido si el pronunciamiento firme sobre no imposición de sanción en el primer procedimiento no desvirtúa los hechos que configuran el tipo infractor. Bien porque aun considerándolos probados no llegasen a completar el tipo o por concurrir circunstancias modificativas que impiden condenar; bien por no haber sido necesario considerar el relato fáctico para poder resolver por la concurrencia de cuestiones procedimentales que hayan impedido un pronunciamiento de fondo –*ad exemplum*, prescripción, defectos de postulación, legitimación, etc.–. En estos supuestos que se han citado, la no imposición de sanción previa permite que continúe el segundo procedimiento sin óbice inicial a una resolución sancionadora.

34 Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana 178/2015, de 12 de marzo: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 245.1 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (actualmente derogada por la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de Comunidad Valenciana pero aplicable al supuesto que ahora se analiza –tempus regit actum–), “Cuando con ocasión de la tramitación de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística se desprendan indicios del carácter de ilícito penal del hecho, el órgano instructor del expediente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de la exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, suspendiendo la tramitación del expediente administrativo entre tanto no recaiga resolución del Ministerio Fiscal o resolución judicial firme. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa, pero no la adopción de las medidas de restauración de la legalidad y de la realidad física alterada (...) En puridad, cuando el 20 de noviembre de 2012 se dio traslado a la Fiscalía de los informes municipales relativos a aquella infracción urbanística debió suspenderse el procedimiento sancionador, del que solo faltaba culminar con la Resolución cuya revisión ahora se insta. El procedimiento de ejecución de dicha sanción si fue suspendido mediante Resolución de Alcaldía de 31 de marzo de 2014 “hasta que se dicte resolución judicial firme”, habida cuenta que la interesada aportó al procedimiento Auto de incoación de procedimiento abreviado dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Llíria de 24 de enero de 2014. Por todo lo expuesto, estima este Consell que procede la revisión de oficio por causa de nulidad de pleno Derecho de la Resolución 3833/2012 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Riba-roja de Túria de 12 de diciembre de 2012 por la que se le impuso una sanción urbanística a la Sra. Sendra».

Las pautas de actuación expuestas, responden a la situación en la que concurre un trámite sancionador administrativo con uno penal. Con la prevalencia de la sanción penal sobre la administrativa, y del trámite penal sobre el administrativo, quedan salvadas las situaciones donde ambos órdenes están en posición de sancionar una misma conducta³⁵.

Pero tales criterios no resuelven los que pueden plantearse respecto a la concurrencia de dos trámites administrativos sancionadores, donde el mismo hecho puede resultar sancionable a través de dos o más tipos infractores, incluso por parte de diferentes Administraciones y respecto a normas dispares emanadas de diferentes títulos competenciales. Pues debe entenderse que el textual del art. 133 admite la posibilidad de que existan dos normas punitivas –bien penales o bien administrativas– que puedan sancionar el mismo hecho típico, por lo que su existencia no constituye –*ab initio*– una infracción ni del principio de jerarquía ni de competencia o, lo que es lo mismo, jurídicamente resultará admisible la duplicidad normativa sancionadora sobre un mismo hecho. En el mismo concepto de *non bis in idem* resultaría ínsita la admisibilidad de dos normas que coexisten sin tacha de nulidad en el ordenamiento, tipificando el mismo supuesto de hecho y sancionándolo.

El caso de posible concurrencia de dos procedimientos administrativos sancionadores, no puede resolverse desde la lógica prelación del orden penal –ya que no entra en conflicto–. Las posibles soluciones para poder determinar un criterio de prelación entre las sanciones administrativas, pasarían por ser:

a.- Criterio de mayor gravedad del tipo infractor respecto al menor. Ya que no debería imponerse la menor sanción una conducta para excluir la más grave por aplicación del principio *non bis in idem*, si la ley prevé también la mayor sanción. La sanción más grave absorbería la más leve pues ese es el criterio que se aplica cuando se trata del mismo sistema sancionador, y es el consagrado en el Código penal para

³⁵ No obstante, la prevalencia penal no es absoluta. Existen diferentes pronunciamientos donde no se considera vulnerado el principio *non bis in idem* cuando a la sanción administrativa ya impuesta se le suma sanción penal. La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero de 2003, *ob. cit.*, confirmó en Amparo que descontar lo satisfecho como sanción administrativa en fase de ejecución de la Sentencia penal condenatoria por los mismos hechos –afirmando la validez de ambas resoluciones sancionadoras, administrativa y penal, pero absorbiendo la administrativa en la penal–, no supone una infracción del principio *non bis in idem*: «Atendiendo a los límites de nuestra jurisdicción de amparo, una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación –*bis*– de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el “doble reproche afflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto».

las situaciones de concurso ideal de delitos³⁶. En el caso de sistemas punitivos dispares –amparados en diferentes normas e incluso en el ejercicio de diferentes competencias³⁷– resulta lógica la traslación de los principios y garantías del proceso penal al proceso administrativo sancionador. Y así, el art. 4 del Real Decreto 1398/1993, dispone, en su apartado 4 que *«En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida»*. El criterio de mayor gravedad para la prevalencia de un procedimiento sancionador sobre otro, determinará la suspensión del procedimiento cuyo tipo infractor implique una sanción menor y la consiguiente continuación del procedimiento sancionador en el cual la sanción prevista sea mayor hasta su resolución. La imposición de la sanción mayor impedirá una segunda sanción menor por hechos ya sancionados. Y por el contrario la no imposición de la mayor sanción permitirá el trámite sancionador por tipo infractor de sanción más leve.

b.- Criterio temporal: ratio que parece deducirse del textual del art. 133 de la Ley 30/1992, al afirmar la prevalencia del procedimiento que haya impuesto primero la sanción excluirá el posterior procedimiento. De tal dicción, podría sostenerse la suspensión del trámite sancionador que esté en el momento procedimental más retrasado en pro del trámite que se encuentre más avanzando. Tal solución es la adoptada por el Real Decreto 1398/1993 en el art. 4, 6º, para las infracciones continuadas: *«No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo»*. También el art. 5 de la misma norma, sobre la concurrencia de sanciones, reitera lo dispuesto en el art. 133 de la Ley 30/1992 y hace suya la prevalencia del trámite más avanzado –pues más avanzado es el que ya ha impuesto la sanción, y finalizado, respecto a aquel que aun no ha resuelto– en los siguientes términos: *«1. El órgano compe-*

36 Artículo 77 Código Penal:

«1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.»

37 *«Una ponderación similar fue efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 30 de julio de 1998 en el caso Oliveira (§ 27) –junto a la calificación del caso como concurso ideal de infracciones– para declarar que no se había lesionado el art. 4 del Protocolo 7 CEDH, al afirmar que «esta disposición no se opone a que dos jurisdicciones distintas conozcan de infracciones diferentes, ... y ello en menor medida en el caso en el que no ha tenido lugar una acumulación de penas sino la absorción de la más leve por la más grave» Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero de 2003, ob. cit.*

tente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento».

IV. SOLUCIONES EN VÍA ADMINISTRATIVA ANTE LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

Pero, una vez que se advierte la existencia de duplicidad de resoluciones sancionadoras que cumplen la triple identidad -hechos, fundamento y sujeto- en sede administrativa, se debe proceder desde el entendimiento de que estamos ante una infracción muy cualificada del ordenamiento, ya que dicha duplicidad supone la lesión del derecho fundamental del art. 25.1 CE, y, por ello, deben desplegarse los mecanismos específicos para la protección de los derechos fundamentales que se articulan en la norma de procedimiento. Por una parte, los ordenados a calificar dicha lesión como susceptible de causar la nulidad de pleno derecho del acto que impone la sanción. Y por otra parte, los mecanismos para preservar el derecho fundamental lesionado que, en esencia, supone la aplicación de los efectos que la ley 30/1992 irroga a la calificación del acto nulo de pleno derecho.

El trámite *ad hoc* para el supuesto de nulidad de pleno derecho, es el de la revisión de oficio de los actos nulos, que se prevé en el art. 102 de la Ley 30/1992: «1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, 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.». Sin embargo, tal procedimiento coexiste con el previsto en el art. 105.1 de la misma ley sobre la revocación de actos: «Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre 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».

Si nos encontramos ante una lesión de derechos fundamentales, que en virtud del art. 62.1. a) de la Ley 30/1992 determina la nulidad de pleno derecho del acto, el trámite revisorio resulta idóneo para declarar dicha nulidad. Pero, por su parte, la revocación del art. 105 atiende a criterios de oportunidad, y ello sin perjuicio de que el mismo trámite de revisión de oficio es en ocasiones conceptualizado como una revocación fundada en motivos de legalidad³⁸. El Tribunal Supremo, por otra parte, incide

³⁸ El Consejo de Estado, en su Dictamen 5356/1997: «Se viene considerando aplicable este artículo -105 Ley 30/1992-, en el ámbito de los actos de gravamen o desfavorables tanto a la revocación por motivos de legalidad como de oportunidad. El ámbito de la revocación por motivos de legalidad sería aquel en que el acto es anulable o contiene cualquier infracción del ordenamiento jurídico, no el de los actos nulos de pleno derecho que ha de ser el 102, extremo éste que ha de quedar establecido, con claridad y precisión, en la norma proyectada».

en el carácter graciable de la revocación en su Sentencia de 25 de marzo de 2015 «*La revocación sólo puede acordarse de oficio y de modo graciable por la Administración*» para situar la revocación como acto sometido al criterio de oportunidad «*la revocación de actos firmes de gravamen no es una alternativa a los recursos ordinarios, y así lo refleja nuestra sentencia de 11 de julio de 2001 «...la potestad de revisión que el artículo 105 de la Ley 30/92 concede a la Administración para los actos de gravamen o desfavorables no constituye una fórmula alternativa para impugnar fuera de plazo los actos administrativos consentidos y firmes, sino sólo para revisarlos por motivos de oportunidad. La petición de revisión no puede ser ocasión para discutir si el acto de gravamen se ajusta o no al ordenamiento jurídico, pues ello sólo puede hacerlo el interesado impugnando en tiempo y forma el acto discutido*».

La Sentencia del Tribunal Supremo Sala Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 2014, efectúa una precisión conceptual entre la revisión de oficio y la revocación, a partir de la incidencia del acto susceptible de ser revisado en la esfera de los derechos de los destinatarios, llegando a la afirmación de que los actos favorables son esencialmente irrevocables y por ello, tan solo pueden ser revisados por motivos de legalidad en los supuestos y de acuerdo al procedimiento previsto en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992. Por su parte, los actos desfavorables pueden ser revocados por vía del art. 105 de la misma ley fundada en oportunidad o de conveniencia para el interés público³⁹.

39 Sentencia del Tribunal Supremo Sala Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 2014: «*El Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico y Procedimiento administrativo común, bajo el título genérico “revisión de oficio”, regula figuras heterogéneas sujetas a un diferente régimen jurídico, dependiendo de si los actos cuya revisión se pretende son favorables o de gravamen. Así, mientras los actos declarativos de derechos, los que reconocen una situación de ventaja para sus destinatarios, son irrevocables, como corolario del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, y tan solo pueden ser revisados por motivos de legalidad en los supuestos y de acuerdo al procedimiento previsto en los artículos 102 y 103 de dicha norma. Por el contrario, el art. 105 de dicha norma permite la revocación de los actos desfavorables o restrictivos de derechos por razones de oportunidad o conveniencia para el interés público, estableciéndose tan solo a unos límites generales -inspirados en el intento de evitar una dispensación singular del ordenamiento jurídico, el diferente trato ante situaciones iguales, el perjuicio al interés público o una forma encubierta de infringir el ordenamiento jurídico (“siempre 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”)-, no está sujeta a plazo (“en cualquier momento”) ni a un determinado procedimiento. En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico permite la supresión de un acto restrictivo de derechos con menos cautelas, competenciales y de fondo, que las previstas para la revisión de actos favorables. La aplicación de uno u otro régimen jurídico -revisión de oficio o revocación- depende pues de la incidencia objetiva -positiva o negativa- que el acto administrativo tenga en la esfera de los derechos y bienes de los destinatarios. Pero su consideración como acto favorable o restrictivo, a los efectos de la aplicación del diferente régimen jurídico diseñado para su revisión, no puede depender de la apreciación subjetiva del destinatario sino del contenido objetivo del acto mismo, pues, en caso contrario el régimen competencial, procedimental y de fondo, estaría condicionado por el puntual interés subjetivo del destinatario, que incluso podría ser cambiante y diverso por la concurrencia de voluntades subjetivas contrapuestas cuando el acto afecta a diferentes interesados, lo cual resultaría contrario al principio de seguridad jurídica*».

Y en el concepto de actos desfavorables tienen cabida, lógicamente, las sanciones⁴⁰, lo que lleva a plantear el procedimiento de revocación del art. 105 como el trámite específico para preservar el derecho fundamental lesionado por haber violado el principio de *non bis in idem*, y cuya incidencia constitucional lleva implícito el interés público que debe concurrir en la revocación⁴¹.

Ésta posición es la mantenida por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1538/1992, de 17 de diciembre, tesis que ha asumido el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana en Dictamen 621/2015 de 5 de noviembre, resolviendo la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de una sanción por la causa del art. 62.1.a) de la Ley 30/1992, al haberse infringido el principio *non bis in idem*, optando por la revocación de la sanción, en lugar de su declaración de nulidad de pleno derecho por la revisión de oficio: «(...) *En el presente caso resulta una identidad fáctica de los hechos determinados en el procedimiento administrativo sancionador con los hechos probados en el proceso penal, que se corresponden con una identidad en el fundamento de la sanción (...) Así pues, y conforme a lo expuesto, al constituir la Resolución sancionadora un acto de gravamen contrario a Derecho procedería su revocación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 105.1 de la Ley 30/1992, apreciando su disconformidad con el ordenamiento jurídico*»⁴².

⁴⁰ «De ahí que el problema se centre, en primer lugar, en determinar si las sanciones son actos de gravamen o desfavorables (a los que se pueden aplicar; por tanto, las previsiones de la Ley 30/1992). La respuesta es clara: las sanciones constituyen uno de los supuestos tradicionales de actos restrictivos (si es que no son el acto restrictivo por antonomasia). Lo cual viene confirmado por la doctrina especializada que, con carácter general, aplica esta calificación». SANZ RUBIALES, I., «Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 148. Enero-abril 1999, pág. 375.

⁴¹ «La causa de interés público justificadora de la revocación debe ser sobrevenida y distinta de la que legitimó la imposición de la sanción: puede derivar de un cambio de circunstancias fácticas o, incluso, de un cambio legislativo que conlleve la desaparición del tipo de la infracción cuya consecuencia jurídica es la sanción (en este sentido, resulta perfectamente justificable –desde la perspectiva del interés público– la revocación de una sanción impuesta por un comportamiento que ha dejado –por modificación de la normativa correspondiente– de constituir infracción administrativa); en todo caso, se trata de un cambio en el interés público producido después de dictarse el acto y que aconseja la extinción de éste. De dicha causa de interés público legitimadora debe quedar constancia en el procedimiento administrativo (informes, alegaciones, motivación, etc.)». SANZ RUBIALES, I., «Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad», *ob. cit.*, pág. 378.

⁴² Dictamen núm. 621/2015 de 5 de noviembre del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana: «Ahora bien, la nulidad parcial de tal Resolución plantea determinadas dificultades en tanto que habría que recurrir a una nulidad sobrevenida, por cuanto que en la fecha de tal Resolución administrativa no se hallaba afectada ésta de nulidad alguna, es decir, se hallaba ajustada absolutamente al principio de legalidad, y por ello parece forzado recurrir a la revisión por nulidad del acto, puesto que, como ya se ha dicho, el procedimiento de nulidad es un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62 de la Ley 30/1992.

Únicamente en la causa 1 a) del artículo 62 de la citada Ley 30/1992 podría tener acogida el presente caso, sin embargo, al igual que hizo el Consejo de Estado en su Dictamen número 1538/1992, aprobado el 17 de diciembre, este Órgano consultivo considera que puede la Administración proceder de oficio a la revocación del acto, al tratarse de un acto de gravamen contrario al ordenamiento jurídico. En efecto, en un supuesto fáctico idéntico, en el que se había instado un recurso extraordinario de revisión, el mencionado Dictamen del Consejo de Estado decía: “...el ordenamiento jurídico español acoge como principio general del Derecho (con la eficacia normativa que le atribuye el artículo 1 del Código Civil a dicha fuen

RESUMEN

En el ámbito de las causas para la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, que ya de por sí tienen una aplicación restrictiva, reviste especial complejidad la correspondiente a la nulidad radical provocada por la doble imposición de una sanción por el mismo hecho infractor: una en sede administrativa como consecuencia del trámite sancionador, y, la otra, como pena establecida en Sentencia firme en la jurisdicción penal. Tal complejidad tiene su materialización en la existencia de una primera sanción administrativa, inicialmente conforme a derecho que, por el posterior pronunciamiento condenatorio de la jurisdicción penal sobre los mismos hechos, deviene en nula por vulnerar el principio de *non bis in idem*, proclamado en el art. 25 CE como parte del contenido del derecho fundamental a la legalidad penal.

PALABRAS CLAVE: Nulidad de pleno derecho – Derechos fundamentales – *Non bis in idem* – Revisión de oficio – Revocación acto.

ABSTRACT

In the area of the causes for the declaration of nullity of administrative acts, which already have a restrictive application, particularly complex corresponding to the nullity caused by the double imposition of a sanction for the same offense offender: one on administrative headquarters as a result of disciplinary proceedings, and the other, as a penalty established by a final judgment in the criminal courts. Such complexity has its realization in the existence of a first administrative penalty, ini-

te de producción jurídica) el de “non bis in idem” que, como ha sentado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 22 de abril de 1991, prescribe la duplicidad de sanciones, administrativa y penal, en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales de Justicia y, a la vez, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, principio que el Tribunal Constitucional encuentra vinculado a los de legalidad y tipicidad de las infracciones penales y administrativas acogidas por el artículo 25 de la Constitución.”

Así viene recogido por el Tribunal Constitucional en diversas de sus sentencias: “La garantía material de no ser sometido a «bis in idem» sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones (SSTC 2/1981, F. 4; 66/1986, F. 4; 154/1990, F. 3; y 204/1996, F. 2), tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, F. 3; 177/1999, de 11 de octubre, F. 3 y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, F. 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente...” (STC 2/1003, de 16 de enero (FJ 3º).

En el presente caso resulta una identidad fáctica de los hechos determinados en el procedimiento administrativo sancionador con los hechos probados en el proceso penal, que se corresponden con una identidad en el fundamento de la sanción, es decir, la persona sancionada portaba por la vía pública un animal potencialmente peligroso que se hallaba en condiciones de causar un mal, como así ocurrió al atacar a otro animal causándole la muerte. Así pues, y conforme a lo expuesto, al constituir la Resolución sancionadora un acto de gravamen contrario a Derecho procedería su revocación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 105.1 de la Ley 30/1992, apreciando su disconformidad con el ordenamiento jurídico».

tially lawful, on the back damning pronouncement of criminal jurisdiction on the same facts, it becomes void for violating the principle of non bis in idem, enshrined in art. 25 EC as part of the fundamental right to legality.

KEYWORDS: Incurably nullity – Fundamental rights – “Non bis in idem” principle – Administrative revision – Revocation.

LA UNIVERSIDAD SUJETO DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

María Ángeles García García
Abogada

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA POTENCIAR LA INNOVACIÓN.
 - a) El procedimiento “Asociación para la innovación”.
 - b) La selección del contratista.
- III. LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.
- IV. LA UNIVERSIDAD CONTRATISTA.
 - a) Los investigadores.
 - 1. *Compatibilidad para contratar.*
 - b) Las empresas de base tecnológica.
 - 1. *Límites a la creación de empresas tecnológicas.*
- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En una conferencia sobre células madre, la exponente pone de manifiesto las dificultades económicas y burocráticas de un colectivo de investigadores que tardaron más de tres años en poner en marcha sus trabajos de investigación dentro de la cirugía reparadora, disciplina donde se han producido importantes avances tecnológicos y quirúrgicos que abren las puertas a uno de los grandes paradigmas de la medicina como es la utilización de tejidos generados artificialmente, con el fin de reparar zonas dañadas de la anatomía, uno de los campos más prometedores para el futuro de la medicina.

Consecuencia de la crisis económica que estamos padeciendo ha habido un gran recorte presupuestario en investigación, considerándola un gasto y no una inversión, lo que afecta a muchos grupos de investigación que ven reducida su dotación económica. Son trabajos que se están financiando con becas a cargo de proyectos de investigación que tienen una duración determinada y requieren repetidas convocatorias cuan-

do se debería dotar con personal investigador permanente. Situación que es difícil que se produzca en países más avanzados que apuestan por políticas de I+D+i.

Una economía basada en el conocimiento y la innovación necesita una comunidad científica y técnica, profesionalizada y competitiva, y la contratación pública es un buen instrumento para apoyar a nuestros investigadores y potenciar los avances científicos.

La transferencia de tecnología, o de conocimientos en general, para el uso y explotación de los descubrimientos y de las innovaciones resultantes de la investigación científica en cualquier entidad, pública o privada, dedicada a la investigación requiere más inversión y una normativa más adecuada.

La compra pública de innovación es una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines o de sus políticas públicas, para crear unas condiciones en el mercado favorables a la innovación como uno de los principales motores del crecimiento futuro¹.

El sistema europeo para apoyar la investigación e innovación y su llegada al mercado toma medidas legislativas como crear un procedimiento nuevo de contratación pública al que denomina “asociación para la innovación”² que sólo admite a candidatos seleccionados por su capacidad en los ámbitos de la investigación, desarrollo, elaboración y aplicación de soluciones innovadoras. Dentro de este procedimiento la Universidad puede ser un buen candidato porque desarrolla una investigación de calidad y una gestión eficaz de la transferencia del conocimiento y la tecnología³.

La “asociación para la innovación” agrupa dos conceptos, innovación y asociación, que hay que relacionar. La “innovación” es definida por la propia Directiva europea 2014/24/UE como la «*introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europea 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*»⁴. Pero no define ni regula las particularidades del otro concepto, “asociación”, que el poder adjudicador puede constituir con los candidatos seleccionados.

1 Considerando 47 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24, de 26 de febrero, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

2 Artículo 31 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24.

3 L.O. 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades («B.O.E.» 13 abril) modificada por L.O. 4/2007, de 12 de abril recoge que la Universidad *asume entre sus funciones como objetivo esencial el desarrollo de la investigación científica, técnica y artística y la transferencia de conocimiento a la sociedad.*

4 Considerando 22 de la Directiva europea 2014/24/UE.

Habrá que esperar a la futura ley de contratación pública para ver el papel que van a desempeñar en esta materia la innovación y la transferencia del conocimiento o transferencia de resultados de investigación o transferencia de tecnología, términos que aunque se utilicen indistintamente tienen diferentes significados.

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA POTENCIAR LA INNOVACIÓN.

La Comisión Europea insta a los Estados miembros para que reserven partidas presupuestarias específicas a la contratación precomercial y contratación pública de productos y servicios innovadores, ofreciendo apoyo financiero y asesoramiento.

La contratación pública posee un potencial inmenso para sacar al mercado las innovaciones de la UE y puede proporcionar a las empresas innovadoras una ventaja competitiva en los mercados mundiales. No obstante, este potencial está en gran medida infrutilizado en la Unión Europea, pues según evaluación realizada, solo el 22 % de los órganos de contratación encuestados indicaron que incluyen la innovación en sus procedimientos y estrategias de contratación. La propuesta de la Comisión de que los Estados miembros y las Regiones reserven presupuestos específicos para la contratación pública de productos y servicios innovadores no ha sido adoptada por el Consejo, a pesar de que el objetivo propuesto, de 10 000 millones de euros al año, representaría tan solo un 0,44 % de la contratación pública total en Europa. Sin embargo, se han adoptado algunas medidas, España, por ejemplo, ha introducido una cuota del 3 % de contratación pública de productos y servicios innovadores en su Ley de contratación de 8 de julio de 2011⁵.

En nuestro país, desde diferentes instancias y normativas se quiere potenciar la compra pública de innovación de tal manera que el apoyo a la I+D+i empresarial en forma de subvención o incentivos directos ha ido disminuyendo en favor de la compra pública innovadora (CPI); y como ejemplo la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI) hace una regulación de apoyo a la creación y consolidación de empresas de base tecnológica a través de medidas como la compra pública de tecnología innovadora y la Ley de Contratos del Sector Público 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), incorpora un mandato al sector público para valorar la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública.

La compra pública de innovación para la mejora de los servicios públicos se materializa en dos modalidades de actuación, la compra pública precomercial (CPP) y la compra pública de tecnología innovadora (CPTI).

⁵ Bruselas, 2.12.2011 COM (2011) 849final. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estado de la Unión por la innovación 2011. El poder de las arcas públicas a disposición de la innovación.

La compra pública precomercial consiste en la contratación de servicios de investigación y desarrollo, exclusivamente, buscando resultados innovadores, que puedan solucionar futuras necesidades públicas para las que no hay actualmente una solución en el mercado y donde los riesgos y beneficios de la investigación científica y técnica se comparten entre la entidad contratante y las empresas adjudicatarias.

La compra pública precomercial es un negocio jurídico nominado pero atípico, al haber sido excluido de la normativa de contratación público⁶. El procedimiento consiste en la contratación mediante diálogo competitivo entre un ente público y varias empresas en la búsqueda de la mejor solución a una potencial demanda pública, donde a través de sucesivas fases eliminatorias se seleccionarán aquellos candidatos que reúnan los criterios fijados en cada etapa, para el diseño y desarrollo de prototipos. Se establecerán unas especificaciones funcionales antes de iniciarse el procedimiento que orienten a los posibles interesados sobre las necesidades y objetivos del contrato. El procedimiento termina cuando los diseños innovadores puedan satisfacer las necesidades señaladas pero precisará un nuevo procedimiento de adjudicación para convertirlos en bienes o servicios utilizables por el poder adjudicador y el precio será satisfecho por el órgano de contratación conforme a criterios del mercado.

La compra pública de tecnología innovadora consiste en la compra de un bien o servicio que no existe en el mercado en el momento de la compra y que implica una nueva tecnología o una mejora sustancial de la ya existente con el propósito de aportar soluciones más novedosas y económicamente más ventajosas que las existentes y deberá desarrollarse dentro de los plazos estipulados previamente. Se encuentra sometida a la normativa de contratación pública, a las disposiciones del TRLCSP en función de su objeto (obras, servicios o suministros).

Para la satisfacción de estas necesidades utilizamos la modalidad contractual de la colaboración entre el sector público y el sector privado⁷ del artículo 11.1 TRLCSP, siempre que otras fórmulas alternativas de contratación no permitan la consecución de las mismas finalidades públicas.

El procedimiento de adjudicación «asociación para la innovación» creado por la Directiva 2014/24/UE permite integrar en un mismo contrato la innovación y el desarrollo con los productos finales, bienes o servicios, utilizables por el poder adjudicador. Es un solo procedimiento dividido en dos fases principales, en su pri-

⁶ Artículo 4.1r TRLCSP: Están excluidos del ámbito de la presente Ley «Los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. En la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa». Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

⁷ Figura contractual que ha sido eliminada en el borrador del proyecto de ley de contratos del sector público de 17 de abril de 2015.

mera fase (precomercial) es un contrato de servicios de I+D, se equipara a una contratación precomercial, donde la tecnología buscada o ya existe y pretende mejorarse o puede desarrollarse en breve plazo y en su segunda fase (contractual) la naturaleza del contrato vendrá determinada por el tipo de producto final requerido por el órgano de contratación (suministros, servicios u obras), pero teniendo siempre en cuenta que la exigencia de contratar la tecnología novedosa (1ª fase del contrato) es por la necesidad de los productos finales (2ª fase), siendo los candidatos seleccionados quienes propongan las soluciones⁸. Al ser único el procedimiento, el socio que presente la mejor oferta tecnológica será el adjudicatario de la obra, suministro o servicio, salvo que en la fase primera sean varios los adjudicatarios en cuyo caso éstos competirán en la segunda fase⁹.

a) El procedimiento “Asociación para la innovación”.

Sobre esta figura solo disponemos de la normativa recogida en la Directiva 2014/24/UE y su desarrollo en el borrador del proyecto de ley de contratos del sector público de 17 de abril de 2015 (en adelante “borrador”), y en base a ella podemos analizar este nuevo procedimiento de contratación pública.

La regulación va a depender de la fase en que se encuentre el procedimiento y así:

- a) En la fase de investigación y desarrollo, por las normas que se establezcan reglamentariamente así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos y supletoriamente por las normas del contrato de servicios.
- b) En la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate¹⁰.

«Previamente a la incoación del procedimiento, el órgano de contratación podrá realizar consultas en el mercado para obtener información sobre la estructura y capacidad de las empresas y el objeto de la licitación. En todo caso, los contactos preliminares con los operadores del mercado no podrán dar lugar a ventajas desleales ni a falseamientos de la competencia¹¹».

8 Considerando 48 de la Directiva: «Se debe alentar a los poderes adjudicadores a que permitan variantes con la mayor frecuencia posible para facilitar la innovación».

9 En desarrollo de este apartado es de interés consultar el artículo de VM. ARNÁEZ ARCE «La compra pública innovadora: La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores» Revista Vasca de Administración Pública. Herri Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560, N^o 93. 2012, págs. 17-35. Así como la *Guía sobre compra pública innovadora*, editada por el Ministerio de Ciencia e Innovación, MICIN, Madrid 2011 que considera la compra pública innovadora como un nuevo instrumento a disposición del sector público para fomentar e impulsar la capacidad innovadora de los agentes económicos, mejorando simultáneamente la calidad, eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos mediante la adquisición pública de bienes y servicios innovadores.

10 Artículo 175.2 del borrador del proyecto de ley de contratos del sector público de 17 de abril de 2015.

11 Artículo 176.1 del borrador del proyecto de ley de contratos del sector público de 17 de abril de 2015.

Las consultas preliminares al mercado en la fase preparatoria de este tipo de contratos son importantes hasta el punto de que si se demostrara que los productos o servicios buscados ya existen se debe retirar la convocatoria y seguir el procedimiento correspondiente para su contratación, por lo que la normativa no debería conformarse con dar la posibilidad de realizarlas al órgano de contratación sino más bien exigirle su consulta, dejando constancia en el expediente.

Además el dialogo con el mercado, respetando los principios de transparencia y confidencialidad, puede dar información a la entidad contratante sobre lo que le pueda interesar para satisfacer sus necesidades públicas y si es posible su realización, ayuda a la elaboración de las especificaciones técnicas como exigencias funcionales¹² y da a conocer a los posibles interesados aspectos sociales y medioambientales que son de interés para la Administración contratante.

La propuesta de contratación debe estar motivada por la autoridad contratante indicando la necesidad de los productos, servicios u obras innovadores y el carácter imprescindible de los mismos, así como justificar la elección del procedimiento en la necesidad de la tecnología y de los productos innovadores.

El valor estimado de los suministros, servicios u obras buscados no será desproporcionado respecto a la inversión necesaria para su desarrollo. *«El valor que se tendrá en cuenta será el valor máximo estimado, IVA excluido, de las actividades de investigación y desarrollo que se realizarán a lo largo de todas las etapas así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final de la asociación prevista»¹³.*

Previamente al inicio del procedimiento se formularán las especificaciones técnicas sin que limiten indebidamente las soluciones de innovación. *«En los pliegos de prescripciones técnicas el órgano de contratación deberá recoger las especificaciones que identifiquen el objeto de la asociación para la innovación, que se formularán necesariamente en términos de rendimiento o de exigencias funcionales. La información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la solución requerida y decidir si solicitan participar en el procedimiento»¹⁴.*

La Directiva 2014 impone el uso de las especificaciones funcionales en este procedimiento al lado de las especificaciones técnicas. Éstas deben concretar lo que busca el poder contratante, permitir *«presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas»¹⁵* y garantizar la neutralidad. No se deben realizar unas especificaciones demasiado detalladas que obstaculicen injustificadamente la concurren-

¹² Artículo 40 Directiva: El estudio del estado del mercado para satisfacer sus necesidades, información a los licitadores y elección de criterios adecuados para la adjudicación del contrato.

¹³ Artículo 5 punto 6 de la Directiva.

¹⁴ Artículo 176.2 del borrador.

¹⁵ Considerando 74 de la Directiva.

cia porque debe haber un equilibrio entre la precisión necesaria para adjudicar el contrato y la libertad creadora.

En los pliegos de contratación el poder adjudicador determinará necesariamente cuál es su necesidad y los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores y, en su caso, recoger expresamente la posibilidad de presentar variantes que modifiquen el objeto del contrato sin desnaturalizarlo, prestaciones cualitativamente equivalentes a las objeto de licitación¹⁶.

«En los pliegos de cláusulas administrativas particulares el órgano de contratación deberá precisar las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial; la estructura de la asociación que se pretenda establecer y, en particular, su duración, número de empresarios participantes, retribuciones y compensaciones que deba satisfacer el órgano de contratación y condiciones para su abono; duración y número de fases en que se instrumentará el proceso de investigación y desarrollo y el carácter selectivo de éstas; objetivos que deban alcanzarse en cada una de ellas y criterios que permitan su verificación; posibilidad de concluir la asociación respecto de aquel o aquellos empresarios que no alcancen los objetivos previstos para cada fase y condiciones para el ejercicio de este derecho; y términos con arreglo a los cuales se adjudique el contrato de obra, servicios o suministro derivado del procedimiento de asociación para la innovación con el empresario o empresarios con los que se realice la asociación y en caso de la existencia de varios empresarios, los criterios de negociación basados en la mejor relación calidad-precio¹⁷».

El órgano de contratación iniciará el procedimiento mediante la publicación de la convocatoria de licitación. El plazo mínimo de presentación de solicitudes de participación no podrá ser inferior a 30 días para contratos sujetos a regulación armonizada (SARA) y de 20 para el resto, desde el envío del anuncio a la Oficina europea o desde la publicación del anuncio, respectivamente¹⁸.

El art. 31 de la Directiva remite parcialmente a las reglas del procedimiento negociado y posibilita que los poderes adjudicadores constituyan una asociación para la innovación a largo plazo para la realización de grandes y no tan grandes proyectos¹⁹. *«Las negociaciones durante los procedimientos de las asociaciones para la innovación podrán desarrollarse en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en los pliegos de la contratación²⁰».*

16 Considerando 48 de la Directiva.

17 Artículo 176.3 del borrador.

18 Artículo 177 del borrador.

19 Considerando 49 de la Directiva.

20 Artículo 31.5 de la Directiva.

Los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por éstos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. Para ello se deben definir con la mayor exactitud la relación de etapas, los criterios de adjudicación en cada una y las reglas para evaluación y exclusión de los candidatos. *«Durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Informarán por escrito a todos los licitadores de todo cambio en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos. A raíz de tales cambios, los poderes adjudicadores darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda²¹».*

«Los servicios dependientes del órgano de contratación negociarán con el empresario o empresarios que deban pasar a las siguientes fases en que se estructura el proceso de investigación y desarrollo las propuestas presentadas a fin de mejorar su contenido, sin que en ningún caso puedan ser objeto de negociación los requisitos mínimos exigidos en los pliegos ni los criterios de adjudicación.

La asociación para la innovación fijará objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en los plazos adecuados²². En el caso de no ser alcanzados los objetivos fijados para cada fase según lo establecido en los pliegos, el órgano de contratación podrá resolver el Acuerdo de Colaboración concertado con el empresario, o en el caso de asociación con varios empresarios, reducir el número de aquéllos siempre que se hubiese reservado esta facultad en el pliego de cláusulas administrativas particulares²³». La finalización o reducción no darán derecho a indemnización, sin perjuicio de las compensaciones que, estando previstas en el pliego correspondiente, pudieran corresponderles por los trabajos realizados²⁴.

«Finalizadas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analizará si sus resultados alcanzan los niveles de rendimiento y los costes acordados y resolverá lo procedente sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes²⁵».

El poder adjudicador controlará que las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y que las actividades de investigación y de innovación sean adecuadas para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado.

21 Artículo 31.4 de la Directiva.

22 Artículo 31.2 de la Directiva.

23 Artículo 179.3 del borrador.

24 Artículo 179. 4 del borrador.

25 Artículo 180.1 del borrador.

El control de resultados previsiblemente se llevará a cabo por especialistas en la materia que puede que no formen parte del personal del órgano de contratación, por lo que sería deseable que se desarrollara legislativa o reglamentariamente su composición y funciones junto con la forma de selección, responsabilidades e incompatibilidades derivadas de su actuación e incluso el sistema de remuneración.

«Los contratos derivados de asociaciones para la innovación celebrados con un solo empresario se adjudicarán a éste de acuerdo con los términos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares y los celebrados con varios empresarios se adjudicarán previa negociación del órgano de contratación con los que hayan llegado a la última de las fases del proceso de investigación y desarrollo con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio previsto en el correspondiente pliego»²⁶.

En el caso de que la adquisición de las obras, servicios o suministros conlleve la realización de prestaciones sucesivas, aquélla sólo se podrá llevar a cabo durante un periodo máximo de cuatro años a partir de la resolución sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros»²⁷.

Los contratos deben adjudicarse a favor de la oferta económicamente más ventajosa según la rentabilidad y ciclo de vida y no puede atribuirse al precio una ponderación excesiva ni adjudicarse los contratos únicamente basándose en este criterio porque la innovación supone un coste añadido que encarece el valor del producto o servicio, siendo el criterio de precio el más adecuado para comparar las ofertas de soluciones innovadoras.

Todos estos trámites, por su complejidad, exigen conocimientos y profesionalización de los gestores, equipos con experiencia en ámbitos diversos, jurídico, técnico, económico, de gestión, etc, relacionados con el objeto del contrato, asesores del órgano de contratación y de la mesa a lo largo del procedimiento o comité de expertos para valorar criterios que requieran un juicio de valor o una definición del objeto o elección de características y criterios.

Para evitar que exista competencia desleal se recoge en la normativa la necesaria confidencialidad del órgano de contratación con los participantes y seleccionados en relación con aquella información que se considere como tal, es decir *«los poderes adjudicadores no revelarán a los participantes los datos confidenciales que le hayan comunicado los demás en la negociación sin el acuerdo previo de éste, que no podrá adoptar la forma de renuncia general sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica»²⁸*. Tampoco podrán revelarse las actividades de investigación y desarrollo de un empresario seleccionado a los

²⁶ Artículo 180. 2 del borrador.

²⁷ Artículo 180. 3 del borrador.

²⁸ Artículo 31.4 de la Directiva.

demás ni las soluciones propuestas u otros datos confidenciales que comunique al órgano de contratación un empresario sin el consentimiento de éste²⁹.

Cuando un licitador presenta una oferta puede que no quiera que se divulgue la información recogida en ella y la legislación de contratos reconoce este derecho por lo que el rechazo de una oferta no implica que se deban facilitar datos confidenciales al informar sobre la evaluación de la oferta seleccionada y las rechazadas. Pero es extraño que entre los socios de una misma asociación exista desconfianza de cara a realizar una actividad común.

«Concluida la selección de los candidatos, se formalizará el Acuerdo de Colaboración para la innovación entre el órgano de contratación y uno o varios empresarios. En este último caso, cada empresario efectuará por separado las actividades de investigación y desarrollo³⁰».

En resumen, estamos ante un procedimiento que conduce a la constitución de una sociedad sui generis, con unas características atípicas; se crea por el ente adjudicador, que es quien puede rescindir o reducir el número de socios, pero no sabemos su naturaleza jurídica, si tiene o no personalidad jurídica, si la Administración va a formar parte de la asociación, cómo va a funcionar si solo queda un candidato, la posible existencia de un registro de asociaciones para la innovación, etc. Suponemos su duración determinada (la del contrato), la responsabilidad de los socios que será limitada y que su remuneración viene de la propia Administración. También cabe pensar que la denominación de “asociación” tenga un significado diferente al usual, que habría que definir. Esperemos que el Reglamento que se espera para desarrollar esta figura resuelva todas las incertidumbres, pues el borrador simplemente remite a las prescripciones contenidas en los pliegos y al contrato de servicios para la 1ª fase del procedimiento y a las normas del contrato correspondiente a la prestación para la 2ª fase o de ejecución, así como a lo recogido en los pliegos de cláusulas administrativas para cada contrato.

b) La selección del contratista.

El borrador del proyecto de ley de contratación pública mantiene la clasificación tradicional y solo permite contratar con el Sector Público a aquellas entidades que tengan personalidad jurídica, salvo excepciones de la propia ley, como son las UTEs, mientras las Directivas europeas en esta materia utilizan el concepto de “operador económico”, que es más adecuado para incluir a todas aquellas personas o grupo de personas cualificadas para llevar a cabo actividades de innovación.

Cualquier operador económico, sea persona física o jurídica, podrá presentar una solicitud de participación proporcionando la información que haya solicitado el poder adjudicador³¹, pero se debe evitar la entrada de empresas manifiestamente

²⁹ Artículo 179.1 del borrador.

³⁰ Artículo 179.1 del borrador.

³¹ Artículo 31.1 de la Directiva.

carentes de nivel tecnológico para realizar las diversas fases del procedimiento, particularmente la fase precomercial de la asociación.

Solo podrán participar en el procedimiento los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información facilitada³². *«El órgano de contratación señalará el número mínimo de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a tres. Cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas. Sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones³³. El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación³⁴»*. Plazo que el borrador mantiene para los contratos SARA, pero lo reduce para el resto.

Si la finalidad de la asociación es el desarrollo de productos, servicios y obras innovadores y su ulterior adquisición³⁵, la entidad contratante debe exigir a los licitadores una solvencia técnica adecuada que garantice que las prestaciones exigidas en la compra pública innovadora van a ser realizadas correctamente, dado que las soluciones innovadoras exigen habilidades especiales para ejercer la actividad profesional en el ámbito de la investigación.

El contratista se espera que sea un profesional cualificado para innovar, es decir un investigador que, bien de forma individual o colectiva, realice actividades innovadoras. También puede ser el propio ente adjudicador quien constituya la asociación con varios profesionales que participen por separado, para la realización de las prestaciones del contrato.

«El órgano de contratación, una vez comprobada la aptitud para contratar de los candidatos, procederá a la selección de los que posteriormente deban presentar proyectos de investigación e innovación, conforme a los criterios que haya establecido el pliego de cláusulas administrativas particulares con anterioridad a la licitación relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras. Criterios que también deberán recogerse en el anuncio de licitación³⁶».

El legislador debe tener en cuenta los objetivos que se pretenden alcanzar con la nueva figura y que los investigadores universitarios no son empresarios ni se les puede exigir unos requisitos de capacidad, solvencia, compatibilidad o incluso clasificación como si lo fueran. En relación con la selección de candidatos en materia

32 Artículo 31.1 de la Directiva.

33 Artículo 178.1 del borrador.

34 Artículo 31.2 de la Directiva.

35 Artículo 31.1 de la Directiva.

36 Artículo 178.3 del borrador.

de innovación, la normativa no hace ninguna precisión o regulación singular, y menos para el caso de que quien participe sea una entidad del sector público, como puede ser la Universidad Pública, su personal o las empresas dependientes o surgidas de ella, que están sometidas a diferentes requisitos fiscales o de control que la empresa privada. Situación que en anteriores normativas de contratación pública se resolvían con su remisión a los convenios de colaboración.

El utilizar el término “empresario” tiene unas connotaciones mercantiles que normalmente no posee el investigador, siendo más actual y generalmente utilizado el concepto de “emprendedor”, que para Peter Drucker es aquel que «busca el cambio, responde a él y explota sus oportunidades. La innovación es una herramienta específica de un emprendedor, por ende un emprendedor efectivo convierte una fuente en un recurso», y Joseph Schumpeter sugiere que «invenciones e innovaciones son la clave del crecimiento económico, y quienes implementan ese cambio de manera práctica son los emprendedores». Para Schumpeter «la clave de este concepto es la capacidad de transformar innovaciones desde un invento a un producto práctico, lo que implica un alto riesgo económico³⁷».

Por lo dicho, de no haber cambios legislativos, las empresas creadas por investigadores universitarios, si quieren participar en este procedimiento de contratación deberán tener cuidado en constituirse según los requisitos requeridos por la normativa de contratación pública en que *“las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios. Y los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato³⁸”*.

III. LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.

El sector público solo puede celebrar contratos onerosos para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, aquellos que satisfacen una finalidad pública incluida en el ámbito de sus específicas competencias de ejecución, bajo el régimen jurídico del Derecho público. Más allá de este ámbito no existe competencia para contratar.

La Universidad puede formar parte de un convenio, un contrato o una subvención en su actividad investigadora. Estamos ante un contrato cuando existe un acuerdo entre dos partes en que una se obliga a cumplir una prestación y la otra a pagar un precio a cambio, mientras en el convenio no hay intereses enfrentados sino una colaboración institucional para llevar a cabo objetivos compartidos, se unen las

³⁷ <http://es.wikipedia.org/wiki/emprendedor> (12/06/2015)

³⁸ Artículo 66 del borrador y art. 57 TRLCSP.

partes para colaborar³⁹, para la realización de un interés común en una posición de igualdad, formalizada por escrito. En cambio la subvención pretende proteger o estimular actividades que se consideran de interés público pero la actividad financiada debe resultar de propiedad y utilización exclusiva del sujeto que recibe la ayuda y si es otra administración pública, ésta debe ostentar competencias propias de ejecución sobre la materia subvencionada.

No siempre es fácil diferenciar el contrato y el convenio entre entes públicos y así la regulación de los convenios entre entes públicos, desde la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas hasta la actualidad, va desde su exclusión del ámbito de aplicación de la ley de contratos hasta su inclusión el 1 de mayo de 2008, pasando por el periodo del 1 de julio de 2005 hasta el 1 de mayo de 2008, que sólo estaban excluidos cuando el precio no superaba el umbral comunitario⁴⁰. Por lo tanto, si el objeto del negocio celebrado por alguno de los entes del Sector Público consiste en un contrato de los regulados en el TRLCSP o normas especiales, con independencia de la cuantía de la prestación y de la personificación pública o privada del sujeto que la debe realizar, el expediente se debe tramitar como un contrato y no como un convenio.

El art. 12 de la Directiva 2014/24/UE se refiere a la “cooperación vertical” o *in house* y la “cooperación horizontal” como contratos celebrados en el sector público que no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública (considerando 31). La vertical definida en la Sentencia Teckal para los casos en que la entidad adjudicadora ejerce sobre la adjudicataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y ésta dedica a aquella lo esencial de su actividad. Se trata de contratos internos celebrados con entes instrumentales *in house*, que quedan excluidos de la normativa de contratación pública no por el tipo de entidad que celebra o realiza el contrato sino por la relación de dependencia entre ambas.⁴¹

La cooperación horizontal tiene en común con la vertical la libertad de organización administrativa pero no hay relaciones de subordinación sino igualdad entre las entidades para la persecución en común de tareas de interés público. La inaplicabilidad de la directiva no se basa en las relaciones entre las entidades sino en el contenido del contrato para la consecución de un interés público común.

³⁹ El principio de colaboración, conforme dispone el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, rige las relaciones entre las Administraciones Públicas.

⁴⁰ STJUE de 13 de enero de 2005, Asunto C-84/03. La Comisión, mediante recurso, solicita al Tribunal que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones del Tratado CE y las Directivas por excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos los convenios que se celebren entre administraciones y otras entidades de derecho público, aun cuando por su objeto constituyan contratos públicos a los efectos de las Directivas.

⁴¹ Carlos Amoedo Souto: «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las administraciones públicas» RAP nº 170, mayo-agosto 2006.

La Directiva 2014/24/UE excluye de su ámbito de aplicación los contratos entre entidades del sector público que «establezcan o desarrollen una cooperación entre ellos, con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común guiados únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y que los participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación⁴².»

El borrador del proyecto de ley de contratos del sector público de 17 de abril de 2015 excluye de su ámbito de aplicación «los convenios que celebren entidades públicas, salvo que por su contenido y causa tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley, en cuyo caso deberán considerarse como tales, aplicándose las prescripciones de esta norma⁴³. Y también excluye a los contratos de investigación y desarrollo, excepto aquéllos que además de estar incluidos en determinados códigos CPV los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad y el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador⁴⁴. Estos contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidas, se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse⁴⁵».

Ha sido frecuente que el Sector Público contratara con las Universidades Públicas convenios de colaboración para el impulso de la actividad investigadora realizada por equipos de investigación de la propia Universidad. Con la nueva normativa se trata de impedir que dichos convenios de colaboración sean objeto de un contrato de obras, suministro o servicios, en cuyo caso se verán sometidos a la normativa de contratación pública aplicable según el tipo de contrato a realizar.

IV. LA UNIVERSIDAD CONTRATISTA.

La cuestión sobre si las Universidades Públicas pueden considerarse contratistas, es decir, operadores económicos que compiten con otros agentes económicos en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, la plantea el Consejo de Estado Italiano al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando la Regione de Marche decide no admitir la participación de una agrupación universitaria, CoNISMa, en el procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios para la realización de una actividad de carácter científico⁴⁶.

1. ¿La entidad CoNISMa sin ánimo de lucro, cuyo objeto es la promoción y coordinación de las investigaciones así como la realización de otras actividades científicas

42 Artículo 12.4 de la Directiva.

43 Artículo 5 del borrador.

44 Artículo 7 del borrador.

45 Artículo 11 del borrador.

46 Marta OLLER RUBERT, *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 147/2010 parte Jurisprudencia. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2010.

aplicadas al ámbito de las ciencias del mar y cuya financiación es mayoritariamente pública, puede considerarse un «operador económico» en el sentido de la Directiva 2004/18 y, en consecuencia, puede admitirse su participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato público?

El Decreto legislativo italiano 163/2006 define el término «operador económico» como aquella «persona física o jurídica, o entidad sin personalidad jurídica, que ofrezca la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado» y que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de actuación del licitador, como requisito de capacidad según el art. 44 de la Directiva 2004/18. Aunque es suficiente con que acredite estar en condiciones de ejecutarlo para considerar que cumple con los requisitos de solvencia necesarios según la Directiva (así lo entiende el TJUE).

2. ¿Hay contradicción con la Directiva 2004/18 si se excluye a estas entidades cuyo objeto es la investigación por no tener como finalidad prioritaria la obtención de lucro? ¿Se exige desde el Derecho comunitario el carácter lucrativo a los entes que contraten con la Administración, excluyéndose en consecuencia a los organismos universitarios, cuya finalidad no es esa, sino la actividad académica, en la que se incluye la docente y la de investigación?

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁷ considera que aunque al «contratista» se le defina como «agente económico operativo en el mercado no debe entenderse en sentido estricto y general, como que sólo los que operan en el mercado puedan ser agentes económicos, de manera que si así fuera se restringiría la competencia de forma notable, excluyéndose automáticamente a organismos públicos de los procedimientos de contratación. Por tanto CoNISMa puede incluirse como «operador económico» en sentido amplio, en aras a una mejor satisfacción del interés general, en tanto su trayectoria científica puede hacer su oferta más atractiva y válida para la adjudicación del contrato.

La Sentencia del Tribunal Supremo de veintisiete de octubre de 2005⁴⁸ que reproduce la línea seguida del Tribunal Supremo, en su valoración jurídica pone de manifiesto que la concurrencia de departamentos e institutos universitarios en la realización de los trabajos relacionados con proyectos y dirección de obras, más que restringir la competencia, supone un incremento de la misma, pues significa un mayor número de profesionales para llevar a cabo los mencionados trabajos.

3. La Universidad se encuentra en una situación privilegiada, exenta de riesgo económico al ser financiada con fondos públicos, ventajas financieras que pueden des-

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de enero de 2007 *En el asunto C-220/05, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el tribunal administratif de Lyon (Francia), mediante resolución de 7 de abril de 2005.

⁴⁸ STS 6543/2005 de la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005 que resuelve el recurso de casación núm. 8.093/2002 interpuesto por el colegio de ingenieros de caminos, canales y puertos de la Comunidad Valenciana.

plazar con facilidad a profesionales que concurren con financiación propia. ¿Hay falseamiento de la libre competencia en la contratación a la Universidad, a través de sus Departamentos, Institutos y Profesorado de trabajos profesionales, por el mero hecho de que muchos gastos los asume la propia Universidad como Administración?

El art. 55 de la Directiva 2004/18 establece que antes de rechazar la oferta el poder adjudicador debe solicitar por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta, y en base a ello, y previa consulta con los licitadores cuestionados, poder rechazar ofertas desproporcionadas a la baja si no justifican haber seguido los caminos legalmente establecidos, de manera que sólo por el mero hecho de recibir ayudas, dice el Tribunal, no se las puede excluir de la participación, en este caso a la agrupación de universidades⁴⁹.

El Tribunal de Justicia resuelve en favor de CoNISMa para formar parte en el procedimiento de adjudicación convocado por la Regione Marche, si bien recuerda la necesidad de que la participación de estos entes públicos sea respetuosa, en todo caso, con el Ordenamiento Jurídico.

En este punto hay que hacer mención a la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-568/13, Data Medical Service) donde el Tribunal considera que *«las disposiciones de la Directiva 92/50, y en particular los principios generales de libre competencia, de no discriminación y de proporcionalidad en los que se basa esa Directiva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permite a un hospital público, como el demandante en el litigio principal, que participe en una licitación presentar, gracias a la financiación pública que recibe, una oferta a la que ningún competidor puede hacer frente. No obstante, en el examen del carácter anormalmente bajo de una oferta en virtud del artículo 37 de dicha Directiva, la entidad adjudicadora puede tomar en consideración, por lo que respecta a la facultad de rechazar dicha oferta, la existencia de una financiación pública en favor de tal centro»*.

No puede negarse la participación en la licitación de una entidad autorizada por el Estado miembro para operar en el mercado y que garantice la ejecución del contrato si la actividad a realizar es compatible con sus objetivos institucionales y estatutarios. La valoración de ser “oferta anormalmente baja” es una facultad de la entidad adjudicadora que puede considerar la existencia de financiación pública a favor de la entidad cuestionada como causa para rechazar la oferta.

En todo caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quiere preservar la libre competencia y hace valer el principio de primacía del Derecho comunitario, de tal modo que las interpretaciones de las normas nacionales debe realizarse, como ya es tradición en el Derecho de contratos, acorde con el espíritu de las normas comunitarias. Los procedimientos de contratación deben buscar aquellas empresas que

⁴⁹ Sentencia de 22 de junio de 1989 (asunto 103/88) y recientemente en la Sentencia de 15 de mayo de 2008 (asuntos acumulados C-147/06 y C-148/06).

realicen las mejores ofertas para la satisfacción del interés general pero, con el máximo respeto a la igualdad, a la publicidad y a la transparencia, para que la entrada de los diversos operadores económicos bajo determinadas circunstancias, como lo son las Universidades Públicas, no distorsionen la concurrencia del resto de operadores.

La posibilidad de que las Universidades Públicas participen en un procedimiento de contratación se basa en que las últimas Directivas de contratación pública, al definir la condición de “operador económico”, incluyen a toda persona, entidad o agrupación de éstas que ofrezcan servicios en el mercado aunque su finalidad no sea la obtención de lucro ni tengan una estructura empresarial ni garanticen una presencia continua en el mercado, pero la actividad a realizar debe ser compatible con sus objetivos institucionales y estatutarios, estando habilitadas para ofrecer los servicios a que se refiere el contrato en cuestión según las normas nacionales. Su posición privilegiada por recibir financiación pública y ayuda del Estado no justifica su exclusión en la participación de un procedimiento de contratación pública a priori y sin más examen porque en este caso el propio legislador de Unión Europea las hubiese excluido expresamente. Además, las normas de Unión Europea no exigen que la persona que celebre un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar la prestación pactada directamente con sus propios recursos para que pueda ser calificada de contratista u operador económico, sino que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate aportando las garantías necesarias para ello⁵⁰.

Una interpretación restrictiva del concepto de “operador económico” que impidiese que las Universidades e Institutos de Investigación y sus consorcios participasen en las licitaciones resultaría gravemente perjudicial para la colaboración entre entidades públicas y privadas, así como entre investigadores y empresarios, y también una restricción de la competencia. Son las Universidades quienes disponen de los mejores profesionales para determinados servicios, sobre todo tecnológicos y de innovación, por lo que prescindir de ellos limitaría gravemente uno de los objetivos de la Universidad que es el impulso económico en el ámbito territorial del que forman parte. Perjudicando el principio de competencia que se trata de salvaguardar⁵¹.

Por lo tanto, nuestras Universidades Públicas pueden contratar con otras entidades públicas y privadas y con personas físicas para realizar trabajos de carácter científico, técnico o artístico, a través de los Departamentos e Institutos Universitarios, así como del profesorado, pues uno de sus objetivos esenciales es conseguir una

50 TARDÍO PATO, J.A., «Libre competencia y Administraciones Públicas como licitadores de contratos públicos y como parte de convenios interadministrativos. Las Universidades públicas como ejemplo». *Revista Española de la Función Consultiva*. ISSN 1698-6849, nº 21, 2014, págs. 309-312.

51 Miriam CUETO PÉREZ: «La Universidad como contratista de las Administraciones Públicas. A propósito de la sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2009 en el asunto C-305-208, Consorcio Nacional Interuniversitario per le Scienze del Mare» en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás Ramón Fernández*, coordinado por Eduardo García de Enterría Martínez-Carande.

investigación de calidad y una gestión eficaz de la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida y del desarrollo económico⁵². No sólo tienen la condición de ente adjudicador de contratos sino que pueden ser, a su vez, contratista con otra Administración Pública, cuando no reciben prestación alguna sino que la realizan, dentro de las funciones públicas que tienen encomendadas, ejercidas bajo las potestades que ostentan, a través de investigadores, grupos de investigación o empresas de base tecnológicas reconocidas por ellas mismas, siempre que tengan plena capacidad de obrar, acrediten solvencia y no estén incurso en prohibición de contratar como prescribe el art. 54 TRLCSP (artículo 65 del borrador).

a) Los investigadores.

La Universidad apoya y promueve la formación de investigadores que pueden quedar vinculados a la misma por alguna de las modalidades de contratos de carácter temporal existentes para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica, como son los contratos predoctorales en que los doctorandos realizan tareas de investigación en un proyecto específico y novedoso; los contratos de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (SECTI) para la realización de tareas de investigación orientadas a la obtención de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional y los contratos de investigador distinguido para investigadores de reconocido prestigio que quieran realizar actividades de investigación o dirigir equipos humanos, centros de investigación, instalaciones y programas científicos y tecnológicos singulares de gran relevancia. Diferentes procesos antes de alcanzar un alto nivel de cualificación.

«Sin perjuicio de la libre investigación individual, la investigación se llevará a cabo principalmente en grupos de investigación reconocidos por la Universidad que son unidades básicas que se organizan en torno a una línea de investigación común o a un proyecto específico y que están coordinados por un investigador responsable y que a efectos administrativos se integrarán en el Departamento o Instituto Universitario⁵³ al que aquél pertenezca⁵⁴.»

Las actividades de transferencia de conocimiento y tecnología son, generalmente, la culminación de las actividades de investigación realizadas por el personal investigador, individualmente o como parte de un grupo de investigación. A tal efecto, promoverán la movilidad del personal docente e investigador y la pertenencia y participación activa en redes de conocimiento y plataformas tecnológicas.

⁵² Artículo 41 de la Ley Orgánica de Universidades 6/2001, de 21 diciembre.

⁵³ Son centros dedicados a impulsar la actualización científica, técnica, artística y pedagógica de sus miembros y de la comunidad universitaria en su conjunto y cooperar con Centros, Departamentos y otros Institutos, así como con entidades públicas o privadas para la realización de actividades investigadoras y docentes.

⁵⁴ Decreto 12/2010, de 3 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Oviedo, art. 133 y 134.

La LCTI recoge una serie de medidas para incentivar una mayor movilidad de los investigadores entre sector público de I+D y empresas⁵⁵ y fija los términos en los que el personal investigador puede ejercer el derecho a la movilidad geográfica, intersectorial e interdisciplinaria para reforzar sus conocimientos científicos como estancias formativas en centros de reconocido prestigio para el perfeccionamiento y especialización profesional en materias directamente relacionadas con la actividad de investigación y para su desarrollo profesional.

Se establece la posibilidad de autorizar al personal investigador a prestar servicios a tiempo parcial en sociedades mercantiles creadas o participadas por los organismos en los que presta sus servicios y se regulan nuevas situaciones de excedencia temporal para aquellos investigadores que se incorporen a otros agentes de naturaleza pública o privada, nacionales, internacionales o extranjeros. La concesión de la excedencia temporal queda subordinada a las necesidades del servicio y al interés que la Universidad pública tenga en los trabajos que su personal vaya a desarrollar en la entidad de destino durante el tiempo necesario para la ejecución del proyecto de investigación con un máximo de cinco años. A tal efecto, la unidad competente de la Universidad deberá emitir informe favorable sobre ello⁵⁶.

1. Compatibilidad para contratar.

Los investigadores universitarios pueden, en virtud del artículo 83 de la LOU, realizar trabajos de carácter científico, técnico o artístico a petición de un tercero, mediante la firma del correspondiente contrato⁵⁷. Pero a los empleados públicos que contraten se les aplica el sistema de compatibilidades como garantía de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones porque estamos ante un interés público proveniente de la investigación y el desarrollo al que hay que proteger.

La regla básica es la prohibición de compatibilizar dos puestos de trabajo en el sector público, con excepciones como la del profesor asociado que su trabajo ordinario es la razón de que se incorpore a las actividades docentes e investigadoras. Mientras en el sector privado solo puede reconocerse la compatibilidad si la actividad pública es a tiempo parcial y no está relacionada con la que desarrolla en el organismo donde está destinado⁵⁸. No se puede compatibilizar actividad privada y pública cuando es imposible desarrollar correctamente ambas funciones, ni si la actividad

⁵⁵ Artículo 17 que establece las reglas para articular esa movilidad entre el sector público y entre éste y el sector privado.

⁵⁶ DEL VALLE PASCUAL, J.M «Business Universitatis», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 23, octubre 2011, págs. 48-49: Las Universidades resuelven en función del plan y del proyecto concreto de investigación, en beneficio del interés general e institucional, no individual, pues se considera que quien presta el servicio es la universidad y no el investigador.

⁵⁷ La modalidad de contratación depende de las características del trabajo a realizar.

⁵⁸ Se debe obtener una autorización que demuestre que la actividad privada no menoscaba el deber público, además de los principios de imparcialidad e independencia. Lo habitual es hacer una declaración de incompatibilidades cuando se firma el contrato. Los reconocimientos de compatibilidad no pueden modificar la jornada de trabajo o el horario del empleado y quedan sin efecto cuando se registra un ascenso o un cambio de puesto en el sector público.

privada que el funcionario pretenda desarrollar plantea un conflicto de intereses con la labor que se realiza desde la Administración pública.

No obstante, el art.19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LIPSA) contiene un listado de actividades lucrativas privadas que se consideran siempre compatibles y se autoriza su ejercicio sin que sea necesaria la previa declaración de compatibilidad, como son la producción y creación literaria, artística, científica y técnica o las publicaciones derivadas de aquéllas «siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios». Pero a veces el nombre o significado que le demos a la actividad realizada es lo que hará posible que se considere o no incluida en este artículo.

Con la LCTI determinadas limitaciones de la LIPSA no serán de aplicación al personal investigador que preste sus servicios con contratos de investigación o acuerdos de colaboración en las sociedades que creen o en las que participen las Universidades públicas, conforme al régimen previsto en el artículo 83 en su apartado 3 de la LOU, para la promoción y desarrollo de los fines de las Universidades Públicas, siempre que éstas autoricen tal excepción.

El legislador, ante esta diversidad normativa y con ello de criterios, debe evitar confusiones e interpretaciones contradictorias unificando criterios y buscar un equilibrio entre el control para evitar corruptelas y la suficiente flexibilidad para apoyar el progreso científico y económico.

En todo caso, no cabe la compatibilidad cuando los trabajos no sean científicos, cuando su realización perjudique la labor docente, cuando el trabajo esté atribuido en exclusiva a determinados profesionales y se carezca del título correspondiente o estemos ante una relación laboral estable.

La incompatibilidad es una falta muy grave según el artículo 95.2 n) del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril, y el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado y puede que también pueda constituir un delito de prevaricación en comisión por omisión.

b) Las empresas de base tecnológica.

Entre los medios de transferencia de la I+D de origen universitario destaca la creación de empresas de base tecnológica (EBTs) junto con los contratos de investigación, proyectos colaborativos y licencias de patentes u otros títulos de propiedad industrial e intelectual.

Una de las formas de relación entre la investigación universitaria y el sistema productivo es a través de Empresas de Base Tecnológica, donde participen el personal docente e investigador de las Universidades conforme al régimen previsto en

el artículo 83, mediante la suscripción de contratos de investigación a tiempo parcial y de duración determinada o acuerdos de colaboración para la realización de trabajos de carácter científico o técnico en la empresa⁵⁹, donde los reconocimientos de compatibilidad no podrán modificar la jornada ni el horario del puesto de trabajo inicial del interesado en la Universidad⁶⁰. El conocimiento que se desarrolla en la EBT, al tener su origen en la Universidad, es de titularidad universitaria a menos que exista un contrato o proyecto de investigación que acuerde la cesión de los derechos de propiedad industrial (art. 20 Ley de Patentes).

El término EBT ha sido adoptado por el legislador español normalmente para referirse a una forma de emprendimiento universitario (LOMLOU y LCTI)⁶¹ y aunque pueden surgir de otros organismos públicos o de grandes empresas privadas que desarrollan investigación, lo normal, al menos en España es que tengan un origen universitario y es la normativa científica y universitaria la que menciona las características que deben tener estas empresas.

Son sociedades mercantiles creadas por profesores universitarios, investigadores, miembros de grupos de investigación o por la propia institución universitaria, cuyo objeto se basa en la tecnología o la innovación generada por la actividad investigadora universitaria. Son empresas que invierten en innovación y ello implica una gran incertidumbre sobre sus resultados y comercialización, así como mucho tiempo y dedicación para desarrollar sus proyectos, lo que supone un elevado coste y dificultades en encontrar fuentes de financiación externas a la propia empresa, siendo sus propios fondos los destinados principalmente a gastos de I+D, aunque también se nutren de fondos procedentes de las Administraciones Públicas y de programas públicos de apoyo a la innovación de la Unión Europea. Pero a pesar de estas ayudas, pocas empresas invierten en innovación, buscando en muchos casos la cooperación entre las empresas o con instituciones para compartir costes y riesgos, especialmente con instituciones que les aporten los conocimientos útiles que necesitan, como son las Universidades y los Centros Tecnológicos.

La Ley Orgánica 6/2001 de Universidades es la primera norma que entiende la creación de EBTs como instrumento para difundir y desarrollar los resultados de investigación generados en la Universidad aunque antes ya había experiencias de este tipo. La Ley de Economía Sostenible establece en su artículo 56, que los Organismos públicos de investigación, incluidas las Universidades, podrán participar en el capital de sociedades mercantiles cuyo objeto social sea la investigación, el desarrollo o la innovación y la LCTI presentan dos vías de emprendimiento universitario a través de *spin-offs*, una es la participación en empresas de carácter estratégico y otra es la participación en EBTs académicas. El legislador ha apostado claramente

⁵⁹ Artículo 64.2 de Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁶⁰ Artículo 18, en su apartado 1.º y 2.º Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Ley 14/2011, de 1 junio.

⁶¹ Ley Orgánica 6/2001 de Universidades (LOU) modificada por Ley Orgánica 4/2007 que la modifica (LOMLOU).

por la primera, al potenciar la participación del personal de los organismos públicos de investigación (OPI) en las empresas de carácter estratégico con posibilidad de compatibilizar trabajos y mayores exenciones del régimen de incompatibilidad, extensibles a un mayor número de investigadores y no sólo a los funcionarios de cuerpos docentes, exigiendo menos requisitos legales.

Otras empresas de interés que comparten con las *spin off* su dedicación al conocimiento y las dificultades para su comercialización son las *spin-out* que surgen de otra empresa de la que viven en principio y conforme van creciendo tienen su propio lugar en el mercado, y las *start-up* que surgen de cualquier iniciativa de carácter tecnológico cuyo promotor es cualquier persona y no necesariamente un investigador. De todas formas, aunque la investigación es el objetivo se necesitan recursos humanos, financieros y gestores para que funcione, lo que implica poseer ciertas habilidades empresariales.

Algunas Universidades españolas tienen prejuicios para asumir esta responsabilidad por miedo a que su participación en estos proyectos empresariales les produzca perjuicios por la mala gestión o complicaciones organizativas así como por la imagen mercantilista que puedan manifestar. En todo caso, dentro del contrato de transferencia de tecnología de la Universidad a las empresas de base tecnológica, se deben recoger las cláusulas necesarias para que la Universidad salvaguarde sus intereses y limite sus riesgos.

1. Límites a la creación de empresas tecnológicas.

Las empresas tecnologías relacionadas con las Administraciones Públicas se valen de los recursos materiales y económicos de éstas para sacar adelante sus proyectos de investigación, por lo que su actividad debe someterse a los mismos controles que si fuera realizada directamente por la propia Universidad. Si no hay un control y se autoriza la creación de empresas de base tecnológica no relacionadas con la investigación y la transferencia de sus resultados, se vicia la razón de ser de estos entes instrumentales y pueden entrar en competencia desleal con otras empresas o profesionales, al no tener que soportar los pagos de salarios de sus componentes o el mantenimiento de las instalaciones.

En ocasiones la huida hacia formas de gestión sometidas al derecho privado se basa en que las trabas generadas por el derecho administrativo no ayudan a resolver las nuevas necesidades administrativas, cuando la verdadera finalidad de la huida es eludir controles en beneficio personal o patrimonial de los gestores y no de la gestión, como mayores retribuciones, libertad para contratar sin someterse al procedimiento administrativo correspondiente o falta de control sobre determinados aspectos de la contabilidad por su condición de sujeto privado, pero la realidad es que una Administración pública no se convierte en sujeto privado por tomar forma de empresa o ente instrumental. De todas formas, el legislador debe crear nuevas herramientas que sirvan para las nuevas necesidades planteadas, garantizando los principios fundamentales que debe respetar toda gestión pública.

De seguir con la huida, con la creación de entes instrumentales sometidos al Derecho Privado con la excusa o certeza de darles más eficacia en su funcionamiento, nos alejaríamos del concepto de Derecho Administrativo como derecho garantizador. El Derecho Privado y el Derecho Administrativo se basan en principios y finalidades distintos, no pudiendo la Administración eludir los que le corresponden en defensa del interés general mediante el uso del Derecho Privado y todo para dejar de lado ciertos controles y reglas que le son irrenunciables. Entes directamente financiados por el Estado, que desarrollan actividades que son verdaderos servicios de utilidad general y ejercen en muchos casos potestades propias del derecho administrativo. Su verdadera naturaleza, ya sea por su financiamiento o por sus fines ligados a servicios de interés general, condiciona su existencia, hace necesario un control para que exista un uso justo y honesto de los bienes y recursos económicos que manejan y un correcto servicio en defensa de los intereses generales a su cargo.

V. CONCLUSIONES.

Primera.- Aunque cada vez más empresas están desarrollando planteamientos de I+D y tratan la investigación como un recurso estratégico, las Universidades son los principales centros de creación de nuevas ideas que son aprovechadas por la industria.

Segunda.- Es necesario una comunidad científica y técnica, profesionalizada y competitiva, y la contratación pública parece un buen instrumento para apoyar a nuestros investigadores y potenciar los avances científicos.

Tercera.- El procedimiento específico de adjudicación de asociación para la innovación permite unir en un mismo contrato la parte creativa e innovadora de aplicación del conocimiento y el producto, bien o servicio terminado. Dos actividades diferentes que estimulan a la colaboración entre empresas de base tecnológica y otras empresas que desarrollen los productos innovadores en sociedad, comunidad o mediante la subcontratación.

Cuarta.- Los poderes adjudicadores podrán constituir una asociación para la innovación, sociedad sui generis, con unas características atípicas, no sabemos su naturaleza jurídica, si va a tener o no personalidad jurídica, su duración, la responsabilidad de los socios y su remuneración, si va a tener nombre, estatutos, inscribirse en registro especial, etc. El borrador del proyecto de ley de contratos del sector público de 17 de abril de 2015 no responde a estas cuestiones y nos remite a los pliegos y a un reglamento que desarrollará la primera fase del procedimiento, por lo demás viene a decir lo que recoge la Directiva 2014/24/UE.

Quinta.- En el procedimiento “asociación para la innovación” parece que nada impide a las Universidad Pública que pueda participar a través de sus investigadores, grupos de investigación o empresas de base tecnológica y tras competir con otros invitados llegar a ser contratista, pues la Universidad Pública no sólo tiene la condición de ente adjudicador de contratos sino que puede ser, a su vez, contratista

con otra Administración Pública, cuando es ella la que realiza una prestación a cambio de un precio.

Sexta.- La capacidad de los candidatos se basa en la habilitación para ejercer la actividad profesional en el ámbito de la investigación, el desarrollo y la aplicación de soluciones innovadoras. Un nuevo perfil de contratista, el investigador, no desarrollado en la futura normativa y que presenta dificultades para cumplir los requisitos de capacidad y solvencia que prescribe nuestra normativa de contratación pública.

Séptima.- No se debería emplear el término “empresario” para esta nueva figura, al tener unas connotaciones mercantiles que normalmente no se dan ni se pueden pedir a los investigadores universitarios. Actualmente se utiliza el concepto de “emprendedor” de modo más habitual y las Directivas europeas utilizan el concepto de “operador económico”, que es más adecuado para incluir a todas aquellas personas o grupo de personas cualificadas para llevar a cabo actividades de innovación, yendo más allá de la tradicional clasificación de nuestra normativa de contratación pública que solo permite intervenir a quienes tengan capacidad de obrar, es decir, que sean personas físicas o jurídicas, salvo excepciones expresamente recogidas en la normativa.

Octava.- Tanto los investigadores universitarios como las EBTs del art. 83 de la LOU están sujetos al derecho administrativo por tratarse de empleados públicos o entes instrumentales, respectivamente, lo que supone que su participación debe ser especialmente respetuosa con el Ordenamiento Jurídico y no distorsionar la concurrencia del resto de operadores económicos, dada su situación privilegiada por utilización de recursos públicos, lo que conlleva el sometimiento a las normas de control y compatibilidad como cualquier sujeto de derecho público.

El legislador debe aprovechar esta ocasión para reflexionar y con serenidad regular esta nueva figura atendiendo a sus especiales características y a su vez uniformar las normas existentes en materia de control y compatibilidad relacionadas con los investigadores universitarios y las EBTs, en particular, y ,en general, para todos los empleados públicos y los entes instrumentales en su función de operadores económicos.

RESUMEN

Las Universidades Públicas pueden realizar actividades para otras Entidades del Sector Público como contratistas, prestaciones que forman parte de las funciones públicas que tienen encomendadas, como son la innovación y la transferencia del conocimiento, ejercidas a través de investigadores, grupos de investigación o empresas de base tecnológica reconocidas por ellas mismas. El investigador universitario no es propiamente un “empresario” pero sí un “operador económico” que es el término utilizado por las Directivas europeas reguladoras de la contratación públi-

ca y es adecuado para incluir a todas aquellas personas o grupo de personas cualificadas para llevar a cabo actividades de innovación. Su capacidad se basa en la habilitación para ejercer una actividad profesional en el ámbito de la investigación, el desarrollo y la aplicación de soluciones innovadoras. Un nuevo perfil de contratista al que se le exige que tenga plena capacidad de obrar, acredite solvencia y que no esté incurso en prohibición de contratar, como a cualquier otra persona física o jurídica que pretenda contratar con el Sector Público.

PALABRAS CLAVE: Universidad Pública – Asociación para la innovación – Investigadores – Empresas de base tecnológica – Contratista.

ABSTRACT

Public universities can conduct activities to other Public Sector entities such as contractors, benefits that are part of the public functions which have mandated, such as innovation and the transfer of knowledge, exercised through researchers, research groups and technological companies recognized by themselves. University researcher is not strictly a "businessman" but if an "economic operator" which is the term used by the public procurement regulatory directives and is suitable to include all those persons or group of persons qualified to carry out innovation activities. Its capacity is based on empowerment to exercise a professional activity in the field of research, development and implementation of innovative solutions. A new profile of the contractor which are required to have full capacity to act, credit solvency and is not in prohibition to contract as to any other natural or legal person purporting to contract with Public Sector.

KEYWORDS: Public University – Innovation partnership – Researchers – Technology-based companies – Contractor.

Recepción del artículo: 16/7/2015 - Evaluación anónima: 5/10/2015 - Aceptación versión final: 12/11/2015

LA “VOLUNTAD GENERAL” EN LA DIVISIÓN PROVINCIAL DE 1822: *EL CONGRESO APROBARÁ POR MENOR LO MISMO QUE EN GENERAL Y POR MAYOR DESAPRUEBA*

Carlos Tormo Camallonga
Universitat de València-Estudi General

Sumario:

- I. PRELIMINARES.
- II. PRESUPUESTOS DEL DEBATE.
- III. LA CONFIGURACIÓN DE LA PROVINCIA EN SU CREACIÓN.
 - a) La fijación de divisorias: *Muy buena a los ojos de un geógrafo, pero monstruosa a los de un hombre de Estado.*
 - b) El glosario: *Se han querido suprimir nombres antiguos para que todo ceda al nuevo régimen.*
 - c) No es cuestión de tamaño: *Los pueblos no quieren provincias pequeñas, lo que quieren es que su tierra sea la capital.*
 - d) Frente a las mayores: *En las provincias de menor población y extensión es más fácil y seguro su buen gobierno.*
 - c) Lo de siempre: **libertad, justicia e igualdad.**
- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. PRELIMINARES.

Es un clásico iniciar todo estudio sobre la división interna de cualquier entidad político-territorial, con la consideración de que siempre será objeto de examen y discusión desde una multitud de perspectivas, que irán cambiando con el tiempo, y que, según la referencia que tomemos, será desde reprobada a consagrada. La provincia es buena prueba de ello.

A lo largo de las siguientes páginas nos aproximaremos a la formación del primer mapa provincial de la España liberal, el aprobado por decreto de 14 de enero de 1822, tomando como referencia el factor geográfico y su incidencia en la determinación de los elementos que conformarán esta demarcación. Eso sí, expondremos nuestras observaciones no tanto desde los informes técnicos elaborados al efecto, sino, y esencialmente, desde el conocimiento, la percepción y el sentir que al respecto tenían

los diputados en las Cortes españolas del Trienio Liberal. El discurso que al efecto se irá hilvanando se tornará en una discusión que, como veremos, quedará enmarcada entre el elemento geográfico —el propio concepto de *geografía* como *historia natural* de la época—, y el político. Y todo ello partiendo de la consideración de que, a las puertas de la discusión parlamentaria del proyecto de división provincial, el diputado Rovira advertía a sus compañeros de hemicycle, de la necesidad de no perder de vista, que «no es bastante clara entre nosotros la idea de lo que es una provincia»¹. Este era el punto de partida, a modo de advertencia de lo que vendría en adelante.

No hace falta insistir en que la división del territorio español en provincias, siguiendo el modelo departamental francés, viene a ser un poderoso instrumento al servicio de la ideología liberal de principios de siglo y, por ende, de lo que se entendía debía ser la nueva administración. Prueba de ello es el hecho de que esta cuestión se tratara ya en la misma sesión de apertura de las cortes, después de haber estado seis años suspendidas, y de que en los tres periodos parlamentarios siguientes ocupara el lugar destacado que tuvo de entre todos los temas que se debatían. Los diputados convenían en que, tras la aprobación de la Constitución, la división del territorio era el asunto más importante a debatir por un cuerpo legislativo, de ahí que las cortes extraordinarias de 1821 se lo propusieran como cometido primordial².

Aunque los diputados del Trienio Liberal partieran de la división de la España europea en las circunscripciones con que se celebraron las elecciones de 1820, las propuestas que plantearon serían substancialmente diferentes, como no podía ser de otra manera si se asumía la división heredada como totalmente desfasada³. A tal efecto, la provincia no era un fin en sí, sino un medio desde el que se propagaría y se sustentaría la Revolución y la Constitución, que programaba su ejecución a través de aquéllas. En este sentido, las mismas diputaciones y muchos municipios instan a las Cortes la aprobación de este mandato constitucional⁴. Es la común convicción entre los liberales de la necesidad de que los hombres iletrados —mayoritariamente en el mundo rural— entrasen en contacto con la modernidad de la ciudad y de las instituciones, para así mejor comprender el progreso y las mejoras que conllevaban la

¹ *Diario de las Sesiones de Cortes* (en adelante, *DSC*), legislatura extraordinaria de 22 de septiembre de 1821 a 14 de febrero de 1822, 3 tomos, Madrid, 1871, fol. 40. Decreto LIX, de 27 de enero de 1822, *Colección Legislativa*, t. VIII (1822), fols. 186 ss.

² El propósito, resumidamente y desde el enfoque inmediato del diputado valenciano Vicente Sancho, era doble: subdividir el trabajo de las diputaciones entonces existentes, para quedar los pueblos mejor atendidos, y proporcionarles la intermediación de la capital; *DSC*, núm. 14, fol. 159.

³ El decreto de convocatoria de Cortes, de 22 de marzo, dividía el territorio europeo en 32 provincias (el diputado Juan Paralea hablaba de 34; *DSC*, núm. 9, fol. 92). Valga decir que los diputados americanos se abstuvieron por completo de participar en el debate, lo que permite plantearnos diversos interrogantes que dejaremos para mejor momento.

⁴ «Para que progresen las ideas liberales, es indispensable que los habitantes de los pueblos pequeños sean ilustrados con el continuo roce de las diputaciones y con el frecuente trato de los moradores de las capitales. De esta comunicación resulta que los ciudadanos adquieren espíritu público, aprenden a apreciar todo el valor de la Constitución y formar aquel carácter reflexivo y firme que distingue a los hombres libres»; Casimiro Loizaga, *DSC*, núm. 16, fol. 183. Por su territorio y población, Cataluña es uno de los territorios que más insisten en este punto; *DSC*, núm. 6, fol. 38, o núm. 7, fol. 52.

implantación del nuevo sistema político. Porque la única manera de consolidar el triunfo revolucionario de la igualdad para la libertad era acercándolo hasta el más insignificante órgano y funcionario de la administración, y hasta el más alejado rincón de la geografía española, lo que pasaba irremisiblemente por racionalizar la parcelación territorial⁵.

Y si algo tenían claro todos los diputados, tanto como la Comisión parlamentaria de División del Territorio, era la dificultad a la que tendrían que enfrentarse para compaginar satisfactoriamente las posturas harto diferentes que, se sabía, iban a plantearse. Aunque todos los partícipes en la tarea asumían como necesaria la renuncia a planteamientos exclusivamente personalistas –*provincialistas* como peor de las descalificaciones– en favor de un interés público superior, el de la Nación, que siempre tenía que prevalecer sobre las individualidades, la realidad se mostró bien diferente. Al margen de la desconfiada objetividad de los informes técnicos que se barajasen, no iba a resultar sencillo renunciar a las preferencias particulares, quién sabe si intereses, que no siempre se muestran acordes con ese tan perseguido y tenido por norte *bien común*. Y de ello, todos los implicados en el tema eran conscientes. Los discursos en el parlamento no dejaban lugar a duda. Como se expresa en el título de este trabajo, estaban descubriendo de primera mano lo que era, al menos en parte, el juego parlamentario liberal; el resultado final –la supuesta voluntad general– no derivaba finalmente de la suma de las voluntades particulares⁶.

Como ayuda para superar todo posicionamiento enrocado se contó, paradójicamente y desde el primer momento, con el insuficiente conocimiento que se tenía de la realidad nacional, en lo que todos coincidían, y que se traducía en que, cualquiera que fuera la propuesta de división que finalmente se aprobase, se revestiría, necesariamente, de la nota de *provisional*. Es una condición que se recordaría cada vez que aparecían impedimentos difíciles de salvar, especialmente por los diputados que defendían las propuestas con menor respaldo parlamentario. Tengamos presente que, frente al municipio, como corporación *natural*, consecuencia del devenir secular de las relaciones humanas, no existía ningún tipo de patriotismo o sentimiento provincial que defender, al margen del respeto a las fronteras de los antiguos reinos, algo que quedaba claro desde el primer momento. Hasta el punto de que, más que a la división del territorio nacional, podríamos decir que se estaba procediendo a la división interna de los antiguos reinos, al servicio, eso sí, de los fines e intereses –resumidamente, de la *prosperidad*– de la nueva nación. En la mayoría de las ocasiones, el origen de las disputas puede apreciarse en las utilidades particulares de cada población en sí –entiéndase *diputado*–, en las afinidades y provechos comunes con los municipios circundantes, y en la situación en que esa población quedaría en cada

⁵ GARCÍA TROBAT, P., «Españoles instruidos por la Constitución», *Revista de Derecho Político*, UNED, 82 (2011), 319-350, o *Constitución de 1812 y Educación Política*, Cortes Generales, Madrid, 2010. Véase también PESET, M. y GARCÍA TROBAT, P., «La Constitución de 1812 o cómo educar a un pueblo», *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Valencia, 2001, 23-63.

⁶ Son palabras, las del título de este trabajo, del diputado burgalés Martín de Navas, a propósito de un número de provincias que consideraba excesivo; *DSC*, núm. 21, fol. 256. Todo indica, sin embargo, que el parlamento en su conjunto no lo consideraba así.

escenario. Por el contrario, escasamente lo encontraríamos en el reconocimiento por parte de sus ciudadanos de creerse partícipes de un sentimiento compartido, al que, eso sí, constantemente se aludía, como instrumento al servicio, como decimos, de aquellos posicionamientos –intereses– partidistas.

Hasta ahora, y al margen, en su caso, de algunas que podemos considerar de origen mayoritariamente medieval, toda demarcación supramunicipal se había ejecutado al servicio de propósitos estrictamente pragmáticos, dirigidos desde la administración real; hablamos especialmente de las divisiones ilustradas del XVIII. En esta línea, los diputados eran conscientes de que no existía ningún tipo de afección colectiva que se pudiera intercalar, territorialmente, entre el municipio y los históricos reinos, por lo que asumían que no iban a contar con un respaldo medianamente *popular* a sus trabajos. Entre otras cosas, porque esta tarea divisoria no iba a estar a expensas de las necesidades inmediatas de los ciudadanos, según éstos lo verían, sino exclusivamente del gobierno central, tan lejano y ajeno como siempre a las preocupaciones de sus súbditos.

Así pues, el papel de la instrucción pública vuelve a aparecer como imprescindible para los liberales. No obstante esta ausencia de sentimiento provincial, se confiaba en que el paso del tiempo y el beneficio que traerían consigo las nuevas provincias, sí conseguirían que los ciudadanos compartiesen una querencia colectiva, a semejanza de la que existía con los territorios forales. Aunque también es cierto que, contrariamente, este objetivo no dejaba de cuestionarse frente al pretendido sentimiento español, único que a partir de ahora, y según muchos diputados, debía existir y cabía defender, pues en estos momentos el estado, como único ente soberano, no se entendía más que unitario, con la salvedad, si se quiere, de las peculiaridades americanas. Mientras la provincia fuera una simple *utilidad* para el régimen nacional central, y los diputados quisieran servirse del concepto de *sentimiento*, la disputa en su conformación estaba más que asegurada⁷.

Al servicio de la causa liberal más genuina se requería de una administración unitaria. Nada mejor para ello que una buena organización, desconcentrada – en absoluto descentralizada, al menos en sus orígenes– y jerarquizada de sus competencias, sobre una división territorial en departamentos de un tamaño suficientemente grande como para evitar el caciquismo y el exceso de funcionarios, pero no tanto como para que resultara incontrolable y dificultara el acceso a sus instituciones de los ciudadanos que viviesen más alejados de la capital. Una teorización institucional de influjo francés innegable, pero no tanto del revolucionario en sus inicios como del napoleónico⁸.

⁷ Véase RAMOS VÁZQUEZ, I., «Sobre la naturaleza jurídica de las diputaciones provinciales (1812-1845)», *Ius Fugit. Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 12 (2003), 481-528, o MUÑOZ DE BUSTILLO, C., «Constitución y territorio en los primeros procesos constituyentes españoles», *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, coord. Carlos Garriga, México, 2010, págs. 201-232.

⁸ Se trata de los pareceres seguidos en la Asamblea Francesa, principalmente por THOURET Y MIRABEAU; *DSC*, núm. 8, fol. 85. Si la severidad de la propuesta cuadrículada del primero es rechazada por el segundo, los proyectos españoles del Gobierno y las Cortes irían también en esta línea, atendiendo a las particularidades históricas y geográficas.

El 4 de marzo de 1821, Agustín Argüelles presenta a las Cortes el proyecto redactado por una comisión gubernativa, que estaba formada por Felipe Bauzá y José Agustín de Larramendi, y en el que se dividía el territorio español europeo en 45 provincias: unas de 100 a 150.000 almas, otras de 150 a 250.000, y otras de 250 a 350.000, además de otras cuatro que calificaba de *subalternas*⁹. El proyecto debía pasar a discutirse en Cortes, previo informe de otra comisión, en este caso parlamentaria, nombrada el 6 de noviembre de 1820. Presidida ésta por el diputado e historiador murciano Diego Clemencín, tras el fallecimiento de José de Vargas Ponce, también formaban parte de ella, de la *Comisión para la División del Territorio* –en adelante, Comisión–, el diputado extremeño José Álvarez Guerra, el catalán Francisco Serrallach, los valencianos Felipe Benicio Navarro y José Rovira –diputado éste de Cádiz–, el murciano Joaquín Torrens, el aragonés Mariano Villa, el soriano Francisco Javier Argaiz, y el madrileño Mariano de Zorraquín. El informe de la Comisión, después de oír a cada diputado que había querido manifestarse al respecto, hacía suyo el proyecto gubernativo, con las oportunas modificaciones, dándolo a conocer, en forma de proyecto de decreto, el 10 de junio de 1821. Aunque se presenta formalmente ante las Cortes el 1 de octubre, ya se había leído y empezado a discutir el día anterior, con el discurso expositivo de Mariano Villa. Los mismos miembros de la Comisión se encargaron, alternadamente, de su defensa, frente a las innumerables enmiendas que en todos sus puntos fueron presentando los diputados. Finalmente, y con las modificaciones oportunas, se aprueba por decreto de 14 de enero de 1822¹⁰.

Pero, como dijimos al principio, no nos interesa tanto el proceso de aprobación en sí, ni tampoco su resultado, sino el cariz de las discusiones en Cortes sobre su contenido y significado, en todas sus percepciones.

II. PRESUPUESTOS DEL DEBATE.

La comisión parlamentaria había señalado tres *factores* principales sobre los que iban a girar sus trabajos: población, extensión y topografía, por este orden. En esto se diferenciaba ligeramente de la comisión gubernativa, que había tenido como factores, también por este orden, la superficie, la población y la riqueza¹¹. Eso sí, el hecho de que la riqueza no apareciera para aquella comisión como factor principal, en contra del parecer de muchos parlamentarios, no debe llevarnos a engaño. La economía presidirá todos y cada uno de los apartados de la discusión, aunque no siempre se formulase de manera tan explícita. Era el factor omnipresente, al que quedaban mediatizados, cuando no sometidos, todos los demás, hasta el punto de que muchos informes son elaborados conjuntamente por las comisiones de División del Territorio y de Hacienda, especialmente los que versaban sobre los sueldos de las autoridades y funcionarios.

⁹ El aragonés Marcial López subrayaba la contradicción entre el Gobierno, que ya consideraba como excesivas las 47 provincias que en su momento había propuesto, y las Cortes, que elevaban este número en tres más; *DSC*, núm. 9, fol. 90.

¹⁰ *DSC*, núm. 7, fols. 60 ss., y núm. 111, fols. 1.780 ss.

¹¹ *DSC*, 4 de marzo de 1821, fol. 104.

Para la comisión parlamentaria, y resumiendo, la población no debía ser tanta que imposibilitara su cómodo y expedito gobierno por la autoridad superior local, ni tan poca que perjudicara a la economía con el sustento de autoridades y empleados en número superior al oportuno. La extensión, secundariamente, podría modificar la población: donde estuviere concentrada, la provincia podría ser menor; donde hubiese baja densidad, sería forzoso aumentarla. Y en tercer lugar, los dos factores anteriores podrían verse modificados por la topografía, que se traducía, *de facto*, en las distancias y comunicaciones entre la capital y el resto de poblaciones de su provincia; es decir, que no era tanto la cercanía o lejanía física como la facilidad o dificultad en los accesos.

De la combinación de los tres factores resultaba, como primera regla general, y en aparente inversión al orden de factores, que, a mayor accidentalidad del territorio, menor extensión y población debería tener la provincia, y viceversa, estableciéndose una correlación entre las grandes provincias para los territorios llanos y de fáciles comunicaciones, y las pequeñas para los escabrosos, habitualmente menos poblados¹². Sin duda, la Comisión tuvo bien en cuenta los informes que al respecto ya habían remitido a las Cortes y al Gobierno Felipe Bauzá y José Agustín de Larrañendi, en 1813 y 1821, en donde se dejaba de manifiesto la imposibilidad de confeccionar un mapa con la sola combinación de los dos primeros factores¹³.

El inconveniente del que se partía, sin embargo y como ya hemos dicho, era el deficiente e inexacto —muchas veces por interesado—, conocimiento que se tenía de la realidad¹⁴. Hablamos de las llamadas *bases* mínimas: la carta geográfica y el censo estadístico. Era evidente que muchas de las fuentes debían actualizarse, pues habían quedado totalmente obsoletas tras la Guerra del Francés, lo que, por otra parte, era una poderosa baza, reiteradamente invocada por muchos, para resistirse a la aprobación del Proyecto o de según qué parte a conveniencia.

Sobre la carta geográfica, Bauzá ya apuntaba a la necesidad de utilizar mapas extranjeros, por ser más exactos que los españoles. Las Cortes habían asignado una partida presupuestaria al efecto, pero el vocal de la Comisión Rovira sostenía que hacían falta dos años como mínimo para tenerla medianamente terminada. De ahí la petición continua de información a los diputados y a organismos diversos, destacando para este punto los territorios de Canarias y Vascongadas. A efectos de los

¹² DSC, núm. 7, fol. 66, núm. 13, fols. 141 ss., y núm. 19, fol. 241.

¹³ Archivo del Congreso de los Diputados (en adelante, ACD), *Índice General de Expedientes (1809-1865)* (en adelante, IGE), letra D, legajo 77, expediente 131, y legajo 77, expediente 136.

¹⁴ Significativas son las palabras del vocal ÁLVAREZ GUERRA a propósito de Canarias, pero generalizables a todos los territorios: «*La Comisión ha visto que todos estos informes han sido, o falsos, o fundados muchos de ellos en argucias y cavilidades, hechos contradictorios y enteramente falsos; pero razones sólidas, ninguna. Así es que si el dictamen vuelve a la Comisión para que se tomen más informaciones como ha dicho el Sr. Calatrava, el mismo señor dice que no se fia de quien puede darlos, que son el jefe político y la diputación provincial, y por lo mismo no saldrá del círculo en que se ve*»; DSC, núm. 23, fol. 285. Las disputas llegaban al punto de cuestionar, a propósito de la capitalidad entre Almería y Baza, si la primera tenía o no puerto y, por lo tanto, si la provincia era marítima; DSC, núm. 11, fol. 123.

límites territoriales, el 18 de octubre de 1821 las Cortes abren un plazo de tres días para que los diputados presentaran las propuestas que creyesen oportunas. La premura del tiempo *solo* permitió recibir 23 proposiciones: cuatro el día 19, seis el 20, y trece el 21, todas ellas fundadas en referencias orográficas. Como dato curioso, parece ser que a tales efectos en el salón de las Cortes se exponían sendos mapas de la geografía española que habían sido confeccionados por las comisiones gubernativa y parlamentaria, y que no eran exactamente coincidentes¹⁵.

Sobre la población, y a falta de recuentos más recientes, el artículo 30 de la Constitución señalaba que había que tomar como punto de partida el censo de 1797. Y puesto que lo más perentorio eran las siguientes elecciones a Cortes, se aprueba un artículo adicional que reconoce un nuevo censo, muy recientemente aprobado, sobre el que se realizaría la elección de diputados de 1824, cumpliéndose así con lo prescrito en aquel artículo¹⁶.

En cualquier caso, los tres factores principales debían moldearse y atenerse a unos límites inflexibles, y en este caso estrictamente políticos: el máximo y el mínimo de población que permitiera la representación de diputados en Cortes, tal y como venía previsto en la Constitución: 350.000 y 140.000 almas. Y ello sabiendo que había que estar al número de *almas* que el artículo 31 exigía para la elección de cada diputado: en principio, 70.000. A estos efectos, la Comisión incrementaba en una quinta parte los cálculos de población que le habían servido de base, considerando que el progresivo e igualitario aumento que se esperaba en todas las provincias haría innecesario variar en el futuro la división que se presentaba¹⁷. Cuestión y discusión paralela era discernir si la Constitución exigía, y si era así en qué medida, el mantenimiento de las provincias, o al menos sus fronteras, contempladas en su artículo 10: Aragón, Asturias, Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, León, Molina –la única que, finalmente, no se mantuvo–, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla, Valencia, Baleares y Canarias.

Además de los tres *factores* principales, a lo largo del debate se van explicando otros tantos que, solo inicialmente, podríamos considerar secundarios. Y decimos que solo inicialmente porque, sin duda, condicionarían, hasta el punto de determinar, a los anteriores. Se trataría, en primer lugar, de lo que podríamos llamar, genéricamente, *singularidades humanas*, y en segundo lugar, y como ya hemos dicho, de la riqueza.

En cuanto a las primeras, y aunque la comisión parlamentaria no hacía más que recoger y detallar lo ya apuntado por la gubernativa, ahora se hará desde la relevancia que, se sabía, esta diversidad iba a tener en el discurso de los dipu-

¹⁵ DSC, núm. 6, fol. 40, y núm. 16, fol. 180. ACD, IGE, leg. 77, exp. 136, fol. 20.

¹⁶ DSC, núm. 29, fol. 362, en relación con el núm. 24, fol. 298.

¹⁷ DSC, núm. 7, fol. 66, y núm. 13, fol. 149.

tados¹⁸. No en balde, esta Comisión era mucho más numerosa y variada en la procedencia de sus vocales. No obstante, dudamos muy fundadamente sobre en qué medida estas *singularidades* iban a ser valoradas –positivamente o no– como diferencias que eran. Y lo dudamos porque los discursos parlamentarios nos hacen pensar que estamos ante un evidente ejercicio de oportuno pragmatismo; la igualdad no era una consecuencia colateral de la división provincial, sino un objetivo en sí. No hay más que leer las palabras de la comisión gubernativa: «*teniendo en consideración al mismo tiempo la influencia moral que tienen por ahora los hábitos contraídos por largo espacio de tiempo, y que este mismo hará desaparecer por un efecto seguro de las nuevas instituciones*». Por lo tanto, tan solo había que esperar a que el tiempo borrara estas particularidades. La comisión parlamentaria, sin embargo, se mostraba más moderada o comprensiva. Porque, siempre desde lo irrenunciable de un estado moderno y único, origen y salvaguarda de las libertades individuales, «*ha tenido presentes todas cuantas consideraciones son imaginables para no reunir pueblos de diferentes ideas, idiomas y costumbres en una misma provincia*¹⁹». Aun así, no sabemos hasta qué punto estas diferencias eran asumidas como inevitables males menores, como así lo parece.

Resulta significativo –sorprendente incluso– que el elemento histórico no tuviera una relevancia destacada dentro de estas singularidades, por mucho que se trajera a colación en las disertaciones. Es irrelevante la atención que le presta la Comisión, mientras que los parlamentarios, aceptablemente ilustrados al respecto, tampoco parece que le concedieran mayor distinción de la que pudiera tener en el ámbito estrictamente local, a semejanza de los usos y costumbres. En este sentido, encontramos escasísimas referencias a la diversidad jurídica heredada, tanto público-institucional como privada; de hecho, las menciones a los derechos forales son del todo anecdóticas, ni mucho menos determinantes como argumento para mantener los territorios unidos o separados²⁰. Si acaso, encontramos alguna advertencia más consistente sobre los fueros vascos. Aún así, el presidente de la Comisión, después de reconocer que, respecto a estos últimos territorios se estaba ante una cuestión todavía no tratada suficientemente, no parece que tuviera

18 «*Junto con las tres bases indicadas, conviene atender al mismo tiempo a otras varias consideraciones que influyen también más o menos en la materia, como son la uniformidad en la lengua, inclinaciones y gustos, industria, modo de vivir, vestirse y alimentarse, y otras relaciones que pueden producir mayor analogía y uniformidad en los negocios generales de la provincia, disminuir la intervención de la autoridad y contribuir a la simplificación de sus reglamentos municipales. Últimamente, conviene consultar la opinión general, condescender hasta cierto punto con las preocupaciones y asimismo respetar el apego natural que se cobra desde la infancia al territorio donde se nace, y en que muchas veces se interesan las ideas de la celebridad y gloria antigua del país. Esta especie de provincialismo que, llevado más allá de lo justo, acaso llegara a ser peligroso para la unidad de las naciones, puede ser útil si se contiene en límites racionales. De él ha sacado gran partido la Nación en la guerra de la Independencia, y bajo este aspecto es ventajoso conservar el espíritu de las provincias, al modo que en el ejército conviene conservar el espíritu de sus diferentes cuerpos*»; DSC, núm. 7, fol. 54.

19 DSC, núm. 6, fol. 40.

20 Precisamente Cataluña es uno de los territorios que más entusiasmo muestra ante el proyecto de la Comisión, con la exclusión –según se entiende con ocasión de los discursos sobre esta y otras cuestiones– de cualquier consideración más allá de lo meramente “administrativo”; DSC, núm. 10, fol. 103.

empacho en calificar sus fueros de “edificio ruinoso”, y que “solo debían su conservación a la debilidad y poca atención” del gobierno. En un dictamen de la misma comisión parlamentaria, se decía que el establecimiento del régimen constitucional exigía uniformar las provincias vascongadas con lo demás del Reino, “obligándolas a abandonar “sus antiguas leyes y hábitos”. Sin embargo, el conflicto futuro ya se auguraba cuando el vizcaíno José Antonio Yandiola, recogiendo las palabras de la comisión gubernativa, sostenía «que a los pueblos no se han de dar las mejores leyes, sino las que mejor puedan recibir²¹».

Y en cuanto a la riqueza como factor supuestamente secundario, la Comisión, consciente de su innegable trascendencia, se limitaba a salirse por la tangente: «No se ha dado en esta gran cuestión mucha importancia [...] no solo por lo inexactos y falaces que son los datos que hasta ahora tenemos en la materia, sino también porque todas las provincias, sean pobres o ricas, tienen igual derecho a su buena administración²²». La Comisión quería dejar meridianamente claro que el objetivo principal de la división, y no el criterio de resolución, era precisamente ese: la búsqueda y mejora de la riqueza de los pueblos. Y aunque fueran ciertas estas consideraciones, no lo era menos que la división provincial, es decir, la “buena administración” de los ciudadanos, tenía entre sus obvios objetivos, el único tal vez, el procurar su bien común, lo que ahora englobábamos genéricamente bajo el nombre de *bienestar*. De alguna manera, la impotencia que la Comisión debía sentir ante lo inabarcable de este punto, se tornó en dejación a modo de delegación hacia los diputados.

Efectivamente, el factor económico tendría una relevancia de primer orden en las discusiones parlamentarias. Y si la Comisión no le concedió en sus discursos expositivos iniciales la misma atención que a los otros factores, sí lo haría después obligada por cariz de las intervenciones de los diputados. Eso sí, a medida que se desarrollaba la discusión, la atención se centró ya no solamente en la preocupación por el fomento de la riqueza, sino también, y destacadamente, en los gastos que se derivarían de la nueva administración y sus autoridades.

En definitiva, y para terminar con el apartado de los presupuestos, es obvio que el respeto a todos estos parámetros conjugados, principales y secundarios, hacía de la discusión sobre la división provincial un juego de malabarismos en el que, por boca del presidente, “algunas veces se tienen que resolver por la minoría de los inconvenientes, no por la mayoría de las ventajas”. Y en esta línea iría el resultado final. En la misma línea, pero en otro sentido, apuntaba que muchas cuestiones se estaban ejecutando «con demasiada condescendencia a ciertas consideraciones políticas, que han sobrepujado todas las razones de justicia y servicio público²³».

21 DSC, núm. 17, fols. 192 y 196, y núm. 23, fol. 276.

22 DSC, núm. 7, fol. 54. Bauzá ya decía que la economía sería, de entre todos los factores, el que más relevancia debía tener; ACD, IGE, letra D, leg. 77, exp. 131.

23 DSC, núm. 12, fol. 133, y núm. 6, fol. 46.

III. LA CONFIGURACIÓN DE LA PROVINCIA EN SU CREACIÓN.

Como hemos dicho, el propósito de estas páginas no es interpretar resultados ni formular teorías histórico-jurídicas, ni mucho menos diseccionar la concepción doctrinal que se tenía, o se pretendía, para la nueva realidad provincial. Tampoco hasta qué punto procedía la substitución del carácter esencialmente judicial que tenían las demarcaciones territoriales anteriores por otro más genéricamente administrativo. Ya existe buena bibliografía al respecto²⁴. En realidad, este trabajo se entiende como una continuación o, si se quiere, ampliación del que se presentó, por el que escribe, en el congreso celebrado en la Facultad de Derecho de Valencia, en octubre de 2012, *Luces y sombras del primer constitucionalismo español: las Españas de 1812*²⁵. Si entonces hablábamos de la importancia que revestía la división provincial para los liberales, y de la conveniencia o posible interinidad de esa primera división que se aprobase, deteniéndonos en la cuestión sobre la igualdad o desigualdad de los territorios resultantes, aquí nos centraremos en otras manifestaciones de la misma temática: las líneas divisorias, la denominación y capitalidad de la provincia o su clasificación. Y, tal y como lo hicimos allí, no tomaremos como referencia tanto los trabajos de la comisión parlamentaria, como su discusión en el hemiciclo, es decir, la realidad que dejaban traslucir sus diputados. Y en la misma medida que en el artículo referido, éste también tendrá una base o envoltura eminentemente geográfica, vinculada a lo que en su momento se entendía como *historia natural*, pues consideramos que no es posible acercarse a este tema sin la oportuna atención a esta perspectiva.

Aunque *a priori* cada uno de los puntos objeto de debate era diferente de los demás, y quedaba sujeto a un examen propio y diferenciado, en el hemiciclo se trataron todos ellos conjuntamente y sin solución de continuidad, dada su estrecha relación e interdependencia. Y fue esto precisamente lo que dio lugar a una desmedida prolongación de las intervenciones, estériles en muchas ocasiones, y en las que ninguna desavenencia podía darse por zanjada al resurgir posteriormente con ocasión de cualquier otra disputa. Y, aunque para el diputado Moscoso las referencias para cualquier punto a tratar debían ser siempre los trabajos de la Asamblea francesa, importando automáticamente sus soluciones al territorio español, tanto el presidente de la comisión parlamentaria, mucho mejor conocedor de la realidad, como la mayoría de sus colegas, objetaban esta opción de forma contundente. La razón no era otra que el de las inequívocas diferencias internas entre ambos países, que venían marcadas, fundamentalmente, por una accidentalidad física mucho más pronunciada y significativa en todos sus aspectos para la península ibérica.

²⁴ BUGUEÑO, J., *Geografía política de la España constitucional. La división provincial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, o GARCÍA ÁLVAREZ, J. *Provincias, regiones y comunidades autónomas. La formación del mapa político de España*, Secretaría General del Senado, Madrid, 2002. Sobre la justicia en el nuevo estado liberal puede verse, con la bibliografía que incluye, *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, coord. Marta Lorente Sariñena, Madrid, 2007.

²⁵ TORMO CAMALLONGA, C., «De la provincia y el provincialismo doceañista en el debate parlamentario», *Revista Española de la Función Consultiva*, 19 (enero-junio 2013), 553-576.

a) La fijación de divisorias: *Muy buena a los ojos de un geógrafo, pero monstruosa a los de un hombre de Estado.*

Desde esta apreciación del diputado Villa –la del título de este epígrafe–, sobre una división provincial fijada solo por límites naturales, la Comisión decía haber seguido la máxima de no innovar más allá de lo estrictamente indispensable, como en el resto de cuestiones, de ahí que, salvo pequeñas variaciones, optara por conservar los límites de los territorios históricos. Frente al cientificismo más radical de las propuestas ilustradas, los liberales españoles adoptarán posiciones mucho más pragmáticas²⁶. De hecho, y aunque población y extensión fueran factores *a priori* preferentes, es obvio que la topografía los condicionaría hasta el punto de presidir el debate global²⁷. Evidentemente, y también como siempre, junto con el factor riqueza. Así es que, ajustándose las provincias a los límites de los antiguos reinos, las fronteras interiores debían coincidir, en la medida de lo posible, con los accidentes naturales, asumiendo que, mientras se pudiera, y siguiendo la tradición que siempre había primado en la Península, debían priorizarse las montañas sobre los ríos. Como una de las manifestaciones más significativas al respecto, los diputados entendían que la abundancia de pleitos sobre el reparto de aguas aconsejaba que se resolvieran ante el mismo tribunal, por lo que los pueblos de ambas orillas debían pertenecer a la misma provincia²⁸.

Allá donde no se pudieran aprovechar las fronteras naturales, como en las extensas mesetas interiores, deberían considerarse los otros factores, especialmente la distancia respecto a la capital, la población y las relaciones comerciales entre sus núcleos. Se insistía –insistimos nosotros también– en que, aunque se conservaran antiguos límites no naturales, consecuencia de las diferentes idiosincrasias nacidas por el transcurrir del tiempo, ello nunca podría ser suficiente pretexto para la conservación de diferencias jurídicas y políticas, que era, precisamente, lo que, entre otras cosas, se trataba de combatir.

Del respeto a las fronteras geográficas, y por una lógica y comprensible falta de previsión de la Comisión, nacía un doble dilema que, al contrario que todos los demás, no fue objeto de disputa alguna, resolviéndose con los oportunos añadidos a la letra del decreto. Por una parte, al artículo 3º del proyecto, que remitía los límites

²⁶ DSC, núm. 6, fol. 37. Resulta reiterado el uso del calificativo “monstruosa” para referirse a la división territorial heredada. Así se hacía en todo tipo de informes y escritos múltiples de autoría diversa. Significativa, por insólita y contraria al principio de respeto a la tradición foral, era la opinión del valenciano Nicolás María Garelli a favor de una provincialización de Valencia sobre una base netamente geográfica, agregándole territorios tanto de Murcia como de Cataluña, con las tres provincias, y no cuatro, de Alicante, Tortosa, y una desproporcionada Valencia; DSC, núm. 14, fol. 160, y núm. 10, fol. 114.

²⁷ En palabras del diputado aragonés MIGUEL CORTÉS, «los hombres siempre han dividido el globo terráqueo según los terrenos que ha marcado la naturaleza»; DSC, núm. 10, fol. 112.

²⁸ «Estos suelen atraer y concentrar la población por las comodidades que ofrecen todos los usos de la vida, y los puentes, las barcas, los vados disminuyen, y a veces hacen desaparecer la dificultad que los ríos ofrecen para la comunicación. Las cumbres, al contrario, por la destemplanza del clima y por la esterilidad del suelo, alejan la población y establecen zonas desiertas o menos pobladas; y yendo por ellas la frontera, resulta menor la suma de los viajes e incomodidades de los habitantes en acudir para sus negocios al gobierno general de la provincia»; DSC, núm. 7, fol. 54, y núm. 9, fol. 94.

provinciales a un apéndice de la norma, se añadía que la asignación de pueblos a diferentes provincias no iba a alterar en ningún caso los «derechos de mancomunidad de pastos, usos y aprovechamiento de aguas, montes y abrevaderos, y todos los demás que en la actualidad disfrutaban los vecinos respectivos». Por otra, y previendo que un municipio pudiera quedar dividido en dos provincias, al artículo 5º, convertido en 4º, y que permitía al gobierno resolver provisionalmente sobre estas dudas, se le añadía: «se declara que todo el término de un pueblo debe corresponder a la provincia a que éste se asigne».

En definitiva, si la provisionalidad de los términos del decreto fue en algún punto determinante para que los diputados cediesen en sus posturas, y aprobasen los artículos que más cuestionaban, es precisamente en la fijación de los límites provinciales. Destaca en este sentido la machacona insistencia de la Comisión en la posibilidad de reforma, y no solo respecto a la división que en esos momentos se aprobara, sino también a la ya definitiva, a pesar de que ésta fuera a tener carácter de constitucional en virtud del artículo 11 de la Constitución. Consecuentemente, y por derivación, el artículo 18 del decreto definitivo de 1822 también sancionaba con carácter de interina la división judicial interna de cada audiencia aprobada por el decreto de 9 de octubre de 1812, mientras no se adecuase a la provincial definitiva. Es más, ante el derrotero de los debates, el 18 de octubre se aprueba conceder un plazo de tres días para que los diputados pudieran presentar propuestas de modificación de los límites de cualquier provincia, siempre que afectasen a porciones *considerables* del territorio, porque las que afectasen a “la mera línea divisoria” podrían rectificarse por las respectivas autoridades locales, como mejores conocedoras del territorio, sin necesidad de que intervinieran las Cortes. Y aunque no quedaba claro el criterio distintivo entre ambas modalidades, éste fue otro de los puntos en que apenas hubo discordia, pues ninguna provincia peninsular estuvo exenta de discrepancia. Como tampoco suscitó debate el artículo 16, por el que se concedía a las nuevas diputaciones un plazo para que señalasen, además de los inconvenientes que pudiera presentar la nueva capital, si algún pueblo fronterizo debía agregarse a la provincia vecina o alguno de éstas a la propia²⁹.

b) El glosario: *Se han querido suprimir nombres antiguos para que todo ceda al nuevo régimen.*

Por mucho que los parlamentarios convinieran en que se trataba de “un nombre distintivo que nada añade ni quita a las provincias”, estamos ante otra de las cuestiones que más suspicacias levantó en el hemiciclo. No era tanto un tema económico, como emotivo y sentimental. Y, puesto que, como muy sabiamente reconocía el presidente de la Comisión, «efectivamente, los nombres influyen íntimamente en

²⁹ DSC, núm. 7, fol. 59, núm. 24, fols. 292 y 297, y núm. 26, fol. 320. Con el objetivo de agilizar el debate, se aprobó que los diputados solo pudieran proponer novedades respecto de las provincias que los hubiesen nombrado, y no de cualquier otra.

las cosas», nadie se iba a mostrar en este punto neutral ni aséptico³⁰. Como siempre, y para evitar suspicacias y debates estériles, se optaba por respetar la tradición siempre que fuera posible. Porque, en un primer momento, y con la obstinación por desenterrar cualquier posible funcionalidad de las antiguas denominaciones, parece se había barajado otra opción mucho más radical³¹.

Lejos de lo resuelto en Francia, en donde se aprueba una nomenclatura totalmente nueva y estribada en las marcas geográficas, en España se abogaba por mantener los nombres históricos de Asturias, Castilla, Navarra, Aragón o Valencia porque, al margen de que “incluyen recuerdos lisonjeros y honrosos”, había que respetar el artículo 10 de la Constitución. Es más, la inexistencia de administración intermedia entre el estado y la provincia conllevaría la pérdida de estas denominaciones si no se asignaban a ninguna de ellas. Para evitarlo, el proyecto preveía asignarlo a la provincia que incluyera su capital histórica; Cataluña a la de Barcelona, Aragón a Zaragoza, Castilla a Burgos, o Galicia a La Coruña. Este acatamiento ciego a la norma suprema trasladaba el problema a las provincias restantes, referidas en algún momento como “de nueva creación”, pues debían adoptar el nombre que históricamente mejor las identificase y, en su defecto, que era lo único factible, el de la capital que se les asignase.

Pero es obvio que no se calibró suficientemente la resistencia de muchos diputados a que sus ciudadanos renunciaran a sus seculares gentilicios. Se desplegó una interminable desavenencia en la que, en principio, cabían dos opciones: conservar, como proponía la Comisión, el nombre histórico para la provincia cuya capital se correspondiera también con la antigua capital, o prescindir de aquél sin excepciones y designar a cada provincia por el nombre de sus nuevas capitales, llegando al punto de que se perdieran los nombres históricos, pasando Asturias, por ejemplo, a ser Oviedo. El diputado Navas exponía los peligros de esta propuesta, que calificaba de “inútil, inexacta y falsa”: «No se conseguirá destruir la denominación antigua, y se suscitará cierta rivalidad y ojeriza entre las provincias a quienes se las desnuda de este nombre propio de aquellas grandes demarcaciones, y aquellas a quienes se les conserva³²».

30 DSC, núm. 12, fol. 132.

31 «La comisión, si le hubieran dado a escoger, hubiera querido que desapareciesen todos los nombres que pudieran recordar las diferencias provinciales; pero ¿podía hacerse esto fácilmente? ¿Se conseguiría con una ley que suprimiera estos nombres? La comisión ha creído que convenía oponerse y combatir oblicuamente el provincialismo. ¿Y qué ha hecho para esto? Reducir los nombres que podían ser, digámoslo así, la manzana de la discordia a territorios más limitados [...] Y el respeto que la comisión profesa hasta lo más mínimo, hasta las tildes de la Constitución, la han obligado en cierta manera a conservarlos. No ha sido esto solo: ha creído que en las provincias en que había desde lo antiguo nombres usuales consagrados por la costumbre, si ahora se variasen incomodaría en cierto modo a los pueblos, lo que se podría evitar dejándolo para lo sucesivo.» DSC, núm. 12, fol. 132. El aragonés Cortés decía que aprobada la ley de división provincial con carácter de constitucional, quedaría derogado el capítulo I del título II de la carta magna, “Del territorio de las Españas”, por lo que ni siquiera era necesario ni oportuno mantener el nomenclátor histórico; DSC, núm. 10, fol. 111.

32 DSC, núm. 9, fol. 96.

El diputado Lagrava, y desde la opinión que la Constitución no permitía más nombres que los previstos en ella, planteaba una tercera opción, «poniéndolos a todas las partes del antiguo territorio, según los puntos cardinales a que pertenecan». Así, en Aragón, con unos diputados especialmente combativos en este punto, se distinguiría entre Aragón Septentrional, Meridional y Oriental, con capitales en Huesca, Zaragoza y Teruel, respectivamente³³. El navarro Dolarea, aportando moderación y arguyendo contra la idea de que «la razón principal de desterrar esos antiguos nombres no es otra que la de que desaparezca el *provincialismo*», alegaba a favor de este sentimiento, considerando que debía mantenerse en su justa medida: «toda novedad es perjudicialísima, y no debe hacerse sino en caso o de una necesidad urgente o de una utilidad conocida», lo que, según él, no era el caso. En la misma línea, el valenciano Gisbert se preguntaba si el mero hecho de concederle tanto espacio a esta discusión no era señal inequívoca de ese tan denostado *provincialismo*³⁴. Finalmente, y optando por la solución más pragmática por igualitaria, se resuelve adoptar en todo caso los nombres de la capital, excepto para los archipiélagos, desapareciendo así la nomenclatura histórica incluso para viejos reinos sin este problema: «Asturias debe desaparecer al golpe de la cuchilla que acabó con Aragón³⁵». Es el único criterio que, por menos malo, no engendraría rivalidad alguna, al no dar pie a asociación ni disociación entre el territorio matriz y sus resultantes. Aún así, no faltarían nunca, ni en este ni en ningún otro punto, las objeciones particulares de muy compleja resolución. Es el caso de la observación del asturiano San Miguel, para el que la supresión del término de Asturias se oponía al capítulo «De la familia real y del reconocimiento del Príncipe de Asturias», en cuanto que no estaba en manos de las Cortes cambiarle el título del primogénito del rey por el de Príncipe de Oviedo. De manera que algunas provincias se aprobaron a la espera de decidir la capital y, por lo tanto, su nombre³⁶. Vemos pues, que la particularidad y diversidad eran la norma en el discurso procedimental de aprobación del decreto; justo todo lo contrario de lo que se pretendía en su resultado.

³³ Por el nulo éxito de su propuesta, Lagrava insistió en la segunda opción, con argumentos muy compartidos: «Para no ofender el pundonor dejemos los nombres antiguos en los documentos históricos y no en los legales. Así me parece se conseguirá: lo primero, la mayor sencillez en la nomenclatura; lo segundo, disminuir el descontento que esta división pueda producir; y tercero, evitar mil representaciones y solicitudes como la de Santander, que pide se le ponga el nombre de provincia de Cantabria y otras por el mismo estilo»; DSC, núm. 12, fol. 132.

³⁴ DSC, núm. 12, fols. 134 y 135. En contra de la tónica general, el orensano Javier MARTÍNEZ se declaraba a sí mismo *provinciano*: «La provincia de Orense, a que pertenezco por mi naturaleza y en la que tengo mi fortuna o desgracia, va a ser nula si no se le abre un conducto por donde pueda dar curso y salida a la riqueza que en sí encierra y la ahoga. (Aquí descubro mi interés particular; aquí está mi provincialismo: sí Señor, mi provincialismo; que lo tengo en gran cantidad, que reboso en él: yo lo confieso y no me pesa de estar en oposición con otros señores)». En similar sentido se manifestaba el granadino Justo José BANQUERI: «Todo lo debemos al provincialismo; no al provincialismo aferrado en sus fueros y privilegios, sino al provincialismo hermanado e identificado con unas mismas ideas, unas mismas leyes, unos mismos privilegios y una misma cosa»; DSC, núm. 20, fol. 252, y núm. 10, fol. 107.

³⁵ DSC, núm. 12, fol. 134.

³⁶ En palabras de Clemencín a propósito de Almería: «Las Cortes acaban de aprobar la existencia de una provincia que la Comisión designa con el nombre de Almería. La Comisión entiende que la aprobación recae sobre la provincia, y no sobre el nombre. Si las Cortes determinan que sea otra su capital, ésta debería darle el nombre con arreglo a los principios que la Comisión ha establecido»; DSC, núm. 11, fol. 126.

c) No es cuestión de tamaño: *Los pueblos no quieren provincias pequeñas, lo que quieren es que su tierra sea la capital.*

Es otro de los asuntos sobre el que más quejas y reclamaciones se plantearon, ante el temor de antiguas capitales a perder su condición y el deseo de otras ciudades por obtenerla³⁷. Son debates introducidos por los diputados *motu proprio* en unas ocasiones, y en otras por incitación de instancias diversas de la provincia, sobre todo ayuntamientos.

De entrada, la Comisión, muy respetuosa, de nuevo y según su entender, con la doctrina del no intervencionismo en cuestiones de esta índole, «*ha manifestado su indiferencia con respecto al señalamiento de la capital; y solo cuando se ha visto interpelada o reconvenida, es cuando ha tomado la palabra para explicar los motivos que ha tenido para sus propuestas*». Explicaciones que se reproducían hasta la saciedad con motivo de cada interpelación al respecto. Desde el reiterado pragmatismo, se optaba por no arrebatar la capitalidad a ninguna ciudad que la hubiese ostentado hasta entonces, aunque no estuviese centrada ni contase con las ventajas que tuviesen otras y que se buscaban ahora. Los motivos eran obvios: las relaciones personales y locales contraídas desde antiguo, el arreglo ya formado para la residencia de jefes, autoridades, oficinas, archivos y demás establecimientos propios de una capital, o el sistema de carreteras y caminos usados y trazados desde mucho tiempo atrás.

Para las nuevas provincias que se estaban formando, y con ocasión de la disputa capitalina entre Albacete y Chinchilla por la Mancha Alta, el valenciano Antonio Verdú recordaba que debía optarse por el criterio básico de la centralidad geográfica, siempre que hubiese ciudades en condiciones de detentar la sede. Y ante la tozuda disputa sobre si dicha condición debía entenderse en atención a la medida de distancia o de tiempo, la Comisión reiteraba que «no ha atendido tanto a la simple centralidad del territorio cuanto a la conveniencia, población y movimiento de la riqueza³⁸». Con esta *conveniencia* se debía atender a elementos como la antigüedad, la existencia de edificios públicos y privados que pudiesen albergar las nuevas instituciones, o al hecho de actuar como centro económico por sus infraestructuras, comercio y comodidad en su accesibilidad o confluencia de caminos. La centralidad geográfica debía ser, pues, relativa; nada se aclaraba. Con motivo de las sucesivas discusiones se fueron añadiendo otros méritos: salubridad de la ciudad, benignidad del clima, capacidad defensiva en caso de ataque, o incluso la existencia de seminario conciliar o el tener título de *ciudad*, y, muy destacadamente por encima de cualquier otro, y tal vez por este orden de importancia, ser sede de audiencia, disponer de universidad y ser residencia episcopal. En definitiva, y como recopilaba Verdú, se trataba de optar entre la mayor comodidad de los vecinos, y la más expedita acción del gobierno³⁹.

³⁷ Las del título de este epígrafe son palabras del cordobés Álvarez de Sotomayor, furibundamente contrario a las provincias pequeñas; *DSC*, núm. 19, fol. 236, y núm. 21, fol. 258.

³⁸ *DSC*, núm. 16, fol. 177 ss.

³⁹ *DSC*, núm. 19, fol. 229.

Como siempre, aquella supuesta centralidad podría resultar solo provisional, a expensas de que se modificasen los límites provinciales, que según la disposición del articulado debían discutirse posteriormente. Entre aplazarse la elección de la capital o revisarse en su momento, se optaba por estar a cada caso particular, lo que no evitó que esta disputa se trajese a colación recurrentemente. Es lo que en algún momento hemos designado como “la discusión sobre la discusión”; algo que se ha ido viendo a lo largo de estas páginas. La permanente controversia sobre el orden de los debates y su proceder: como decía el presidente de la Comisión, «parece ésta la hidra de la fábula, que a cada cabeza que se cortaba nacía otra⁴⁰».

Con todo este cúmulo de consideraciones, y aparte de la obviedad de las ciudades más relevantes, no resultó sencillo encontrar provincia para la que no se abriese este debate. Y no solo por las rivalidades y pretensiones entre las mismas aspirantes, sino también porque, como siempre, los datos con que se contaba eran insuficientes, defectuosos e incluso contradictorios. Es más, se llegaban a discutir los atributos que debía considerar la Comisión para tener a una ciudad por capital histórica: si era aquella en donde residía el tribunal superior de justicia –discutiéndose si se priorizaba a la chancillería frente a la audiencia–, o bien la autoridad política –y si ésta era el jefe político o la diputación–, o bien el comandante militar, para terminar con disquisiciones diversas sobre la división de poderes, delegación en autoridades varias, etc⁴¹. El problema se agravaba, como hemos dicho, cuando ninguna de las aspirantes había sido capital de ningún tipo con anterioridad, caso de la referida Mancha Alta, o de las provincias extremeñas: para la Extremadura Alta la rivalidad era entre Cáceres y Plasencia; para la Baja, entre Mérida y Badajoz⁴². En casos como éstos se llegan a aportar extensas y detalladas memorias etnológicas, más cercanas en muchos puntos al anecdotario que al tecnicismo que debería presidir estas intervenciones, si no fuera, eso sí, por la relevancia que podían tener en esta época y la necesidad de suplir la falta de datos.

Para las provincias litorales el debate se supeditaba a la decisión de si primar las ciudades costeras o las interiores. Mientras la Comisión, y a pesar de la fijación de los anteriores factores, atendía a las mayores posibilidades económicas y, por tanto, priorizaba claramente las primeras, especialmente si tenían puerto, y por muy escoradas que estuvieran, el sentir de las Cortes parece decantarse por las interiores –llamadas, curiosamente, *mediterráneas*–, en la medida en que aquellas ciudades, precisamente, ya eran ricas e ilustradas de por sí, y se podría aprovechar la capitalidad para promocionar los territorios más atrasados del interior⁴³. De ahí que se defendiese Segorbe frente a Castellón de la Plana, o Baza frente a Almería.

Sin duda, donde la discusión se enzarza interminablemente es con ocasión de Canarias; de hecho, es el territorio sobre el que más información se remite al Con-

40 DSC, núm. 19, fol. 234.

41 DSC, núm. 23, fol. 282.

42 DSC, núm. 15, fols. 164 y ss., núm. 17, fol. 200, núm. 18, fol. 204, y núm. 19, fols. 224 ss.

43 DSC, núm. 7, fol. 55.

greso. El problema tenía su origen en la histórica rivalidad entre las dos islas mayores, y en la existencia no ya de dos ciudades con posibilidades, sino de tres: San Cristóbal de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria. Realmente, el verdadero dilema radicaba en decidirse entre una o dos provincias, para lo que se llegaron a plantear decisiones de consenso, como elegir Las Palmas como capital, sin perjuicio de que provisionalmente —como siempre— subsistieran las autoridades en Santa Cruz de Tenerife⁴⁴. De aprobarse una sola provincia, y consciente la Comisión de la rivalidad, optaba por la neutralidad de la capital histórica, a pesar de que no fuera costera. Después de mucho debate y estudio, se mantiene la situación heredada del primer periodo constitucional, «porque es solo provisional, porque no espera a las islas rivales, porque no las priva de sus esperanzas⁴⁵». Las Canarias tendrían la capital que las Cortes designaran en su momento, subsistiendo mientras tanto las autoridades militares y políticas en los lugares en que se hallaban. Duda interinidad para algunos diputados en cuanto que el mismo dictamen de la Comisión ya recordaba que toda decisión sería, efectivamente, interina. Era una doble transitoriedad; único caso en que se posterga una discusión, para tratar entretanto otras capitales, a pesar de las suspicacias que la actitud de la Comisión despertaba entre algunos diputados⁴⁶. Frente al proyecto de decreto, que optaba por San Cristóbal de la Laguna, el parlamento se decanta finalmente por Santa Cruz de Tenerife.

La controversia canaria se alternaba en el tiempo, y con semejante calado, para las provincias y capitales vascas. Aquí las posibilidades todavía eran mayores, pues igualmente dependía la discusión de las provincias que se aprobaran, siendo esto aquí aún más problemático. En el caso de estarse a una sola, la capital recaería según opinión mayoritaria en Bilbao, y subsidiariamente en Vitoria, menos centrada, pero mejor comunicada con Castilla y Francia⁴⁷. En caso de aprobarse dos provincias, y según opinión también mayoritaria, una tendría como indiscutible capital a Bilbao, vacilando la otra entre Vitoria y San Sebastián. Y en el caso de aprobarse tres, las capitales serían Bilbao, Vitoria y San Sebastián, en agria disputa ésta con Tolosa.

También en Galicia la discusión capitalina estaba a expensas de la decisión sobre el número de provincias. Habiendo optado la Comisión por que fueran cuatro, llamaba la atención que hubiera desestimado las capitales históricas. Sin duda, es aquí donde mejor vemos que se prima el criterio porteño o económico, frente a la tradición y centralidad, lo que resultaba especialmente significativo para la Coruña frente a Santiago, y para Pontevedra o Vigo en disputa frente a Tuy.

⁴⁴ DSC, núm. 14, fol. 152, núm. 23, fols. 277 ss., y núm. 25, fols. 303 ss.

⁴⁵ «Y porque da lugar a que la Diputación provincial de las islas informe sobre este punto en su caso conforme a lo que propone la Comisión. Esta autoridad, que no puede menos de ser imparcial, porque es elegida por todas las islas, que reúne los votos de todos sus habitantes, y que conoce mejor que nadie sus necesidades, es el consultor más adecuado y seguro que pueden tener las Cortes ulteriores para la resolución definitiva»; DSC, núm. 23, fol. 276.

⁴⁶ En palabras del extremeño José M^o Calatrava: «Las Cortes se habrán penetrado de que en realidad de lo que se trata bajo la apariencia de este dictamen es de hacer que aprueben una cosa que no quieren aprobar»; DSC, núm. 23, fol. 284.

⁴⁷ DSC, núm. 17, fol. 190.

d) Frente a las mayores: *En las provincias de menor población y extensión es más fácil y seguro su buen gobierno.*

Desde la triple tipología propuesta por la comisión gubernativa, la parlamentaria hacía suya la división aprobada en mayo de 1814, para el arreglo económico de las provincias, que todavía seguía vigente, y que las dividía en cuatro clases. Porque, y valga como conclusión final anticipada, la división provincial debía responder, en última instancia, no tanto o no solo a la extensión de cada territorio ni a su orografía, como tampoco a la riqueza natural o industrial, ni siquiera a su población, sino al número de diputados a Cortes que tendrían derecho a elegir, lo que, eso sí, vendría fijado por el número de habitantes. Se trataba de combinar todo lo dicho, jurídico, geográfico y *sentimental*, con el pragmatismo político. De esta manera se intentaba cuadrar la población de cada provincia con su número de representantes: uno por cada 70.000 almas y fracción superior a 35.000⁴⁸. Y, como siempre, desde la irrenunciable máxima del respeto a la tradición combinado con el principio de la igualdad. Porque ni ésta ni ninguna otra clasificación podría conllevar preferencia política ni de ningún otro tipo. La diferencia radicaría, exclusivamente, en el número de diputados a Cortes, y en las dotaciones de sus autoridades y funcionarios, lo que nunca repercutiría en los derechos políticos ni civiles de los ciudadanos. Es algo en lo que decreto definitivo tuvo que insistir, ante el recelo y la desconfianza mostrada por muchos diputados, que consideraban que «el hacer esta declaración nunca podría dañar, y sí el dejar de hacerla⁴⁹». Estamos ante una discusión realmente de envergadura en la medida en que, más allá de individualidades o de mera nomenclatura, estaba en juego la misma esencia de la funcionalidad provincial, al servicio de la causa liberal. Pero, de nuevo, los derroteros parlamentarios fueron por otros caminos, mucho más apegados a ese tan denostado provincialismo.

Porque, en realidad, a estos efectos pragmáticos y a pesar de todo lo visto, el problema para los diputados no era tanto la clasificación de las provincias en sí, ni siquiera su número resultante, elevado o reducido –según la Comisión *neutral*–, sino que el verdadero problema lo veían en la pervivencia de las más contestadas, las menores o de cuarta categoría, defendidas por la Comisión y, a capa y espada, por sus propios diputados, mientras que, más doctrinalmente, eran desdeñadas por el resto. Y esto desde la consideración de que, aunque de la lectura del *Diario de Sesiones* nos pudiera parecer lo contrario, el primer liberalismo español había asumido desde el principio que el buen gobierno de los pueblos pasaba por el aumento en el número de provincias, fragmentando muchas de las heredadas e igualando las resultantes en la medida de lo posible. La misma Constitución, en sus artículos 33, 83 ó 90, permitía –favorecía, decía la Comisión– la existencia de provincias pequeñas, incluso con un solo diputado⁵⁰.

⁴⁸ DSC, núm. 13, fol. 148, y núm. 24, fol. 299.

⁴⁹ DSC, núm. 10, fol. 114, núm. 11, fol. 119, y núm. 24, fol. 297. La cuestión sobre la abolición de los derechos o privilegios particulares resultaba obsesiva por recurrente. Estando todos los parlamentarios de acuerdo con ella, en ningún momento –todavía –se entraba en la concreción o alcance de la asimilación y de la paralela abolición, si solo afectaría a los derechos políticos o también a los civiles; ACD, *IGE*, D, núm. 77-139, fols. 8 ss.

⁵⁰ Los contrarios a este criterio argumentaban que esta referencia aludía solo a los territorios americanos, por su escasa población; DSC, núm. 19, fol. 235.

La polémica quedaba servida desde el momento en que no se había señalado un mínimo de población para constituirse. La Constitución preveía que pudiera haberlas incluso con menos de 70.000 almas. Para la Comisión la justificación pasaba, ante todo, por el buen gobierno de los pueblos y, consecuentemente, la felicidad de los ciudadanos⁵¹. Se hablaba en el hemicycle, eso sí, de un *maximum* y un *minimum*, tanto respecto a población como al número de diputados. El *minimum* de diputados debía ser, sin que quedara claro, menos de tres, y el de población el que fijara la provincia menos habitada: el Bierzo o Villafranca, es decir, de entre 86 y 100 mil almas. Con motivo de la primera provincia de esta clase en discutirse, Ávila, Agustín Argüelles, secretario de la gobernación, sostiene que debía estarse tanto al número de habitantes como al de poblaciones con ayuntamiento, en rápido crecimiento estas últimas, y especialmente pequeñas, de tal manera que no debían ser más de 300 ó 400 para cada provincia, pues la diputación no podría atender más *expedientes* municipales⁵². Respecto al *máximum*, el número de diputados sería el de cinco, y el de población, que estaría por encima de las 315.000 almas de las de primera clase, no se concretaba más allá del que pudiera gobernarse, de nuevo, por un solo jefe y una diputación, unas 400.000 personas.

Por una parte está el pragmatismo de una discusión aséptica sobre un número genérico de provincias, como en general solían defender los representantes de las consideradas *mayores*, que apoyaban un número menor al propuesto; obviamente, por no ver la suya peligrar y por el beneficio que a cada una de ellas les podría reportar. De lo contrario –argumentaban–, se estaría al caso de lo expresado en el título de este artículo⁵³. Frente a ellos nos encontramos a la Comisión y los diputados de las provincias *menores*, con ese sinfín de argumentaciones incoexas por particularistas, carentes de final plausible, y continuamente entrelazadas con la desposesión a antiguas ciudades de su capitalidad histórica, y el reparto entre las limítrofes de la provincia que no se aprobara. Según ellos, suprimir una provincia resolvería un entuerto para parir otro. Es el temor, y una cierta desconfianza entre unos y otros, lo que adelanta la discusión al artículo primero –en donde se decía que se aprobaba la lista de las provincias y capitales detallada en el artículo segundo–, ante la duda de si, una vez aprobado aquél, ya no cabría posibilidad de modificar tales listas, cambiando la capital o suprimiendo o creando

51 DSC, núm. 7, fol. 58.

52 Los expedientes que se pretendía que cada pueblo remitiera a la diputación versarían, como mínimo, sobre las siguientes materias: reemplazo del ejército, repartimiento de contribuciones y otro de terrenos baldíos, caudales, milicia nacional, establecimiento del mismo ayuntamiento y términos municipales, cuentas de propios y pósitos, hospicios y hospitales, obras nuevas provinciales, caminos y comunicaciones de todas clases, hornos, acequias, molinos, etc., cotos y cierre de fincas, observancia de la Constitución, formación de estadísticas, o tramitación de solicitudes e informes particulares; DSC, núm. 13, fol. 140.

53 En sentido opuesto, el presidente de la Comisión resumía: «En una conversación que a nadie compromete, es muy fácil decir: háganse de la Península 30 provincias, háganse 40; pero si se examina por dentro este negocio, se verá cuantas dificultades se oponen a cada paso a la ejecución de los pormenores»; DSC, núm. 12, fol. 137. Ezpeleta y Cano Moscoso aprovechaban para insistir en el factor topográfico como principal; no aprobada una provincia, podría agregarse a las limítrofes si no superaban el límite poblacional (núm. 8, fol. 85).

otra provincia. De nuevo, «la discusión de la discusión⁵⁴». En su momento, Martín de Navas acusará a la Comisión de valerse de estratagemas para impedir la reforma del proyecto⁵⁵. El debate no tenía visos de terminar nunca.

Echaremos una ojeada, a modo ejemplificativo y descriptivo, a los argumentos mayormente aportados a favor de las provincias *menores* y, consecuentemente, de su discutido elevado número, frente a los que se aportaban a favor de un número menor y, por tanto, mayor extensión. La mayoría de estos últimos, contrarios en esencia a las de cuarta clase, situaban el número ideal de provincias entre 34 y 42, con entre 150 y 400 mil almas⁵⁶. Y aunque el económico sería, de nuevo, el factor que presidiría todos y cada uno de los argumentos, en este caso adquiere una relevancia pareja, y en estrecha conexión, el factor netamente político. Como es lógico, se trataba de revestir y legitimar jurídicamente cada postulado.

El eje del debate giraba, pues, en torno a la valoración de las provincias menores por sus detractores, tildadas de *perjudiciales* a sí mismas, *antieconómicas* y *anti-políticas*⁵⁷. En este orden, estos eran los calificativos mayormente usados; el pri-

⁵⁴ El 1 de octubre el madrileño Fernández Gasco centró el debate en el significado exacto del artículo 1º cuando decía que se aprobarían las provincias que a continuación “se expresan”. Para evitar suspicacias, mayormente de los que proponían reducir su número, se acordó sustituirlas por “se expresarán” en la medida en que el tiempo futuro no predeterminaba nada –aun así, en la redacción definitiva se recupera el presente, pues la discusión estaba ya cerrada–. Igualmente, el 5 de octubre se aprueba la resolución del valenciano Sancho de discutir y votar el artículo segundo por partes, «porque habrá muchos Sres. Diputados que aprobarán que haya 49 provincias, por ejemplo, y no las 51 que propone la comisión»; *DSC*, núm. 7, fol. 70 y núm. 11, fol. 121.

⁵⁵ En palabras del diputado burgalés, «*La Constitución dice que se discutan los artículos separadamente, y que estos se puedan votar por partes; pero ni la Constitución ni el Reglamento dicen que la discusión se ha de hacer por partes en cada artículo, antes bien, suponen que un artículo, aunque conste de muchos miembros, se ha de discutir en su totalidad; por consiguiente, me parece que en el orden que lleva esta discusión, se priva a los Diputados de un derecho que la Constitución les concede*»; *DSC*, núm. 21, fol. 256.

⁵⁶ «Mucho más cuando no debemos perder de vista que una vez consolidado el sistema constitucional, no serán tantas las obligaciones de los jefes políticos y de las Diputaciones provinciales». Además, un mayor número propiciaba la desigualdad de los ciudadanos: «¿cómo en provincias de tan dispar población las diputaciones iban a prestar los mismos servicios si estaban formadas por el mismo número de individuos y diputados?»; opiniones del madrileño Gasco y del granadino Blanqueri en *DSC*, núm. 7, fol. 71 y núm. 10, fol. 106. El aragonés Solanot abogaba por un máximo de 24, con el argumento de ahorro en sueldos. Las provincias debían ser lo más iguales posible en extensión, en la medida en que lo permitiese una horquilla de entre 400 y 600 mil almas. Aunque no determina cuáles iban a ser esas 24, tenía muy bien estudiada su tierra, que dividía en las provincias de Zaragoza, Huesca, Barbastro, Alcañiz, Calatayud y Teruel. Desestimada esta idea, propone desgajar, al menos, de Zaragoza y Huesca, Alcañiz y Barbastro; *DSC*, núm. 6, fol. 39 y núm. 12, fol. 133. En parecido sentido, Navas propone un mínimo de 200 y un máximo de 400 mil almas. Su propuesta era que fueran entre 40 y 42 provincias (como Ezpeleta), pasando algunas de primera clase a cuarta, especialmente las situadas en llano, eso sí, sin identificarlas, práctica más que habitual. Además, dice que las universidades incrementarían los gastos de toda provincia, a lo que el presidente de la Comisión replica con la sorpresa de que fuera precisamente él el que aportase este razonamiento, siendo que había formado parte de la Comisión de Instrucción Pública que había presentado a las Cortes el plan general de enseñanza, por el que se establecía que solo se crearían universidades en las provincias en que se pudiera y cuando hubiera fondos; *DSC*, núm. 9, fols. 95 ss., y núm. 21, fol. 256. PESET, M., «La enseñanza del Derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 38 (1968), 229-375.

⁵⁷ Palabras del vallisoletano Ramonet; *DSC*, núm. 12, fol. 135.

mero consecuencia de los siguientes. En cuanto al factor riqueza, la disputa era doble: por una parte, su fomento, cuestión muy atendida por la Comisión; por otra, los dispendios funcionariales, cosa, que al parecer, no había previsto tanto. La discrepancia radicaba en sí, a mayor número de provincias y diputaciones, iban a ser mayores los gastos públicos, y/o si, a su vez y sin embargo, podría traducirse en una mejor explotación de los recursos y, por ende, en un incremento en sus ingresos. Porque si las funciones que la Constitución otorgaba a las diputaciones exigían una corta distancia entre los ciudadanos y sus gobernantes, sus funciones no podrían ser sustituidas por un simple jefe político subalterno, y si una provincia pequeña ya era rica, ¿por qué –argumentaban sus defensores– tenía que dejar de existir, si la búsqueda de la prosperidad era precisamente su razón de ser⁵⁸? Según los contrarios, del mayor número relativo de funcionarios en las provincias pequeñas, se traduciría un mejor desempeño de sus funciones, que derivaría en un trato positivamente discriminatorio a favor de sus ciudadanos y en detrimento de las provincias mayores.

Cuestión paralela fue la estratificación de los sueldos de las autoridades, según la clase de provincia, y hasta qué punto esto atentaba contra el principio de igualdad. En la medida en que las provincias se querían garantes de los derechos individuales, esta *desigualdad* ya no era estrictamente económica, sino también política, tanto sobre gobernados como sobre gobernantes.

e) Lo de siempre: libertad, justicia e igualdad.

Efectivamente, el debate jurídico-político respecto al tamaño y clasificación de las provincias estaba a expensas de lo que se entendía por los sacrosantos principios de *igualdad* y *justicia*, con la disputa de si éstos quedaban mejor salvaguardados en las grandes o en las pequeñas, tanto respecto a extensión como población, y como siempre, según interpretación partidista. Para la Comisión, la *igualdad política* nacía de la combinación y compensación adecuada de todos los factores, “que es la de la conveniencia”, “la que proporciona a los gobernados la mayor comodidad posible, mayor facilidad al Gobierno, y mayor aumento de luces y conocimientos”; lo que era decir nada⁵⁹.

Frente a los inadmisibles abusos del Absolutismo, los partidarios de las provincias grandes consideraban que en ellas se salvaguardaría mejor la *libertad* política, puesto que el mayor número relativo de agentes públicos de las menores facilitaría un mayor control e intervencionismo, especialmente en la propagación de ideas y en la manipulación de las elecciones. En su argumentación, la provincia resultaba *antipolítica* en sí, en la medida en que los jefes políticos no eran elegidos por el poder

⁵⁸ El aragonés Villa aporta una relación de datos varios para demostrar que los costes de los ciudadanos de Teruel en sus traslados a Zaragoza para tramitar sus asuntos resultarían mayores a los gastos de una diputación provincial en aquella ciudad; *DSC*, núm. 10, fol. 110. Véase también al mallorquín Vitorica en *DSC*, núm. 19, fol. 237.

⁵⁹ *DSC*, núm. 8, fol. 75.

legislativo, en el que radicaba la soberanía, sino por el ejecutivo. No era solo cuestión de separar los tres poderes, sino también de dividir al mismo ejecutivo en sí; es la inherente desconfianza liberal hacia sí mismo, partiendo de la experiencia, errores y posteriores correcciones de la división francesa.

Hablamos de los mismos argumentos aportados por los partidarios de las provincias menores, para los que ese era precisamente el sentido de la justicia: evitar cualquier violación de los derechos políticos y civiles⁶⁰. Según Sánchez Salvador, Cortés o Cuesta, soriano, aragonés y abulense respectivamente, era el tamaño pequeño de las demarcaciones lo que había posibilitado el triunfo liberal en Francia. Cuanto más reducidas fueran, y tomando como ejemplo los municipios, más conocimiento de ellas podrían tener sus diputados y más de éstos sus electores, lo que facilitaba «sacar a los pueblos de la fatal apatía con que miraban los negocios de su mayor interés». Para el catalán Oliver o el también abulense Tapia, cuanto mayor fuera el número de jefes políticos, más difíciles resultarían las injerencias en el sistema de libertades, pues menos recursos y facultades tendrían para abusar de su autoridad. Contrariamente, se podría tener un mayor y mejor control de los ejércitos, impidiéndose los gobiernos despóticos. Incluso, y reciente todavía la Guerra del Francés, mayor facilidad tendrían para levantarse en armas y organizarse⁶¹.

Las tesis de los murcianos Paralea y Cano Manuel condensan, respectivamente, la realidad y la ideología de la discusión. Pero si el primero insiste en la sensatez del pragmatismo como la opción menos inconveniente, el segundo apunta una línea tan innovadora como extravagante en el contexto argumentativo del momento. Paralea llamaba la atención sobre el hecho de que ninguna de las provincias existentes estaría dispuesta a dejarse perecer. Si a ello se añadía la subdivisión necesaria de muchas de ellas, no había motivo de peso para evitar que el número fuera incluso mayor al propuesto por la Comisión. Para Cano Manuel tampoco era un impedimento, ni mucho menos económico, ya que, por mucho que la provincia fuera la base territorial para el resto de divisiones, en ningún precepto constitucional se prescribía que en cada una de ellas se repitiese idéntica organización judicial, fiscal o militar, por lo que los gastos ni mucho menos tenían que ser tan elevados⁶². Esto último rompía todos los esquemas de lo que se entendía era la construcción igualitaria de la nación.

En el debate también se coló de manera destacada el factor *educación*, en la medida en que para los diputados de las provincias menores, en ellas se podrían eje-

⁶⁰ DSC, núm. 8, fol. 82. «El Diputado propende a entrometerse en el poder ejecutivo; este mismo Diputado, si se halla en el Ministerio, querrá ejercer su influencia en el poder legislativo y aun judicial; y si después pasa al Supremo Tribunal de Justicia, aspirará a influir en el poder legislativo y ejecutivo. Este es el hombre, y nunca será otra cosa, por más que lo queramos pintar de otra manera»; DSC, núm. 10, fol. 107.

⁶¹ DSC, núm. 10, fols. 100 ss., y núm. 13, fol. 144.

⁶² DSC, núm. 9, fol. 91, y núm. 8, fol. 81.

cutar mejor las leyes de instrucción pública, difundiendo las letras y asegurando la libertad, para consolidar más rápidamente el nuevo sistema⁶³.

Para finalizar este apartado, y ante el revoltijo y desorden temático del debate, algunos diputados presentan propuestas que, pretendiendo ser de consenso, causarían sin duda más entuertos de los que resolvieran. Tal era su indeterminación, y así parece que el hemiciclo lo entendió. El aragonés Marcial López, en completo desacuerdo con la Comisión, cuestionaba la oportunidad del momento. Alertaba de las consecuencias de la aprobación sin contar con suficiente y veraz información, proponiendo la devolución del proyecto para que se procediera a una nueva propuesta desde otras bases, que, eso sí, no especificaba, y sugiriendo que, en su caso, se aprobase la división para solo los territorios que urgentemente lo exigiera su gobernabilidad. Por la misma inexactitud de los datos, el único diputado de Toro y de los más combativos, González Allende, propone aprobar la división de solo las grandes, subdividiendo, si acaso, las demás, en distritos dependientes de la diputación. Para el leonés Lobato y Caballer, las provincias erigidas por su extensión deberían ser catalogadas como de cuarta clase; si por su población, de primera. Vitorica propone que todas fueran de la misma clase, con la única variación del sueldo de jefes políticos y subalternos, en función de la riqueza de sus ciudadanos, de la baratura de la capital, «el mayor o menor brillo que debe ostentar la autoridad para conciliarse el respeto, y la precisión en que se vea de corresponder a los obsequios que se le tributen, particularmente por los extranjeros». José María Moscoso propone, desde la problemática gallega, un debate de las provincias no por orden alfabético como se estaba haciendo, sino según su base topográfica, empezando por una parte del mapa y continuando por las limítrofes. La resolución de los límites de cada una de ellas aligeraba la discusión de los de la siguiente, con el inciso de, en pro de una mayor objetividad y celeridad, no tener que consultar a todos y cada uno de los respectivos diputados⁶⁴.

En definitiva, la modificación más importante del proyecto que se recoge en el decreto final fue la supresión de la clasificación de las provincias. Si a nada obligaba dicha clasificación, si no iba a haber diferencia política alguna entre ellas, al margen del sueldo de jefes políticos y subalternos, y si sus ciudadanos iban a gozar de los mismos derechos, no tenía sentido establecer diferencia ninguna, máxime cuando las de cuarta clase, por mucho que no se quisiera, se iban a considerar inferiores, lo que podía resultar incluso afrentoso para algunas que a lo largo de los siglos se habían estimado y tenido en sí mismas como de primera, especialmente en Castilla la Vieja.

⁶³ *DSC*, núm. 8, fol. 79, y núm. 19, fol. 236. CORTÉS propone una división según el grado de ilustración de los pueblos; «porque en aquellos que solo prestan una obediencia pasiva, no es necesario una grande división». De ahí la comparación al uso entre las monarquías y las repúblicas; aquéllas pueden ser más grandes y éstas más pequeñas; *DSC*, núm. 10, fol. 111. Marcial López, en favor de un menor número de provincias, hablaba de la dificultad de encontrar suficientes personas preparadas para desempeñar tantos puestos y cargos (núm. 9, fol. 91).

⁶⁴ *DSC*, núm. 6, fol. 41, y núm. 9, fol. 91; núm. 8, fols. 78 ss; núm. 24, fol. 299; y núm. 8, fol. 83.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

En la división provincial, y de la misma manera que en otros temas debatidos, queda en evidencia el difícil encuadre ideológico de muchos de los diputados de las primeras cortes liberales, sin apreciarse paradigmas políticos más allá de los meramente funcionales o incluso oportunistas. En este caso, el juicio de cada parlamentario sobre la territorialidad de la nación española quedaba seccionado y supeditado, en la mayoría de las ocasiones y en todos los sentidos, al servicio de un –su– postulado, llámese interés, particular y particularista. O lo que es lo mismo, no hay tanta ideología como provecho. Esto se traduce, y por lo que aquí respecta, en que en las cortes del Trienio no encontramos en ningún momento el mismo afán rupturista propio de la división departamental francesa y de sus políticos. Al menos, no en la misma medida. Cierto es que el acervo ilustrado liberal de los parlamentarios no era el mismo, como tampoco la relevancia que concedían a las diferencias territoriales. El jacobismo, centralista de por sí, se iba a encontrar en España con firmes obstáculos.

Concretando posicionamientos ideológicos, y frente a criterios estrictamente científicistas o geométricos, de cariz manifiestamente ilustrados y de base topográfica, los parlamentarios españoles optan por adaptar las soluciones a un pragmatismo eminentemente historicista, sin duda mucho más presente y fuerte en el territorio peninsular; mucho más, en definitiva, *provincialista*. Porque, frente a la concepción geopolítica y administrativa de índole revolucionaria que podemos ver en las nuevas demarcaciones francesas, en España prima un empirismo simplemente reformista, por acomodaticio, bien ante la falta de aprehensión de lo que en última instancia conllevaba la labor que al respecto se había hecho en el país vecino, bien, y sin duda también, ante una más serena reflexión –o mero apego– acerca de una *historia natural*, la peninsular, que resultaba diferente. Lo cual era una realidad indiscutible, pero también un parapeto ante según qué modificaciones de esa parte de la tradición que, a conveniencia, había que mantener. De ahí que los principios de igualdad y libertad que debían presidir el debate territorial, como cualquier otro debate, eran enarbolados de la misma manera tanto por unos como por otros, en la defensa de un modelo territorial que cada opción, y ante cualquier dilema, presentaba como diferente y mejor frente a la contraria. Idénticos argumentos se tornaban en conclusiones partidistas, ya no diferentes, sino claramente opuestas.

Si la división provincial no era, a tenor del debate parlamentario, más que un mero fin para la consecución de unas pretensiones políticas y ciudadanas de más alto calado –plasmadas en la Constitución,– esto es algo que no se percibe claramente en el proceder de muchos –la mayoría me atrevería a decir– de los diputados participantes en el debate. El tan manido y supuesto *bien común* que debía presidir toda intervención y actuación política, y al que todos continuamente apuntaban y decían atenerse y defender, será, finalmente, el sobrante o resultante después de que cada diputado hiciera dejación de sus posiciones ante la victoria inequívoca de las pretensiones –intereses– ajenas. No hay acto voluntario ni se aprecia *consenso* alguno, porque no hay teoría ni ideología sobre el *bien común* que defender más allá de que éste se adecuara a la apuesta de cada parlamentario, y en la medida en que aquellos repre-

sentantes de los territorios y ciudades que no vieron peligrar sus preeminencias heredadas se mantuvieron al margen del debate, máxime cuando las votaciones no parece que fueran nominales. No hay renuncia, sino derrota. Sin lugar a dudas, se persigue la *prosperidad* de la nación, al menos machaconamente es lo que se repite, pero también, y nunca en menor medida, la de la provincia, y no la de todas, sino la propia.

Como bien dice el título de este estudio, la confección de la cartografía provincial española no será más que el resultado de las derrotas particulares y reiteradas en las votaciones de cada artículo o apartado del mismo. Y aquí traemos a colación la discutida interpretación del Reglamento de las Cortes de 27 de noviembre de 1810, en su capítulo VI, cuando decía que «la voluntad general de que depende la sanción en todos los puntos debe explorarse por la votación⁶⁵». Con la votación de cada uno de *todos los puntos* del artículo 2º, provincia por provincia y capital por capital, la discusión en su aspecto más directamente geográfico-territorial global, resultaba poco más que ficticia. En ningún momento se pudo cuestionar decididamente el número de provincias en sí, a favor de otro mayor o menor, un número que ni siquiera se recogía de manera expresa en el proyecto de decreto. Eso sí, era una opción *a priori* disciplinada, la de esta discusión, la preferida por la comisión parlamentaria. Cualquiera otra hubiese diferido y disgregado los términos del debate, alargándolo finalmente mucho más, hasta el punto de que hubiese resultado más impracticable aún en su aprobación. O podría haber supuesto la negativa de los diputados a su discusión, y la devolución inmediata del proyecto en su totalidad. Podemos preguntarnos hasta qué punto la Comisión era consciente de esta dificultad en el trámite parlamentario, o hasta qué punto era parte interesada en un planteamiento que, sea cual fuera el resultado final, salvaría en esencia la propuesta que había planteado.

Cada votación particular sobre una provincia, capital o fronteras, y su resultado favorable para el diputado defensor del supuesto concreto, venía a ser una pequeña renuncia del resto de compañeros de hemiciclo en su planteamiento generalista de lo que tenía que ser la división provincial. La voluntad general se obtiene aquí no desde la suma, sino desde la resta, a modo de consenso negativo o por eliminación, por dejación. O lo que es lo mismo, nos encontramos ante un claro ejemplo de que la voluntad general, entendida como la suma de las voluntades individuales –visibles en su concreción–, no se corresponde con el interés común –mucho más abstracto–. En definitiva, la voluntad general no resultó más que la suma de las renunciaciones o más bien fracasos particulares en la defensa de las respectivas convicciones generalistas.

Cuestión diferente pero relacionada sería si este proceder parlamentario, en este punto, podríamos extenderlo a toda la actividad legislativa del primer liberalismo. Es decir, ¿cuál era realmente la concepción que los diputados del Trienio tenían del juego parlamentario dentro de lo que se entendía tenía que ser la política liberal?

65 RIPOLLÉS SERRANO, M^a. P., «Acotaciones sobre los orígenes del parlamentarismo, el reglamento parlamentario y la administración parlamentaria», *El legado de las Cortes de Cádiz*, Valencia, 2011, págs. 165-187.

En contra de lo que en ocasiones se ha dicho, los diputados españoles parecen ser buenos conocedores del territorio, al menos del propio. Incluso dan muestras de conocer las soluciones extranjeras. Pero otra cosa muy diferente sería su destreza en el incipiente Derecho administrativo, tanto político como territorial, lejos, evidentemente, del futuro Derecho parlamentario, la conformación de los partidos políticos y, si acaso, su disciplina de voto. Hablamos de unos diputados, los del Trienio Liberal, desligados por completo de cualquier mandato imperativo y cuya obligación era la de defender, únicamente, a todo el cuerpo social español, a la *nación*, dado que la Constitución no reconocía entidad intermedia ninguna entre ella y el ciudadano. Es lo que la nueva teoría política preveía.

Pero nada más lejos que la disciplina de partido, pues ni había una ni otro; no se había formulado todavía en España ese difuso y siempre conflictivo mandato imperativo de partido⁶⁶. Cada diputado atendía aquí, además de a sus intereses, a su emotividad, lejos de ese proceso de indagación racional para conformar una única voluntad *general*. Porque es evidente que se intuye una cierta obligación moral, en todos y cada uno de ellos, por defender la demarcación de la que procedían. Los diputados se muestran todavía herederos de esa idiosincrasia, única hasta entonces, en la que la *nación* era identificada, simplemente, como el lugar de nacimiento, pueblo, comarca o reino. No creemos equivocarnos si decimos que en el fuero interno de cada uno de ellos pesaba sobremanera lo que, según entendían, esperaban de él sus convecinos, cuales embajadores eran de su tierra; un verdadero mandato representativo por muy encubierto que se quiera, y por mucho que se quisiera negar. Porque, entre el mandato imperativo del Antiguo Régimen y el que se impondría más adelante, con los programas electorales de los partidos políticos, tal vez fuera ahora el único momento en que primaba el mandato representativo, y por lo tanto libre, en su estado más puro. Es decir, que no parece que todavía estuviera claramente configurado o interiorizado entre los políticos el concepto de *representación*. Al menos, en este punto.

Obviamente, estamos ante unas cortes más interesadas en la construcción de un nuevo estado, que en el debate político e ideológico, ni mucho menos jurídico. Insistimos, el pragmatismo frente y antes que la doctrina. Por lo mismo, una cosa sería el norte que en sus trabajos hubieran seguido las comisiones parlamentarias, entre otros, los proyectos anteriores, y otra muy diferente el sentido y la pretensión de cada diputado en el momento en que emitía su voto. Para ellos, la ideología, la liberal, quedaba para otro momento y mejor ocasión.

Respecto a esto último, sí se aprecia una actitud diferente en los planteamientos a propósito de otras materias, en principio de mayor calado jurídico-doctrinal, y en donde no resulta tan sencillo apreciar implicaciones personales ni territoriales. Nos referimos, en concreto, a la Milicia Nacional o al Código Penal, cuya redac-

66 BORREGO, A., *De la organización de los partidos en España, considerada como medio de adelantar la educación constitucional de la nación y de realizar las condiciones del gobierno representativo*, Madrid, 1855.

ción también se estaba discutiendo en las Cortes del momento, y en donde sí observamos, claramente y en mayor medida, controversias puramente ideológicas y científicas, en torno a lo que eran los serviles y los liberales. Incluso, se puede intuir entre estos últimos el germen del moderantismo.

En definitiva y para terminar, si el debate provincial debía estar presidido, como cualquier otro, por la búsqueda de la *prosperidad* para la *nación*, y el *bien común* para sus ciudadanos, a lo que insistentemente aluden todos los diputados mediante esa invocación a la *voluntad general*, es algo que, desde sus intervenciones, insistimos, resulta harto difícil percibir. A los diarios de sesiones nos remitimos.

RESUMEN

Analiza el estudio los debates en Cortes que condujeron a la aprobación en enero de 1822 del Decreto de división provincial de España, durante el llamado Trienio Liberal. Dicha división, cuyo proyecto concretó previamente una comisión parlamentaria, partía del modelo departamental francés, considerando la provincia no como un fin en sí mismo, sino como un medio para propagar y sustentar la Revolución y la Constitución.

Plantea el autor las dificultades evidenciadas en dicho debate para concertar el perseguido bien común con los intereses particulares defendidos en función de sus lugares de origen por los diputados intervinientes, dificultades a las que se sumaba un conocimiento imperfecto del territorio nacional.

Frente a criterios científicos e ilustrados, en el debate primó el pragmatismo historicista. El resultado, según el autor, peca de un déficit ideológico que lo aleja del afán rupturista de la Asamblea francesa y de la teórica apelación al interés general.

PALABRAS CLAVE: División provincial – Trienio Liberal – Modelo francés – Constitución – Debate – Bien común.

ABSTRACT

This paper analyzes the study of the Court debates which led to the approval of the Decree of provincial division in Spain in January 1822, during the so-called Liberal Triennium. Such division, whose project was previously implemented by a parliament commission, stemmed from the French departmental model, which regarded provinces not as ends in themselves, but as means to spread and support both the Revolution and the Constitution.

The author puts forward the difficulties raised in this debate in order to harmonize the pursued common good together with the particular interests defended,

depending on their place of origin. In addition to these difficulties, there was some imperfect knowledge about the national territory.

Faced with scientific and enlightened criteria, historicist pragmatism prevailed. According to the author, the outcome lacked the ideology to differentiate it from the rupturist zeal which characterized the French Assembly and the theoretical appeal to the general interest.

KEYWORDS: Provincial Division – Liberal Triennium – French Model – Constitution – Debate – Common Good.

Recepción del artículo: 16/11/2015 - Evaluación Anónima: 27/11/2015 - Aceptación versión final: 21/12/2015

EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A UNA VIVIENDA ADECUADA: PERSPECTIVAS PARA SU EFICACIA EN LOS PLANES ESTATALES DE VIVIENDA

David Muñoz Pérez

*Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Católica de Valencia
“San Vicente Mártir”*

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A UNA VIVIENDA EN LA CONSTITUCIÓN.
- II. EFICACIA Y REPARTO COMPETENCIAL ENTRE PODERES PÚBLICOS.
- III. ADECUACIÓN DE EDIFICIOS Y VIVIENDAS.
- IV. LOS PLANES ESTATALES DE VIVIENDA Y EL ALOJAMIENTO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
- V. PERSPECTIVAS PARA LA CONFIGURACIÓN DE ACTUACIONES PROTEGIDAS ADECUADAS EN LOS PLANES ESTATALES DE VIVIENDA.

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A UNA VIVIENDA EN LA CONSTITUCIÓN.

El artículo 47 de la Constitución Española es explícito cuando afirma que *«Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada»*. Ahora bien este artículo está recogido en el Capítulo Tercero del Título Primero, de los Principios Rectores de la Política Social y Económica, por lo que no constituye un verdadero derecho subjetivo, sino que le es de aplicación el artículo 53.3 CE, *in fine*, que dice que *“Estos principios solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción Ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*», por lo

¹ Véase MUÑOZ CASTILLO, J., *El Derecho a una Vivienda Digna y Adecuada Eficacia y Ordenación Administrativa*, Editorial Colex, 2000, pág. 115, e IGLESIAS GONZALEZ, F., *Administración Pública y Vivienda*, Editorial Montecorvo S.A. 2000 pág. 47 y en pág. 62 puntualiza que *«en nuestra opinión, no nos encontramos frente a una reserva estricta de ley, pudiendo los poderes públicos garantizar la consecución de los citados principios rectores a través de los mecanismos normativos que estime convenientes, incluidos los reglamentos»*.

que la eficacia de este artículo reviste características peculiares que han sido estudiadas detenidamente por la doctrina², que define el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada como un derecho social de segunda generación, de carácter prestacional, porque requiere que los poderes públicos establezcan las condiciones necesarias y las normas pertinentes para conseguir su eficacia, y también carácter existencial, porque a partir de su obtención, que cubre una necesidad vital, se está en disposición de disfrutar derechos fundamentales como la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, y, también posibilita el desarrollo de la vida individual y familiar³.

No cabe duda que esta caracterización del derecho a una vivienda implica que su eficacia va más allá de un mero carácter informador, ya que es preciso tener en cuenta que el artículo I de la CE, establece que España se constituye en un Estado social, y que el artículo 9.2 CE determina que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas⁴.

Por ello el mandato que recoge el artículo 47 CE, dirigido a los poderes públicos, ha de tener siempre un contenido de carácter social, con el fin de observar los requerimientos constitucionales citados⁵.

Ahora bien, no puede negarse que incluso con la lectura más estricta del precepto, implica un mandato constitucional cuyos destinatarios son los «poderes públicos⁶», que no pueden desconocer, la cuestión sobre la responsabilidad pública vin-

² Véase MUÑOZ CASTILLO, J., *El Derecho a una Vivienda Digna y Adecuada Eficacia y Ordenación Administrativa*, Editorial Colex, 2000, págs. 115 a 118; GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las Aporías de los Derechos Fundamentales Sociales y el Derecho a una Vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local Madrid, 1982, pág. 166 y IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, *Administración Pública y Vivienda*, Editorial Montecorvo S.A. Madrid 2000 págs. 53 a 62.

³ Puede verse BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Las Viviendas de Protección Oficial en el Ordenamiento Español*, Ministerio de la Vivienda, Servicio Central de Publicaciones, Madrid 1968, pág. 14.

⁴ Predican el valor normativo de todos los preceptos de la Constitución Española, incluidos los principios rectores de la política social y económica aunque con diverso alcance GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, tercera edición Civitas, Madrid 1985 (reimpresión 1988) pág. 39 y PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 97, y véase También MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo, *Cuadernos de Derecho Judicial. Vivienda*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 17-32

⁵ Ver IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Administración Pública y Vivienda*, Editorial Montecorvo, S.A. Madrid 2000, que en pág. 54 dice: «..... podemos afirmar que los poderes públicos están obligados a llevar a cabo políticas activas para conseguir que todos los españoles puedan disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y que estas políticas han de tener un contenido mínimo, pues de otra manera quedaría desvirtuado el carácter social que debe identificar las actuaciones de los poderes públicos». Y en relación con el mandato constitucional puede verse Fernández Rodríguez, T.R., *de la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid 1994, págs. 128 y ss, y REP, número 4, 1982, págs. 21 y ss Los Derechos Fundamentales y la Acción de los Poderes Públicos, del mismo autor.

⁶ Véase PAREJO ALFONSO, L., en Prólogo al Libro *Derecho a la Vivienda y Burbuja Inmobiliaria: de la propiedad al alquiler y la rehabilitación*, TEJEDOR BIELSA, Julio, La Ley Grupo WOLTERS KLUWER. TEMAS, Madrid 2012, págs. 24 y 25 «por lo mismo la vivienda es una responsabilidad del conjunto de los poderes públicos y, en términos del art. 106.2 CE, un servicio público funcional estructural que, por estar dirigido a la satisfacción de una necesidad social básica no es susceptible de ser provista sin más

culada a la realización de este bien constitucional obliga a “activar” la posición de los poderes públicos, más allá del formal cumplimiento de contar, por las instancias competentes, con una política de fomento de adquisición de vivienda.

Es cierto que la “conversión” de este derecho social en políticas públicas es imprescindible, precisamente por su carácter prestacional (si hay que hacer algo, lo tendrá que hacer alguien). Y ello obliga a identificar las instancias a las que corresponde de manera más directa satisfacer este Derecho. Y dado que la CE establece un Estado compuesto que obliga a precisar las competencias de las Administraciones Territoriales presentes.

No obstante, la asignación, en el propio artículo 47 CE, de la tarea de crear condiciones para el ejercicio de este Derecho a los poderes públicos, permite entender que el Estado en sentido global es el destinatario del mandato constitucional, sin perjuicio de la distribución de responsabilidades que dentro de la arquitectura constitucional territorial corresponda al Estado en sentido estricto, y el resto de Administraciones Territoriales, esto es, las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales.

II. EFICACIA Y REPARTO COMPETENCIAL ENTRE PODERES PÚBLICOS.

Partiendo de esta configuración, y la eficacia peculiar del derecho a una vivienda, podemos afirmar que la acción de los poderes públicos será determinante para obtener, en la práctica, el grado de eficacia demandado socialmente. Lógicamente en el término españoles que emplea el artículo 47 CE para identificar a los titulares de este derecho, habremos de incluir sin lugar a dudas a las personas con discapacidad, ya que de otro modo no se observaría el principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, colectivo que está afectado por una problemática específica y diversa para el disfrute de una vivienda adecuada. Y efectivamente los poderes públicos han puesto en marcha la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en cuyo artículo 10 y Disposición Final Novena determina que el Gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales, habrá de establecer unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad, en los distintos ámbitos de aplicación de la ley, entre los que figuran los edificios⁷.

por el mercado a precio razonable en todos los casos, encuentra cobertura, como bien razona el autor, en la noción comunitario europea de los servicios económicos de interés general y carácter económico permisiva de modulaciones y, en su caso, restricciones y hasta excepciones a la libre competencia. Lo que permite concluir que lo que otorga la norma fundamental es un derecho jurídico-público, parte del estatuto del ciudadano, a tal servicio público».

⁷ Véase en este sentido preámbulo del Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad.

El reparto competencial derivado de la Constitución y Estatutos de Autonomía, requiere una referencia para dejar constancia que no obstante la materia “vivienda” se recoge en el artículo 148.1.3º de la Constitución como competencia a asumir por las Comunidades Autónomas, en virtud de los respectivos Estatutos de Autonomía que las incluyen con carácter de exclusividad, sin embargo en virtud del artículo 149.1.11 y 149.1.13 CE, el Estado tiene competencia para actuar en las políticas de vivienda con normativa básica de financiación. Así lo ha clarificado la STC 152/1988, de 20 de julio, que afirma que corresponde al Estado la financiación de vivienda en cuatro extremos⁸:

- La definición de las actuaciones protegibles.
- Las fórmulas de financiación.
- El alcance de la protección.
- La aportación de los recursos estatales.

A la vista de este singular reparto competencial entre las Administraciones públicas, queda patente que el Estado puede elaborar normativa básica en orden a fomentar y procurar que las personas con discapacidad puedan acceder y disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Esto nos lleva a fijar que el colectivo es diverso, por lo que la adecuación de la vivienda a sus características requiere normativa y medidas especiales. Y sin perjuicio de la labor que en este campo desarrollan las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, muy especialmente en el ámbito de bienestar social, será preciso tener en cuenta la normativa del Estado por su carácter básico.

Aun así, habría que señalar la sospechosa trastienda patrimonial del sistema de reparto de competencias en materia de vivienda.

Y ello porque la competencia del Estado se fundamenta en el impacto de la política de vivienda en la economía –para nada se hace referencia a la dignidad de la persona– y por el poder de gasto, que difícilmente puede ser rechazable por las Comunidades Autónomas para articular la adquisición y/o construcción de viviendas.

Sin embargo, la propia Constitución no se limita a constituir España en un Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 1), sino que además de propugnar como valor superior la igualdad, en su artículo 9 establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

⁸ MUÑOZ CASTILLO, J., *El derecho a una vivienda digna y adecuada, eficacia y ordenación administrativa*, editorial Colex, Madrid 2000, pág. 94); BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *La intervención administrativa en la vivienda, aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Editorial Lex Nova, Valladolid 2000, págs. 25 y ss y concordantes.

Al examinar la distribución competencial en esta materia, se podrá observar que estas sospechas tienen incluso su reflejo en la Doctrina Constitucional.

Es referencia obligada la distribución de competencias que realiza la CE, los respectivos Estatutos de Autonomía y las Leyes.

El tema ha sido objeto de una importante controversia constitucional⁹, en cuya solución sigue siendo determinante la STC 152/1988, de 20 de julio, que ha detallado y concretado las competencias concretas que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas.

Como es sabido, la CE no hace reserva alguna en favor del Estado ni materia de vivienda ni de urbanismo. Sin embargo el artículo 148.1.3 CE, sí reconoce la posibilidad de las CCAA puedan asumir competencias en los siguientes términos:

«Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: ...3º Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda.»

La dinámica del desarrollo del denominado Estado autonómico propició que desde el comienzo los Estatutos de Autonomía consideraran a la vivienda como competencia exclusiva autonómica.

Tal situación planteaba dudas sobre la posibilidad de que el Estado pudiera mantener la dirección de la política de vivienda, especialmente la vivienda protegida, como había venido haciendo dentro de los planes de vivienda.

A favor del mantenimiento de esta competencia en el Estado, pese a la inexistencia de reserva de competencia y la asunción por los Estatutos de la competencia en esta materia y de la de urbanismo, con carácter de exclusiva, residía en el carácter fundamentalmente subvencional o de fomento de los citados planes, ya que, tras el nacimiento de las Comunidades Autónomas, el Estado ha puesto en marcha Planes

⁹ Véase SÁNCHEZ MORÓN, M., *Subvenciones del Estado y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1990, páginas 40 a 66, página 147.

Y muy interesante, BASSOLS COMA, M. «Artículo 47. Derecho a la vivienda», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (Dir: Alzaga Villaamil, O.), Tomo IV, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, págs. 330 y concordantes.

Véase también MUÑOZ CASTILLO, J., *El Derecho a una Vivienda Digna y Adecuada*, Colex, 2000, págs. 92 a 98, y del mismo autor *Constitución y Vivienda*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, págs. 26, 27, 28 y 43.

Así mismo, véase BELTRÁN DE FELIPE, M., *La intervención administrativa en la vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, página 26, donde analiza el modelo teórico: las Sentencias Constitucionales 152/1988 y 59/1995 (competencias sustantivas, competencias de financiación y competencias de gestión), y en págs. 35 a 40, analiza la incidencia del spending power en esta materia, señalando que el TC quiere evitar que la competencia siga al gasto y que el spending power de una Administración anule o interfiera en la competencia de otras administraciones.

Puede verse también BORGIA SORROSAL, S., *El derecho constitucional a una vivienda digna. Régimen tributario y propuestas de reforma*, Colección Fiscalidad Dykinson, Madrid 2009, págs. 98 y 99.

de Vivienda dirigidos a la financiación de actuaciones protegibles, evitando inmiscuirse en normativa sustantiva que corresponde al ámbito autonómico.

Pero a pesar de ello, el conflicto se suscita por la impugnación de varias Comunidades Autónomas del Plan Estatal de Vivienda en diferentes conflictos de competencia¹⁰, que serán resueltos por la referida Sentencia del Tribunal Constitucional reconociendo la competencia estatal para la aprobación de dicho Plan.

La base de dicha competencia estatal se estableció en la referida Sentencia en las materias 11 y 13, del artículo 149.1 CE que reserva al Estado las bases de la ordenación del crédito, para intervenir en la elaboración de normativa básica de financiación y sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, por la incidencia del sector de la construcción en la economía española.

Sobre esta base la Sentencia establece que el Estado puede intervenir:

- En la definición misma de las actuaciones protegibles.
- En las fórmulas de financiación (créditos cualificados, subsidiación de préstamos y subvenciones).
- Nivel de protección que se intente alcanzar u ofrecer en cada caso.
- La aportación misma de recursos estatales que permiten realizar las correspondientes actuaciones, dado que se trata de medidas de carácter de política económica relativas al sector vivienda.

Concretamente, el Fundamento Jurídico 4º de la referida Sentencia fundamenta esta atribución de competencias al Estado apoyándose en la política económica general relativa al sector de la vivienda y *«como expresión de ésta última, la regulación estatal de cada uno de estos cuatro aspectos no invade competencia autonómica alguna, pues se halla legitimada por lo dispuesto en el artículo 149.1.13 de la Constitución, así como, por lo que hace a la financiación privada de tales actuaciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.11, puesto que se traduce en la disciplina de uno de los préstamos de regulación especial computables por las entidades financieras»*.

Conforme a la Doctrina expuesta del Tribunal Constitucional, al Estado le corresponden competencias en normativa básica de financiación, en tanto que a las Comunidades Autónomas les corresponden competencias complementarias de ges-

¹⁰ Así la Sentencia del Tribunal Constitucional 152/1988, de 20 de julio, que acumula los conflictos positivos de competencia 325/84, 327/84, 410/84 y 615/84, promovidos por el Gobierno Vasco, en relación con el Real Decreto 3280/1983, Orden del MOPU de 27-1-84, Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27-1-84, Orden del MOPU de 7-3-84 y Orden del MOPU de 12-4-84, y conflicto positivo número 880/87, promovido por el Gobierno de la Nación contra el Gobierno Vasco.

tión, y sustantivas para regular regímenes de viviendas con protección pública y para establecer medidas de financiación de carácter autonómico.

En definitiva, el esquema competencial en materia de vivienda se asimila al esquema “bases-desarrollo”, aunque con la matización de elementos que singularizan esta técnica, ya que su instrumentación se realiza a través de convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas, convenios entre el Estado y las entidades de crédito, y el seguimiento mediante conferencias multilaterales o bilaterales Estado-Comunidades Autónomas.

La intervención del Estado se ha materializado en los denominados Planes Estatales de Vivienda, que constituyen la normativa básica estatal en la materia, y de acuerdo con la distribución de competencias referida en materia de vivienda puede darse la siguiente gama de posibilidades:

- Aplicación del Plan Estatal mediante normativa autonómica complementaria de tramitación.
- Aplicación del Plan Estatal complementado con normativa autonómica de desarrollo (ayudas económicas) y de tramitación.
- Plan autonómico que inserta el Plan Estatal y establece su tramitación.
- Plan autonómico independiente del Plan Estatal.
- Medidas singulares autonómicas.

Llama la atención el peso de los fundamentos económico-patrimoniales en la definición de la competencia y la práctica total ausencia de otros fundamentos más relacionados con el contenido material de los derechos y bienes constitucionales afectados, el derecho a la vivienda o la protección de la dignidad de la persona, que sin embargo, si aparecerán en la STC 61/1997, de 20 de marzo, para justificar la intervención del Estado en materia de suelo, a través de la cláusula del artículo 149.1.1 CE.

Esta peculiaridad resulta sumamente significativa en relación con el problema de la interpretación del artículo 47 CE en dos direcciones:

- El predominio de las cuestiones patrimoniales y económicas en la configuración misma de la intervención en esta materia, en detrimento de una intervención basada en la garantía de la efectividad del derecho.
- La configuración de la intervención, por ello, hacia el funcionamiento del sector vivienda- construcción- urbanismo, con detrimento de la asunción de una responsabilidad directa en la preservación de este aspecto esencial de la dignidad de la persona.

Pero la distribución competencial no quedaría completa sin hacer una breve referencia a las Administraciones Locales, que, como es lógico, tienen un papel de primer orden en la configuración de las políticas de ciudad, y en esta línea, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, recoge las competencias de estas Administraciones en materia de promoción y gestión de vivienda, y la posibilidad de realización de actividades complementarias a las propias de otras Administraciones Públicas en esta materia.

El protagonismo municipal en las políticas de ciudad es esencial para contribuir a satisfacer las necesidades y las aspiraciones de la comunidad vecinal. Por ello, la legislación de régimen local atribuye al municipio las competencias importantes en materia de vivienda citadas, que se completan con atribuciones específicas por parte del ordenamiento Estatal y Autonómicos, que convierten al municipio en una administración idónea para actuaciones de desarrollo urbano y de rehabilitación de centros y cascos históricos.

La posibilidad de desarrollar planes municipales de vivienda o de rehabilitación, la expedición de cédulas de habitabilidad, la competencia en materia de ruina, y la colaboración en los procedimientos de adjudicación de viviendas de promoción pública, muestran algunas de las importantes intervenciones municipales a tenor de la normativa estatal y/o autonómica.

La cercanía a los vecinos y al territorio propicia una actuación imprescindible en nuevas perspectivas en esta materia.

III. ADECUACIÓN DE EDIFICIOS Y VIVIENDAS.

La adecuación física de los edificios, las condiciones de accesibilidad, la utilización, revisten peculiaridades importantes, que han obligado a las Comunidades Autónomas a desplegar un desarrollo normativo importante, pero que ha producido una regulación en ocasiones necesitada de armonización. Para conseguirla y al amparo de las determinaciones de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidad no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con discapacidad, el Estado ha promulgado el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad, elaborado con la participación del Consejo Nacional de Discapacidad, y dictado, con carácter básico, al amparo de las competencias que se atribuyen al Estado en los arts. 149.1.16, 23 y 25 de la Constitución Española.

Esta norma se ocupa muy especialmente de la seguridad de utilización y accesibilidad, teniendo muy presente los elementos de circulación de los edificios y las condiciones de evacuación de las personas con discapacidad en caso de incendio.

Esta normativa supone un avance importante sobre la adecuación residencial. Ahora bien, el diseño de la vivienda puede, no obstante, ofrecer algunas dificultades.

tades de movilidad y habitabilidad para las personas con discapacidad, dada la diversidad de situaciones que se pueden plantear.

IV. LOS PLANES ESTATALES DE VIVIENDA Y EL ALOJAMIENTO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Teniendo en cuenta las características del derecho a una vivienda digna y adecuada, el reparto de competencias entre las Administraciones públicas, y la necesaria adecuación de los edificios, parece oportuno, es conveniente y necesario, abordar si el Estado, a través de sus Planes estatales de vivienda debe incrementar su actuación pública en favor del alojamiento de las personas con discapacidad, facilitando el acceso y procurando un desarrollo personal y familiar acorde con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, a que alude el artículo 10 CE y que son fundamento del orden político y de la paz social.

Para ello nos va a arrojar luz un detenido estudio de los Planes estatales de vivienda nacidos a partir de la Constitución Española, en cuanto al tratamiento de vivienda para las personas con discapacidad.

Como precedente, cabe señalar que la legislación especial reguladora de las viviendas de protección oficial, ya contemplaba que en los proyectos de estos tipos de viviendas, que se presentaran para su aprobación a partir del día 1 de enero de 1976, habían de proyectarse tres viviendas destinadas a minusválidos¹¹ por cada cien programadas, situadas obligatoriamente en planta baja, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1766/1975, de 20 de julio.

Posteriormente el Real Decreto 355/1980 de 25 de enero¹² establece que los promotores de viviendas de protección oficial vendrán obligados a reservar en los proyectos correspondientes la siguiente reserva mínima para discapacitados:

- Una vivienda, cuando la programación abarque más de 33 viviendas y menos de 66.
- Dos viviendas, cuando se programen más de 66 y menos de 100.
- Tres viviendas, si el proyecto incluye entre 100 y 200 viviendas. Si abarca más de 200 viviendas, a las tres viviendas citadas se añadiría una vivienda adicional por cada 50 viviendas más o fracción.

¹¹ La denominación de minusválidos está actualmente totalmente rechazada, por contraria a la dignidad de la persona, y por favorecer la discriminación y ser contraria a la integración social. Se ha consignado únicamente por ser el término citado por el Decreto reseñado.

¹² Ver *Legislación sobre la vivienda, normativa estatal y autonómica*, edición preparada por GARCÍA MACHO, R.; OLLER RUBERT, M. y MUÑOZ CASTILLO, J. con la colaboración de MUÑOZ PÉREZ, D. editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.) 2011, pág. 255.

Esta norma, que forma parte de la legislación estatal supletoria de viviendas de protección oficial, contiene una precisión importante porque el Real Decreto 3148/78, de 10 de noviembre, que desarrolla el Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, determina en su artículo segundo que la protección oficial se extiende a los locales de negocio que habrán de situarse en plantas completas y distintas de las que se destinen a viviendas. Ello constituía un grave obstáculo para una ubicación más adecuada y accesible de las viviendas destinadas a personas con discapacidad, y el Real Decreto 355/1980, de 25 de enero, suprime esta dificultad al establecer que las viviendas proyectadas, destinadas a personas con discapacidad, podrán situarse en cualquier planta del edificio, incluidas las plantas destinadas a locales comerciales, debiendo reunir en cualquier caso las condiciones de acceso y movilidad interior reguladas al efecto.

Los Planes estatales post constitucionales¹³ no se implican especialmente en otras determinaciones sobre el fomento de viviendas para personas con discapacidad, hasta que el Plan Estatal 1996-1999 aprobado por Real Decreto 2190/1995, de 28 de diciembre, acoge la posibilidad de otorgar financiación cualificada para fórmulas intermedias entre la vivienda individual y la residencia colectiva, que deberán tener características adecuadas a los ocupantes con circunstancias específicas, siempre que tales actuaciones sean acordes con la integración social. De esta manera el Plan Estatal posibilita la financiación de formas tipológicas diferentes de las establecidas en el Real Decreto Ley 31/1978, y normativa posterior especial de viviendas de protección oficial.

Seguidamente el Plan Estatal 1998-2001 aprobado por el Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, mantiene la posibilidad de financiación de las fórmulas intermedias entre la vivienda individual y la residencia colectiva, con características adecuadas a sus ocupantes, especificando que la superficie protegida a efectos del otorgamiento de financiación cualificada no superará los 40 m² útiles para cada una de las unidades habitacionales incluidas en un alojamiento, y también será protegida la superficie útil correspondiente a los servicios comunes, con un máximo de un 20 % de la superficie útil total de las unidades habitacionales del alojamiento¹⁴, regulación y características que mantiene el Plan-Estatal 2002-2005 aprobado por el Real Decreto 1/2002, de 11 de enero.

Sin duda, estas fórmulas mixtas o intermedias posibilitan un tipo de alojamientos que, siendo distintos a la vivienda individual o familiar, pueden combinar las viviendas para discapacitados de tipo ordinario con elementos asistenciales, de forma que una edificación podrá estar integrada por viviendas adecuadas y por bajos o áticos destinados a elementos asistenciales¹⁵.

¹³ Recoge las características esenciales de estos Planes post constitucionales MUÑOZ CASTILLO, José, *Viviendas de Protección Oficial, El Procedimiento Administrativo*, Generalidad Valenciana, Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, Valencia, 1995, pág. 21 a 50, y pág. 201.

¹⁴ Ver artículo 1.2 del Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio.

¹⁵ Poner como ejemplo las viviendas tuteladas llevadas a cabo por el IPPSA en la Comunidad Valenciana con destino al colectivo específico de personas mayores.

Los Planes Estatales 2005-2008, aprobado por Real Decreto 802/2005, de 1 de julio, y 2009/2012, aprobado por Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, contienen referencias mucho más explícitas sobre las personas con discapacidad. El primero especifica que las personas con discapacidad son las comprendidas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y considera beneficiarios con derecho a protección preferente a las personas con discapacidad y a sus familias, especificando que pueden obtener subvenciones a inquilinos y, en las actuaciones de rehabilitación hace referencia a las obras de adecuación funcional de los edificios que tengan por finalidad suprimir barreras de todo tipo y promover la accesibilidad de las personas con discapacidad.

Y también el Plan 2009-2012 considera a las personas dependientes o con discapacidad oficialmente reconocida, y las familias que las tengan a su cargo, como beneficiarios con derecho a protección preferente.

Estos dos Planes a pesar de las referencias explícitas que contienen a las personas con discapacidad, vieron mermada su eficacia dado que se manifiesta ya en ellos el impacto de la burbuja inmobiliaria y de la crisis económica, efectos que no han sido paliados por el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de Fomento del Alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria, y la Regeneración y Renovación Urbanas 2013-2016, a pesar de que incluye en su programa el fomento del parque público de viviendas de alquiler a las organizaciones no gubernamentales y demás entidades privadas sin ánimo de lucro, especialmente aquellas que desarrollan su actividad en sectores vulnerables merecedores de una especial protección, y considera sector preferente a las personas con discapacidad¹⁶.

Y además, el actual Plan Estatal 2013-2016, sin duda por impacto de la crisis económica, establece que el Ministerio de Fomento podrá no transferir a las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla las ayudas establecidas en el Plan, en el caso de que no se encuentren al corriente de la justificación del pago y de la correcta aplicación de los informes ya transferidos que tengan pendientes de justifi-

En la 1ª Conferencia Europea de la Vivienda celebrada en Valencia se presentó un proyecto en la ciudad de Overpelt, en Bélgica, que persigue que personas con discapacidad puedan vivir de forma lo más autónoma posible, integrados en cualquier zona residencial, que se complementa con ayuda para ciertas actividades de la vida cotidiana, dentro del programa de «La vivienda focus», que consiste en viviendas adaptadas, integradas en un conjunto de viviendas sociales, cuyos moradores reciben ayuda asistencial extraordinaria y específica para tareas cotidianas como vestirse, higiene diaria, etc. Puede verse información muy completa en Conferencia Europea de la Vivienda. La vivienda factor de cohesión en la construcción europea, Conclusiones, ponencias y ejemplos de buenas prácticas, CECODHAS, Valencia, 1997, págs. 238 a 242.

¹⁶ El Anexo 1 del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, considera sector preferente a las personas con discapacidad en virtud de lo regulado en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y el Convenio Marco de colaboración entre la Administración General del Estado y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (el CERMI).

car correspondiente al Plan Estatal de Vivienda 2009-2012¹⁷, lo que ha limitado profundamente la operatividad del Plan Estatal vigente.

En sintonía con todo lo expuesto, cabe señalar que el problema de alojamiento de las personas con discapacidad está actualmente atendido mediante las siguientes posibilidades:

- Centros especializados para las personas con discapacidad cuyo grado les imposibilita para otro tipo de alojamiento. Se trata de edificios asistenciales que entran en el campo de actuación de Bienestar Social.

- Edificios de carácter mixto que comprenden fórmulas intermedias de tipo residencia-asistencial. Como se ha visto esta posibilidad entra ya dentro del campo de actuación de los Planes Estatales de Vivienda, que pueden destinar para ello financiación cualificada-protegida.

- Viviendas situadas en promociones públicas o privadas, con distintos niveles de accesibilidad, movilidad y adecuación habitacional. En este supuesto los Planes Estatales de Vivienda pueden contemplar medidas financieras que potencien su promoción, su adecuación y su disfrute.

V. PERSPECTIVAS PARA LA CONFIGURACIÓN DE ACTUACIONES PROTEGIDAS ADECUADAS EN LOS PLANES ESTATALES DE VIVIENDA.

Una labor investigadora en este campo nos ha llevado a conocer los estudios técnicos y anteproyectos normativos elaborados y preparados por el Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda, en el año 1982, que propiciaban fórmulas de flexibilidad innovadoras en el diseño y distribución de las viviendas de promoción pública.

La Subdirección General de Promoción Pública de este Organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, elaboró un diseño de vivienda que puede ser muy útil para la adecuación a las circunstancias personales y familiares, y, entre otras, por supuesto, a las derivadas de los distintos grados de discapacidad.

Expectativas que se truncaron por el cambio de gobierno acaecido tras las elecciones generales de octubre de 1982, y por el reparto de competencias en materia de vivienda propiciado por la Constitución Española y la progresiva entrada en vigor de los Estatutos de Autonomía que favorecieron, finalmente, la supresión del Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda¹⁸.

¹⁷ Véase Disposición Adicional 1ª del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril.

¹⁸ El Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda fue suprimido por el Real Decreto 1654/ 1985, de 3 de julio, con efectos de 31 de diciembre de 1.985.

El objetivo de esta nueva fórmula de tipología de vivienda era conseguir el mayor nivel de adecuación con carácter inicial y progresivo, al tiempo que introducía factores de ahorro económico en las promociones públicas de vivienda. Esta fórmula puede ser también aplicable a las promociones privadas de viviendas de protección pública y, por supuesto, ser contemplada como actuación protegible por los Planes Estatales de vivienda.

El Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda desarrolló importantes programaciones de viviendas de promoción pública del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo 3º del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, y de la experiencia obtenida pudo observarse que no siempre la distribución interior proyectada para estas viviendas se adaptaba plenamente a las necesidades y formas de vida de sus futuros usuarios, con su variada composición familiar, hábitos de vida, y necesidades domésticas.

Y para hacer frente a esta problemática, y mejorar la adecuación de la distribución interior de las viviendas, que afecta a la movilidad, y al uso y al aprovechamiento de la superficie construida, la Subdirección General de Promoción Pública del citado Organismo autónomo llegó a la conclusión de que conviene establecer la posibilidad de que las viviendas de promoción pública se entreguen a sus futuros usuarios de forma que éstos puedan decidir y ejecutar la distribución interior, como estimen más conveniente.

Para hacerlo posible se intentan crear las Viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública de Distribución Interior Libre (DIL), elaborando unas normas capaces de dejar una libertad de diseño que satisfaga las más diversas necesidades que se planteen, sin más limitaciones que las obligadas por la existencia de unos servicios y de unas instalaciones comunes, estableciendo, con carácter mínimo, que este tipo de viviendas en el momento de su entrega dispongan de cuarto de aseo compuesto de baño, lavabo e inodoro, cocina e instalaciones mínimas, y sin compartimentar y distribuir el resto de la vivienda.

Naturalmente, se tenía en cuenta como contribución y ayuda a la financiación de las obras que pueda realizar el adquirente para completar la distribución de su vivienda, el establecimiento de condiciones de pago específicas, facilitando la financiación.

Y a mayor abundamiento, el borrador de normativa técnica recogía un buen número de alternativas como solución cocina-comedor o estar-comedor, que permitiera una posible ampliación de la cocina así como para el diseño y adecuación de cuarto de baño y de aseo, como servicios sanitarios imprescindibles.

A tal efecto, la Subdirección General de Promoción Pública del Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda preparó, con redacción prácticamente terminada, un proyecto de Real Decreto sobre Viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública de Distribución Interior Libre, y el esbozo de una Orden Ministerial de desarro-

llo del Real Decreto DIL, que, como se ha indicado, no vieron finalizada su tramitación y entrada en vigor por circunstancias políticas, al producirse el cambio de gobierno.

El proyecto normativo de las viviendas de promoción pública DIL contemplaba la definición de este tipo de viviendas apoyándose en el programa mínimo, la calificación y régimen jurídico, el destino de las viviendas, la ejecución de las obras de distribución interior, la superficie útil y el precio de venta, así como un mandato para que el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo aprobara las normas técnicas que estas viviendas deberían cumplir.

En el esbozo de futura Orden de desarrollo se establecían las normas técnicas de aplicación, que debían facilitar la terminación por parte del adquirente de cualquier tipo de distribución, evitando demoliciones y duplicidad de gasto, y favoreciendo la nueva distribución o terminación de diferentes unidades, suelos y techos e instalación eléctrica, parámetros de distribución de cuartos de baño y aseo, cocina y otros elementos¹⁹.

Incluso en los estudios y documentación para la elaboración de la referida normativa de las viviendas de Distribución Interior Libre (DIL), se contempló una posible reducción de costos en la edificación de viviendas, contribuyendo a estimular su promoción.

La Estrategia Española sobre Discapacitados 2012-2020 recoge entre sus principios inspiradores “la imaginación y creatividad”, que detalla del siguiente modo: La complejidad e integralidad de factores que afectan a la discapacidad implica que sea necesario promover soluciones creativas e imaginativas, basándose en el factor de que toda situación es susceptible de mejora o solución mediante la aplicación proactiva de este principio, para lo cual adicionalmente hay que considerar la máxima participación de la sociedad en la identificación y elaboración de medidas. Este principio ha de entenderse relacionado de modo amplio con el concepto de “ajustes razonables” y de promoción integral de los derechos de las personas con discapacidad, fomentando la búsqueda de soluciones posibles aunque no siempre evidentes.

Y si tenemos presente que tras la experiencia de la crisis económica y el impacto de la burbuja inmobiliaria, los Planes de vivienda deberían abandonar objetivos exclusivamente economistas²⁰, y abrazar un modelo que atienda mucho más

19 El Subdirector General de Promoción Pública del Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, el arquitecto don Jose Luis Rokiski Uribarri, conserva borradores de la documentación de las viviendas DIL con el texto de los anteproyectos de Real Decreto y Orden Ministerial, elaborados entre mayo y junio de 1.982 y que estuvieron a punto de ver la luz si no se hubieran producido los cambios políticos que tuvieron lugar como consecuencia de las elecciones generales de octubre de 1.982. En sus notas entiende que se trata de una distribución adaptada a las necesidades de cada familia, y una aportación a la solución del problema de la «Vivienda Crecedera».

20 Santo Padre Francisco, Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium, San Pablo, Madrid 2013, pág. 56. «...*hoy tenemos que decir no a la economía de la exclusión y la inequidad*».

adecuadamente las demandas sociales, como se hizo patente en el Congreso Nacional de Vivienda Social, celebrado en Sevilla el 14 y 15 de marzo de 2014²¹. No cabe duda que los estudios realizados para crear unas Viviendas de Distribución Interior Libre, constituyen un precedente valioso, que ofrece la posibilidad de abrir caminos de innovación y adecuación para incorporar actuaciones protegidas en los Planes estatales de vivienda, disponiendo financiación cualificada para que las personas con discapacidad y sus familias puedan acceder y disfrutar de una vivienda digna y adecuada, respondiendo así al mandato establecido en el artículo 47 de la Constitución Española con atención específica a esta demanda social.

Por tanto se está en presencia de un *ius fruendi et utendi*, en el que el componente vivienda aparece como instrumental, sin perjuicio de que debe recaer sobre la que cumpla los requisitos de digna y adecuada, que es complemento imprescindible, pero sin confundir la pérdida de la vivienda con la del derecho.

En esta línea es oportuno poner de manifiesto que el derecho a la vivienda viene recogido en el precitado artículo como un derecho al “disfrute” de una vivienda digna y adecuada, por lo que el mandato dirigido a los poderes públicos para promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacerlo efectivo no se circunscribe a medidas para el acceso, sino que se extienden a su posesión pacífica y útil, respaldando así que los Planes de vivienda contemplen actuaciones protegibles en ese sentido²².

La política de protección a la vivienda ha de considerarse un instrumento de mejora del hábitat y de la calidad de vida de las personas, circunstancia por la que los Planes de vivienda deben contener actuaciones protegidas que mejoren la accesibilidad, y las medidas de conservación y mantenimiento.

La rehabilitación integral de barrios, entornos urbanos, edificios y viviendas, mejorando las prestaciones y las condiciones de utilización, adecuada a las personas, son objetivo imprescindible de la política de vivienda y de su gestión.

El acercamiento hacia viviendas mejor dotadas en materia medioambiental, y con sistemas ecológicos de energía, no solo limitadas a la vivienda en sí, sino a su entorno urbano, constituyen objetivos a alcanzar, y preconizan coordinación, e incluso acuerdos con experiencias piloto de innovación y de investigación en estas materias.

21 MUÑOZ PÉREZ, D., *Las aporías del régimen jurídico de uso y aprovechamiento de las viviendas de protección pública*, Editorial Real Fundación Patronato de la Vivienda de Sevilla, Sevilla 2014, págs. 365-374.

22 MUÑOZ CASTILLO, J. *El Derecho a una Vivienda Digna y Adecuada. Eficacia y Ordenación Administrativa*, Colex, Madrid 2000, págs. 119 y 135, y del mismo autor, *Constitución y Vivienda*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 150 Cuadernos y Debates, pág. 34 que dice: «Considerando el Ordenamiento Jurídico Administrativo sobre la vivienda, podemos decir que el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, que recoge el artículo 47 CE, comprende necesariamente tres aspectos: 1º El acceso..... 2º La posesión útil y pacífica.... 3º La conservación de la vivienda...».

En definitiva, Los Planes estatales de vivienda, atendiendo la problemática específica de las personas con discapacidad, y en línea con las determinaciones constitucionales expuestas y el carácter social del derecho a una vivienda digna y adecuada, pueden y deben profundizar en la definición y formulación de actuaciones protegidas que ofrezcan soluciones innovadoras, disponiendo la financiación correspondiente, facilitando y haciendo efectivo el derecho de este colectivo con mayores niveles de autonomía y habitabilidad.

BIBLIOGRAFIA.

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Las Viviendas de Protección Oficial en el Ordenamiento Español*, Ministerio de la Vivienda, Servicio Central de Publicaciones, Madrid 1968.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *La intervención administrativa en la vivienda, aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Editorial Lex Nova, Valladolid 2000.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Iustel, Madrid 1994.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Los Derechos Fundamentales y la Acción de los Poderes Públicos*, REP, número 4, 1982.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, tercera edición Civitas, Madrid 1985 (reimpresión 1988).

GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las Aporías de los Derechos Fundamentales Sociales y el Derecho a una Vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local Madrid, 1982.

GARCÍA MACHO, Ricardo; OLLER RUBERT, Marta y MUÑOZ CASTILLO, José con la colaboración de MUÑOZ PÉREZ, David; *Legislación sobre la Vivienda. Normativa estatal y autonómica*, editorial Tecno (Grupo Anaya, S.A.) 2011.

IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, *Administración Pública y Vivienda*, Editorial Montecorvo S.A. Madrid 2000.

MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo, *Cuadernos de Derecho Judicial. Vivienda*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

MUÑOZ CASTILLO, José, *El Derecho a una Vivienda Digna y Adecuada Eficacia y Ordenación Administrativa*, Editorial Colex, 2000.

MUÑOZ CASTILLO, José, *Viviendas de Protección Oficial, El Procedimiento Administrativo*, Generalidad Valenciana, Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, Valencia, 1995.

MUÑOZ PÉREZ, David, *Las aporías del régimen jurídico de uso y aprovechamiento de las viviendas de protección pública*, Editorial Real Fundación Patronato de la Vivienda de Sevilla, Sevilla 2014.

PAREJO ALFONSO, Luciano en Prólogo al Libro *Derecho a la Vivienda y Burbuja Inmobiliaria: de la propiedad al alquiler y la rehabilitación*, TEJEDOR BIELSA, Julio, La Ley Grupo WOLTERS KLUWER. TEMAS, Madrid 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

Santo Padre FRANCISCO, *Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium*, San Pablo, Madrid 2013.

RESUMEN

Teniendo en cuenta las características del derecho a una vivienda digna y adecuada, el reparto de competencias entre las Administraciones públicas, y la necesaria adecuación de los edificios, parece oportuno, es conveniente y necesario, abordar si el Estado, a través de sus Planes estatales de vivienda debe incrementar su actuación pública en favor del alojamiento de las personas con discapacidad, facilitando el acceso y procurando un desarrollo personal y familiar acorde con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, a que alude el artículo 10 CE y que son fundamento del orden político y de la paz social.

Los estudios realizados para crear unas Viviendas de Distribución Interior Libre, constituyen un precedente valioso, que ofrece la posibilidad de abrir caminos de innovación y adecuación para incorporar actuaciones protegidas en los Planes estatales de vivienda, disponiendo financiación cualificada para que las personas con discapacidad y sus familias puedan acceder y disfrutar de una vivienda digna y adecuada, respondiendo así al mandato establecido en el artículo 47 de la Constitución Española con atención específica a esta demanda social.

PALABRAS CLAVE: Vivienda digna y adecuada – Adecuación de los edificios – Discapacidad – Competencias – Planes de Vivienda.

ABSTRACT

Taking into account the characteristics of the right to decent and adequate housing, the distribution of powers between the public authorities, and the necessary adaptation of the buildings, it seems appropriate, it is suitable and necessary to address whether the State, through State housing plans should increase his public performance in favor of accommodation of persons with disabilities, facilitating access and ensuring a personal and family development consistent with the dignity

of the person inviolable rights that are inherent to it and the free development of the personality, referred to the EC article10 and are based on the political order and social peace.

The studies carried out to create a distribution inside outdoor housing, constitute a valuable precedent, which offers the possibility of open paths of innovation and adaptation to incorporate actions protected in State housing plans, having qualified funding so that persons with disabilities and their families can access and enjoy a decent and adequate housing response to the mandate set out in article 47 of the Spanish Constitution, with specific attention to this social demand.

KEYWORDS: Dignified and adequate – Housing adequacy of buildings – Disabilities – Skills – Housing plans.

Recepción del artículo: 15/5/2015 - Evaluación anónima: 4/12/2015 - Aceptación versión final: 29/12/2015

POSIBILIDADES Y LÍMITES PARA EL DESARROLLO AUTONÓMICO DEL ARTÍCULO 16.3 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Juan J. Guardia Hernández

Profesor asociado Derecho Constitucional

Universidad Jaume I

Sumario:

- I. EL DESARROLLO AUTONÓMICO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE RELACIÓN CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS.
 - a) Cláusula remanente o residual.
 - b) Capacidad normativa transversal *ex art. 149.1.1º CE* a favor del Estado.
 - c) Materias interrelacionadas con la libertad religiosa.
- II. LÍMITES AL DESARROLLO AUTONÓMICO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE RELACIÓN CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS.
 - a) Límites derivados de la libertad religiosa como principio organizador del Estado Español.
 - b) Límites materiales derivados de la libertad religiosa como derecho fundamental.
 - c) Límites competenciales derivados de la reserva de Ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales.
 1. *Titulares de la libertad religiosa.*
 2. *Facultades de la libertad religiosa.*
 3. *Garantías de libertad y autonomía religiosa de los ciudadanos y las confesiones.*
 4. *Límites a la libertad religiosa.*
 - d) Límites derivados de la garantía estatal de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales (art. 148.1.1º CE).
- III. A PROPÓSITO DE LA STC 207/2013, DE 5 DE DICIEMBRE: ANULACIÓN DE UNA NORMA DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA POR NO RESPETAR LOS LÍMITES AUTONÓMICOS EN MATERIA RELIGIOSA.

* Trabajo del Proyecto de investigación «Gestión de la diversidad religiosa y organización territorial» (DER2012-31062), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, en BOE núm. 21, de 24/1/2013.

- a) Antecedentes normativos.
- b) Objeto del recurso.
- c) Límites al desarrollo foral Navarro de la libertad religiosa y de relación con las confesiones: vulneración de la libertad religiosa como principio organizador del Estado Español.
- d) La legislación básica estatal incluye la exención de IBI para los inmuebles de las confesiones religiosas con acuerdo con el Estado.

IV. CONCLUSIONES.

A lo largo de las últimas décadas la bibliografía existente en lo relativo al desarrollo del denominado Estado de las Autonomías es ingente. En especial en todo lo relativo al reparto competencial entre el Estado y las CCAA, fuente inagotable de conflictos. No sin cierta ironía, MUÑOZ MACHADO ha denominado al juego de los arts. 148 y 149 CE como «el inextricable universo de las competencias».

Ahora bien, pese a abundante literatura científica al respecto, quedan algunas materias que han merecido una atención menor. El objeto de este trabajo, precisamente, se centra exclusivamente en una de éstas: la materia de libertad religiosa.

En cuestión tiene cierta complejidad, y presenta dos planos que, aunque íntimamente relacionados, deben ser distinguidos: 1) el de la posición del Estado respecto del fenómeno religioso y de las relaciones (o la ausencia de ellas) entre confesiones y Poderes Públicos; 2) el del reconocimiento constitucional (o su desconocimiento) de la libertad religiosa como derecho fundamental de personas y confesiones². A lo largo de este trabajo, como se verá, se distinguirán estos dos aspectos.

Sea como fuere, la estructura del presente estudio es la siguiente: En el epígrafe I analizaré los arts. 148 y 149 CE para determinar si el constituyente preveía algo respecto y, en caso que constituya una materia preterida en las dos listas de competencias, intentar extraer las consecuencias que ello comporta. En el epígrafe II, por su parte, expondré los límites sustanciales y competenciales que, en mi opinión, existen al desarrollo autonómico de la libertad religiosa y de relación con las confesiones religiosas. Por último, en el epígrafe III analizaré con cierto detalle la STC 207/2013,

¹ MUÑOZ MACHADO, S., *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. Barcelona: Crítica, 2013, pág. 99. Con severas palabras afirma: «He sostenido al principio de este escrito que ya va siendo hora de proclamar que el Título VIII de la Constitución es, de principio a fin, incorrectísimo técnicamente. Resulta inexplicable que la parte más delicada de la Constitución no fuera tratada con más cuidado y talento. Realmente es de una complejidad asombrosa y, por fuerza, su aplicación tenía que conducir a la generación de conflictos competenciales permanentes, tardanzas infinitas en su resolución, y llevar a una relación final en la que cada poder concernido actúa a su arbitrio, a despecho de las reglas» (pág.102).

² Sigo en este punto a CASTELLÀ ANDREU, J.M., *Los principios constitucionales*. CASTELLÀ ANDREU, J.M. (ed.), *Derecho Constitucional Básico*. Barcelona: Huygens, 2014, págs. 76-79: «a primera vista parece que deba haber una vinculación entre la laicidad y la libertad religiosa por un aparte, y entre el Estado confesional y la restricción de dicho derecho fundamental por otra, pero no siempre es así: los estados confesionales del Norte de Europa tienen una religión oficial y paralelamente reconocen la libertad religiosa a sus habitantes lo que permite el ejercicio de otros cultos con plena libertad. Lo fundamental en todo caso será en el reconocimiento efectivo y la amplitud de la protección de la libertad religiosa como derecho fundamental».

de 5 de diciembre, que anula una norma de la Comunidad Foral de Navarra en lo relativo al Impuesto de Bienes Inmuebles y los inmuebles de las confesiones religiosas con acuerdo, por vulnerar el modelo básico de laicidad establecido para todo el territorio nacional por la CE y por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (en adelante LOLR). Este último apartado constituye una aplicación práctica de las consideraciones especulativas desarrolladas con precedencia en los aludidos epígrafe primero y segundo.

I. EL DESARROLLO AUTONÓMICO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE RELACIÓN CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS.

El art. 16.3 CE establece para España un modelo de relaciones con las confesiones caracterizado por la aconfesionalidad de los Poderes Públicos y, simultáneamente, la existencia de cooperación con la Iglesia Católica y el resto de confesiones.

Los arts. 16.1 y 27.3 CE reconocen la libertad religiosa como derecho fundamental.

Sin embargo, no se identifica a ninguna administración específica. Se usa una locución omnicomprensiva («Poderes Públicos») de todas las administraciones. A ello hay que añadir que en Nuestra Carta Magna no aparece ninguna alusión a la libertad religiosa, ni a la relación con las confesiones en el elenco de materias que podrán asumir las CCAA (art. 148.1 CE), ni en la lista de competencias exclusivas del Estado (art. 149.1 CE)³.

Y todo ello a diferencia de otras constituciones, que sí reservan la libertad religiosa y la relación con las confesiones religiosas a alguna de las administraciones territoriales, como acaece en ejemplos de derecho comparado de estados compuestos, como el alemán⁴, el italiano⁵ o el canadiense⁶, por citar solo algunos.

Incluso se podría añadir que no ha sido siempre así en nuestra tradición constitucional. El art. 14.2 de la Constitución de la Segunda República, tanto para la relación con confesiones, como para la libertad religiosa como derecho individual y colectivo, estableció que: «Son de exclusiva competencia del Estado español la legislación y ejecución directa en las materias siguientes: (...) 2. Relación entre la iglesia y el Estado y el régimen de cultos». Esta avocación competencial, de algu-

3 Cfr. AGUADO i CUDOLÀ, V., *Los diversos niveles de gestión en relación con la diversidad religiosa*, en PÉREZ-MADRID, F., *La gestión jurídica de la diversidad religiosa en el área mediterránea*, 2012, págs. 39-60: «Debe destacarse que no existe la materia “religión” o “diversidad religiosa” en el art. 149.1.1 de la Constitución».

4 Cfr. MUCKEL, S. *El Estado y la Iglesia en Alemania. Revista catalana de Dret Públic*, 2006, nº 33, págs. 267-293.

5 Cfr. BOLGIANI, I., *Regioni e fattore religioso. Analisi e prospettive normative*. Milán: Vita e Pensiero, 2012.

6 Cfr. CHOUDHRY, S. «Rights Adjudication in a Plurinational State: the Supreme Court of Canada, Freedom of Religion, and the Politics of Reasonable Accommodation». *Osgoode Hall Law Journal*, 2013, nº 50.3, págs. 575-608. Y también, CASTELLÀ ANDREU, J.M., Canadá. Un laboratorio del federalismo. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., *La reforma federal: España y sus siete espejos*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2014, págs. 259-310.

na manera, justifica que en ninguno de los Estatutos de Autonomía aprobados en aquella etapa de nuestra historia jurídica se hiciera mención alguna a la libertad religiosa, ni a las confesiones religiosas, ni las relaciones con éstas⁷.

Con estos precedentes, a mi juicio, para clarificar qué compete y a quién en esta materia, hay que tomar en consideración tres cuestiones.

- En primer lugar, la cláusula residual contenida en el art. 149.3 CE.
- En segundo lugar la capacidad normativa transversal *ex art.* 149.1.1.º a favor del Estado.
- En tercer lugar las materias estrechamente interrelacionadas con la libertad religiosa que se distribuyen entre las instancias territoriales de poder.

La primera incide tanto en el modelo de relaciones con las confesiones, como en la tutela de la libertad religiosa. La segunda y la tercera se circunscriben más al estatuto de la libertad religiosa como derecho fundamental.

Voy a ocuparme sucesivamente de estos elementos.

a) Cláusula remanente o residual.

La doctrina española ha asumido como un lugar común afirmar que formalmente la Carta Magna asume un «método de enumeración bilateral» de las competencias, consistente en señalar, del modo más completo posible, tanto las materias asignadas a la competencia del Estado como las de competencia de los entes autonómicos⁸.

7 Cfr. DE MEER LECHA-MARZO, F., *La cuestión religiosa en las Cortes Constituyentes de la II República Española*, Pamplona: Eunsa, 1975; también, cfr. ORTEGA ÁLVAREZ, L.I., *Las Regiones en la II República*. ORTEGA ÁLVAREZ, L.I. (Coord.), *Las reformas administrativas en la II República*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2009, págs. 39-54. Para ser exactos, el primer proyecto de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (el conocido Estatuto de Estella de 1931 que incluía a Navarra y Euskadi) sí se preocupó de incluir esta cuestión, habida cuenta que su art. 15.4 afirmaba que El Estado Vasco se reservaba «*Las relaciones de la Iglesia y del Estado Vasco, el cual negociará un concordato con la Santa Sede*». Su Exposición de motivos justifica de la siguiente manera esta pretensión: «*De aquí que el Estatuto de Estella reserva para el Estado Vasco entre otras facultades, la de regular libremente sus relaciones con la Iglesia, mediante un Concordato que se negociará. El Estatuto de Estella sigue en este aspecto las modernas tendencias de Constituciones federales recientes, que reconocen esta facultad a sus Estados particulares. Tal sucede con Baviera y Prusia en Alemania, Friburgo en Suiza y con algunos Estados federales de la República mejicana*»: Cfr. GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J. *El primer Estatuto de Autonomía de Catalunya (1931)*: a propósito de un éxito referendario. FOLGUERA, P., PEREIRA, J.C, et ALII. (eds). *Pensar con la historia desde el Siglo XXI*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2015, págs. 2957-2972, y también SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., El precedente republicano del Plan Ibarretxe. *Cuadernos de Alzate: revista vasca de la cultura y las ideas*, 2008, n° 38, págs. 89-98.

8 Cfr. ÁLVAREZ-CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, Madrid: Tecnos, 2012, págs. 798-799. Véase también, CASTELLÀ ANDREU, J.M., *El régimen competencial y las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas*. CASTELLÀ ANDREU, J.M., (ed.) *Derecho Constitucional Básico*. Barcelona, Huygens, 2014, págs. 377-380.

Los constituyentes, además, previeron la posibilidad que una materia o competencia quedara huérfana de mención en los arts. 148 y 149 CE. Para resolver esa situación añadieron la denominada cláusula remanente o residual. ÁLVAREZ-CONDE recuerda que se la ha llamado la competencia de la competencia, y consiste en que las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Carta Magna podrán corresponder a las CCAA, si así se instituye en sus respectivos Estatutos. En caso contrario serán de competencia del Estado de modo subsidiario. En el supuesto que estoy analizando, por las razones expuestas, podría ser legítima la aplicación del art. 149.3 CE.

Como quiera que sea, lo cierto es que solo una Comunidad Autónoma ha ejercitado esta posibilidad. Me estoy refiriendo al Estatuto de Autonomía de Cataluña (2006), que ha asumido de modo expreso competencias en materia religiosa: el art. 161.1 y 161.3 en lo relativo a la relación con entidades religiosas que lleven a cabo su actividad en Cataluña, y el art. 161.2 que asume la competencia ejecutiva en materia relativa a la libertad religiosa⁹.

El resto de CCAA no ha reflejado en sus estatutos de segunda generación ninguna reivindicación sobre relación con las confesiones religiosas, ni sobre la libertad religiosa como derecho fundamental, por lo que de modo subsidiario, como he dicho, el Estado es el único competente. Como conclusión de este apartado, por el momento, solo Cataluña podría invocar el art. 149.3 CE para defender el desarrollo autonómico de un cierto modelo propio de relaciones con las confesiones religiosas, y para desarrollar una competencia ejecutiva en materia relativa a la libertad religiosa. El resto de CCAA, al no recabar para sí esta materia, deberán acudir a otros títulos competenciales para justificar políticas públicas al respecto.

b) Capacidad normativa transversal *ex* art. 149.1.1º CE a favor del Estado.

Una precipitada conclusión de las anteriores consideraciones, es decir, de la ausencia de mención de la materia religiosa en las listas competenciales, y el principio dispositivo contenido en el art. 149.3 CE, puede llevar a afirmar que en Cataluña, o en cualquier futura Comunidad Autónoma que asuma estatutariamente esa competencia, las posibilidades de intervención del Estado desaparecen.

Esta cuestión ha sido analizada por AGUADO I CUDOLÀ, que afirma que de ello no hay que colegir que, en esos supuestos, el Estado no tenga competencia alguna en materia religiosa. Circunscribiéndose a la libertad religiosa como derecho fundamental recuerda, en ese sentido, la capacidad normativa estatal transversal *ex* art. 149.1.1º y afirma que: «*Debe destacarse que no existe la materia “religión” o “diversidad reli-*

⁹ Cfr. GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J., «El convenio entre el Ministerio de Justicia y la Generalitat de Catalunya en materia de asuntos religiosos: ¿El primer paso de la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa?». *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, 2013, nº 29, págs. 331-363.

giosa” en el art. 149.1.1 de la Constitución. Ahora bien, ello no quiere decir que el Estado no tenga competencias en materia de religión. En efecto, las competencias del Estado devienen esencialmente de garantizar a todos los españoles el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales (art. 149.1.1º de la Constitución). Entre los derechos constitucionales está la libertad religiosa (art. 16). Por tanto, el Estado garantiza el Derecho Fundamental a la Libertad Religiosa y de Culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa»¹⁰.

Coincido con lo manifestado por este último autor. En el epígrafe II de este trabajo hago una propuesta de los límites al desarrollo autonómico de la libertad religiosa derivados de la garantía estatal de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales¹¹, por lo que me remito a los que desarrollaré en ese punto.

c) Materias interrelacionadas con la libertad religiosa.

Nuestro inextricable universo de las competencias, también tiene incidencia en la tutela y gestión pública de la libertad religiosa. Existen un buen número de títulos competenciales que están estrechamente interrelacionadas con este derecho, y con su desarrollo individual e institucional. Estas competencias pueden constituir materias exclusivas, concurrentes, compartidas o indistintas.

Sin ánimo de ser exhaustivo, se podría aludir a la competencia exclusiva estatal sobre la Hacienda general derivada del art.149.1.14 CE, en virtud de la cual el legislador estatal es competente para regular tanto sus propios tributos, como el marco general de todo el sistema tributario¹². Todo ello tiene indudables consecuencias patrimoniales en el trato dispensado a la libertad religiosa. Se puede aludir al sistema de asignación tributaria en el IRPF a favor de la Iglesia católica, como a las exenciones de IBI en determinados supuestos para inmuebles propiedad de las confesiones religiosas con acuerdo con el Estado, o a los beneficios fiscales por las donaciones a estas entidades. Se tratará, precisamente, de estos aspectos en el epígrafe III de este estudio al analizar la STC 207/2013, de 5 de diciembre sobre la supresión parcial de la exención de IBI en Navarra.

En lo relativo a las competencias exclusivas de las CCAA que pueden influir en la libertad religiosa, se puede aludir a la *ordenación del territorio y al urbanismo* (art. 149.1.3º CE) dada la necesidad de la mayoría de las comunidades religio-

¹⁰ AGUADO i CUDOLÀ, V., *Los diversos niveles de gestión en relación con la diversidad religiosa...*, cit., págs. 39-60.

¹¹ Se trata de las denominadas *competencias transversales u horizontales del Estado*: cfr. CASTELLÀ ANDREU, J.M., *El régimen competencial y las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas...* cit., págs. 376-377.

¹² Cfr. STC 72/2003, de 10 de abril.

¹³ “Culturales”, adjetivo cuya primera acepción en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (23ª edición) es: «1. adj. Perteneciente o relativo al culto religioso». No deriva del sustantivo “cultural”.

sas de un lugar específico para sus actos culturales¹³, como para las actividades de formación y de gobierno¹⁴. Es una disciplina netamente autonómica, pero con una incidencia notable en la dimensión institucional y colectiva de este derecho fundamental.

Como ejemplo de competencias concurrentes, se podría enunciar la educación, la sanidad y los medios de comunicación. Como es conocido, en estos sectores corresponde al Estado establecer los principios y a las CCAA desarrollarlos y, en su caso, su ejecución. En ese sentido, es significativo que dos comunidades autónomas hayan establecido tanto estatutariamente, como en su propia ley de educación, que la educación en los establecimientos públicos es laica. Me estoy refiriendo a Andalucía y Cataluña¹⁵. Este es otro ejemplo de materias que de modo directo o indirecto confluyen en la libertad religiosa.

Por lo que se refiere a las competencias compartidas en las que las CCAA tienen atribuidas las funciones ejecutivas mientras que el Estado se reserva las funciones legislativas, se puede destacar la materia penitenciaria. Por el momento es una competencia que solo ha asumido y desarrollado Cataluña que, incluso, ha aprobado una singular disposición, denominada *Instrucció 1/2005 del dret a rebre atenció religiosa en el medi penitenciari*¹⁶, sobre la asistencia religiosa en estos centros.

II. LÍMITES AL DESARROLLO AUTONÓMICO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE RELACIÓN CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS.

Nuestra Carta Magna permite que cada Comunidad Autónoma pueda estatutariamente asumir la competencia de relación con las confesiones religiosas que desarrollen su actividad en su territorio, cosa que solo se ha verificado en Cataluña. En lo relativo al derecho fundamental de libertad religiosa existe la posibilidad de un desarrollo legal autonómico siempre que se respete las condiciones básicas estatales al respecto (art. 149.1.1º CE) y, en todo caso, también existen numerosas materias de competencia autonómica que tienen incidencia en este derecho sin necesidad de que exista una expresa mención estatutaria al respecto. Este marco normativo podría conformar, al menos en el plano especulativo, un cierto modelo propio en cada comunidad autónoma.

Con todo, las CCAA deben respetar el modelo español elegido en 1978,

¹⁴ Incluso existe ya una ley autonómica específica: Ley 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto de Catalunya. Cfr. MARTÍN GARCÍA, M., «Derecho de libertad religiosa y establecimiento de centros de culto. A propósito de su desarrollo legal en Cataluña». *Revista española de derecho constitucional*, 2012, nº 94, págs. 239-265. Y también, GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J., «La relación entre urbanismo y libertad religiosa en Cataluña: Ley catalana 16/2009 de centros de culto», *Ius Canonicum*, 2011, nº 101, págs. 277-328.

¹⁵ En efecto, el art. 21.2 del texto estatutario catalán y del texto andaluz afirman que en las escuelas de titularidad pública la enseñanza será laica. Y del igual modo la Ley 2/2009, del 10 de julio de Educación de Catalunya (art. 2.2 y 93.3) y la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía (art. 4.2): cfr. GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J., *Religió a l'escola catalana. Anàlisi de l'art. 21.2 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thompson-Reuters, 2014.

¹⁶ Cfr. PÉREZ-MADRID, F., «La asistencia religiosa penitenciaria en Cataluña: la instrucción 1/2005 del dret a rebre atenció religiosa en el medi penitenciari», *Ius Canonicum*, 2006, nº 91, págs. 219-244.

habida cuenta que nuestro marco constitucional de convivencia contiene algunos límites infranqueables al potencial (y futuro) desarrollo de una laicidad autonómica, si es que se puede hablar en estos términos. A mi juicio estos límites tienen una cuádruple fuente de la cual dimanar:

- Límites derivados de la libertad religiosa como principio organizador del Estado Español y, por lo tanto, vinculante para todos los Poderes Públicos (art. 16.1 CE).

- Límites materiales derivados de la libertad religiosa como derecho fundamental (art. 16.1, 16.2 y 27.3 CE)¹⁷.

- Límites competenciales derivados de la reserva de Ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81.1 CE).

- Límites derivados de la garantía estatal de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales (art. 148.1.1º CE).

En aras de la claridad, voy a estudiar a continuación por separado estos cuatro límites. Obsérvese que el primero es relativo a las relaciones con las confesiones, y los tres siguientes son relativos a la libertad religiosa como derecho fundamental.

a) Límites derivados de la libertad religiosa como principio organizador del Estado Español.

El primero de los límites a los que he aludido, se refiere a la libertad religiosa como principio informador de todos los Poderes Públicos. En efecto, los españoles quisieron configurar en 1978 a España como un Estado aconfesional¹⁸. Tan contrario a la CE sería la instauración de un cierto grado de confesionalidad en una Comunidad Autónoma, como una agresiva *laïcité de combat*, que obligara a privatizar o negar carta de ciudadanía a las convicciones religiosas de los ciudadanos, sea tanto en sus manifestaciones individuales, como en las colectivas o institucionales¹⁹.

¹⁷ En puridad habría que considerar los límites derivados de la libertad religiosa como derecho humano, en la medida que es axiológica y temporalmente anterior a la misma existencia del cualquier Estado.

¹⁸ Cfr. OLLERO TASSARA, A. *Laicidad y laicismo en el marco de la Constitución Española*. OLLERO TASSARA, A. y HERMIDA DEL LLANO, C. (dirs.), *La libertad religiosa en España y en el derecho comparado*, Madrid: Iustel, 2012, pág. 24: «Clericalismos aparte, el Estado será en realidad laico cuando permita al ciudadano serlo, situando en consecuencia en el centro del problema el libre ejercicio de sus derechos. Dejará de serlo –por confesional o por laicista– cuando el Estado se empeñe en imponer a los súbditos un particular y especializado punto de vista, derivado de su particular modo de organizar las relaciones con las Confesiones religiosas: o sea, una versión más del viejo *cuius regio eius religio*; aunque quizá en versión laicista, *cuius regio eius non-religio*». Cursiva en el original. CASTELLÀ ANDREU, J.M., *Los principios constitucionales*. CASTELLÀ ANDREU, J.M., (ed.) *Derecho Constitucional Básico*. Barcelona, Huygens, 2014, págs. 76-79.

¹⁹ Cfr. RHONHEIMER, M., *Cristianismo y laicidad*, Madrid: Rialp, 2009, págs. 25-31. Una descripción del proceso de secularización: cfr. TAYLOR, C., *A secular Age*, Cambridge: Harvard University Press. 2007, págs. 540-593.

Por lo tanto, entre otros aspectos, queda vedado a la administración autonómica dotar a una religión o a unas religiones de privilegios en el ámbito público, como –de algún modo– acacia en el régimen anterior a la CE 1978. O, visto desde otro punto de vista, mantener animadversión, y por lo tanto unas deficientes relaciones con una o con algunas confesiones. En otras palabras, no es lícita la asunción autonómica de cualquier tipo de confesionalidad, material o formal, religiosa o arreligiosa. En este punto, habría que incluir el respeto autonómico a los compromisos adquiridos por el Estado Español por un convenio sometido al Derecho Internacional Público²⁰ –siempre que sean compatibles con la CE– y por los Convenios internos de Derecho Público *ex art. 7.1 LOLR* (STC 207/2013). Con todo, es necesario destacar las exigencias derivadas de la libertad de autorganización de las confesiones, pues el desplazamiento –o la concurrencia– con la Administración estatal en las relaciones institucionales no pueden reproducir un modelo superado de neojurisdiccionalismo o regalismo. Algunas de esas manifestaciones exigibles son la laicidad de las instituciones, esto es, que las creencias religiosas no deben suponer ni un obstáculo, ni un beneficio para disfrutar de los servicios públicos, o para acceder a la función pública²¹. Hay que aludir a la libertad de las confesiones religiosas para establecer la organización territorial que tengan por conveniente, sin ser obligados (de modo directo o indirecto) para ajustarse a la distribución política y administrativa española en provincias (u otros entes locales futuros²²) y CCAA. También a la libertad para la elección de las autoridades religiosas²³ y para la gestión económica y patrimonial²⁴, en ese sentido, también es necesario recordar la inviolabilidad de los archivos de las confesiones, y de los datos de los fieles que obren en ellos, e independencia con respecto a las autoridades autonómicas de protección de datos de carácter personal²⁵. Por últi-

20 En la actualidad, los 6 Acuerdos suscritos entre el Estado Español y la Santa Sede, con algunas normas bilaterales menores que la interpretan.

21 Hay que aludir a la libertad de los empleados públicos para desempeñar su trabajo sin restricciones. No menciono la presencia de signos religiosos estáticos en los inmuebles de titularidad pública por ser una polémica que requeriría consideraciones añadidas que exceden el objeto de este trabajo. En todo caso, me remito a MANENT ALONSO, L., «Las referencias religiosas de los signos identitarios de la Comunitat Valenciana. A propósito de la STSJ de la Comunitat Valenciana de 6 de septiembre de 2011». *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, 2013, nº 58, 2, págs. 236-255, y IDEM, «Símbolos religiosos en el entorno escolar». *Educa Nova: colecció de articles tècnics de educació*, 2013, nº 4, págs. 217-230.

22 Cfr. BOIX PALOP, A., *Una nova planta per als valencians*, Barcelona: Fundació Nexe, 2013, págs. 111-127. En alusión a las comarcas y veguerías en Catalunya: BARCELÓ i SERRAMALERA, M., *Les competències de la Generalitat*. BARCELÓ i SERRAMALERA, M. y VINTRÓ, J. *Dret Públic de Catalunya*, Barcelona: Atelier, 2011, págs. 427-434.

23 Sin más límites que los que se hayan acordado previamente y de modo libre por la Confesión religiosa y la administración pública competente, incluyendo la posibilidad de nombrar ministros de culto extranjeros.

24 Lo que incluye la libre disposición de los fondos cuyo origen resida en la participación en el IRPF, en las subvenciones de la fundación pública estatal Pluralismo y convivencia u otras entidades análogas. Lo que conlleva la libertad para transferir discrecionalmente esos fondos a estructuras de las confesiones sitas en cualquier CCAA, siempre que, lógicamente, no se hubiesen otorgado vinculadas a un proyecto o fin concreto.

25 Cfr. CANO RUIZ, I. *Los datos religiosos en el marco del tratamiento jurídico de los datos de carácter personal*, Granada: Comares, 2011. Solo Catalunya y País Vasco cuentan con sus propias Agencias de Protección de Datos, reguladas –respectivamente– por la Ley 2/2004 del Parlamento Vasco, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de titularidad pública y de creación de la Agencia vasca de Protección de Datos y por la Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos: cfr. MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Informe Reforma de las Administraciones

mo, la libertad para establecer la propia organización interna, lo que incluye la posibilidad de que esta no tenga una estructura democrática.

b) Límites materiales derivados de la libertad religiosa como derecho fundamental.

El modelo que adopte cualquier comunidad autónoma debe respetar el perfil y el contenido de la libertad religiosa, en su dimensión individual, colectiva e institucional²⁶. En efecto, no por evidente resulta menos necesario reseñar que cualquier regulación que haga irreconocible este derecho fundamental, no tiene cabida en el orden constitucional español.

Baste aludir ahora brevemente al art. 53 CE que dispone que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero (arts. 14 a 38 CE). Obsérvese que no alude a una ley estatal, sino a cualquier ley, lo que incluye a las asambleas autonómicas.

Por lo tanto, desde el punto de vista sustantivo, las CCAA deben respetar el contenido esencial de la libertad religiosa, es decir, no son libres para regular de cualquier manera los derechos constitucionalmente reconocidos, como tampoco lo es, ciertamente, el Estado Central. En lo que ahora nos concierne, en sus políticas públicas de relación con las confesiones y con la libertad religiosa, debe respetar todos aquellos aspectos derivados de los arts. 16 y 27.3 de la Norma Suprema²⁷.

El análisis de todo el contenido material de la libertad religiosa como derecho fundamental excede el ámbito del presente trabajo. Se puede, no obstante, afirmar que las CCAA han de asumir, en el marco de sus competencias, obligaciones positivas o de hacer en forma de políticas públicas, que aseguren, entre otros, los siguientes aspectos: derechos de reunión y asociación con fines religiosos, posibili-

Públicas, Madrid 2013, pág. 106, en disponible en www.seap.minhap.gob.es (última visita 28 de julio de 2015). Sobre la inaplicabilidad de la legislación de protección de datos personales a la Iglesia católica: cfr. PÉREZ-MADRID, F., *Aplicabilidad de la LO 15/1999 de protección de datos personales a los libros de bautismo de la Iglesia Católica*. MONTROYA MELGAR, A., *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Madrid: Dykinson, 2010, págs. 1207-1237. En lo que respecta a la normativa confesional para asegurar la autenticidad del que realiza el acto de abandono (apostasía): cfr. GAS I AIXENDRI, M., *Apostasía y libertad religiosa. Conceptualización jurídica del abandono confesional*, Granada: Comares, 2012.

²⁶ Tomo esta distinción de LOMBARDÍA, P. FORNÉS, J. *El Derecho Eclesiástico*. FERRER ORTIZ, J. (Coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español*. Pamplona: Eunsa, 2007, pág. 27.

²⁷ Cfr. FREIXES SANJUÁN, T., *Contenido esencial de los derechos fundamentales*. ARAGÓN REYES, M., (dir.) *Derechos Fundamentales y su Protección, Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Madrid: civitas, 2011, págs. 67-71: «El legislador, siendo como son los derechos instituciones jurídicas dotadas de un sentido propio y reconocible que no se puede destruir ni desnaturalizar, viene obligado a respetar esa identidad propia de todos y cada uno de los derechos, y ello con independencia de su ubicación constitucional. Prueba de ello es que toda ley, toda norma con fuerza de ley, sea quien sea su autor; aunque haya sido elaborada por los representantes directamente elegidos y aunque hubiera sido aprobada por unanimidad de la cámara, puede, en nuestro sistema jurídico, ser objeto del control de constitucionalidad y, por lo tanto, el Tribunal Constitucional podrá comprobar si el legislador ha respetado o no los derechos reconocidos por la Constitución, es decir, si ha preservado o desnaturalizado la institución jurídica controvertida».

dad del establecimiento de lugares de culto y cementerios confesionales (y su previsión en la legislación urbanística). De igual modo, respeto a la libre divulgación y el proselitismo del propio credo en el ámbito de sus competencias, así como el acceso a los medios autonómicos de comunicación (si los hubiere), en igualdad de condiciones con otras realidades sociales²⁸. No hay que olvidar la garantía de la asistencia religiosa en los centros sanitarios, penitenciarios²⁹ y otros bajo su dependencia. Por último, deben garantizar la formación religiosa en los centros docentes de la administración educativa autonómica conforme a los deseos de los padres y de los alumnos, respetando la naturaleza curricular que para esa formación se diseñó en la CE.

c) Límites competenciales derivados de la reserva de Ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales.

Como es conocido, el desarrollo de los derechos reconocidos en los arts. 15 a 29 CE solo puede realizarse mediante Ley orgánica de conformidad con el art. 81 CE³⁰. El TC entiende que ese desarrollo orgánico se circunscribe a la regulación de los aspectos esenciales sustanciales y necesarios del contenido de los derechos. Esta locución («aspectos esenciales») incluirá³¹:

(1) Titulares de cada derecho fundamental.

(2) Definición y delimitación de las facultades o poderes que el derecho concede a su titular.

(3) Garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los Poderes Públicos.

(4) Límites directos al contenido normal delimitado que no constituya meras restricciones al tiempo, modo y lugar de ejercicio de los derechos.

Ahora bien, el art. 53.1 CE establece una reserva de ley ordinaria para la regulación del ejercicio de esos derechos, por lo tanto, es una función que, en el plano teórico, puede desempeñar una asamblea legislativa autonómica, siempre en el bien entendido que, de conformidad con su Estatuto de Autonomía, tenga competencia

²⁸ Para una crítica a los consejos audiovisuales autonómicos, y a las radiotelevisiones públicas al servicio de los intereses de los partidos en el poder y de su línea política, cfr. ESTEVE PARDO, J., «La evolución del garantismo: de las garantías personales a la garantía del Estado. La reforma constitucional para la estabilidad presupuestaria y contención del déficit». *Revista catalana de dret públic*, 2013, nº 46, págs. 12-13 nt 18. Y por remisión, IDEM, «Servicio Público de Televisión y garantía de la Institución de la opinión pública libre». *Revista de administración pública*, 1990, nº 123, págs. 185-210.

²⁹ En el bien entendido que hoy por hoy solo Cataluña ha asumido competencia ejecutiva de gestión de los centros penitenciarios, como ya he mencionado.

³⁰ STC 76/1983, de 5 de agosto de 1983.

³¹ Sobre el ámbito de reserva de Ley Orgánica: SSTC 101/1991; 127/1994; 292/2000 y 53/2002. Especialmente la STC 173/1998 relativa a la ley Vasca de Asociaciones. Esta última sentencia suscita algunas dudas sobre la extensión de su razonamiento a la generalidad de los casos: cfr. DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Civitas, 2013 págs. 102-103.

para ello³². Se podría añadir que no es fácil distinguir la regulación del desarrollo de los Derechos Fundamentales, tarea propia y exclusiva del Estado central, de la regulación del ejercicio de esos derechos, función que puede ser desempeñada por las CCAA. Sea como fuere, esta debate excede el ámbito de este trabajo y, a continuación, voy a analizar por separado los cuatro aspectos esenciales (titularidad, facultades, garantías y límites) a los que se ha hecho referencia.

1) Titulares de la libertad religiosa.

Es ya un tema clásico en el estudio de los derechos fundamentales aludir a la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser también titulares de esos derechos³³. En lo que respecta a la libertad religiosa la respuesta a este interrogante es afirmativa. Los titulares de este derecho no son solo las personas individuales, sino también las confesiones religiosas, que no son consideradas como un agregado de ciudadanos, sino como una persona jurídica que no tiene su causa eficiente en el derecho de asociación.

Deber ser, pues, el legislador orgánico quien reconozca o desarrolle quiénes son los titulares de la libertad religiosa. Y, en sentido negativo, también la ley orgánica puede precisar qué realidades escapan al ámbito de este derecho fundamental. Esta última función ha sido desarrollada por el art. 3.2 de la LOLR que delimita qué no está comprendido en esta categoría: «*Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos*».

Por lo tanto, constituirá una extralimitación competencial autónoma ampliar el ámbito subjetivo de la libertad religiosa a otras realidades que la LOLR a excluido como tales, todo ello sin perjuicio que sea incardinables en otros derechos fundamentales, como en la libertad ideológica o de pensamiento. Este supuesto no constituye una posibilidad teórica o, si es legítimo expresarse en estos términos, “de laboratorio”. Algunas políticas públicas en relación con la libertad religiosa desarrollada por la Generalitat de Catalunya, en ocasiones, ha incluido a las denominadas “entidades humanistas arreligiosas catalanas” o entidades del “pensamiento humanista secular”. Sin menoscabo, ciertamente, del valor y de la legitimidad de estas realidades, su incorporación junto con las confesiones o

32. Cfr. COTINO HUESO, L., *Las garantías de los Derechos Fundamentales*, en CASTELLÀ ANDREU, J.M., *Derecho Constitucional Básico*, Barcelona: Huygens, 2014, pág. 474: «*Pese a que teóricamente se distingue lo que es regulación del ejercicio frente lo que es desarrollo, en la práctica no [es] nada sencilla tal distinción, quedando en última instancia a consideración del Tribunal Constitucional*».

33 Cfr. Díez-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Fundamentales*, Madrid: Civitas, 2008, págs.141-144: «La Constitución española no da una respuesta expresa a la cuestión de si las personas jurídicas pueden ostentar derechos fundamentales, ya que no contiene una norma similar a la recogida en Alemania por el art. 19.3 de su Ley Fundamental: «*Los derechos fundamentales son extensibles a las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según su respectiva naturaleza, les sean aplicables*». *Aun así, como se verá a continuación, la solución más correcta en el ordenamiento español es probablemente la misma*» (pág. 129).

comunidades religiosas constituye una ampliación de la titularidad de la libertad religiosa y, por lo tanto, una extralimitación competencial³⁴.

Hay que recordar que también las CCAA deben respetar el régimen jurídico básico de las confesiones religiosas regulado en el art. 5 LOLR: reconocimiento de la personalidad jurídica civil, régimen de responsabilidad de sus autoridades, causas y efectos de la disolución.

En conclusión, para garantizar la igualdad de todos los españoles en relación con el art. 16 CE es necesaria la existencia de un concepto legal único de confesión religiosa y, simultáneamente, el respeto a los requisitos estatales de acceso al Registro de Entidades Religiosas o del registro autonómico que, en su caso, lo sustituya.

2) *Facultades de la libertad religiosa.*

Como he adelantado, el Estado central debe definir qué facultades esenciales comprende la libertad religiosa. Las CCAA no pueden mermer ese mínimo estatal. Sin ánimo de agotar este aspecto, la LOLR y demás fuentes estatales reconocen los siguientes: derecho a profesar cualquier creencia religiosa o a no profesar ninguna, derecho a cambiar de religión o abandonar la que se profesaba, derecho a abstenerse de declarar sobre las propias creencias religiosas, derecho a la participación en actos de culto, o a no participar en ninguno, derecho a recibir asistencia religiosa, conmemorar las festividades y celebrar ritos, así como el de no ser obligado a practicar ningún tipo de acto de culto, derecho a recibir sepultura digna con las propias ceremonias litúrgicas, derecho a reunirse y manifestarse públicamente con fines religiosos, asociarse para desarrollar ese tipo de actividad, derecho a recibir e impartir enseñanza religiosa, que comprende la elección de la educación religiosa y moral, dentro y fuera del ámbito escolar, derecho a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, derecho a designar y formar libremente a los ministros, derecho a divulgar el propio credo y hacer proselitismo del mismo, derecho a mantener relaciones con la estructura confesional, si la hubiere, sita en territorio nacional o en el extranjero y, finalmente, derecho a mantener relaciones con otras confesiones religiosas u otras entidades³⁵.

³⁴ Entre otros aspectos, en el año 2004 se realizó un convenio de colaboración entre la *Direcció General d'Afers Religiosos* de la Generalitat Catalana con la *Lliga per la laïcitat*, entidad representativa del pensamiento humanístico arreligioso catalán, que supuso una aportación económica de 12.000 € y la creación de un observatorio compartido con la Generalitat de Catalunya para evaluar el Estado de la libertad de conciencia. Este convenio es sustituido y actualizado en 2007, en donde la subvención pecuniaria se aumenta a 30.000 €. No ha sido renovado con posterioridad. En contra de la opinión sostenida en este trabajo y, por lo tanto, a favor de la citada ampliación subjetiva: cfr. SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, À., El Convenio de Colaboración entre la Generalitat de Catalunya y la Liga por la Laicidad. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2005, nº 8.

³⁵ Cfr. arts. 2.1 y 2.2 de la LOLR.

Cualquier marco normativo posible de una comunidad autónoma debe reconocer y amparar este contenido esencial de la libertad religiosa, siempre dentro de la doctrina general sobre el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales, que no ampara el abuso de derecho³⁶.

3) Garantías de libertad y autonomía religiosa de los ciudadanos y las confesiones.

Por otra parte, las CCAA deben respetar las garantías mínimas que la legislación orgánica ha dispuesto. En este sentido el art. 2.3 de la LOLR establece que:

«Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los Poderes Públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

Por lo tanto, nuestro derecho positivo contempla la asistencia religiosa en sentido propio para aquellos particulares que se encuentran en una situación de especial sujeción con respecto a la administración. Son los supuestos de asistencia espiritual a miembros de las Fuerzas Armadas, a internos en instituciones penitenciarias, a pacientes hospitalarios, a acogidos en centros benéficos, asistenciales y similares³⁷.

Muchas de estas dependencias son de titularidad autonómica. Todas las CCAA han asumido los centros sanitarios que dependían del Ministerio de Sanidad. Cualquier desarrollo autonómico de la laicidad debe garantizar la asistencia religiosa en estos establecimientos públicos, o en aquellos privados que colaboran con la prestación sanitaria universal.

Por último añadir que las CCAA deben respetar la inviolabilidad del domicilio de las confesiones religiosas, dada la interpretación extensiva realizada por el TC de este derecho con respecto a las personas jurídicas, conforme a la STC

³⁶ La CE no recogió expresamente la prohibición del ejercicio abusivo de derechos fundamentales. Con todo, con DÍEZ-PICAZO, se debe entender que el principio de buena fe y las exigencias de lealtad forman parte de la cultura jurídica europeo-continental. Ahora bien, como cualquier límite a los derechos, debe ser interpretado de modo restrictivo y con cautela, como ha realizado el TC. En ese sentido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), habida cuenta que el art. 17 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales sí recogió una cláusula de abuso del derecho, pero la jurisprudencia del TEDH ha realizado una interpretación muy restrictiva a este artículo, como se puede comprobar en STEDH Klass c. Alemania, de 6 de septiembre de 1978 y *Lehidieux* c. Francia de 23 de septiembre de 1998: cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derechos Fundamentales...*, cit., págs. 148-150. Queda solo reseñar que el art. 54 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea vigente desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, (1 de diciembre de 2009), acoge también una cláusula de esta naturaleza.

³⁷ Y también se refiere a un supuesto de asistencia religiosa impropia en la que, no concurriendo la situación de sujeción por internamiento, hay razones de oportunidad para que la asistencia espiritual se preste como complementaria de la enseñanza religiosa. Otras situaciones de asistencia religiosa impropia se producen ocasionalmente en concentraciones de personas que, por especiales circunstancias, tienen dificultades de acceso o de comunicación con sus ministros religiosos, como son los casos de inmigrantes, turistas, concentraciones deportivas y feriales, entre otras.

137/1985³⁸. Ello incluye no solo a las policías autonómicas, sino también a la ejecución de los actos administrativos.

4) Límites a la libertad religiosa.

El cuarto aspecto esencial son los límites directos al contenido normal de los derechos fundamentales que no constituyan meras restricciones al tiempo, modo y lugar de su ejercicio.

El art. 16. CE garantiza este derecho sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. De conformidad con el art. 31 LOLR el respeto de los derechos de las demás, la salvaguardia de la seguridad, salud y moralidad pública, en definitiva el orden público, son los únicos límites posibles al ejercicio de la libertad religiosa. Y como se trata de un elemento esencial de este derecho, solo el Estado central puede proceder a su regulación. Constituiría una invasión competencial que las CCAA pretendieran aumentar o disminuir estos límites, o que introdujeran una regulación incompatible con la estatal, siempre que no se trate de una mera restricción al tiempo, modo y lugar de su ejercicio, aspectos que sí son susceptibles de regulación mediante ley ordinaria.

En ese sentido, queda vedado a las CCAA establecer todo tipo de condicionantes a la autorganización de las confesiones y, en especial, la imposición de algún tipo de funcionamiento, sea el democrático, sea cualquier otro. O supeditar, en su caso, el acceso a la financiación pública a un requisito concreto de organización interna. En la medida que esto constituye un límite a un derecho fundamental, cualquiera que sea, entra en colisión con la reserva orgánica otorgada al Estado.

En el pasado el TC ha tenido que intervenir en algunos precedentes semejantes, aunque en relación con el derecho de asociación. En efecto, tanto Cataluña³⁹ como País Vasco⁴⁰, en sendas leyes autonómicas, establecieron que las asociaciones debían tener necesariamente una organización democrática. Salvando las distancias entre las asociaciones y las confesiones, esta pretensión podría reproducirse en el futuro con respecto a estas últimas.

La STC 135/2006, de 27 abril analizó la constitucionalidad de la citada norma catalana y en lo que respecta a este aspecto, declaró su incompatibilidad con la Carta Magna. Para ello, acudió a la STC 173/1998 que enjuició la Ley 3/1988, de 12 febrero, de asociaciones del Parlamento Vasco, para afirmar que excedía a la competencia del legislador autonómico imponer como condición genérica para la constitución de una asociación, un tipo global de organización interna de estos entes. Y ello

³⁸ Cfr. DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derechos Fundamentales...*, cit., pág. 142.

³⁹ Ley 7/1997, de 18 de junio, de asociaciones de Catalunya, en *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 2423, de 1 julio 1997. Prácticamente hoy sustituida por el Código Civil de Catalunya (Libro Tercero - Persona Jurídica, Asociaciones y Fundaciones), aprobado por la Ley 4/2008, de 24 de abril.

⁴⁰ Ley 3/1988, de 12 febrero, de asociaciones del Parlamento Vasco.

porque esa condición genérica constituye un desarrollo directo de un elemento esencial para definir la libertad de autorganización de las asociaciones, aspecto reservado a la Ley Orgánica, sede legislativa propia para pronunciarse si deben organizarse y funcionar democráticamente o, por el contrario, los estatutos de una asociación pueden establecer libremente otros modos de organización y funcionamiento.

Con carácter analógico, este razonamiento del Máximo Intérprete de la Carta Magna, permite concluir que cualquier pretensión autonómica de limitar o de imponer una determinada forma de gobierno a las confesiones religiosas excede su ámbito competencial.

Por todo lo anterior, creo que queda justificada la inconstitucionalidad desde el punto de vista competencial de toda pretensión autonómica de democratizar las confesiones. Sea de modo directo, se de modo indirecto, supeditando el acceso a las subvenciones u otros tipos de ayudas públicas a la conformación con este requisito. Como afirma el TC, esto constituye una infracción competencial al desconocer los límites básicos establecidos por el Estado. Ciertamente, todo ello con independencia que desde el punto de vista material o de fondo se pueda defender que tampoco de el legislador estatal es libre para modificar arbitrariamente este aspecto so pena de violar el contenido esencial de este derecho fundamental, susceptible de revisión por el TC.

d) Límites derivados de la garantía estatal de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales (art. 148.1.1º CE).

El Máximo Intérprete de la CE ofreció una lectura del alcance del art. 149.1.1º CE en la famosa STC 61/97, que anuló prácticamente todo el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992⁴¹, reduciendo a cenizas la legislación urbanística estatal.

Según esta doctrina –que se ha mantenido hasta la fecha– la «regulación» que le corresponde al Estado queda:

«Limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico (...). Las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico»⁴².

La jurisprudencia del TC tiene establecido que el art. 149.1.1º CE es verda-

⁴¹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. De hecho, desde 1981 hasta 1997 lo utilizó en más de un centenar de ocasiones sin decir nada sustancial sobre él, ofreciendo visiones muy fragmentarias y no siempre coherentes entre sí. No es hasta la STC 61/97 complementada en algunos aspectos por la STC 173/98 y aplicada también por la STC 135/2006 de 27 abril.

⁴² STC 61/1997, FJ. 7.º, b), citada en la STC 173/1998. Es relevante también la STC 37/2002.

deramente un título competencial «con contenido propio, no residual⁴³». El Estado tiene competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una perspectiva concreta: la garantía de la igualdad de las condiciones jurídicas fundamentales. Será luego el legislador competente estatal o autonómico el que respetando estas condiciones básicas, otorgue a esos derechos y deberes un régimen jurídico apropiado⁴⁴.

Las materias sobre la que recae esta competencia estatal son los derechos y deberes constitucionales básicos. Estas condiciones básicas corresponden a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, estas premisas o presupuestos previos...). Y, en todo caso las condiciones básicas han de ser las imprescindibles para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en la igualdad formal absoluta.

Dicho lo cual, podemos afirmar que la intervención del legislador autonómico es legítima en todo aquello que se escapa a estos rasgos mínimos, siempre que –lógicamente– ostente algún título competencial para ello. Por lo que se concluye que existe un cierto margen para configurar un acervo propio en cuanto al modelo de relación con las confesiones, margen que puede ser controlado por el Tribunal Constitucional, como se verificó en la STC 207/2013, de 5 de diciembre, que se estudiará en el epígrafe III.

III. A PROPÓSITO DE LA STC 207/2013, DE 5 DE DICIEMBRE: ANULACIÓN DE UNA NORMA DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA POR NO RESPETAR LOS LÍMITES AUTONÓMICOS EN MATERIA RELIGIOSA.

Con precedencia he analizado desde el punto de vista especulativo la distribución competencial de la materia de libertad religiosa en un estado compuesto como el español. Para esta finalidad he desarrollado cuáles podrían ser los límites para las CCAA a este respecto.

A continuación se estudiará, desde una perspectiva más práctica o concreta, un supuesto de cuanto estoy desarrollando. En concreto la STC 207/2013, de 5 de diciembre que declaró inconstitucional la modificación de la exención de la contribución territorial a los lugares de culto sitios en la Comunidad Foral de Navarra, operada por una reforma de la legislación sobre las Haciendas Locales de marzo de 2013⁴⁵.

Para esta finalidad, y dadas las peculiaridades de este supuesto de hecho,

⁴³ También denominado «título competencial autónomo»: cfr. STC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 4. En ese sentido, cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Iustel, 2009 T.III pág. 469: «la finalidad de esta competencia está vinculada a la fijación de la «uniformidad de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos», o la «uniformidad de las condiciones de vida», utilizando una expresión que procede de la Ley Fundamental de Bonn y de la jurisprudencia constitucional alemana (SSTC 32 y 42/1982, 113/1986)».

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 469.

⁴⁵ Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra. Se trataba de restringir el ámbito objetivo de la exención de la Contribución territorial Foral.

enunciare someramente los elementos normativos previos que resultan imprescindibles para enjuiciar cabalmente cuanto se ventilaba en el citado recurso ante el TC y, a continuación, precisaré cuál fue el objeto del recurso de inconstitucionalidad estimado por el Alto Tribunal. Todo ello me permitirá reflejar la operatividad de los límites que he propuesto en el precedente epígrafe II.

a) Antecedentes normativos.

En primer lugar, y para evitar equívocos, hay que aclarar que la denominada “contribución territorial Foral” es un tributo navarro local análogo al Impuesto de Bienes inmuebles (IBI) del territorio de derecho común fiscal.

En segundo lugar, es necesario recordar que la Disposición Adicional primera de la CE permite conservar en Navarra un régimen tributario propio, por lo que tiene *«el derecho a mantener, establecer y regular su propio régimen tributario, en el marco y con los límites de lo establecido en el Convenio, y tiene competencia exclusiva para la recaudación, que aplica a la financiación de sus propios servicios, con la excepción de una cantidad, también denominada cupo, que aporta al Estado para la financiación de las cargas generales no asumidas por ella»*⁴⁶.

En tercer lugar, hay que mencionar que el régimen tributario Navarro fue actualizado por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA). En concreto, conforme al art. 39.1.a) de la LORAFNA, Navarra ostenta todas aquellas competencias que ejercería al amparo de la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841⁴⁷. Y, entre ellas, la que ahora nos interesa: la contribución territorial.

En cuarto lugar, hay que añadir que hasta el año 2013 la normativa navarra reproducía la exención fiscal a favor de los bienes inmuebles de la Iglesia Católica y del resto de confesiones religiosas con acuerdo con el Estado, en términos análogos a como se ha establecido para el territorio de derecho común. Esta exención, de acuerdo con la STS 1538/2014, de 4 de abril que resuelve un recurso de casación en interés de la ley, tiene el siguiente régimen:

1) Si se trata de las entidades de la Iglesia Católica del artículo IV del Acuerdo

⁴⁶ MUÑOZ MACHADO, S., *Informe sobre España...*, cit., págs-81-82. El régimen tributario Navarro fue actualizado por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA).

⁴⁷ Como es sabido, la comunidad Foral de Navarra ha contado históricamente con régimen tributario jurídico propio, distinto al común del resto de España, y distinto también al de los tres territorios históricos del País Vasco.

En apretada síntesis, se puede aludir en primer lugar al intento de implantar un Catastro comprensivo de la riqueza territorial en la Ley 113 de las Cortes de 1817 y 1818. Estas normas encomiendan a la Diputación Foral la realización de un Catastro de la riqueza territorial comercial e industrial de todos los pueblos de Navarra.

Por su parte, Isabel II mediante la Ley de 25 de octubre de 1839 confirmó los Fueros de Navarra, lo que fue ratificado de nuevo por la Ley de 16 de agosto de 1841 y el Real Decreto-Ley de 4 de noviembre de 1925, que atribuyeron a la Diputación provincial de Navarra competencias en materia de contribuciones, arbitrios o impuestos que afectasen a la administración local.

sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede de 1979⁴⁸, les resulta de aplicación la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles prevista en el art. 15.1 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo⁴⁹, respecto a todos los inmuebles de que sean titulares catastrales, “siempre que no estén afectos a explotaciones económicas⁵⁰”. Además, por aplicación del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede, están exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los inmuebles enumerados en la letra A) del artículo IV de dicho Acuerdo.

2) Si se trata de las asociaciones y entidades religiosas comprendidas en el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede, y que se dediquen a actividades religiosas, benéficas o docentes, médicas u hospitalarias o de asistencia social, les será de aplicación la exención establecida en el art. 15 de la mencionada ley 49/2002 para las entidades sin fines lucrativos, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la misma.

3) Si se trata de las Comunidades evangélicas, judías y musulmanas comprendidas en el ámbito objetivo de sus convenios con el Estado Español derivados del art. 7.1 LOLR⁵¹, les resulta de aplicación la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles prevista en el art. 15.1 de la ley 49/2002 respecto a todos los inmuebles de que sean titulares catastrales y sujeto pasivo estas entidades, *siempre que no estén afectos a explotaciones económicas*. Además, por aplicación de los citados acuerdos, están exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los inmuebles enumerados en la letra A) del art. 11.3 de dichos acuerdos.

4) Si se trata de asociaciones y entidades creadas y gestionadas por las Comunidades evangélicas, judías⁵², y las entidades asociadas a la Comisión Islámica de España, y que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas y hospitalarias o de asistencia social, de acuerdo siempre con los convenios con el Estado, les será de aplicación la exención establecida en el art. 15 de la ley 49/2002 para las entidades sin fines lucrativos, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la misma.

48 Es decir, la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las Diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las órdenes y congregaciones religiosas y los institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas.

49 Este es el tenor literal del art. 15.1 de la Ley 49/2003: «1. *Estarán exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los bienes de los que sean titulares, en los términos previstos en la normativa reguladora de las Haciendas Locales, las entidades sin fines lucrativos, excepto los afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades*».

50 Y los que estén afectos a explotaciones económicas cuyas rentas se encuentren exentas del Impuesto sobre Sociedades en virtud del art. 7 de la citada ley 49/2002.

51 Art. 11. 3 A) de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

52 Art. 11.5 las leyes 25/1992, de 10 de noviembre, 24/1992, de 10 de noviembre y el art. art. 11.4 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre.

b) Objeto del recurso.

El recurso interpuesto por la Presidencia del Gobierno impugnó el apartado siete del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley de Haciendas Locales de Navarra.

La norma recurrida se apartó de lo dispuesto para el territorio de derecho tributario común en lo relativo a la exención de la Contribución Territorial de los bienes de las confesiones. Se introdujo que ese patrimonio conservará la exención «siempre que estén destinados al culto», eliminándose para el resto de supuestos. Por lo tanto, esta novedad ocasionaba la pérdida de la exención por aquellos inmuebles vinculados a otras finalidades religiosas distintas a la cultural *stricto sensu*, como puede ser la catequética, la formación de los ministros de culto, o la sede de órganos de gobierno, o las distintas finalidades benéfico-sociales, como la docente, sanitaria, deportivas o de tiempo libre para jóvenes.

La Abogacía del Estado presentó el recurso de inconstitucionalidad el 9 de julio de 2013. Se esgrimieron, en ese sentido, cuatro razones. Son las siguientes:

a) Vulneración del art. 96.1 CE. Los tratados internacionales forman parte del ordenamiento interno, y de acuerdo con el propio Derecho internacional (art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados) no le es dado al Estado oponer el cumplimiento de una norma de derecho interno, incluso de rango constitucional, para excusar el cumplimiento de lo pactado en un tratado internacional.

b) Violación del art. 149.1.3ª CE sobre la competencia exclusiva del Estado para las relaciones internacionales.

c) Incumplimiento del art. 2.1.c) de la Ley 28/1990, de 26 diciembre, del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, que dispone que, en el ejercicio de su potestad tributaria, la Comunidad Foral de Navarra debe respetar «los tratados o convenios internacionales suscritos por el Estado».

d) Infracción del art. 149.1.1º CE, en relación con el art. 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Se viola la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 149.1.1º CE).

En interesante resaltar que, por su parte, el Parlamento de Navarra defendió la norma argumentando que, en realidad, no afectaba en absoluto el derecho a la libertad religiosa. Se afirmó que la naturaleza de la reforma era tributaria, por lo que era una materia de competencia exclusiva de la Comunidad Foral.

Como se observa, la cuestión de fondo planteada entra de lleno en el objeto de este trabajo. En efecto, ¿Cómo limita el modelo de laicidad positiva español a las CCAA? ¿Cuál es la vinculación de las CCAA a la Ley Orgánica de Libertad Religio-

sa y a los convenios internos e internacionales que ha suscrito el Estado con las confesiones religiosas? ¿Qué alcance tienen las materias interrelacionadas con la libertad religiosa, en este caso la materia tributaria, con este derecho fundamental?

c) Límites al desarrollo foral Navarro de la libertad religiosa y de relación con las confesiones: vulneración de la libertad religiosa como principio organizador del Estado Español.

En lo que ahora nos interesa, voy a centrar mi estudio en el tercer y cuarto argumento, esgrimido por la Administración General del Estado, esto es, la infracción de los tratados internacionales suscritos por España y, la consiguiente violación de la LORAFNA, y en la vulneración del art. 149.1.1º CE. Adelanto que ambos motivos impugnatorios fueron acogidos por el TC.

En cuanto al resto de motivos aducidos por el Estado, me limitaré a reseñar que el primero fue desestimado⁵³ y el segundo sobreseído.

En efecto, en lo relativo al incumplimiento del art. 2.1.c) de la Ley 28/1990, de 26 diciembre, del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, el Alto Tribunal estima que existe una vulneración de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, en la medida que este último cuerpo legal atribuye a Navarra la potestad de mantener un régimen tributario propio, pero respetando lo previsto en el Título Preliminar del Decreto-ley 16/1969, de 24 de julio, que reconoce ese sistema⁵⁴. Requisito reiterado en la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

Este régimen fiscal exige expresamente que el sistema tributario propio de Navarra respete los tratados o convenios internacionales suscritos por el Estado Español. Por lo tanto, es cierto que Navarra tiene competencia, dentro de su territorio, para la regulación de la Contribución Territorial, pero es aún más cierto que esta facultad se debe ejercitar sin oponerse a los pactos internacionales y a la Ley del Convenio.

⁵³ El recurrente alegó la vulneración del art. 96.1 CE. El Tribunal de Garantías rechazó este motivo acudiendo a la doctrina del TC según la cual la relación entre tratados internacionales y la ley es de aplicación y no de constitucionalidad. De lo que se concluye que toda hipotética incompatibilidad de los tratados por las leyes no afecta a la constitucionalidad de éstas y, por lo tanto, no es un conflicto que deba ser resuelto *prima facie* por el TC. Se trata de una cuestión de selección del Derecho aplicable al caso concreto que debe ser resuelto por los órganos judiciales ordinarios en la medida que conozcan de litigios al respecto.

⁵⁴ En el siglo XX, en lo relativo al cupo contributivo de Navarra, tanto el Real Decreto 1479/1927, de 15 de agosto, como la Ley de 8 de noviembre de 1941, atribuyeron a la histórica Diputación de Navarra la facultad de mantener y establecer el régimen tributario que estimase procedente, siempre que no se opusiese a los pactos internacionales.

Una alusión similar se encuentra en el Decreto-ley 16/1969, de 24 de julio, reiterando que la Diputación de Navarra podía establecer el régimen tributario que estime procedente, siempre que –entre otros aspectos– no se opusiera a los pactos internacionales y al referido Decreto-ley. Se menciona expresamente a la Contribución territorial sobre la riqueza rústica y pecuaria, y sobre la riqueza urbana, precedentes inmediatos de la actual contribución territorial foral.

Por todo ello, el Máximo Intérprete de la Norma Suprema encuentra argumentos suficientes para estimar el recurso de inconstitucionalidad. Se viola la LORAFNA (que pertenece al bloque de constitucionalidad) y la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, dado que la reforma es incompatible con los pactos internacionales, y ello está vedado por la normativa pacticia y unilateral referida a Navarra desde principios del S. XX.

Esta conclusión se puede poner en relación con los límites al desarrollo autonómico de la libertad religiosa y de relación con las confesiones, en cuanto principio organizador del Estado que he tratado en el epígrafe II de este trabajo. Los tratados internacionales que al respecto vinculan a España, en el caso que nos ocupa el artículo IV del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede de 1979, también vinculan a las CCAA.

Como quiera que sea, hay que advertir que estas consideraciones solo son aplicables para los lugares de culto de la Iglesia Católica. El TC no se limitó en su análisis a esta cuestión de derecho internacional, sino que analiza también la causa impugnatoria alegada por la Abogacía del Estado derivada del Infracción del art. 149.1.1º CE, aplicable a todas las confesiones religiosas, cuestión que por su importancia analizo a continuación en epígrafe nuevo.

d) La legislación básica estatal incluye la exención de IBI para los inmuebles de las confesiones religiosas con acuerdo con el Estado.

Con precedencia, he desarrollado los límites que, a mi entender, tiene cualquier desarrollo autonómico posible de la libertad religiosa y de la relación con las confesiones religiosas. He distinguido tres clases o categorías de límites. Los derivados de la libertad religiosa como derecho fundamental y como principio organizador del Estado, y los derivados de la garantía estatal de las condiciones básica de igualdad.

Con respecto a este último límite, el Tribunal de Garantías se enfrentó en el recurso estudiado ante la disyuntiva de dilucidar si la regulación legislación básica estatal incluye la exención de IBI del patrimonio de las confesiones religiosas que la tienen reconocida.

EL TC recuerda que la reserva de Ley Orgánica (art. 81.1 CE) y el título competencial del art. 149.1.1º CE se limita a garantizar el contenido primario de los derechos fundamentales. Lo que, *a sensu contrario*, como es conocido, impide que la regulación estatal pueda suponer una regulación completa y acabada, que agote las posibilidades de desarrollo autonómico de estos derechos.

En otras palabras, la competencia estatal no sólo se proyecta sobre las condiciones básicas «que afectan a su contenido primario», a sus «posiciones jurídicas fundamentales», sino también sobre los criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, que sean absolutamente necesarios para asegu-

rar la igualdad en el ejercicio del derecho. Y se enumeran algunos ejemplos: ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho, condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho o el marco organizativo que posibilita el ejercicio mismo del derecho.

La sentencia entiende que la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa vino a desarrollar tanto el contenido del derecho ex art. 81.1 CE, como las condiciones básicas de su ejercicio de este derecho fundamental ex art. 149. 1 1º CE, lo que guarda congruencia con el epígrafe II de este trabajo. Todo ello para, a continuación, aludir al art. 7.2 LOLR, que recoge la posibilidad de que en los Acuerdos o Convenios con las confesiones se podrán extender los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico para las entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico.

De lo anterior, el intérprete de la Norma Suprema concluyó que el art. 16.3 CE, y su desarrollo orgánico en la LOLR, encomiendan al legislador estatal la tarea de facilitar la práctica efectiva de las creencias religiosas, así como –en su caso– la participación en éstas de los ciudadanos que lo deseen. Todo ello en la mejor línea de la calificación de España como un Estado Social (cfr. art. 9.2 CE). Una de las maneras posibles, afirma el Alto Tribunal, lo constituyen las medidas tributarias promocionales, como son la concesión de un régimen fiscal especial para algunos bienes inmuebles. Se trata, a fin de cuentas, de acciones estatales dirigidas a la protección y estímulo en la realización de actividades con relevancia constitucional y, por tanto, de interés general, consustanciales al Estado social de Derecho.

Se recuerda que los acuerdos de 1992 con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas, la Federación de Comunidades Israelitas de España (hoy Federación de Comunidades Judías de España) y la Comisión Islámica de España, han recogido la exención de IBI de sus bienes inmuebles que estén dedicados, fundamentalmente, al culto, a la asistencia religiosa, a residencia de pastores, imanes o dirigentes religiosos, a oficinas, a seminarios o centros de formación de los ministros de culto, imanes y dirigentes religiosos

Y aquí llega la *ratio decidendi* de este fundamento jurídico: *«Los anteriores beneficios fiscales, dentro de las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas a las que alude el art. 16.3 CE, en primer lugar, se configuran como una medida adoptada por el Estado al amparo de la competencia exclusiva prevista en el art. 149.1.1 CE, que se justifica en la relevancia constitucional que tienen las confesiones religiosas (inscritas en el correspondiente Registro público y con las que se hayan adoptado acuerdos de cooperación) para la consecución de los fines que la Constitución proclama y, en concreto, para la garantía del derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, tanto en su vertiente individual como en la colectiva».*

Con todo, toda la argumentación que se ha predicado de la legitimidad constitucional de la exención de IBI para estas confesiones, a mi juicio, se podría también aplicar a la Iglesia Católica. He analizado con precedencia que la sentencia estudiada

acude al Acuerdo sobre Asuntos Económicos de 1979 para declarar la inconstitucionalidad de la reforma Navarra con respecto a los inmuebles de la Iglesia Católica. Sin embargo nada impide llegar a la misma conclusión aludiendo a las condiciones básicas de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES.

Al principio de este trabajo he aludido, parafraseando a MUÑOZ MACHADO, al “inextricable universo de las competencias” que nos ha deparado el texto de la CE, los legisladores estatal, estatutario y autonómico y, por último, la propia interpretación del TC.

A lo largo de este trabajo he intentado delimitar en ese universo dónde situar la libertad religiosa, como derecho fundamental, y la relación con las confesiones religiosas, como principio de organización del Estado. Todo ello, en mi opinión, permite fundamentar las siguientes hipótesis:

El Estado Español tiene un modelo propio de laicidad, condensado en el art. 16 CE y, en menor medida, en el art. 27.3 CE, y que ha sido calificado como laicidad positiva por el TC. Ahora bien, como otros estados compuestos, dentro de los límites definidos o reconocidos por la Carta Magna, y por la legislación básica de desarrollo, cabe la existencia de modulaciones entre las CCAA. En un sentido propio o estricto, pues, no se podría hablar de modelos autonómicos de laicidad, ahora bien en un sentido lato o amplio no se observa problema alguno para afirmar la existencia de modelos, o subsistemas –por usar una expresión Kuhniana⁵⁵– autonómicos de laicidad.

En efecto, la ausencia de una reserva expresa de esta materia en las listas competenciales de los arts. 148 y 149 sugieren la aplicación de la cláusula residual del art. 149.3 CE. Por el momento solo el Estatuto catalán reivindica algún tipo de competencia sobre la relación con las confesiones religiosas y el derecho de libertad religiosa, por lo que el Estado es el único competente en el resto del territorio nacional. Hay que añadir la capacidad normativa transversal *ex* art. 149.1.1º CE a favor del Estado, cuya plasmación más inmediata es la LOLR, que vincula a todos los Poderes Públicos, también a las CCAA.

Estas consideraciones precedentes me han permitido proponer un modelo sistematizado de límites y posibilidades para el desarrollo autonómico de la libertad religiosa y de relación con las confesiones religiosas. Este modelo se articula en torno a cuatro puntos de fuerza: respeto a la libertad religiosa como principio organizador del modelo de Estado de España (art. 16.1 CE), respeto a la sustantividad

⁵⁵ Cfr. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción del concepto de derecho administrativo español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2006, págs. 86-87. Sobre la recepción de Thomas KUHN en ámbito jurídico: cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F., «La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico: una nueva terminología en la reciente jurisprudencia». *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº. 21, 1989, págs. 23-172.

propia de la libertad religiosa como derecho fundamental (arts. 16 y 27.3 CE), respecto al desarrollo orgánico de la libertad religiosa (art. 81 CE), y por último, respeto a la garantía estatal de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales (art. 148.1.1º CE).

De alguna manera, la hipótesis que he desarrollado ha sido validada por la STC 207/2013, de 5 de diciembre, al declarar inconstitucional la supresión parcial del IBI a las entidades religiosas sitas en Navarra. El Alto Tribunal no admite que la amplia autonomía tributaria Navarra ampare esta reforma contraria a la LOLR, los acuerdos de 1992 con las Confesiones Judía, musulmana y Evangélica, y con el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos de 1979.

Para finalizar, y de cara al futuro, a mi juicio, hay que subrayar que el TC estima que la exención de IBI (y su análogo impuesto navarro) para algunos bienes de las confesiones religiosas se configura como una medida de promoción adoptada por el Estado al amparo de la competencia exclusiva prevista en el art. 149.1.1º CE, y se justifica en la relevancia constitucional que tienen estas entidades, conforme al art. 16.3 CE, y al principio de cooperación con las confesiones religiosas que este precepto contiene. De todo ello se colige que esta exención no constituye ninguna lesión a la laicidad del Estado, sino una manifestación más del Estado Social (art. 9.2 CE) en la medida que facilita las condiciones para que la libertad religiosa de los individuos y de las confesiones sea real y efectiva.

Bibliografía

AGUADO i CUDOLÀ, V., *Los diversos niveles de gestión en relación con la diversidad religiosa*. PÉREZ-MADRID, F., *La gestión jurídica de la diversidad religiosa en el área mediterránea*, 2012, págs. 39-60.

ALLI ARANGUREN, J.C., *La construcción del concepto de derecho administrativo español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2006.

ÁLVAREZ-CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, Madrid: Tecnos, 2012.

BARCELÓ i SERRAMALERA, M., *Les competències de la Generalitat*. BARCELÓ i SERRAMALERA, M. y VINTRÓ, J., *Dret Públic de Catalunya*, Barcelona: Atelier, 2011, págs. 427-434.

BOIX PALOP, A., *Una nova planta per als valencians*, Barcelona: Fundació Nexè, 2013.

BOLGIANI, I., *Regioni e fattore religioso. Analisi e prospettive normative*. Milán: Vita e Pensiero, 2012.

CANO RUIZ, I., *Los datos religiosos en el marco del tratamiento jurídico de los datos de carácter personal*, Granada: Comares, 2011.

CASTELLÀ ANDREU, JM., *El régimen competencial y las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas*. CASTELLÀ ANDREU, JM., (ed.) *Derecho Constitucional Básico*. Barcelona, Huygens, 2014, págs. 377-396.

CASTELLÀ ANDREU, JM., *Los principios constitucionales*. CASTELLÀ ANDREU, JM., (ed.) *Derecho Constitucional Básico*. Barcelona, Huygens, 2014, págs. 69-84.

CASTELLÀ ANDREU, J.M., Canadá. *Un laboratorio del federalismo*. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., *La reforma federal: España y sus siete espejos*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2014, págs. 259-310.

CHOUDHRY, S. «Rights Adjudication in a Plurinational State: the Supreme Court of Canada, Freedom of Religion, and the Politics of Reasonable Accommodation». *Osgoode Hall Law Journal*, 2013, nº 50.3, págs. 575-608.

COTINO HUESO, L., *Las garantías de los Derechos Fundamentales*, CASTELLÀ ANDREU, J.M., *Derecho Constitucional Básico*. Barcelona: Huygens, 2014 págs. 469-487.

DE MEER LECHA-MARZO, F., *La cuestión religiosa en las Cortes Constituyentes de la II República Española*, Pamplona: Eunsa, 1975.

DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Fundamentales*, Madrid: Civitas, 2008.

ESTEVE PARDO, J., «La evolución del garantismo: de las garantías personales a la garantía del Estado. La reforma constitucional para la estabilidad presupuestaria y contención del déficit». *Revista catalana de dret públic*, 2013, nº 46, pág. 1-13.

ESTEVE PARDO, J., «Servicio Público de Televisión y garantía de la Institución de la opinión pública libre». *Revista de administración pública*, 1990, nº 123, pp. 185-210.

FREIXES SANJUÁN, T., *Contenido esencial de los derechos fundamentales*. Temas básicos de Derecho Constitucional. ARAGÓN REYES, M., (dir.) *Derechos Fundamentales y su Protección*, Tomo III, Madrid: civitas, 2011, págs. 67-71.

GAS i AIXENDRI, M., *Apostasía y libertad religiosa. Conceptualización jurídica del abandono confesional*, Granada: Comares, 2012.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., «La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico: una nueva terminología en la reciente jurisprudencia». *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 21, 1989, págs. 23-172.

GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J. *El primer Estatuto de Autonomía de Catalunya (1931): a propósito de un éxito referendatario*. FOLGUERA, P., PEREIRA, J.C, et ALII. (Eds). *Pensar con la historia desde el Siglo XXI*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2015, págs. 2957-2972.

GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J., «La relación entre urbanismo y libertad religiosa en Cataluña: Ley catalana 16/2009 de centros de culto», *Ius Canonicum*, 2011, nº 101, págs. 277-328.

GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J., *Religió a l'escola catalana. Anàlisi de l'art. 21.2 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thompson-Reuters, 2014.

GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J., «El convenio entre el Ministerio de Justicia y la Generalitat de Catalunya en materia de asuntos religiosos: ¿El primer paso de la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa?». *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, 2013, nº 29, págs. 331-363.

LOMBARDÍA, P., FORNÉS, J., *El Derecho Eclesiástico*. FERRER ORTIZ, J., (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español*. Pamplona: Eunsa, 2007.

MANENT ALONSO, L., «Las referencias religiosas de los signos identitarios de la Comunitat Valenciana. A propósito de la STSJ de la Comunitat Valenciana de 6 de septiembre de 2011». *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, 2013, nº 58, 2, págs. 236-255.

MANENT ALONSO, L., «Símbolos religiosos en el entorno escolar». *Educa Nova: colección de artículos técnicos de educación*, 2013, nº 4, págs. 217-230.

MARTÍN GARCÍA, M., «Derecho de libertad religiosa y establecimiento de centros de culto. A propósito de su desarrollo legal en Cataluña». *Revista española de derecho constitucional*, 2012, nº 94, págs. 239-265.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. *Informe Reforma de las Administraciones Públicas*, Madrid 2013.

MUCKEL, S., «El Estado y la Iglesia en Alemania». *Revista catalana de Dret Públic*, 2006, nº 33, págs. 267-293.

MUÑOZ MACHADO, S., *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. Barcelona: Crítica, 2013.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid: Iustel, 2009 T.III.

OLLERO TASSARA, A., *Laicidad y laicismo en el marco de la Constitución Española*. OLLERO TASSARA, A. y HERMIDA DEL LLANO, C. (dirs.), *La libertad religiosa en España y en el derecho comparado*, Madrid: Iustel, 2012.

ORTEGA ÁLVAREZ, L.I., *Las Regiones en la II República*. ORTEGA ÁLVAREZ L.I (Coord.), *Las reformas administrativas en la II República*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2009, págs. 39-54.

PÉREZ-MADRID, F., *Aplicabilidad de la LO 15/1999 de protección de datos personales a los libros de bautismo de la Iglesia Católica*. MONTOYA MELGAR, A., *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Madrid: Dykinson, 2010, págs. 1207-1237.

PÉREZ-MADRID, F., «La asistencia religiosa penitenciaria en Cataluña: la instrucción 1/2005 del dret a rebre atenció religiosa en el medi penitenciari», *Ius Canonicum*, 2005, nº 91, págs. 219-244.

RHONHEIMER, M., *Cristianismo y laicidad*, Madrid: Rialp, 2009.

SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, À., «El Convenio de Colaboración entre la Generalitat de Catalunya y la Liga por la Laicidad». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2005, nº 8.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «El precedente republicano del Plan Ibarretxe». *Cuadernos de Alzate: revista vasca de la cultura y las ideas*, 2008, nº 38, pp. 89-98.

TAYLOR, C., *A secular Age*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

RESUMEN

El desarrollo de la libertad religiosa y la relación con las confesiones religiosas en el marco de distribución de competencias de la CE de 1978 ha sido poco estudiado. Este trabajo atiende a tres puntos: en primer lugar analizar los arts. 148 y 149 CE para determinar si el constituyente preveía algo al respecto. En segundo lugar identificar los límites sustanciales y competenciales que existen al desarrollo autonómico de la libertad religiosa y de relación con las confesiones religiosas y, por último, examinar la STC 207/2013, de 5 de diciembre, que anula una norma de la Comunidad Foral de Navarra por vulnerar el modelo básico de laicidad español. Se concluye afirmando que en un sentido propio no pueden existir modelos autonómicos de laicidad distintos al estatal, aunque sí son constitucionalmente legítimas modulaciones entre las distintas comunidades autónomas.

PALABRAS CLAVE: Libertad religiosa – Estado de las Autonomías – Gobierno de Navarra – Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

ABSTRACT

The development of religious freedom and the relation with religious groups within the framework of the devolution of powers in the Spanish Constitution has not been studied much. This study focuses on three areas: firstly, it analyzes art. 148 and 149 of the Spanish Constitution in order to determine if the constitutional legislator foresaw something in this regard. Secondly, it seeks to identify the substantial and jurisdictional limits to the autonomous development of religious freedom and respect of religious confessions and, finally, to examine sentence 207/2013 dated December 5 of the Spanish Constitutional Court, which annuls a law of the Navarre Region for violating the basic model of Spanish Church-State relations. The research concludes by affirming that, in the *strict sense*, there cannot be two regional models regulating Church-State relations distinct from the state model, even though there exist constitutionally legitimate variations in the different regions.

KEYWORDS: Religious Freedom – Spanish Regional Government – Government of Navarra – Spanish Religious Freedom Act.

Recepción del artículo: 4/8/2015 - Evaluación anónima: 20/9/2015 - Aceptación versión final:29/12/2015

Doctrina de los Consejos Consultivos

DOCTRINA DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS OCURRIDOS POR MOTIVO DE FESTEJOS POPULARES

- 1. CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ILLES BALEARS**
- 2. CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA**
- 3. COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI**
- 4. CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN**
- 5. CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ILLES BALEARS

Doctrina sobre la responsabilidad patrimonial de la administración Pública por la organización de festejos populares

Irene M^a Espuey Servera
*Letrada del Consejo Consultivo
de les Illes Balears*

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN.**
- II. REGULACIÓN SOBRE LOS ACTOS PÚBLICOS Y FESTIVOS.**
 - a) Regulación legal.**
 - b) Regulación jurisprudencial.**
- III. DOCTRINA GENERAL DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LES ILLES BALEARS SOBRE RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS DERIVADOS DE ACTOS PÚBLICOS O FESTIVOS.**
- IV. CONCLUSIÓN.**

I. INTRODUCCIÓN.

En principio la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de actos públicos o festivos que organice en ejercicio de las competencias que tenga atribuidas se sujeta –con algunas particularidades– a las mismas normas y requisitos que rigen, con carácter general, la responsabilidad patrimonial de cualquier Administración en la prestación de un servicio público.

Por tanto el régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública parte de lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución española, que reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados en los términos establecidos por la Ley por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La regulación legal a la que remite el precepto constitucional anterior se encuentra establecida en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régi-

men Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que comprende los artículos 139 a 146. Básicamente el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas queda condicionado al nacimiento de una serie de requisitos bien conocidos –cuya formulación invariable constituye una constante de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Consejo de Estado, así como de los diferentes consejos consultivos– concretados en: *a)* la realidad efectiva de la lesión; *b)* que sea evaluable económicamente e individualizada respecto de una persona o un grupo de personas; *c)* que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en una relación de causa–efecto y *d)* que no haya intervención de elementos extraños que puedan interferir en el nexo causal y sin presencia de fuerza mayor.

Con respecto al procedimiento, éste viene definido, en líneas generales, en la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, si bien allí donde se regula, más específicamente, es en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En el ámbito de las corporaciones locales, la responsabilidad patrimonial se rige por el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y por el procedimiento previsto en el Real Decreto anterior.

El carácter escueto de la regulación anterior y el aumento de los supuestos en que de la actividad administrativa se han derivado daños a particulares ha propiciado que la configuración del instituto resarcitorio se deba, en gran parte, al desarrollo doctrinal de los órganos consultivos y a la jurisprudencia de los tribunales de justicia quienes, a partir de los preceptos legales, han ido estableciendo un cuerpo interpretativo imprescindible para resolver los distintos casos que se plantean.

Por lo general debemos recordar aquí que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública aparece configurada en nuestro ordenamiento jurídico como una responsabilidad directa y objetiva, que gira entorno al concepto de lesión entendida como daño antijurídico que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar por no existir causas de justificación que lo permitan o impongan. Así pues, basta con que se haya producido una lesión que reúna los requisitos exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre para que ésta tenga el deber de resarcir, con independencia de que el daño provenga del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, de actuaciones materiales o actos jurídicos, de acciones u omisiones, de actos lícitos o ilícitos etc. En esta línea cabe citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 y 23 de junio de 1981 y de 6 de junio de 1990, entre otras.

Asimismo, con respecto a la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento anormal de los servicios públicos debemos destacar que ésta se basa en omisiones, en no observar determinada conducta o en el incumplimiento del deber de adoptar las medidas adecuadas ante una situación cuyo contenido se puede deducir de lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico y que constituye un estándar en la actividad mínima exigible (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004

y de 15 de junio de 2005, entre otras). Sin embargo, en ocasiones la imputación a la Administración se fundamenta únicamente en haber creado el riesgo, aún cuando se hayan observado todas las medidas de seguridad exigibles, como es el caso de las reclamaciones por daños sufridos en el transcurso de la celebración de actos públicos o fiestas populares organizadas por la propia Administración. En cualquier caso es imprescindible que entre la inactividad administrativa y el daño producido exista nexo causal y que la actuación omitida incumba a la Administración, es decir, que sea de su competencia. En estos casos la Administración sólo quedará exonerada de responsabilidad patrimonial cuando concurra culpa exclusiva de la víctima o bien concurra fuerza mayor, lo que obligará a analizar cada supuesto.

En particular y a los efectos que interesa aquí el presente estudio tiene por objeto analizar brevemente la doctrina consolidada del Consejo Consultivo de las Illes Balears relativa a la responsabilidad patrimonial por daños derivados de actos públicos o festivos organizados por la propia Administración Pública –fundamentalmente la local, como se verá– frente a la que el particular reclama por considerar que ha existido un funcionamiento anormal.

II. REGULACIÓN SOBRE LOS ACTOS PÚBLICOS Y FESTIVOS.

a) Regulación legal de la materia.

Desde el punto de vista competencial, en el ámbito estatal debemos referirnos en primer lugar a la regulación de las competencias municipales relacionadas con esta materia. En efecto, el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, en su redacción inicial anterior a la reforma operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, atribuía a los municipios competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre una serie de materias. Entre ellas se hallaban las materias de “seguridad en lugares públicos” (apartado a)), atribuida a modo de competencia municipal indeclinable de policía de seguridad en espectáculos públicos que venía a constituir una competencia de policía, y la de “actividades o instalaciones culturales o deportivas” (letra m). No obstante lo anterior, con posterioridad la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, modificó también la redacción del precepto legal anterior que ya no incluye actualmente dentro de las competencias propias municipales “la seguridad en los lugares públicos”, si bien sí les atribuye una competencia genérica en materia de ferias (art. 25.2, apartado i). Sin embargo, el artículo 27 de la Ley 27/2013 sí contempla como competencia delegable por la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas la «[...] comunicación, autorización, inspección y sanción de los espectáculos públicos» (apartado k).

Por su parte, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana –aprobada por el Estado con carácter básico y al amparo del artículo 149.1.29º de la CE, que le atribuye la competencia exclusiva en materia de “seguridad pública”–, regula el régimen de intervención de las autoridades compe-

tentes en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas y de las entidades locales en lo que se refiere a su normal desarrollo, como así lo recoge el artículo 2 de esta ley. Por lo que respecta a las normas de seguridad que deben cumplir los establecimientos en los que se celebren estos espectáculos públicos así como sus condiciones de desarrollo, éstas se hallan reguladas en el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (modificado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, y Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo).

Por otro lado, en el ámbito autonómico debemos destacar que el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a varias comunidades autónomas en materia de espectáculos efectuado a través de varios Reales Decretos propició en su día la aprobación de varias leyes autonómicas con la finalidad de adaptar la normativa vigente en la materia a la estructura y particularidades de cada Administración. No obstante lo anterior, los Reales Decretos de traspaso anteriores reservaron al Estado determinadas funciones sobre esta materia tales como: suspender o prohibir espectáculos, manifestaciones deportivas o actividades recreativas así como clausurar locales por razones graves de seguridad ciudadana, dictar normas básicas de seguridad para edificios o instalaciones en los que se celebren espectáculos y actividades recreativas o cualquier otra función que corresponda legalmente a la Administración General del Estado si afecta a la seguridad pública.

Son varias las comunidades autónomas que, una vez traspasadas las funciones y servicios por el Estado, tienen atribuida competencia exclusiva en materia de espectáculos públicos y así la han asumido a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía. Éste ha sido el caso de: Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla la Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad de Madrid, Navarra, Valencia, Extremadura, Galicia, La Rioja, País Vasco, Principado de Asturias, Región de Murcia y Baleares. En ejercicio de sus competencias son varias las comunidades autónomas que han aprobado leyes autonómicas regulando esta materia. Éste ha sido el caso de: la Comunidad de Madrid (Ley 4/2013, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de espectáculos públicos y actividades recreativas), Canarias (Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias), Castilla la Mancha (Ley 7/2011, de 21 de marzo, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de Castilla la Mancha), Castilla y León (Ley 7/2006, de 2 de octubre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Castilla y León), Cataluña (Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas), Cantabria (Ley 2/2015, de 1 de octubre, por el que se aprueba el régimen sancionador en materia de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos en la Comunidad Autónoma de Cantabria), entre otras.

Tal como hemos avanzado, dentro de la relación de Comunidades Autónomas que han asumido competencia exclusiva sobre esta materia se halla la Comuni-

dad Autónoma de las Illes Balears, a quien el Estado le transfirió la competencia mediante Real Decreto 122/1995, de 27 de enero. En efecto, el artículo 30.31 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 28 de febrero, atribuye la materia de espectáculos y actividades recreativas a esta Comunidad Autónoma como competencia exclusiva, mientras que el artículo 31.17 de esta norma le atribuye la materia de actividades clasificadas como competencia de desarrollo legislativo y de ejecución. El mismo texto estatutario establece también como competencias propias de los consejos insulares las actividades clasificadas (art. 70.7) y los espectáculos públicos y las actividades recreativas (art. 70.11), lo que significa que sobre estas materias la Administración insular ostenta la potestad reglamentaria conforme a lo dispuesto en el artículo 72 del Estatuto.

En ejercicio de la competencia exclusiva anterior el Parlamento balear aprobó en su día la Ley 7/2013, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de instalación, acceso y ejercicio de actividades en las Illes Balears que autoriza, a través de su Disposición final primera, al Gobierno de las Illes Balears, a los consejos insulares y a los ayuntamientos a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de esta Ley de acuerdo con el marco competencial previsto en el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. En particular interesa destacar el artículo 4 de la Ley balear por cuanto define, entre otros conceptos, las “actividades de concurrencia pública” como aquellas actividades de espectáculos públicos y actividades recreativas así como otras destinadas a ocio, esparcimiento y recreo, restauración, reunión, deportivas, religiosas, culturales, sociales y las que congregan a público o usuarios en general, siempre que no estén incluidas en otros usos definidos en el código técnico de la edificación. Por su parte el mismo precepto legal define también los “espectáculos públicos” como los que congregan a público en general al objeto de presenciar actividades, representaciones, actuaciones, proyecciones, competiciones o exhibiciones de naturaleza artística, cultural o deportiva o actividades de otro tipo dirigidas al entretenimiento en tiempo libre ofrecidas por una empresa, entidad o institución y llevadas a cabo por artistas, deportistas o ejecutantes. Asimismo la Ley balear regula todo un régimen de infracciones y sanciones sobre la materia y establece, dentro de las facultades administrativas (artículo 85) la «inspección y control de las actividades sujetas a esta Ley» (apartado *a*) por los órganos de las administraciones públicas que deben coordinarse en el ámbito de sus respectivas competencias, así como prevé también el «control de la realización de actividades de espectáculos públicos y recreativas» (apartado *b*), la paralización, prohibición, suspensión y clausura de la actividad y la adopción de las medidas de seguridad que se consideren necesarias (letra *c*), así como la sanción por la comisión de infracciones tipificadas en esta Ley (letra *e*) entre otras facultades. Por último, dentro de la relación de infracciones graves que regula su artículo 103 y en relación con esta materia, debo hacer especial mención de las previstas en su apartado segundo por cuanto dispone textualmente: «2. *En las actividades de espectáculos públicos y recreativas, y establecimientos públicos, además de las anteriores, son infracciones graves las siguientes: [...] b) Las explosiones de petardos, tracas o luces de bengala, antorchas, utilización de armas de fuego o de cualesquiera utensilios u objetos similares, excepto en las ocasiones previstas en el proyecto o la normativa vigente; c) Las perturbaciones del oren en el local produci-*

das por espectadores o usuarios. [...]». Asimismo la Ley considera como *infracciones muy graves (artículo 104)* cualquier infracción que suponga el incumplimiento de alguna de las prescripciones establecidas en la presente Ley y en los reglamentos que la desarrollen que suponga un «riesgo grave e inminente para la seguridad [...]».

Finalmente, debo referirme también dentro de este apartado de normativa autonómica a la aprobación en el año 2013 por el Pleno del Consejo Insular de Mallorca del Reglamento regulador de los servicios de admisión y control de ambiente interno en las actividades de espectáculos públicos y recreativas en el ámbito de la isla de Mallorca, todo ello en ejercicio de la potestad reglamentaria que el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears atribuye a la Administración insular sobre esta materia de espectáculos públicos.

b) Regulación jurisprudencial.

Desde el punto de vista jurisprudencial y en relación con esta materia, debo señalar que es muy numerosa la jurisprudencia construida sobre las reclamaciones de indemnización a los entes municipales como consecuencia de los perjuicios sufridos en el transcurso de los festejos organizados o autorizados por los Ayuntamientos y numerosa, por tanto, la casuística que resulta. No obstante, me parece interesante citar aquí algunas de las sentencias del Tribunal Supremo y la doctrina fijada por el alto tribunal sobre esta materia como es la fijada en su Sentencia de 12 de julio de 2004 (recurso para unificación de doctrina 98/2004) que, a su vez, recoge la establecida en la Sentencia invocada como de contraste y dictada por la misma Sala con fecha de 17 de noviembre de 1998 (recurso de casación 3489/1994) donde recoge su tesis del riesgo creado por la Administración al organizar una fiesta popular o un acto público. Esta tesis viene a traducirse en que la imputación a la Administración se fundamenta en haber creado un riesgo, aún cuando haya observado todas las medidas de seguridad exigibles.

En este sentido, una de las sentencias más ilustrativas donde se recoge la doctrina consolidada del alto tribunal sobre esta materia es la Sentencia de 13 de septiembre de 1991, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo. En esta sentencia analiza un supuesto de una reclamación de responsabilidad patrimonial de los padres de una menor interpuesta ante el Ayuntamiento de Sevilla por las lesiones sufridas por su hija que había acudido a la Feria de Abril donde, a raíz de un incendio producido en una de las casetas, sufrió quemaduras de diferente consideración. Los padres reclamaron inicialmente al Ayuntamiento una indemnización que rechazó por considerar que no hubo relación de causalidad entre los daños reclamados y la conducta seguida por el Ayuntamiento, dado que el incendio provino de una “caseta particular”. Sin embargo el Tribunal Supremo rechazó las alegaciones anteriores y declaró que existía responsabilidad patrimonial al entender que: «[...] *no se puede aceptar la consideración de la organización y funcionamiento del festejo como algo particular, ya que además de existir casetas de titularidad pública (art.18) el Ayuntamiento mantiene el control de la organización, asumiendo, dentro de las competencias que le son propias a tenor del artículo 101 de la Ley de Régimen Local entonces*

en vigor, potestades especialmente intensas de policía administrativa, tanto en espectáculos públicos y festejos como de seguridad política.[...]», por lo que concluye que, no siendo negligente la conducta del Ayuntamiento –que actuó correctamente en lo que se refiere a la reglamentación de la Feria y casetas y en el funcionamiento de los servicios municipales contraincendios– no obstante existe responsabilidad administrativa por incumplimiento de las competencias municipales de carácter general en materia de seguridad ciudadana dado que «*[...] es competencia indeclinable de la Corporación municipal el mantenimiento de la seguridad e integridad física de todos los habitantes del municipio, incluso en aglomeraciones humanas como la Feria de Sevilla [...]*», por lo que viene a encuadrar este supuesto en el funcionamiento “normal” de un servicio público.

Por otra parte, en el recurso de casación 3106/1997, el Ayuntamiento, cuya responsabilidad patrimonial se había declarado como consecuencia de las heridas sufridas por el demandante en un tradicional festejo por aquél organizado y vigilado, planteó la infracción cometida por la Sala sentenciadora de los preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de la jurisprudencia que los interpreta por entender que los daños y perjuicios fueron causados con ocasión de la realización de dicho festejo popular pero no a causa de los servicios municipales que lo organizaron y vigilaron, sino debido al mal uso que hizo el perjudicado, de modo que a su parecer no existía relación de causalidad entre la prestación de dicho servicio y el resultado dañoso producido, ni siquiera desde la perspectiva de la creación de un riesgo ya que se adoptaron las adecuadas medidas de seguridad y vigilancia, sin que el Ayuntamiento hubiese podido eludir la organización de la fiesta, ya que era de carácter tradicional. Sin embargo el alto Tribunal en su Sentencia de 28 de julio de 2001 consideró improsperables los motivos alegados por el Ayuntamiento en su recurso de casación de la sentencia del Tribunal de instancia que le condenó a indemnizar al perjudicado. Las razones para rechazar los motivos de casación, aparte de los propios hechos probados en la sentencia recurrida, se centran en que no sólo no hubo culpa exclusiva de la víctima sino que tampoco concurrió concausa alguna que a él pudiera serle imputada para llegar a la consecuencia de concurrencia de culpas con el Ayuntamiento. El alto tribunal concluyó que la posible conducta imprudente del perjudicado carecía de relevancia aquí para interferir en el nexo causal puesto que los servicios de vigilancia municipales no impidieron o evitaron, como debían, la posible actuación culposa de aquél, con lo que, en definitiva, la Administración generó un riesgo cuyas consecuencias debe soportar. Con idéntico criterio se había pronunciado ya en la Sentencia de 13 de septiembre de 1996 (recurso de casación 7725/1996).

Esta tesis del riesgo creado por la Administración es la misma sostenida en la Sentencia de fecha 8 de febrero de 2005 (recurso de casación 2177/2001) y en la Sentencia de fecha de 12 de julio de 2004 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la que estima un recurso de casación para unificación de doctrina reiterando la recogida en su previa Sentencia de la misma Sala de 17 de noviembre de 1998.

Así pues se fija como doctrina jurisprudencial en ambas Sentencias de la Sala Tercera que, a efectos de determinar si existe responsabilidad patrimonial de

la Administración por los daños causados, se deben integrar en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos las fiestas populares organizadas por los Ayuntamientos o patrocinadas por ellos, aun cuando la gestión de las mismas se haya realizado a través de comisiones o entidades con personalidad jurídica independiente pero incardinadas en la organización municipal (Sentencias de 13 de septiembre de 1991, 11 de mayo de 1992, 23 de febrero, 25 de mayo y 18 de diciembre de 1995, 25 de octubre de 1996, 15 de diciembre de 1997, 4 de mayo de 1998 y 19 de junio de 1998, entre otras). En todas estas sentencias se declara que, frente a la relevancia causal de la omisión por el Ayuntamiento de las elementales medidas de seguridad encaminadas a evitar el riesgo la conducta de los perjudicados, de carácter previsible (en algunos de los supuestos examinados consistente en manipular los residuos de fuegos artificiales disparados el día anterior), carecía de relevancia suficiente para determinar la ruptura del nexo causal o para imponer, siquiera, una moderación de la responsabilidad.

En la misma línea que la doctrina fijada por el alto tribunal sobre esta materia se ha pronunciado también el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de febrero de 2009, donde recuerda que: «[...] en los supuestos de fiestas populares organizadas por los Ayuntamientos hay que tener en cuenta, de un lado, que el título de imputación viene dado por la titularidad administrativa del servicio o actividad en cuyo ámbito se produjo el daño, debiendo reseñarse que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, Sentencias de 23 de febrero de 1995, 1 de abril de 1995, 29 de marzo y 25 de mayo de 1999, 15 de abril y 9 de mayo del 2000, y 3 de mayo de 2001, ha venido exigiendo en los festejos populares organizados o dependientes de las autoridades municipales un especial deber de diligencia para evitar situaciones de riesgo o peligro, fruto de la presencia y concentración de un elevado número de personas [...]».

En atención a lo expuesto puede concluirse en este apartado que la jurisprudencia da una total y definitiva relevancia a la creación de riesgos por la Administración organizadora del espectáculo público o festejo popular, tanto para apreciar la concurrencia del nexo causal cuanto para considerar que la conducta del perjudicado carece de relevancia a fin de moderar la responsabilidad patrimonial.

III. DOCTRINA GENERAL DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LES ILLES BALEARS SOBRE RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS DERIVADOS DE ACTOS PÚBLICOS O FESTIVOS.

A los efectos que interesa, corresponde examinar en este punto cuál es la doctrina consolidada del Consejo Consultivo de las Illes Balears en materia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños derivados de actos públicos o festivos organizados por la propia Administración Pública. En relación con esta materia, este órgano de consulta ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones siguiendo la misma línea mantenida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Las primeras reclamaciones interpuestas por este motivo que fueron dictaminadas por este órgano consultivo, cuya creación se remonta al año 1993, datan del año 2004 (Dictámenes número 55 y 135), mientras que la reclamación más reciente se examinó en su Dictamen número 51/2013. Hasta la fecha asciende a un total de 18 el número de dictámenes aprobados por el Consejo Consultivo de las Illes Balears sobre esta materia y en los que ha tenido ocasión de examinar las reclamaciones interpuestas por particulares frente a ayuntamientos y consejos insulares –que también ostentan la naturaleza de entidad local– a resultas de los daños sufridos durante la celebración de actos públicos o fiestas populares organizadas por la propia Administración Pública. En casi todas ellas los reclamantes consideran que el daño sufrido es atribuible a la pasividad de la corporación local y a una omisión del deber de adoptar determinadas medidas de seguridad en el ejercicio de sus competencias municipales. En los dictámenes emitidos por este órgano de consulta se recogen sus principales criterios doctrinales sobre esta materia relativos a que el nacimiento de la denominada responsabilidad patrimonial de les administraciones públicas, en el contexto que formen los artículos 106.2 de la Constitución española, y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, queda condicionado al cumplimiento de unos requisitos bien conocidos, cuya formulación invariable constituye una constante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina de este Consejo Consultivo, concretados en la realidad efectiva de la lesión, evaluable económicamente e individualizada respecto de una persona o un grupo de personas, consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa y efecto, sin intervención de elementos extraños que puedan influir y alterar el nexo causal y sin presencia de fuerza mayor.

Asimismo, cuando se trata de una corporación local, el Consejo Consultivo recuerda que la determinación de esta responsabilidad patrimonial se establece en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (artículo 54) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Llegados a este punto resulta de interés observar aquí que la mayoría de los dictámenes emitidos por el Consejo Consultivo de las Illes Balears sobre esta materia han concluido con carácter favorable a la estimación de la reclamación tras asumir la tesis jurisprudencial del riesgo asumido por la propia Administración al organizar el acto público y partir también de la titularidad del servicio público como título de imputación del daño.

Ésta es la doctrina recogida, por ejemplo, en su Dictamen número 23/2009, relativo a una reclamación interpuesta por el particular perjudicado por las lesiones sufridas en una fiesta popular de moros y cristianos en el curso de la cual se produjo la caída de una pared del estadio municipal. El Consejo Consultivo, tras analizar el expediente, concluye que, en ningún momento, el Ayuntamiento negó la responsabilidad por las lesiones sufridas por el reclamante, por lo que considera suficientemente acreditada la realidad del accidente y la relación de causalidad entre el servicio públi-

co municipal y las lesiones reclamadas. Recuerda también aquí que, en el presente supuesto: «[...] se trata de una fiesta popular y el municipio tiene atribuida la competencia en materia de seguridad en lugares públicos, según el artículo 25.2.a de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local. El Ayuntamiento fue quien organizó los festejos, creando un riesgo patente que le obligaba a adoptar las medidas necesarias para evitar accidentes y asumiendo la correspondiente responsabilidad si éstos se producen [...]». El órgano de consulta observa que el planteamiento anterior ha sido reiteradamente asumido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y así lo ha señalado el Consell Consultiu en anteriores dictámenes y cita como exponente la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 1999, donde el alto tribunal sostiene que:

«Al respecto, es de recordar que, como esta Sala 3ª del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de decir en más de una ocasión, la Administración asume la responsabilidad derivada de los riesgos por ella creados. Así en la Sentencia de 13 de septiembre de 1991, que cita otras anteriores, puede leerse lo siguiente: «Un Ayuntamiento puede organizar una feria, reglamentando y autorizando, en su competencia municipal esencial e indeclinable de policía de seguridad en este tipo de festejos, instalaciones que necesariamente implican, dada la misma reglamentación municipal, un alto porcentaje de riesgo, que la administración municipal asume por entender que ello es necesario para mantener una determinada tradición popular; pero estas razones no le eximen en ningún caso de asumir también una eventual responsabilidad por los daños que puedan derivarse de esa actividad que organiza y patrocina.»

Finalmente, a la vista del material probatorio aportado (fotografías, informe de la policía local y declaraciones testificales), el Consejo Consultivo considera plenamente acreditados los daños sufridos a consecuencia del accidente causado por la caída del muro, cuyo mantenimiento y conservación manifiesta que son obligación de la Administración municipal. Asimismo considera también acreditada la relación de causalidad entre ambos, la ausencia de fuerza mayor y la inexistencia de obligación del perjudicado de soportar el daño sufrido, por lo que aplicando los principios rectores de la responsabilidad patrimonial administrativa, concluye que el daño reclamado es antijurídico y que la lesión padecida debe ser indemnizada.

En la misma línea que el anterior se pronuncia también este órgano consultivo en su Dictamen número 31/2009, relativo a una reclamación prácticamente idéntica a la anterior por los daños sufridos en el curso de la celebración en el término municipal de Pollença de una fiesta popular (simulacro de encuentro entre moros y cristianos) donde se produjo la caída de una pared del estadio municipal. En este caso el órgano de consulta reitera la misma doctrina anterior si bien destaca que no concurrió en los hechos culpa alguna del reclamante ni circunstancias de fuerza mayor y sí en cambio hubo una evidente relación de causalidad entre la actuación municipal —que programó y organizó el festejo incumpliendo el deber de adoptar las medidas necesarias en orden a la eliminación de los riesgos de los asistentes— y las lesiones sufridas por el reclamante —que en modo alguno tiene el deber jurídico de soportar-

las-. Fundamenta sus conclusiones tanto en el artículo 25.2 a) de la citada Ley 7/1985 reguladora de las bases de régimen local (que establece la obligación de los Ayuntamientos en orden a la seguridad de los lugares públicos) como en la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que este órgano de consulta se ha hecho eco en sus dictámenes relativa a la existencia de responsabilidad de la Administración Municipal por los daños derivados de actividades organizadas y patrocinadas por el propio Ayuntamiento.

Por su parte, es ilustrativo también de la tesis anterior de la asunción del riesgo por la Administración organizadora del acto público el Dictamen número 97/2009, relativo a una reclamación por responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Sant Lluís (Menorca) por los daños y perjuicio sufridos durante la celebración de una fiesta popular (“jaleo d’ases”) donde el reclamante padeció diversas lesiones al ser arrollado por uno de los animales que participaba. En este supuesto el Consejo Consultivo de las Illes Balears sostiene, contrariamente al criterio mantenido por el instructor en la propuesta de resolución –que defiende la inexistencia de relación de causalidad porque el evento organizado cumplía con todas las medidas de seguridad y porque los daños se produjeron por la imprevisible actuación del animal siendo que el reclamante asumía el riesgo al participar libremente–, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, seguida por el Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, viene entendiendo que *es la administración organizadora de los festejos populares quien asume la responsabilidad por los daños que se produzcan de forma imprevista, a pesar de adoptar las medidas de seguridad que procedan* (supuesto de funcionamiento normal de la Administración). En este sentido vuelve a citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999 (reproducida en anteriores dictámenes) y cita también la Sentencia de 23 de mayo de 2003, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, donde afirma:

«Como hemos señalado en otras ocasiones, el Tribunal Supremo, en relación con el tema que se suscita en los presentes autos, es decir, respecto de la responsabilidad de la Administración organizadora de juegos o fiestas generadoras de riesgo, tiene establecido que no puede eludirse la responsabilidad por remisión al carácter popular del evento ni por remisión a la responsabilidad de la empresa contratada para su organización.

En este sentido, la Sentencia de fecha 3 de mayo de 2001 indica que «la jurisprudencia de esta Sala, entre otras sentencias las de 23 de febrero de 1995, 1 de abril de 1995, 29 de marzo y 25 de mayo de 1999, 30 de septiembre de 1999, 15 de abril y 9 de mayo de 2000, ha venido exigiendo en los festejos populares, organizados o dependientes de las autoridades municipales, un especial deber de diligencia para evitar situaciones de riesgo o peligro, fruto de la presencia y concentración de un elevado número de personas.»

En sentido similar al anterior se pronuncia también este órgano de consulta en su Dictamen 58/2009 y en sus Dictámenes número 9, 28, 165 y 174 del año 2010

y 51 del año 2013, todos ellos relativos a reclamaciones por daños sufridos en el trascurso de un acto público o una fiesta popular organizada por la Administración. Así por ejemplo en su dictamen número 9/2010 el órgano consultivo afirma con rotundidad que se trata de una reclamación por daños sufridos en un festejo popular (el “jaleo menorquín”) cuyos riesgos *«[...]conoce perfectamente el Ayuntamiento patrocinador, por lo que consecuentemente debe asumir los daños que de los mismos se deriven.[...]»*. En todos los dictámenes anteriormente referidos reitera la misma doctrina expuesta y en todos ellos concluye favorablemente a la estimación (total o parcial) de la reclamación formulada.

No obstante toda la doctrina anteriormente expuesta, en ocasiones el Consejo Consultivo de las Illes Balears ha llegado a admitir también la moderación de la responsabilidad de la corporación municipal en este tipo de reclamaciones por daños sufridos en actos públicos o festivos cuando ha considerado probado que la actuación de los perjudicados o de un tercero ha interferido de forma determinante en el nexo causal.

Dentro de este segundo grupo de dictámenes donde el órgano consultivo ha concluido a favor de la existencia de una concurrencia de culpas entre la Administración y el perjudicado se hallaría, por ejemplo, el caso examinado en su Dictamen número 24/2008, relativo a una reclamación de un padre de un menor ante el Ayuntamiento de Palma por los daños sufridos por su hijo a resultas de una caída sufrida desde una instalación colocada por la corporación para la celebración de una fiesta popular. En este supuesto el Consejo Consultivo tras analizar la concurrencia de los requisitos doctrinales y jurisprudenciales en materia de responsabilidad patrimonial de las corporaciones locales llega a la conclusión de que sí existe responsabilidad del Ayuntamiento por cuanto tiene atribuida la competencia en materia de seguridad en lugares públicos a través del artículo 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril reguladora de las bases de régimen local y, en este caso concreto, sostiene que por el hecho de tratarse de la colocación de una instalación en una plaza pública donde juegan niños debía haber adoptado las medidas de seguridad idóneas de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. Por todo ello, *«atendiendo al riesgo creado por la organización de la fiesta popular y a la titularidad de la competencia en materia de seguridad pública considera este órgano de consulta que existe responsabilidad del Ayuntamiento»*. No obstante todo lo anterior, atendiendo también al hecho de que los padres tienen un deber de vigilancia sobre sus hijos menores el órgano consultivo estima también que concurre una *culpa in vigilando* de los padres en la custodia del menor que no actuaron con la debida vigilancia al permitirle subirse a la instalación colocada para la fiesta popular, por lo que el órgano consultivo concluye estimando la existencia de concurrencia de culpas en una proporción del 50 % para cada una de las partes. En este sentido cita como ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1989 que señala:

«Aunque es cierto que la jurisprudencia exige en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público en una relación

directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, la nota de exclusividad, no obstante, debe ser entendida en sentido relativo y no absoluto, pues si esta nota puede exigirse con rigor en supuestos dañosos acaecidos por funcionamiento normal, en los anormales el hecho de la intervención de un tercero o una concurrencia de concausas ajenas imputables, unas a la Administración y otras a personas ajenas, e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación de atemperar la indemnización a las características concretas del supuesto examinado».

En el mismo sentido que el anterior se pronuncia también el Consejo Consultivo de las Illes Balears en sus dictámenes número 29/2009 y 136/2010 donde concluye a favor de la existencia de una concurrencia de culpas entre la Administración y el perjudicado reclamante. En el primero de ellos –Dictamen número 29/2009–, relativo a una reclamación formulada por el padre de un menor que sufrió lesiones considerables a resultas de un espectáculo pirotécnico organizado por el Ayuntamiento, el órgano consultivo sostiene que la responsabilidad de la Administración organizadora del evento no excluye la responsabilidad de la propia víctima –que cogió el cohete– en el resultado lesivo, aún cuando fuese menor de edad. En efecto, concluye que si bien el Ayuntamiento es responsable como organizador del espectáculo pirotécnico, la interferencia de la conducta de la propia víctima rompe la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, lo que comporta un reparto de responsabilidades (85 % de la víctima y un 15 % de la corporación municipal), ya que la intervención de la víctima tiene mayor efecto en la producción del daño. Por su parte, en el segundo de estos dictámenes –Dictamen número 136/2010– el órgano de consulta llega a la misma conclusión anterior al considerar probada la existencia de una concurrencia de culpas entre la víctima y la Administración (en este caso el Consejo Insular de Mallorca que organizó el evento festivo donde ocurrió el accidente) al considerar que la reclamante no supo reaccionar de forma rápida ante una situación inesperada de peligro y que intervino voluntariamente en un espectáculo que comportaba cierto riesgo. En este sentido el órgano consultivo recuerda que la Jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001, entre otras) ha admitido en ocasiones que la participación del reclamante en determinadas fiestas populares puede moderar la indemnización si bien concluye que deberá valorarse *caso por caso* dicha modulación de la responsabilidad patrimonial. En consecuencia minora la indemnización solicitada en este supuesto en un 25 % y declara la responsabilidad de la Administración en la producción del daño en un 75 %.

Sin embargo, y no obstante todo lo anterior, este órgano de consulta se ha pronunciado también en sus dictámenes 9 y 165 del año 2010 en sentido contrario a la tesis de la concurrencia de culpas defendida por la Administración en su propuesta de resolución. En ellos reitera su doctrina consolidada relativa a la *responsabilidad de la Administración organizadora de festejos populares por cuanto asume el riesgo y tiene un especial deber de diligencia para evitarlo* cuando se concentra un elevado número de personas, todo ello siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Finalmente resulta de interés para cerrar este apartado hacer mención aquí de su particular Dictamen número 51/2013, relativo a una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por un padre por las lesiones sufridas por sus hijos a resultas de una atracción infantil que formaba parte de un evento popular organizado por el Ayuntamiento en colaboración con el Consejo Insular de Mallorca. En este supuesto el Consejo Consultivo considera acreditado la relación de causalidad entre los daños reclamados y la actuación administrativa por lo que estima la responsabilidad solidaria del Consejo Insular y del Ayuntamiento –este último por ser titular de la competencia municipal de seguridad en lugares públicos–. Asimismo estima también que concurre una responsabilidad por parte de la empresa contratista del servicio público, toda vez que no obsta a considerar viable la acción interpuesta por el reclamante frente a la Administración, sin perjuicio del derecho de repetición de esta última frente a la concesionaria.

V. CONCLUSIÓN.

En atención a todas las consideraciones jurídicas expuestas y los dictámenes examinados podemos afirmar que la doctrina consolidada del Consejo Consultivo de las Illes Balears en materia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños derivados de actos públicos o festivos organizados por la propia Administración Pública sigue fundamentalmente el criterio establecido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativo a la tesis del riesgo creado por la Administración cuya relevancia es definitiva para apreciar la concurrencia del nexo causal. La imputación a la Administración se fundamenta en este tipo de supuestos en haber creado el riesgo y haberlo asumido al organizar el acto, aún cuando se hayan observado todas las medidas de seguridad exigibles. En cualquier caso es imprescindible que entre la actividad administrativa y el daño producido exista nexo causal y que la actuación sea competencia de la Administración, lo que resulta claro en los supuestos de reclamaciones por eventos organizados por las corporaciones locales en ejercicio de las competencias municipales que tienen legalmente atribuidas. No obstante este órgano de consulta también se ha pronunciado, en contadas ocasiones, a favor de la modulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos en los que considera acreditado que ha interferido de forma determinante en el nexo causal la conducta del perjudicado y que por tanto procede estimar parcialmente la reclamación en base a una concurrencia de culpas, siguiendo en este sentido una Jurisprudencia minoritaria que también ha admitido, en algunos casos, dicha modulación de la responsabilidad patrimonial.

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Doctrina sobre la responsabilidad patrimonial de la administración Pública por la organización de festejos populares

Teresa Vidal Martín
*Letrada del Consejo Jurídico
Consultivo de la Comunitat Valenciana*

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN Y MARCO NORMATIVO.**
- II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS CAUSADOS DURANTE LA CELEBRACIÓN DE FIESTAS POPULARES.**
- III. DOCTRINA DEL CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA.**
 - a) Expedientes de responsabilidad patrimonial por daños producidos durante la celebración de Bous al carrer y festejos taurinos.
 - b) Expedientes de responsabilidad patrimonial por daños producidos durante la celebración de fiestas tradicionales.
 - 1. Daños ocasionados durante la celebración de las Fallas.*
 - 2. Daños ocasionados durante la celebración de procesiones.*
 - 3. Daños ocasionados durante la celebración de otros festejos.*
- IV. CONCLUSIÓN.**

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del territorio de la Comunitat Valenciana se suceden, durante todo el año y prácticamente en todos los municipios, numerosas fiestas populares o festejos tradicionales que se caracterizan por su participación popular.

Por fiesta tradicional puede entenderse, de acuerdo con lo previsto en el Anexo IV de la Ley 14/2010, de 3 de diciembre, de la Generalitat, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos, aquellas «activida-

des que se celebran, generalmente, al aire libre, con motivo de las fiestas patronales o celebraciones populares, con actuaciones musicales, bailes, tenderetes, fuegos artificiales, hostelería y restauración».

La materia relativa a los espectáculos públicos no figura reservada al Estado como competencia exclusiva en el artículo 149 de la Constitución, ni tampoco lo está en la enumeración de las competencias autonómicas del artículo 148 de la Carta Magna, lo que determina que las Comunidades Autónomas ostentarán competencia en esta materia si así figura en sus respectivos Estatutos de Autonomía, o si les ha sido trasferida o delegada.

En la Comunitat Valenciana, el artículo 49.1.30 del Estatuto de Autonomía atribuye competencia a la Generalitat en materia de espectáculos públicos. Dicha competencia se integra en lo que tradicionalmente se ha considerado como una de las manifestaciones típicas de la actividad administrativa de policía, concretamente, asegurando el buen orden en el desarrollo de los espectáculos públicos, regulando los desórdenes, la intervención policial, las obligaciones del organizador del evento, venta de entradas, horarios¹.

El Anexo IV de la Ley 14/2010, de 3 de diciembre, bajo la rúbrica “Festejos y celebraciones populares” contempla los siguientes:

«4.1. Bous al carrer. Festejos taurinos tradicionales consistentes, en general, en la suelta en establecimientos cerrados o en la vía pública de reses para fomento o recreo de la afición sin que lleven aparejada su lidia. Se regularán por su normativa específica.

4.2. Recintos taurinos. Instalación cerrada de carácter preferentemente eventual, con la adecuada solidez y seguridad, destinada de manera exclusiva a la realización de festejos taurinos tradicionales (bous al carrer). Se regularán por su normativa específica.

4.3. Fiestas populares. Actividades que se celebran, generalmente, al aire libre, con motivo de las fiestas patronales o celebraciones populares, con actuaciones musicales, bailes, tenderetes, fuegos artificiales, hostelería y restauración».

Pese a la competencia autonómica en materia de espectáculos públicos, los festejos populares tradicionales suelen organizarse por las Administraciones Locales, en virtud de las competencias transversales que ostentan ex artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

¹ CALANCHA MARTÍN, A., en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 9, Sección, Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 May. 2011, Ed. La Ley, pág. 1125.

Ello no obstante, los artículos 7 y 8 de la citada Ley 14/2010, regulan las autorizaciones que son competencia de la administración autonómica² y aquellas cuyo otorgamiento corresponde a la Administración Local³.

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS CAUSADOS DURANTE LA CELEBRACIÓN DE FIESTAS POPULARES.

La solicitud de reconocimiento de responsabilidad patrimonial a la Administración por daños provocados en el marco de los festejos populares presenta particularidades, de ahí la casuística que resulta.

Como es bien sabido, el artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, con base en lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución regulan el instituto de la responsabilidad patrimonial, que constituye, un elemento esencial del Derecho Administrativo como Derecho garantizador. El artículo 139 de la Ley citada dispone que *«los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y sea evaluable económicamente e individualizada»*.

2 Señala el citado artículo 7 que: Corresponde a la Generalitat, por medio de sus órganos con atribuciones en materia de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos, la competencia sobre los siguientes espectáculos y actividades:

- a) Las actividades recreativas o deportivas cuyo desarrollo discorra por más de un término municipal de la Comunitat Valenciana.
 - b) Los espectáculos con animales, entendiéndose por tales aquellos en los que los mismos sean parte esencial o indispensable para su realización, salvo que para su celebración se requiera la utilización de vía pública.
 - c) Los espectáculos y festejos taurinos tradicionales, que se regirán por su normativa específica.
 - d) Los espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter extraordinario, entendiéndose por tales aquellos que sean distintos de los indicados en la licencia referida a un establecimiento público, de acuerdo con lo regulado en el Catálogo del anexo de esta ley para cada tipo de actividad.
 - e) Los espectáculos y actividades singulares o excepcionales que no estén previstos en el Catálogo del anexo de esta ley, o que por sus características no pudieran acogerse a los reglamentos dictados.
- A los efectos de esta ley, se entenderá incluido en el concepto de vía pública todo lugar abierto por donde pueda transitar, circular o desplazarse el público, siempre y cuando dicho lugar no tenga la consideración de bien de carácter privado o patrimonial.

3 Según el artículo 8, corresponde a los Ayuntamientos, por medio de sus órganos con atribuciones en materia de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos, la competencia sobre los siguientes espectáculos y actividades:

1. Las actividades recreativas o deportivas cuyo desarrollo discorra dentro de su término municipal.
2. Los espectáculos públicos y actividades recreativas que se realicen en el municipio con motivo de la celebración de las fiestas locales y/o patronales, requieran o no la utilización de vía pública
3. Los espectáculos públicos y actividades recreativas, con o sin animales, que para su celebración requieran la utilización de vía pública.
4. Otorgamiento de la licencia de apertura, de acuerdo con los procedimientos previstos en esta ley.

La realización de los espectáculos y actividades a que se refiere este artículo precisará, en todo caso, la suscripción por los organizadores de un contrato de seguro de responsabilidad civil por daños al público asistente y a terceros, de acuerdo con lo regulado en la presente ley y en la cuantía determinada reglamentariamente.

Por tanto, dicha responsabilidad exige para su apreciación la concurrencia de los siguientes requisitos indispensables –sin los cuales el instituto resarcitorio se desnaturaliza–: hecho imputable a la Administración; lesión antijurídica efectiva, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas; relación de causalidad entre hecho y perjuicio; ausencia de fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero.

En materia de festejos populares, corresponde a la entidad pública interviniente asegurar que la fiesta concreta que pretende celebrarse reúne los elementos y dispositivos de seguridad necesarios y se desarrolla en las condiciones legalmente prescritas, ello sin perjuicio del nivel de riesgo que sus participantes, especialmente, asumen en su desarrollo.

Es muy numerosa la jurisprudencia recaída sobre las reclamaciones de indemnización a los entes municipales como consecuencia de los perjuicios sufridos en el curso o transcurso de festejos organizados o autorizados por los Ayuntamientos. La Sentencia de 22 de septiembre de 2005 reproduce otras anteriores del Tribunal Supremo declarando la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Castellón por daños producidos durante la realización del espectáculo ‘Magdalena Vítol’ al considerar que:

«La Sala 3ª del Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado (Sentencias, entre otras, de 13 de septiembre de 1991 11 de mayo de 1992 23 de febrero de 1995 25 de mayo de 1995 18 de diciembre de 1995 25 de octubre de 1996 15 de diciembre de 1997 4 de mayo de 1998 19 de junio de 1998 y 12 de julio de 2004⁴, entre otras) que se integra en el ámbito de funcionamiento de los servicios públicos, a efectos de determinación de si existe responsabilidad patrimonial de la Administración titular por los daños causados por su celebración, el supuesto de fiestas populares organizadas por los ayuntamiento o patrocinadas por éstos, aún cuando la gestión de las mismas se haya realizado por empresas privadas, comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal».

⁴ Dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina (rec. núm. 98/ 2004), en la que el Alto Tribunal falla que ha lugar la recurso promovido por el recurrente, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante un Ayuntamiento gallego derivada de los daños corporales sufridos por un menor por explosión de artefactos pirotécnicos sobrantes de castillo de fuegos artificiales disparado en fiestas populares y no retiradas de la vía pública con posterioridad. Además de entender que se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, -a efectos de la determinación de si existe responsabilidad patrimonial de la Administración titular por los daños causados por su celebración-, el supuesto de fiestas populares organizadas por los ayuntamientos o patrocinadas por éstos, aun cuando la gestión de las mismas se haya realizado por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal, se estima el recurso de casación al considerar que la Administración al incumplir su obligación de mantener las vías públicas en perfecto estado de seguridad y conservación omitió elementales medidas en evitación del riesgo, perfectamente previsible, de manipulación por los menores de los restos de los artificios utilizados para los fuegos artificiales

Idéntica posición se mantiene en Sentencia de 19 de abril de 2005, dictada con ocasión de daños producidos en una vivienda como consecuencia de impacto de fuegos artificiales durante la celebración de la ‘Gran Coetà del Gos’ de Bétera, en la que se reconoce la responsabilidad municipal porque:

«Esto es, la Administración municipal, aunque se sirva y cuente con la colaboración de la Asociación de mayores de 2001, es indudable que asume como un festejo incluido en la programación de las fiestas locales de agosto».

Esta línea jurisprudencial también es seguida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, pudiendo citarse la Sentencia de 9 de marzo de 2006:

«(...)Debe convenirse que nos hallamos ante un acto público o festejo que entraña determinado nivel de riesgos, –suelta de vaquillas, lanzamiento de cohetes, etc.–, quien participa voluntariamente en el mismo, introduciéndose en el interior del recinto debidamente acotado para su celebración, asume libremente los riesgos que derivan de su conducta”, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 “la asunción por la Administración de competencias en la organización de los festejos no la convierte en responsable de todos los actos que durante los mismos acaezcan, 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 aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico...».

Además, la jurisprudencia viene estableciendo que la participación activa en festejos populares supone la aceptación implícita de los riesgos naturales inherente a los mismos, que impide imputar la responsabilidad a la Administración cuando no se demuestre que ésta incumplió su deber de adoptar las medidas adecuadas para que el festejo se desarrolle en condiciones de seguridad⁵.

⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002, señala en ese sentido que *«la Administración –según hemos declarado entre otras, en nuestras Ss de 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 24 de septiembre de 2001, y de 13 de marzo y de 10 de junio de 2002–, sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización, o actividad administrativa»*, no cabe olvidar que la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000– entre otras).

III. DOCTRINA DEL CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA.

Este Consell Jurídic se ha pronunciado en numerosos Dictámenes sobre expedientes relativas las reclamaciones de indemnización a los entes municipales o autonómicos, como consecuencia de los perjuicios sufridos en el curso o transcurso de festejos organizados o autorizados por ellos, siendo una ardua tarea hacerse eco de ellos, habida cuenta la casuística que resulta.

Por ello, a continuación, se expondrán los dictámenes más relevantes, clasificándolos en función del festejo o celebración popular de que se trate; Bous al carrer y festejos en recintos taurinos, o fiestas populares⁶.

a) Expedientes de responsabilidad patrimonial por daños producidos durante la celebración de Bous al carrer y festejos taurinos.

Recientemente se publicó el Decreto 31/2015, de 6 de marzo, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de festejos taurinos tradicionales en la Comunitat Valenciana (bous al carrer), cuyo objeto, de conformidad con su artículo 1 es *«regular las condiciones de celebración y desarrollo de los festejos taurinos tradicionales (bous al carrer) que tengan lugar en el territorio de la Comunitat Valenciana, para garantizar la seguridad, los derechos e intereses legítimos de los participantes, espectadores, vecinos y bienes, así como la integridad de los animales que intervienen en ellos.»*

Define estos festejos en su artículo 2 como *«los espectáculos en los que, popularmente, se sueltan, conducen, corren, torear o recortan reses bravas, sin que, en ningún caso, haya lidia de la res»*.

Y a continuación señala que se entenderán incluidas en este concepto las modalidades de suelta de vaquillas, toro embolado, encierros, exhibición de toros cerriles, bou a la mar, toro ensogado, concurso de recortadores y bou de corro, así esté debidamente acreditado en el territorio de la Comunitat Valenciana.

En materia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños durante estos festejos la jurisprudencia viene exigiendo que la conducta del perjudicado no haya sido negligente, incumpliendo las normas de seguridad de asistencia al evento, porque ello acarrea la modulación de la posible responsabilidad exigida.

⁶ De acuerdo con el Anexo IV de la Ley 14/2010, de 3 de diciembre.

⁷ Según el apartado 3 del artículo 1, citado, *«Se entenderá que una modalidad está debidamente acreditada respecto a su carácter tradicional cuando existan antecedentes ciertos de su celebración en el territorio de la Comunitat Valenciana. En este sentido, el carácter tradicional será incompatible con la introducción de elementos o medios materiales que supongan un riesgo para participantes, espectadores o reses, así como cuando suponga una desnaturalización de los mismos de acuerdo con su consideración como tales»*.

En ese sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-administrativo), núm. 63/1999 de 20 enero, cuando dice que:

«Desde luego, no cabe desconocer que el nexa causal establecido entre el funcionamiento, anormal o no, de los servicios públicos y el daño causado en cada caso puede haberse matizado, y en ocasiones tal vez incluso desvirtuado, ante una actuación negligente o incluso temeraria del administrado en el uso de tales servicios públicos. Pero, obviamente, la infinidad de supuestos de hecho que pudieran plantearse entre una insignificante negligencia y una actuación voluntaria decididamente temeraria exige la ponderación de los diversos elementos concurrentes en cada supuesto concreto».

Y la Sentencia del mismo Tribunal, de 18 de mayo de 2003 cuando señala que *«ponerse delante de un toro tiene como riesgo que la persona que se pone delante del mismo ‘sufrirá un lance’ que incluso le cueste la vida; en estos casos la Sala distingue según se deba a fallo de organización o simplemente a cogida ordinaria de toro, habiendo establecido esta Sala y Sección Primera en Sentencia de 27 de marzo de 2000 y de 2 de febrero de 2001 que: ‘... existe una concausa del propio perjudicado, pues al participar en el festejo taurino corriendo las reses asume voluntariamente el riesgo o peligro que representa el ser cogido por la res, lo que hubiera evitado observando el espectáculo detrás de la valla de cierre...»*. Indicando que *«la persona que no quiera ser cogida debe ‘ver los toros desde la barrera»*.

O la Sentencia de ese Tribunal, de 3 de marzo de 2004, sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial por lesiones a personas por disparos de

8 Dice la Sentencia: *«Es cierto que la actuación del administrado dista mucho de ser la que describe su viuda, hoy actora, y que la presencia en el lugar donde se embolaba al toro comporta un alto nivel de riesgo asumido por la propia víctima del que no se puede exigir la total responsabilidad a la Administración; pero tampoco cabe olvidar que nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva que el Ayuntamiento no puede desconocer. Ni en el caso concreto pueden ignorarse las circunstancias objetivas de los hechos: éstos se producen en un muro que en la parte recayente a la plaza donde se embolaba el toro mide solamente unos 40 cm aproximadamente pero que a su vez recae a una calle situada a unos 2 metros y medio de desnivel. En estas condiciones sería absurdo afirmar que se hallaban previstos todos los riesgos y adoptadas todas las medidas de seguridad, sin que se advirtiera el riesgo, que esta concreta parte de la plaza representa.*

Si la víctima se hallaba en la misma plaza y a pocos metros de donde se hallaba el toro en el momento de cortar la cuerda que lo sostiene atado al pilón, y pretendía protegerse quedándose subido en un muro de sólo 40 cm, ciertamente asumía un alto riesgo como todos quienes le acompañaban en dicho muro; pero no es menos cierto que no se explica que el Ayuntamiento considere tener cercada la zona de la fiesta y entiendan que dicho muro de 40 cm constituye suficiente protección, salvo que hallarse en él y saltar a la calle de abajo cuando el toro embiste constituya parte del festejo; en cualquier caso, no puede alegar la total ausencia de responsabilidad pues más bien nos encontramos ante un caso de concurrencia de culpas y de negligencia por ambas partes que impone a esta Sala el deber de valorar la compensación estableciendo una indemnización por responsabilidad patrimonial pero que no puede ser la misma que hubiera correspondido a la recurrente si los hechos hubieran resultado ser los que relata, sino que siendo su marido un participante activo en la fiesta, asumía un grave riesgo, que sin embargo, no exime al Ayuntamiento de su parte de responsabilidad por lo ya razonado».

arma al querer abatir a los toros que huyeron tras romper la valla de protección. Señala la Sentencia:

«Ahora bien, la imprudencia o temeridad por parte de algunos de los espectadores no anula por entero la relación causal que indudablemente existe entre la actuación de Guardia Civil y la generación del resultado lesivo, pues, siendo claro que las heridas sufridas por los demandantes fueron el resultado directo de los disparos realizados por los agentes, procede recordar que nos encontramos aquí ante un régimen de responsabilidad objetiva, que no requiere la apreciación de culpa o negligencia por parte de los agentes para que pueda declararse la responsabilidad de la Administración pues basta con que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público. Por otra parte, ya hemos visto que la misma sentencia de la Audiencia Provincial que resalta la temeridad de los perjudicados se encarga de admitir que pudo existir algún tipo de deficiencia en la actuación de las fuerzas de seguridad y que su actuación pudo no ser del todo acertada desde el punto de vista técnico. Tal apreciación queda corroborada cuando se examina el acopio documental al que ya nos hemos referido y las manifestaciones de los dos agentes de la Guardia Civil que han declarado como testigos en el curso de este proceso (véase antecedente cuarto de esta sentencia). (...)»

Este Consell Jurídic, sin embargo, en el Dictamen núm. 415/2010 sobre la reclamación formulada por un padre en su propio nombre y en representación de su hijo menor de edad (13 años) quienes asistieron como espectadores a la celebración de unos festejos populares de toros, estimó parcialmente la reclamación al entender que la conducta del menor, incumpliendo la normativa de acceso al festejo, quebraba la relación causal existente.

Y ello porque, pese a los carteles que prohibían la participación de menores de 16 años de edad dentro del recorrido del acto taurino, así como a las advertencias realizadas al respecto por los miembros de la Comisión Taurina y de Protección Civil, el padre y su hijo menor de edad se introdujeron en un cadafal con barrotes (habitáculo habilitado para ver los festejos), produciéndose la embestida de un toro contra aquel habitáculo, logrando romper los barrotes e introducirse dentro. Tanto el padre como su hijo menor de edad fueron corneados sufriendo diversas lesiones.

Estimó el Consell Jurídic que el reclamante no tenía el deber jurídico de soportar las lesiones causadas al lograr romper el animal los barrotes irrumpiendo en el cadafal por lo que debía ser indemnizado.

Ello no obstante, al hijo menor no se le otorga derecho a ser indemnizado porque voluntariamente, en presencia de su propio padre, se situó en lugar no reservado para los espectadores y en concreto singularmente prohibido para menores de 16 años, rompiendo su intervención el nexo causal.

Al no cubrir el seguro de daños suscrito por los organizadores la cobertura del riesgo de posibles daños a menores de 16 años, el daño del menor debe afrontarse por el propio interesado, al no estar autorizada la asistencia de menores de dicha edad.

En el Dictamen número 301 /2015, se examinó la reclamación de indemnización formulada por un padre, por los daños sufridos por su hijo de cinco años de edad, al caer entre el hueco existente en las filas de las gradas montadas para la celebración del “bou embolat”, desde una altura de 2,10 a 2,30 metros, quien sufrió fractura epítisis distal de radio derecho, herida inciso contusa en mentón con puntos de sutura, y contusiones en hombro derecho y esternón.

En ese caso, a la vista de la documentación que obraba en el expediente no puede considerarse acreditada la existencia de nexo causal entre la caída y el funcionamiento del Ayuntamiento, por cuanto la totalidad de informes que obran en el expediente concluyen afirmando que las instalaciones reunían las condiciones de seguridad señaladas en la normativa vigente.

Así, consta en el expediente autorización de la Consellería de Gobernación y Justicia a favor del Ayuntamiento para la celebración del festejo, de fecha 4 de julio de 2014 así como informe técnico de 12 de junio de 2014 en el que se expresa que los elementos estructurales se ajustan a las prescripciones del Reglamento de Festejos Taurinos Tradicionales de la Comunitat Valenciana, y Certificado de Ingeniero Técnico Industrial que expresa que las instalaciones cumplían las condiciones mínimas de seguridad según la Ley 14/2010 de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos y el Decreto 24 / 2007 de 23 de febrero, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Festejos Taurinos Tradicionales de la Comunitat Valenciana.

Por otra parte, señala el Dictamen citado que, por la naturaleza de las instalaciones a las que acudieron, y dada la edad del menor, cinco años, los padres que lo acompañaron debieron extremar las medidas de vigilancia del menor, asumiendo el riesgo que comporta acudir voluntariamente a ese tipo de instalaciones con un menor de tan temprana edad.

Por último debe citarse el reciente Dictamen núm. 751/2015 relativo a los daños sufridos por un particular el día 10 de agosto de 2014 (a las 4:30 horas), al escaparse una vaquilla del corral donde estaban encerradas, en el que el Consell Jurídic sí apreció una concurrencia de culpas. En el Dictamen se indicó que *«si bien no consta el motivo y cómo pudo escaparse la vaquilla del lugar en el que debía permanecer, lo cierto es que era responsabilidad de los organizadores del festejo adoptar las medidas necesarias para evitar este tipo de incidentes, y puesto que consta en el expediente que la Entidad Local organizó, en colaboración de la entidad Federación Peñas Puerto de Sagunto, los festejos taurinos, resulta imputable a dicha Administración la omisión de las medidas necesarias para evitar que la vaquilla pudiera escaparse del corral. Este hecho muestra, sin más, un incumplimiento atribuible a la Administración municipal*

sin perjuicio, en última instancia, de las acciones que pudiera adoptar el Ayuntamiento, en relación con el responsable de la custodia de los animales.

Por otro lado y según consta en la documentación remitida y, especialmente, del video incorporado al expediente, el interesado se encontraba junto al recinto donde se celebró el festejo, con su bicicleta, cuando se aproximó hacia él la vaquilla, que lo tiró al suelo. Ahora bien, tras levantarse el interesado del suelo, sin impedimento o dificultad alguna, se observa, en el referido video, que el interesado, en lugar de protegerse, marcharse del lugar, o intentar esquivar la citada vaquilla, se colocó delante de ella con intención de detenerla, provocando que fuera embestido por el animal.

(...)Por tanto, este Órgano consultivo estima que concurre con la actuación de la Corporación Local, la propia actuación del interesado en la causación del daño, pues el reclamante, tras una primera caída de la que pudo levantarse sin, como se ha dicho, impedimento alguno, se colocó en una situación de riesgo frente al animal, atrayendo su atención, lo que provocó las posteriores embestidas; y si bien con su actuación colaboró a reducir al animal, su intervención y embestidas obedecieron a una decisión propia y voluntaria de asunción de riesgo no imputable a la Corporación Local, pues el interesado pudo apartarse y evitar las posteriores embestidas del animal.

Concurre en el presente supuesto, atendiendo a la documentación remitida, concurrencia de culpas en la producción de las lesiones sufridas por el interesado, que se traduce en la necesidad de reducir en un 30 % el importe de la indemnización que proceda abonar al interesado por las lesiones y el daño sufrido, teniendo en cuenta el mayor reproche imputable a la Entidad Local, organizadora del festejo, a la que resulta imputable la falta de adopción de las medidas adecuadas para evitar que la vaquilla se escapara del corral, razón por la que dicha Administración debe responder del 70 % restante del importe de la indemnización».

Por el contrario, existen casos en los que, la única causa del daño es la actitud del reclamante, no siendo imputable a la Administración el resultado lesivo. Por ejemplo en el Dictamen 1212/ 2011, el reclamante solicitaba indemnización al Ayuntamiento por los daños físicos sufridos en septiembre de 2010 durante la celebración de las fiestas de Bous a la Mar de la localidad. Saltó al ruedo con la finalidad de torear a una vaquilla, siendo embestido por ésta en un momento de descuido.

Solicitó del Ayuntamiento que la póliza suscrita por la Corporación municipal le cubriera los gastos derivados de la asistencia médica así como del tiempo que permaneció de baja.

La Compañía Aseguradora informó que las reclamaciones por perjuicios derivados de la participación en festejos taurinos están totalmente excluidos de las garantías de la póliza.

El artículo 3 del Decreto 24/2007, de 23 de febrero, del Gobierno Valenciano, por el cual se aprueba el Reglamento de Festejos Taurinos Tradicionales en la Comunidad Valenciana (Bous al carrer) –vigente *ratione temporis*–, definía que «*tienen la condición de espectadores las personas que, sin participar en ellos, asisten a los festejos taurinos tradicionales desde los lugares a los que la res no puede acceder*» y son «*participantes en los festejos taurinos las personas que libre y voluntariamente toman parte en los mismos, asumiendo el riesgo y responsabilidad que se deriva de su participación, o se encuentran en el recinto de celebración del festejo por el que puede circular la res*».

Este Consell Jurídic concluyó que fue la participación del actor en el festejo y su falta de atención o rapidez en la búsqueda de la protección en el interior del recinto la que provocó el siniestro, no siendo por tanto imputable a la Administración municipal.

b) Expedientes de responsabilidad patrimonial por daños producidos durante la celebración de fiestas tradicionales.

Definido anteriormente el concepto de fiestas populares, son numerosas las existentes en la Comunidad Valenciana, por lo que se señalarán una serie de dictámenes seleccionados a efectos de exponer la doctrina consolidada de este órgano consultivo.

1. Daños ocasionados durante la celebración de las Fallas.

Ocupan un número elevado de consultas las reclamaciones por daños causados por artefactos pirotécnicos en las que los particulares sufren lesiones, aun cuando cumplieran estrictamente las medidas de seguridad exigidas para asistir al evento. Este Consell Jurídic repetidamente ha considerado en supuestos de daños por disparo de fuegos de artificio que el Ayuntamiento debe asegurar el cumplimiento de todos los requisitos legalmente exigibles para su realización, entre los que se encuentra la concertación de un seguro de responsabilidad civil por parte de la entidad organizadora que participa en la fiesta lanzando artefactos pirotécnicos.

En el Dictamen núm. 584/2013 el Consell Jurídic estudió la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por una señora que, cuando se encontraba con su hijo menor en el Plaza del Ayuntamiento de Valencia, junto a la parada del autobús, tras las vallas de seguridad para los espectadores de la mascletá que se iba a celebrar, le cayó a su hijo una carcasa en la cara, concretamente en el ojo izquierdo, por lo que comenzó a sangrar con un dolor intenso, siendo atendido por la Cruz Roja y diagnosticado posteriormente de “iritis traumática OI” y pupila en midriasis.

La Corporación municipal remitió el expediente a la Junta Central Fallera, organismo autónomo municipal competente para su tramitación, quien ostenta la legitimación pasiva en el procedimiento.

Se indica en el Dictamen que no debe olvidarse que un espectáculo pirotécnico ante una concurrencia de personas es una actividad creadora de riesgo tanto para quien lo lanza como para quienes lo presencian, por lo que exige extremar en su ejecución las medidas de diligencia tendentes a evitar accidentes causantes de daños materiales o corporales.

En ese caso ha quedado debidamente acreditado tanto que el menor estaba situado detrás de las vallas de protección, como que se adoptaron las medidas preventivas y de seguridad previstas en el Protocolo de actuación municipal Fallas 2012 pero, pese a que las medidas adoptadas fueron las correctas, al caerle una carcasa en la cara, sufrió un daño que no tenía el deber jurídico de soportar.

En consecuencia, el Dictamen concluyó que procedía que la Administración indemnizase a la parte reclamante, sin perjuicio de repetir ulteriormente contra la Compañía aseguradora del espectáculo, habida cuenta que, conforme se dispone en la Ley 4/2003 de 26 de febrero, de Espectáculos Públicos y en el Reglamento de artículos pirotécnicos y cartuchería, aprobado por Real Decreto 563/2010 de 7 de mayo, los pirotécnicos debían haber suscrito la correspondiente póliza de seguros de responsabilidad civil que cubriera los daños producidos como consecuencia de la actividad que desarrollan.

Sin embargo, no sólo se producen daños en las personas, pues en el Dictamen núm. 580/2011 se examinó la reclamación presentada por la representante de una Comunidad de Propietarios por los daños sufridos la noche del 19 al 20 de marzo de 2007 en la fachada del inmueble de su titularidad, causados según indican como consecuencia de la “Cremá” de la Falla del barrio, con motivo de la celebración de las fiestas falleras.

Durante el desarrollo de la “Cremá” estuvo presente el Servicio de Bomberos, y según se deduce del expediente la Junta Central Fallera tiene suscrito contrato de seguro de responsabilidad civil para cubrir este tipo de incidencias.

Señala el Dictamen que la competencia municipal en la organización y supervisión del desarrollo de las festividades locales es innegable, pero no todo daño que se produce con ocasión de los festejos se sitúa en la órbita de la responsabilidad administrativa. Conforme a la STS 29/10/2001, en el supuesto de que la quema de las fallas pudiera ser subsumida como conducta constitutiva de infracción administrativa por infracción del Reglamento de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, *«sólo debería considerarse antijurídica cuando se realizara ‘fuera de las ocasiones prevenidas o sin las precauciones necesarias’, pues se las fallas constituyen un acontecimiento festivo popular autorizado en aras de su implantación social y que los riesgos existentes deben ser neutralizados mediante las medidas preventivas...»*.

El Informe del servicio de Bomberos, incorporado al expediente, señalaba que *«El objetivo final es que la noche de la Cremá concluya sin incidentes o al menos minimizarlas, protegiendo todos aquellos elementos susceptibles de algún riesgo en*

el entorno de cada falla (fachadas, semáforos, quioscos, arbolado, mobiliario urbano...), siendo el riesgo principal la activación de algún incendio por transmisión del calor que emite la crema de la falla bien por radiación o bien por convección. Respecto a la generación de humos producidos por la combustión, generalmente se disparan en una trayectoria ascendente vertical por efecto de la convección, aunque en situaciones como la que se produjo en el 2007, en la que se produjeron fuertes vientos pueden producirse trayectorias horizontales, incidiendo sobre elementos próximos a la fachada. En ese caso el equipo de bomberos prioriza el refresco de las zonas de incidencia para evitar que los gases calientes puedan inflamar otros materiales susceptibles de generar un incendio.»

Y concluyó el Dictamen desestimando la reclamación formulada porque *«en supuestos de daños por disparo de fuegos de artificio que el Ayuntamiento debe asegurar el cumplimiento de todos los requisitos legalmente exigibles para su realización, entre los que se encuentra la concertación de un seguro de responsabilidad civil por parte de la entidad organizadora o festeros que participan en la fiesta lanzando toda suerte de artefactos pirotécnicos, por lo que en el presente caso no constatándose el incumplimiento de la Administración reclamada en este ámbito, debe desestimarse la presente reclamación.»*

2. Daños ocasionados durante la celebración de procesiones.

Son muchos los expedientes dictaminados por daños durante la celebración de procesiones, sobretodo por caídas al resbalar por restos de cera en la calzada.

En el Dictamen núm. 442/2009, el Consell Jurídic estimó la reclamación formulada por el reclamante, quien sufrió una caída al resbalar como consecuencia de los restos de cera que había en el suelo debido al paso de la procesión celebrada el día 17 de enero del 2007 en Canals.

Señaló el Consell que, a la vista de la instrucción practicada, los hechos analizados son plenamente subsumibles en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ya que la interesada resbaló en la calle, por la cera existente en el pavimento de la vía pública, sin que conste lo que pudiera realizar el Ayuntamiento de Canals para mantener la vía pública en adecuado estado de conservación y de mantenimiento, de forma tal que caminar o pasear por las calles y avenidas del municipio no comportara hallarse en una situación de riesgo o de peligro para los peatones.

El mismo criterio sostuvo el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, en la Sentencia que dictó la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo el 25 de febrero de 2005 al afirmar que *«concurren en este caso todos y cada uno de los requisitos para responsabilizar a la Administración del daño causado al ciclomotor y, en consecuencia, de su indemnización, porque, tanto de la inequívoca prueba testifical practicada, como de los propios informes de la Policía*

Local (Folios 2 y 11 del expediente) se deduce que la causa del accidente fue, única y exclusivamente, la existencia de cera sobre el pavimento derramada en la procesión celebrada, sin que (el Ayuntamiento) adoptara medida alguna para indicar el estado de la calle o para dejarla en condiciones adecuadas de circulación».

En el mismo sentido se pronuncia el Dictamen núm. 19/204, sobre unos daños producidos a la reclamante al caer al suelo como consecuencia de la existencia de restos de cera vertida durante las procesiones de celebración de actos religiosos en la Semana Santa en la localidad citada.

En el supuesto analizado, este Consell Jurídic estimó que el daño se considera conectado con el funcionamiento del servicio público, en cuanto se produjo al resbalar con la cera vertida en la calle, hecho que fue determinante y causa eficiente para la producción del daño sufrido por la perjudicada, sin que por otra parte conste o se desprenda de lo actuado la adopción de medidas por los responsables del mantenimiento de la vía pública en condiciones de seguridad de los transeúntes, evitando la producción de los daños, que la perjudicada no tenía el deber jurídico de soportar.

En supuestos análogos, este Consell Jurídic entendió que era procedente declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración (dictámenes 442/2009; 373/2011 y 1116/2011, por todos), con cita de diversas sentencias en apoyo del criterio estimatorio de la responsabilidad patrimonial instada para supuestos parejos al presente.

3. Daños ocasionados durante la celebración de otros festejos.

En el Dictamen 476/2009 se estudió la legitimación de un Ayuntamiento no organizador inmediato del acto, en relación con una reclamación formulada el propietario de un local como consecuencia de los daños sufridos por un incendio que se produjo durante el disparo de cohetes de la “Baixa” del Santísimo Cristo de las Necesidades en el marco de las fiestas locales del municipio.

En agosto de 2008 se dispararon cohetes en la calle durante la celebración de unos festejos autorizados por el Ayuntamiento y que se habían publicado en el Libro de Festejos municipal, participando en tales actos diversas asociaciones que recibieron ayuda municipal para la realización de tal actividad.

A consecuencia del disparo de un cohete se provocó un incendio en un bajo que ocasiono daños a un vehículo allí aparcado, así como a diverso material textil allí almacenado.

En el Dictamen se decía que, la concesión de una ayuda a una asociación para la realización de un festejo supone una medida de fomento de una actividad de interés público en la que el Ayuntamiento debe asegurar el cumplimiento de todos los requisitos legalmente exigibles para su realización, entre los que se encuentra la concertación de un seguro de responsabilidad civil por parte de la entidad organizadora.

La Ley 4/2003 de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunitat Valenciana, –vigente en ese momento– establecía la necesidad de obtener las preceptivas autorizaciones administrativas para la celebración de actividades recreativas, exigiéndose como requisito para tales autorizaciones que los «organizadores acrediten tener concertado el contrato de seguro de responsabilidad civil por daños al público asistente y a terceros..., en la cuantía determinada reglamentariamente». La celebración del seguro garantiza la indemnización por daños a cargo del organizador, como ha reconocido este Consell Jurídic en Dictamen nº 65/2008, desapareciendo la responsabilidad patrimonial de la Administración autorizante.

Seguía el dictamen señalando que, aún cuando la gestión de los festejos se realice por empresas privadas, comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal existe responsabilidad patrimonial de la Administración organizadora de las fiestas, por lo que estima el Consell Jurídic que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cuanto a la indemnización, advierte el Consell Jurídic que el local incendiado carece de licencia de actividad para el almacenamiento de prendas textiles, licencia que era precisa, salvo que se tratara de un hecho aislado, esporádico y debido a alguna circunstancia especial, extremo que no se ha acreditado por el perjudicado, por lo que la indemnización debe necesariamente ser moderada, ya que en principio no consta que la ubicación de la ropa resultara idónea en ese local ni se hubieran adoptado medidas de seguridad.

Y en el Dictamen núm. 275/2011, sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a un Ayuntamiento por la herida y secuelas sufridas en un ojo al haber sido alcanzado por restos de material pirotécnico durante la realización de las fiestas locales, este Consell declaró que no procedía estimar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento porque éste no fue el organizador del acto, ni fue concededor del disparo de fuegos artificiales, según se indicaba en la propuesta de resolución, ni tampoco fueron desvirtuados los hechos por el reclamante.

IV. CONCLUSIÓN.

Siguiendo la jurisprudencia y doctrina anterior, aún entendiendo en la mayoría de los casos –a efectos de determinar una posible responsabilidad patrimonial de la Administración– que el supuesto de fiestas populares organizadas por los ayuntamientos o patrocinadas por éstos, se integra en el ámbito de funcionamiento de los servicios públicos, no debe olvidarse que el sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, no puede considerarse de tal modo que convierta, siguiendo reiterada jurisprudencia, a las Administraciones Públicas organizadoras de festejos en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados.

Es decir, no todo daño que se produzca en el marco de un festejo popular organizado por una Administración Pública puede imputarse a ésta.

Tratándose de daños sufridos con motivo de la organización de fiestas populares, corresponde a la entidad pública interviniente acreditar que la fiesta celebrada reunía los elementos y dispositivos de seguridad necesarios, y que se desarrolló en las condiciones legalmente prescritas, y al particular, que mantuvo una actitud diligente cumpliendo las normas de asistencia y seguridad del evento.

En consecuencia, sin perjuicio de la doctrina expuesta anteriormente, habrá que tener en cuenta las especificidades de cada festejo, el riesgo inherente a éste, y la conducta de los participantes, para así poder determinar el título de imputación de la Administración en el evento lesivo.

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

Doctrina sobre la responsabilidad patrimonial de la administración Pública por la organización de festejos populares

Deiane Agirrebaltzategi Sánchez
Letrada de la Comisión Jurídica
Asesora de Euskadi

Sumario:

- I. PLANTEAMIENTO GENERAL.
- II. MARCO NORMATIVO.
- III. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES EN LOS FESTEJOS POPULARES.
 - a) La Administración organizadora.
 - b) La Administración y sus personificaciones instrumentales.
 - c) La Administración que delega o encomienda.
 - d) La Administración que contrata.
 - e) La participación de los particulares.
- IV. LOS SUPUESTOS DICTAMINADOS POR LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI.
- V. RECAPITULACIÓN.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL.

La Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha tenido ocasión de pronunciarse en diversos dictámenes sobre una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración por daños originados como consecuencia o con ocasión de la organización o de la autorización de espectáculos públicos durante la celebración de fiestas populares.

Si como festejo popular entendemos todos aquellos actos realizados con el objeto de celebrar un acontecimiento en los que de un modo u otro la Administración es partícipe, no es difícil entender la conexión que puede existir entre el instituto de la responsabilidad patrimonial y los incidentes que tienen lugar durante dichas celebraciones.

Son supuestos de daños habituales durante los festejos populares los ocasionados por la aglomeración del público, por la deficiente instalación o mantenimiento del lugar o de los elementos añadidos durante la celebración del acto o por la insuficiente policía de seguridad, aunque no son extraños los debidos a una actuación indebida de la víctima o a la intervención de un tercero, en los que el resultado dañoso no se produce como consecuencia del funcionamiento de la Administración pese a que ésta haya intervenido de un modo u otro.

Asimismo, en ocasiones, la responsabilidad de la Administración se vincula a una actuación previa deficiente, tales como la ausencia de revisión o inspección de los lugares en que va a desarrollarse el espectáculo o el festejo, que impiden detectar a tiempo un defectuoso o inexistente vallado protector, la existencia de zonas indebidas de fácil acceso por los espectadores o insuficiencias en la iluminación prevista.

Lógicamente, en estas reclamaciones, está siempre presente, si cabe con mayor intensidad, la prohibición de interpretar el instituto de la responsabilidad patrimonial como un seguro a todo riesgo, ya que es evidente que la Administración no puede evitar todo trance relacionado con un espectáculo o festejo público.

Es preciso, por tanto, en cada caso identificar el servicio público cuyo funcionamiento ha provocado el daño con un entendimiento de dicho servicio y de las obligaciones que conlleva su prestación razonable y suficiente.

Así, en muchas de las actividades relacionadas con celebración de festejos populares el servicio público funciona como mero escenario donde acaece el daño pero éste no puede atribuirse a aquél en todo caso; esto es, para que la intervención de la Administración genere responsabilidad debe existir una actuación u omisión de la Administración que cree un nuevo riesgo o incremente el riesgo connatural a la actividad.

II. MARCO NORMATIVO.

En los supuestos que se han planteado ante esta Comisión, habitualmente es la Administración local la imputada en este tipo de responsabilidades, ya que la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (recientemente modificada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local) –en adelante, LBRL–, establece un amplio número de servicios públicos cuya competencia corresponde a los municipios y cuyo funcionamiento se ve involucrado, con mayor o menor intensidad (de una u otra forma), en la producción de los daños por los que reclaman los ciudadanos durante la celebración de fiestas locales.

Así, numerosos daños se vinculan al lugar en el que se producen, las instalaciones municipales utilizadas para celebrar el acto festivo, por lo que entra en juego la competencia establecida en el artículo 25.2.1) de la LBRL en materia de promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre que, de acuer-

do con el artículo 26.1.c) se convierte en la obligación de prestar el servicio de instalaciones deportivas de uso público en los municipios con población superior a 20.000 habitantes.

A esta perspectiva se añade que la celebración de festejos en instalaciones municipales, bienes de dominio público, conforme al artículo 25.2.m) de la LBRL – en materia de protección de la cultura y equipamientos culturales (anteriormente, actividades o instalaciones culturales y deportivas, ocupación del tiempo libre y turismo)– conlleva la obligación municipal de un adecuado mantenimiento, así como de garantizar unas condiciones objetivas de seguridad para su uso.

También la organización de festejos populares resulta una actividad incardinable en el concepto de servicio público local del artículo 85.1 de la LBRL («son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias») en relación con el artículo 25.2. h) de la LBRL, que establece la competencia local en materia de información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local, y el ya citado artículo 25.2.m) de la misma ley.

En tanto en ocasiones se reclama por los accidentes y caídas sufridos en la vía pública durante las celebraciones y festejos locales al aire libre, se ve afectada la competencia municipal de «infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad» (antes pavimentación de vías públicas urbanas), que necesariamente incluye su mantenimiento, según disponen los artículos 25.2.d) y 26.1.a) de la LBRL, función que comprende la de garantizar unas condiciones objetivas de seguridad.

Tampoco son ajenas a las reclamaciones por el desarrollo de espectáculos públicos y actividades lúdicas locales las competencias que ostentan los municipios en materia de salubridad pública [art. 26.1.a) de la LBRL].

Y, ya en fin, en otras ocasiones es obligado examinar la competencia general en materia de policía local, protección civil, y prevención y extinción de incendios en un doble plano: por un lado, en relación con la seguridad en lugares públicos [artículo 25.2 f) de la LBRL] y por otro, porque, de acuerdo con la previsión expresa del artículo 27.3.k) de la LBRL, la Administración del Estado y las de las comunidades autónomas pueden delegar en los municipios la «comunicación, autorización, inspección y sanción de los espectáculos públicos».

Con carácter general y en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, dentro del marco normativo que debe ser examinado en este tipo de reclamaciones ocupa un lugar preferente la Ley 4/1995, de 19 de noviembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (en adelante, LEPAR), ley que se desenvuelve en el ámbito competencial que, con carácter exclusivo, atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco el artículo 10.38 del Estatuto de Autonomía en materia de espectáculos, sin perjuicio de la relativa dificultad que el deslinde del título “espectáculos públicos” ha suscitado respecto del ámbito “seguridad pública” (entre otras, SSTC 313/1994; 104/1989; 547/990; 148/2000).

Como primera aproximación general cabe destacar que la LEPAR configura lo que la doctrina viene denominando responsabilidad por riesgo, que se caracteriza porque la imputación de la responsabilidad se construye en virtud de la creación de una situación que, por sus características objetivas, implica un riesgo, obligando a quien crea dicha situación a responder de las consecuencias que de aquélla puedan derivar a terceros.

En la línea de la posibilidad abierta en la normativa local, la LEPAR atribuye a los municipios vascos un campo de actuación en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma y lo hace con una identificación clara de las funciones que les corresponden, sobre la base de la competencia que ostentan tanto para la organización y la promoción como para el otorgamiento de licencias u otras formas de intervención, y para la inspección y el ejercicio de la potestad sancionadora.

Del régimen legal establecido en la LEPAR conviene recordar (i) que la celebración de espectáculos en espacios abiertos de uso público está sometida a autorización previa de los órganos competentes del municipio [(artículo 16.2 b) y 3.a)]; y (ii) que si fueran a utilizarse instalaciones o estructuras eventuales –portátiles o desmontables–, se exigirán condiciones de seguridad, higiene y comodidad –análogas a las de las instalaciones fijas– que deberán acreditarse mediante certificación de técnico competente, cuya verificación se articula a través de una licencia del correspondiente ayuntamiento (artículo 15).

Asimismo, según los artículos 17, 18 y 19 del mismo texto legal, la persona física o jurídica, pública o privada, que organiza el espectáculo (i) asume la responsabilidad de su celebración ante el público y la Administración; (ii) debe adoptar las medidas de seguridad e higiene exigibles conforme a la normativa vigente, así como las que, en su caso, especifiquen la autorización; (iii) debe exigir al público el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene; y (iv) puede establecer requisitos de admisión y normas particulares para el normal desarrollo del espectáculo que se harán públicos convenientemente; requisitos que tendrán como objetivo impedir el acceso a personas que manifiesten comportamientos violentos, o puedan producir molestias a otros espectadores o dificulten el desarrollo normal de la actividad.

También el Decreto 400/2013, de 30 de julio, de espectáculos con artificios pirotécnicos en la Comunidad Autónoma de Euskadi, determina el régimen y condiciones de celebración de estos espectáculos, así como los requisitos y procedimiento para su autorización, con el objeto de permitir que se desarrollen en condiciones de seguridad para las personas y los bienes.

La Comisión ha entendido que si bien la celebración de espectáculos públicos consistentes en el lanzamiento o quema de artificios pirotécnicos cuenta con la regulación sectorial citada, en sede de responsabilidad sirve para examinar si el supuesto se incardina en un funcionamiento normal o anormal pero no para alterar la responsabilidad extracontractual de las entidades organizadoras del espectáculo frente a los terceros que pudieran sufrir algún daño como consecuencia de aquel. En su caso, la responsabilidad

del ayuntamiento frente a los espectadores que acudan al acto festivo no proviene de la norma sectorial, sino que tiene su respaldo legal en el régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, de aplicación a las entidades locales.

El decreto citado define en su artículo 3.f) a la entidad organizadora como la persona física o jurídica que asume ante la Administración y el público la celebración del espectáculo, y a la empresa pirotécnica como la persona física o jurídica que asume ante la Administración autorizante del espectáculo y la entidad organizadora las operaciones de montaje del espectáculo y la realización del lanzamiento, así como la adecuación legal de los artificios pirotécnicos.

Por tanto, la entidad organizadora asume ante el espectador la responsabilidad por la celebración del espectáculo, al margen de las relaciones que puedan trabar con la empresa pirotécnica (sin perjuicio de que en virtud de éstas puede dicha entidad organizadora dirigirse luego contra la empresa pirotécnica).

Todo ello ha conllevado una interpretación del citado decreto en el marco del ordenamiento jurídico que impide desplazar la responsabilidad de la Administración pública frente a terceros, pues su objeto no es la regulación de la responsabilidad patrimonial.

También la Comunidad Autónoma del País Vasco cuenta con normativa sectorial sobre la obligación de aseguramiento en relación con la materia que nos ocupa. El Decreto 44/2014, de 25 de marzo, por el que se regulan los seguros de responsabilidad civil exigibles para la celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas, ha establecido el aseguramiento como requisito para poder celebrar y desarrollar espectáculos públicos y actividades recreativas.

El artículo 8.2 de la LEPAR establece la obligación para los titulares de los locales autorizados para el desarrollo de espectáculos públicos y actividades recreativas de «disponer de una póliza de seguro que cubra la responsabilidad civil de sus titulares por los daños a los concurrentes como consecuencia de las condiciones objetivas de los locales, sus instalaciones y servicios o de la actividad del personal a su servicio», y en el artículo 15.3 extiende la obligación de concertar el seguro a las instalaciones o estructuras eventuales, portátiles o desmontables que vayan a utilizarse en la celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas.

Así mismo, en el artículo 19.2 determina que «el organizador asume la responsabilidad derivada de la celebración del espectáculo o actividad, respondiendo de los daños que, como consecuencia del mismo, pudieran producirse por su negligencia o imprevisión».

El Decreto 44/2014 fija su ámbito subjetivo en: (i) las personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, titulares de los locales e instalaciones para la celebración de los espectáculos públicos o el desarrollo de las actividades recreativas establecidas en el anexo de la LEPAR; y (ii) las personas físicas o jurídicas, privadas o

públicas, organizadoras de alguno de los espectáculos o actividades citados, si fueran distintas de las anteriores.

En cuanto al ámbito objetivo, el Decreto 44/2014, en su artículo 2.2, contempla que el seguro debe cubrir la responsabilidad civil que sea imputable, directa, solidaria o subsidiariamente, a las personas titulares de los establecimientos abiertos al público o a las personas organizadoras de los espectáculos públicos o de las actividades recreativas, de tal manera que puedan responder de los daños personales y materiales y los perjuicios consecutivos ocasionados a las personas usuarias o asistentes y a las terceras personas y a sus bienes, siempre que dichos daños y perjuicios hayan sido producidos como consecuencia de la gestión y explotación del establecimiento o de la realización del espectáculo o de la actividad recreativa, así como de la actividad del personal a su servicio o de las empresas subcontratadas.

Por tanto, la exigencia de aseguramiento deberá cubrir la responsabilidad derivada de las condiciones de la instalación, local o lugar que se autorice específicamente, así como la del desarrollo mismo del espectáculo o actividad y la que sea consecuencia de la celebración misma del espectáculo o actividad.

La disposición adicional del Decreto 44/2014 exceptúa la regulación de los seguros de responsabilidad civil de los espectáculos taurinos y los que conlleven la utilización de artificios pirotécnicos, que se regirán por su normativa específica.

Como cuestión colateral, cabe señalar que en ocasiones, dado que es bastante habitual que el reclamante dirija su reclamación simultáneamente a la Administración organizadora y a la compañía aseguradora con la que aquélla contrató el aseguramiento correspondiente, la Comisión ha señalado que la obligación de pago de la aseguradora lo será, en su caso, en cumplimiento de la póliza, pero en ningún caso el resultado lesivo le es imputable pues no asume la organización ni el desarrollo del festejo. Esto es, la contratación de una póliza por parte de la Administración no le exime de su responsabilidad en el resultado lesivo.

Con base en la Ley 50/1980 de 8 de octubre, del contrato de seguro, y la regulación de la institución de la responsabilidad patrimonial, la Comisión ha remarcado que la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y la procedente del contrato de seguro como fuente de obligación de satisfacer una indemnización son diferentes: las acciones para hacerlas efectivas responden a un origen, contenido y tratamiento distinto.

En esta línea la jurisprudencia señala por un lado, que el seguro de responsabilidad civil, no permite a la compañía aseguradora eludir el pago de la indemnización por responsabilidad patrimonial basándose en la ausencia de conducta dolosa o culpable de la actuación de la Administración; y, por otro, que el incumplimiento del deber de aseguramiento por parte de la entidad organizadora o la falta de control del aseguramiento por parte de la Administración autorizadora no tiene por qué erigirse siempre en causa de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por otro lado, el Decreto 183/2008, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos taurinos, pretende establecer la normativa que regula el desarrollo de los espectáculos taurinos con la máxima concreción y plenas garantías jurídicas, debido al riesgo potencial que para el público espectador y actuantes conlleva este espectáculo.

En su artículo 94 establece que la persona organizadora asume la responsabilidad derivada de la celebración del espectáculo y en el artículo 96 exige para su celebración la previa autorización de la Dirección de Juegos y Espectáculos del Gobierno Vasco y, como requisito previo a dicha autorización, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil para responder por los daños personales a las personas concurrentes como consecuencia de las condiciones objetivas de los locales, sus instalaciones y servicios, o de la actividad del personal a su servicio.

III. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES EN LOS FESTEJOS POPULARES.

a) La Administración organizadora.

Dentro de los supuestos en los que la Comisión Jurídica Asesora ha dictaminado, la forma más habitual de intervención de la Administración ha sido como organizadora o promotora del festejo popular, si bien su posible imputación en otras ocasiones se ha limitado a la actividad autorizatoria.

En numerosos festejos populares tienen lugar actividades en que concurren factores de riesgo y algunos incluso peligrosos (espectáculos taurinos, pirotecnia,...) que finalmente derivan en daños.

Con carácter general, cuando los daños provienen de causas ajenas al actuar administrativo y no han podido evitarse a pesar del funcionamiento normal del servicio público concernido, la Comisión ha destacado que existe un deber de soportar dichos daños por parte de los intervinientes, asunción de riesgo que deriva de la esencia misma de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea la forma en que se explique su fundamento (teoría del riesgo, teoría de la socialización de los riesgos o teoría de la igualdad ante las cargas públicas) ya que no sería coherente que la comunidad se viera obligada a cubrir esos daños.

En el ámbito de los festejos públicos se entienden como riesgos aceptables los que se derivan de los comportamientos habituales o pautas de conducta que se espera que deben seguir los participantes.

La cuestión que se plantea es si el riesgo y su materialización deben ser imputados a la Administración por el mero hecho de ser organizadora o promotora de actos o si debe serlo únicamente cuando aquella no ha sido diligente en la prevención de siniestros adoptando las medidas de seguridad, control y supervisión debidas.

Para efectuar dicha valoración, cada supuesto deberá fijar los estándares de calidad exigibles a los servicios públicos relacionados con las actividades que se realicen, y de ese modo determinar el umbral del riesgo socialmente admisible, ese riesgo inherente a la actividad que no está prohibida.

Tal y como señala la jurisprudencia, es necesario establecer un equilibrio entre la tradición y el respeto a la seguridad e integridad física de las personas y, en su caso, subordinar la primera al segundo, dentro de un equilibrio entre el respeto de las tradiciones y las exigencias de la racionalidad jurídica.

Si analizadas las características del concreto servicio público afectado por la reclamación se concluye su funcionamiento normal, no podrá atribuirse a este el daño alegado, pues no podrá afirmarse que tal funcionamiento se ha incorporado al proceso causal incrementando el riesgo preexistente o, desde otra perspectiva, podrá afirmarse que el particular tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, al haberse producido este con ocasión (pero no como consecuencia) del funcionamiento del servicio público.

Sin embargo, en relación con la actividad que conlleva la organización de espectáculos públicos en el entorno de festejos populares, la Comisión ha considerado que para que nazca la responsabilidad patrimonial no hay necesidad de probar que el titular del servicio público ha actuado con dolo o culpa, ni siquiera que el servicio se ha desenvuelto de forma anómala, puesto que los preceptos constitucionales y legales definen el régimen jurídico aplicable extendiendo la obligación de indemnizar al funcionamiento normal. Basta, por tanto, con que el riesgo sea inherente al servicio público organizado por el ayuntamiento y que se materialice en un daño que el reclamante no tiene obligación de soportar.

En este concreto ámbito, el carácter de la responsabilidad patrimonial es objetivo, debido a que se proyecta sobre actividades públicas que por sus características son susceptibles de poner en riesgo bienes constitucionalmente importantes, como la integridad física de las personas, actividades que, además, atraen a muchos espectadores y en las que por definición concurren especiales elementos de riesgo. De ahí que la acreditación del cumplimiento de los deberes reglamentarios como funcionamiento normal no exima del deber de indemnizar.

b) La Administración y sus personificaciones instrumentales.

Como es ya un dato indubitado, las personas jurídicas adscritas o vinculadas a las administraciones públicas desarrollan las más variadas actividades, y la organización de espectáculos públicos y festejos, sobre todo en el ámbito local, no es ajena a esa tendencia. Ello, no obstante, puede conllevar que quien sufre una lesión padezca un problema de inseguridad jurídica por desconocimiento de a quién reclamar.

La Comisión Jurídica Asesora (Dictamen 64/2014) ha seguido a este respecto la línea del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (STS 565/2010, de 10 de

noviembre), que sigue a su vez la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y ha asumido que con carácter general «por funcionamiento del servicio público cabe entender toda actividad realizada por las administraciones públicas, cualquiera que sea el derecho a que estén sometidos los entes instrumentales que utilicen», lo que no exime en ningún caso de responsabilidad a la Administración.

c) La Administración que delega o encomienda.

No es tampoco extraño en este campo que, en virtud de una delegación o encomienda de gestión del ayuntamiento, con o sin habilitación formal, el acto festivo sea organizado por un grupo o una asociación de vecinos.

Como en el caso anterior, la Comisión (dictámenes 198/2012 y 199/2012) sostuvo que la suscripción por parte del ayuntamiento de un contrato de servicios con una asociación para la organización de los citados festejos no eximia al ayuntamiento de su obligación, tanto de adoptar las medidas preventivas como de ejecutar las medidas de seguridad necesarias durante el desarrollo de las actividades festivas, «sin que a través del contrato de servicios suscrito con la asociación encargada de organizar los eventos le transfiriese dicha responsabilidad y la de soportar los riesgos inherentes a su defectuoso ejercicio».

Tal criterio se funda en la jurisprudencia, que viene declarando integradas en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos las fiestas populares organizadas por los ayuntamientos o patrocinadas por éstos, aun cuando la gestión de las mismas se realice por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal (por todas, STS de 29 de octubre de 2001 (RJ 2002/9542).

d) La Administración que contrata.

A juicio de la Comisión y sin perjuicio de reconocer la polémica doctrinal, el artículo 214 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (anteriormente, artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) que establece la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, no ha derogado el régimen que para los concesionarios y contratistas establecía hasta ese momento la Ley de Expropiación Forzosa (artículo 123).

Esta Comisión analizó los contornos aplicativos del referido precepto en el Dictamen 99/2005 tomando en cuenta el contexto normativo, la doctrina especializada y los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que habían analizado el alcance del mismo.

De lo razonado en ese dictamen se concluye, en lo que ahora nos atañe, que la obligación de la Administración contratante no se cumple con señalar que la responsabilidad no es de la Administración por encontrarse adjudicada la organización de un festejo mediante contrato administrativo, ya que a dicha Administración corresponde en todo caso establecer las pautas de funcionamiento del servicio, ya sea en la normativa propia de la actividad, ya sea en los términos del contrato firmado con la adjudicataria, donde han de quedar establecidas, entre otras, las medidas que deberán seguirse para evitar situaciones de riesgo a los usuarios de dicho servicio, así como para reparar los efectos dañosos en el caso de que tales situaciones de riesgo pudieran activarse.

La Comisión ha señalado con carácter orientativo que, para realizar la imputación a la empresa contratista –siempre, atendiendo a las circunstancias específicas del caso–, el expediente deberá dejar razón del tipo de relación contractual, para lo que, con idéntico carácter enunciativo, deberá conocerse el contrato y los pliegos de cláusulas generales y particulares que rijan la prestación pactada y la relación documental que permita conocer las obligaciones asumidas por cada parte.

Y faltando en el expediente la información necesaria para efectuar una correcta imputación, si la Comisión no puede excluir la total ausencia de toda relación o conexión entre la lesión y la propia actividad de la Administración, será preciso partir de su derivación del desenvolvimiento del servicio público local, en tanto que se ha de garantizar siempre la indemnidad del particular que consagra el artículo 106.2 de la Constitución Española. Ello, sin que obste una posible acción de regreso que la Administración puede formular contra la empresa contratista.

Tampoco el hecho de que la contratista pueda haber sido imprudente sirve para exonerar a la Administración de sus obligaciones de supervisión y control del cumplimiento de las obligaciones contractuales de aquella. Más aún, en supuestos en los que concurren especiales factores de riesgo como pueden ser los actos o espectáculos que tienen lugar durante la celebración de fiestas populares. A lo que se añade que, en tal caso, la Administración sigue obligada, por el deber de garantizar unas condiciones objetivas de seguridad y de adecuado mantenimiento en el lugar de que se trate.

e) La participación de los particulares.

En las reclamaciones que examinamos, con carácter general, suele ser preciso analizar la actuación de quien padece el daño en relación con la vinculación que ha tenido su actuación con respecto al daño sufrido.

A tal efecto, cabe distinguir, el espectador pasivo o asistente que contempla el espectáculo y pone de manifiesto mediante su posición su voluntad de permanecer fuera del ámbito de peligro que es inherente al festejo, por lo que ante, riesgos de la propia fiesta que son previsibles y evitables, no se le puede trasladar la culpabilidad de los daños que pueda sufrir.

Sin embargo, puede darse el caso de espectadores que desean vivir el festejo con mayor proximidad, lo que hace que busquen una posición más cercana, incrementando el riesgo y convirtiéndose en cierto modo en participantes. En este supuesto debe valorarse tal actitud a la luz de las medidas de advertencia que haya adoptado la Administración, por lo que es importante que ésta advierta de cuál es la zona de participantes y cuál la de espectadores, salvo que ello pueda presumirse con una mínima lógica.

Por otra parte, se encuentra el participante que asume libre y espontáneamente la actividad y se incorpora activamente al festejo, si bien por su decisión libre y voluntaria de participar no significa que deba asumir automáticamente riesgos imprevistos o creados por la Administración. El grado de diligencia exigible a un participante va unido al principio de confianza legítima de los ciudadanos en que la Administración habrá adoptado las medidas necesarias de seguridad. Ahora bien, si el participante, con su imprudencia al incumplir medidas de seguridad, potencia la probabilidad de que el riesgo se produzca, puede dar lugar a un daño antijurídico.

Por último, distinta es la posición del transeúnte o simple visitante, ajeno al festejo, que sufre un daño por simple desconocimiento, sin haber asumido en ningún caso el desarrollo de tal festejo ni sus reglas.

La Comisión se pronunció también sobre los daños sufridos por una persona que ni tan siquiera había asistido al festejo popular, considerando que, desde luego, hay que descartar que se trate de un daño jurídico que el reclamante esté obligado a soportar, «pues en ningún caso la celebración de una fiesta local constituye una carga general que permite la lesión de intereses particulares sin que éstos deban ser reparados».

No es extraño que en el transcurso de un festejo popular sea un tercero quien genere el hecho lesivo y que las administraciones pretendan eximir su responsabilidad con fundamento en que ha sido dicho tercero quien ha causado el daño con su actuación. Sin embargo, raramente este argumento exime a la Administración de su responsabilidad de adoptar medidas preventivas o de ejercer funciones de vigilancia, en tanto que titular del servicio público y organizador o fomentador del festejo, por lo que dicha Administración debe desplegar la actividad probatoria que acredite la incidencia de la acción de esos terceros como causa eficiente del daño y que pruebe que no existía previamente el riesgo después generado por el tercero.

IV. SUPUESTOS DICTAMINADOS POR LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA RELATIVOS A DAÑOS OCURRIDOS CON OCASION DE FESTEJOS POPULARES.

a) Dictamen 33/2006: responsabilidad patrimonial de la Administración municipal como consecuencia de una caída que tuvo lugar durante la celebración de un espectáculo pirotécnico.

Durante uno de los espectáculos de un concurso internacional de fuegos artificiales organizados por el ayuntamiento, uno de los artificios pirotécnicos lanzados

impactó sobre un vehículo y desviando su trayectoria, lo que provocó un tumulto entre los espectadores, a consecuencia de lo cual la reclamante cayó y sufrió una lesión.

En este dictamen se analizó el título de imputación de la Administración municipal en tanto que se trataba de la Administración organizadora de un concurso de fuegos durante la programación de un festejo popular, actividad incardinable en el concepto de servicio público local del artículo 85.1 de la LBRL, y atendiendo a que la celebración de espectáculos públicos consistentes en el lanzamiento o quema de artificios pirotécnicos cuenta, como hemos señalado, con una regulación sectorial integrada por la Ley 4/1995, de 10 de noviembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (LEPAR), y el Decreto 240/1998, de 22 de septiembre, por el que se regula la celebración de espectáculos con artificios pirotécnicos en la Comunidad Autónoma de Euskadi (la normativa entonces vigente, hoy Decreto 400/2013, de 30 de julio).

La Comisión entendió, según hemos avanzado, que en sede de responsabilidad patrimonial dicha normativa debía ser tenida en cuenta para concretar si el supuesto se incardinaba en un funcionamiento normal o anormal, pero no permitía alterar la responsabilidad extracontractual de las entidades organizadoras del espectáculo frente a los terceros que pudieran sufrir algún daño como consecuencia de aquel.

Poco importaba también –destacó la Comisión– que los fuegos artificiales se desarrollaran conforme a las condiciones establecidas en las bases del concurso de fuegos artificiales o que la empresa pirotécnica hubiese contratado una póliza de seguros de responsabilidad civil de acuerdo con lo establecido en el citado Decreto 240/1998, ya que la responsabilidad del ayuntamiento frente a los espectadores que acuden a presenciar el espectáculo no proviene ni de aquellas bases ni de la norma sectorial –cuyo objeto no es la regulación de la responsabilidad patrimonial– sino que tiene su respaldo legal en el régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas que es de aplicación a las entidades locales.

A tenor de lo previsto en el Decreto 240/1998 [artículo 3.f)], la Administración, en tanto que entidad organizadora, asume las responsabilidades por la celebración del espectáculo, al margen de las relaciones que pueda trabar con la empresa pirotécnica, y sin perjuicio de que en virtud de éstas pueda dirigirse luego contra la empresa pirotécnica.

En este dictamen, la Comisión también afirma que, analizado un supuesto de funcionamiento normal, ello no desplaza la responsabilidad de la Administración por descansar ésta en la teoría del riesgo.

Como ya hemos dicho, esta conclusión se ve avalada por el carácter netamente objetivo de la responsabilidad patrimonial, que se exige con especial rigor cuando se proyecta sobre actividades públicas que por sus características son susceptibles de poner en riesgo bienes constitucionalmente importantes, como la integridad

física de las personas, actividades que, además, atraen a mucho espectadores y en las que por definición concurren especiales elementos de riesgo.

El ayuntamiento, al entender que era necesario mantener una tradición popular como la celebración de un concurso anual de fuegos artificiales, asumió un riesgo y debió, por tanto, extremar la diligencia para evitar accidentes. Y a salvo la fuerza mayor y la culpa relevante de la víctima, se evidenció que las medidas adoptadas por la Administración para garantizar la seguridad de los espectadores fue ineficaz.

También en este dictamen la Comisión se pronunció sobre la cuestión de la posible responsabilidad de la empresa adjudicataria y sobre si cabía trasladar la obligación de satisfacer la indemnización debida a la compañía pirotécnica.

Según lo previsto en el Decreto 240/1998 la empresa pirotécnica asume ante la Administración autorizante del espectáculo y la entidad organizadora las operaciones de montaje del espectáculo y la realización del lanzamiento así como la adecuación legal de los artificios pirotécnicos.

La Administración municipal organizadora del espectáculo público consideró que era la empresa adjudicataria pirotécnica la que debía satisfacer la indemnización, por entender que dicha empresa era la causante del daño en aplicación de la normativa de contratación de las administraciones públicas.

Sus razonamientos se fundamentaban en lo siguiente: a) la existencia de un contrato, b) el cumplimiento de lo previsto en el Decreto 240/1998, de 22 de septiembre, por el que se regula la celebración de espectáculos con artificios pirotécnicos en la Comunidad Autónoma de Euskadi; c) el cumplimiento por el ayuntamiento de las obligaciones que establecía dicha norma para las entidades organizadoras; y d) la defectuosa preparación del artefacto pirotécnico por parte de la empresa o su defectuoso lanzamiento.

Sin embargo, la Comisión consideró que, tal y como se razonó en el Dictamen 99/2005, debía quedar fuera de su examen el análisis de la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causasen a terceros prevista en el entonces vigente artículo 97 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, del contratos del sector público, ya que la relación que subyacía en la celebración de ese espectáculo pirotécnico se trababa exclusivamente en función de las Bases de un concurso y, además, debía atenderse a la propia caracterización legal como contratos privados los que tenían como objeto los espectáculos (artículo 5 de la entonces vigente Ley 30/2007).

Tampoco la doctrina jurisprudencial admite la posibilidad de eximir de responsabilidad a la Administración organizadora de juegos o fiestas generadoras de riesgo, por remisión al carácter popular del evento ni por remisión a la empresa contratada (por todas, STS de 25 de mayo de 1999 que recoge la doctrina de las SSTS de 13 de septiembre de 1991, 18 de diciembre de 1986, y 27 de mayo y 24 de

noviembre de 1987; doctrina asimismo recogida por los Tribunales Superiores de Justicia, entre otras, sentencias del TSJ de Baleares de 31 de enero de 2003 o del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de enero y de 22 de marzo de 2002).

En todo caso, la Comisión recordó que su conclusión no prejuzgaba el derecho de repetición del ayuntamiento contra la empresa pirotécnica.

b) Dictamen 51/2006: responsabilidad patrimonial de la Administración municipal como consecuencia de un accidente que tuvo lugar durante la celebración de un concierto al aire libre.

En este supuesto los daños sufridos tuvieron lugar durante un concierto programado en las fiestas locales, en una explanada, con gran afluencia de público (superando fácilmente los 30.000 espectadores) donde la empresa que patrocinaba y colaboraba en la organización del concierto había instalado dos barras, diversos soportes de publicidad (algunos luminosos) y algunos elementos auxiliares –como las casetas– donde se expedían los tickets para comprar las consumiciones. La explanada estaba parcialmente cerrada por un muro y con capacidad suficiente para albergar a un número notoriamente superior de espectadores a los que finalmente asistieron.

Al parecer, anteriormente algunos espectadores habían subido a dicho muro y manipulado los cables de los anuncios luminosos, quedando éstos sin protección aislante y en contacto con la caseta metálica de los tickets, que se convirtió en conductor de electricidad. De ahí que cuando el reclamante, que había subido también al muro, decidió bajar y se apoyó en la caseta, recibió una descarga eléctrica, cayendo al suelo y sufriendo daños.

En principio, por tanto, la causa relevante fue aquí el riesgo que generaba el espectáculo –en este caso, un concierto de música rock, organizado con ocasión de la semana de fiestas, cuyo inicio estaba previsto a medianoche, al que iba a acudir un número elevado de personas– finalmente unas treinta mil –y en el que se permitía el consumo de alcohol– por lo que debía imputarse a quien lo organizaba, en este caso, la Administración municipal, las consecuencias lesivas que se derivaban de su desarrollo.

En suma, la existencia del requisito del nexo causal entre el espectáculo y el daño era aquí innegable, máxime cuando el expediente no proporcionaba información alguna sobre las condiciones de seguridad en las que se autorizó el espectáculo, ni sobre las condiciones en las que se autorizó la instalación de los elementos portátiles.

Según lo señalado, no obstante, era necesario analizar en ese dictamen la conducta del reclamante y de los terceros a los efectos de poder considerar roto el nexo causal determinante de la responsabilidad de la Administración organizadora del concierto.

La propuesta de resolución negaba la existencia de nexo causal entre el servicio público y el daño alegado por ser este consecuencia de una actuación ilegal de terceras personas, a la que se une la conducta negligente de la víctima que subió a un muro, lugar inapropiado para asistir al concierto, entendiéndose que el reclamante vendría jurídicamente obligado a soportar las consecuencias de sus actos y las de los actos ilegales de terceros ajenos al servicio público.

En orden a la actuación de los espectadores que manipularon los cables, la Comisión consideró que, de acuerdo con las exigencias que derivaban para la entidad organizadora de dicho espectáculo público, resultaba difícil estimar adecuado el funcionamiento de una organización que deja que algunos espectadores asistan al espectáculo, no ya desde un lugar inapropiado sino desde un muro en el que era posible manipular los cables de la instalación eléctrica que daba servicio a los soportes de publicidad luminosa.

Nada acreditaba el expediente sobre actividad alguna del servicio de seguridad o de algún responsable de la organizadora dirigida a prohibir o siquiera evitar que hubiera espectadores subidos a tan peligroso lugar, desconociéndose asimismo las medidas de seguridad a las que se sujetó la autorización del concierto, la instalación de la caseta y los anuncios luminosa. Pero, sin duda, dentro de aquéllas, debía estar el adoptar algún tipo de medida dirigida a impedir que los espectadores se subieran al muro, al menos, en la parte que permitía acceder a las vallas de los anuncios luminosa.

Tampoco la conducta de esos espectadores podía ser considerada como un supuesto de fuerza mayor -suceso que está fuera del círculo de actuación obligado porque no puede prevenirse o porque previsto resulta inevitable-, por lo que no cabía reputar roto el nexo causal entre la organización del concierto y la lesión por la que se reclamaba.

En cuanto a la conducta de la víctima, la Comisión entendió que aquella era negligente y que, aunque carecía de la gravedad y entidad suficientes para romper absolutamente el nexo causal, había de ser tenida en cuenta para moderar la responsabilidad.

En este caso, la lesión, según juicio de los informes médicos, fue resultado de dicha descarga eléctrica por lo que las condiciones de la caseta y de la instalación eléctrica de los letreros luminosa tuvieron en el curso causal del daño una relevancia mayor que la atribuible a la conducta de la víctima, por lo que, al fijar la indemnización, estimó la Comisión que no procedía equiparar ambos factores y consideró adecuado atribuir un 70% a la Administración y un 30% a la conducta de la víctima.

c) Dictamen 16/2008: responsabilidad patrimonial de la Administración municipal por daños sufridos tras una caída como consecuencia de la instalación de txoznas en la vía pública durante la celebración de las fiestas locales.

En este supuesto, la reclamante sufrió la caída en una zona de txoznas al tropezar con un protector de un tubo que, apoyado sobre la acera, conectaba el alcanta-

rillado y las txoznas, colocado por las asociaciones autorizadas por el ayuntamiento para organizar el acto festivo, con el objeto de servir de desagüe para el agua.

Las txoznas son instalaciones provisionales que se suelen colocar en la vía pública durante la celebración de actividades lúdicas, previa concesión a distintas asociaciones y entidades sin fines lucrativos de la licencia de establecimiento.

La LEPAR incluye las txoznas dentro del catálogo de actividades recreativas, calificándolas como instalaciones desmontables y, como ya hemos dicho, en su artículo 16.2 establece que si fueran a utilizarse instalaciones o estructuras eventuales –portátiles o desmontables– se exigirán condiciones de seguridad, higiene y comodidad análogas a las de las instalaciones fijas, que deberán acreditarse mediante certificación de técnico competente, cuya verificación se articula a través de una licencia del correspondiente ayuntamiento (artículo 15).

Dicha licencia se concedió mediante resolución que establecía que las personas titulares y responsables estaban obligadas a someterse a las inspecciones y controles técnicos legales procedentes, y señalaba los requisitos generales que habían de cumplir: la organización debía disponer de todos los medios de acotación, señalización y seguridad, quedando a criterio de la Policía Municipal la suficiencia de tales medidas; todas las instalaciones debían reunir las debidas condiciones de seguridad; y se prohibía perforar el pavimento o terreno natural para el anclaje de elemento alguno, por lo que todas las instalaciones debían ir simplemente apoyadas en el suelo.

La Comisión consideró que, pese a no ser la Administración la organizadora de las actividades que tuvieron lugar en la zona, eran dos las competencias municipales concernidas, la que derivaba de la responsabilidad del ayuntamiento sobre las vías públicas y la que derivaba de su responsabilidad en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, por lo que no cabía a la Administración municipal desentenderse de sus propias competencias, debiendo ésta velar para que la actividad se desarrollase conforme a los requisitos exigibles, lo cual incluía, en este caso, que las aceras por las que transitaban las personas se encontrasen en las debidas condiciones de seguridad.

Ni el otorgamiento de la licencia de establecimiento de las instalaciones provisionales del tipo txozna con la ocupación temporal de la acera, ni el irregular ejercicio de esta habilitación por parte de los beneficiarios de la misma, afectaban a las obligaciones del ayuntamiento, cuyo control no había de remitirse en exclusiva al previo momento de la instalación, sino que había de extenderse en el tiempo en que dichas actividades permitidas se realizaban.

Por tanto, en la hipótesis de que el tubo colocado y su protección fueran inadecuados, no podría excusar su falta de actuación en la circunstancia de que hubiera sido colocado por un tercero, en este caso, las asociaciones autorizadas, porque era al ayuntamiento a quien correspondía vigilar que las calles, en general, y las instalaciones colocadas temporalmente, en particular, se encontrasen en condiciones de

seguridad y, si un tercero incumplía esta premisa, debía ejercer sus competencias y retirar, inmediatamente, los elementos peligrosos que pudieran provocar accidentes.

En el caso suscitado, en tanto que el riesgo de caída en la acera no es inherente a la actividad desarrollada, la instalación de txoznas, sino que está directamente conectado con el posible estado de la acera donde se produjo la caída, había que analizar si atribuir virtualidad causativa a la existencia de un tubo en la misma, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y sus características (su diseño, disposición, perceptibilidad, etc.).

La Comisión consideró que no era aplicable la doctrina jurisprudencial recaída en el subsector de la actividad pública de los espectáculos públicos y actividades recreativas ya que no podía considerarse que la mera instalación de txoznas, en un área acotada, generase un riesgo que condujese a que la Administración debiera responder por todos los daños que se produjesen en la zona, con independencia de a qué habían sido debidos.

Finalmente, no apreció irregularidad alguna imputable a la Administración municipal ya que no quedó probado que la caída fuera consecuencia de la falta de diligencia municipal o de las asociaciones o entidades autorizadas por el ayuntamiento para la instalación de las txoznas, ya que las txoznas requerían un desagüe para verter sus aguas y evitar que salieran directamente a la calle, y en las condiciones de provisionalidad el desagüe tendría que conectarse con el alcantarillado mediante un tubo simplemente apoyado en el suelo (el ayuntamiento prohibía perforar el pavimento o el terreno natural para el anclaje de elemento alguno). Además, el tubo estaba colocado dentro de un protector, utilizado habitualmente por el ayuntamiento para proteger cables o tubos en instalaciones provisionales, que disponía de superficie antideslizante y un fuerte color amarillo que garantiza su alta visibilidad.

Así, consideró la Comisión que no se podía concluir que se hubiera producido un incumplimiento del deber de la Administración de garantizar los estándares de seguridad exigible y añadió que el acceso a un zona concurrida y en fiestas, que había sido completamente transformada por la colocación de las txoznas, exigía extremar la cautela al deambular y prestar la atención debida al lugar de la acera por donde se transita. De haberlo hecho así, la reclamante habría tomado noticia de un elemento que sobresalía de la acera, que estaba perfectamente a la vista, muy llamativo y que podía ser sorteado sin ninguna dificultad.

d) Dictamen 25/2011: responsabilidad patrimonial de la Administración municipal por daños sufridos tras el vuelco de un aseo portátil colocado en la vía pública durante las fiestas patronales.

El reclamante fundamentó su reclamación en que el accidente que sufrió cuando se hallaba en el interior del aseo portátil fue debido a la poca estabilidad o a la falta de sujeción de dicha instalación provisional.

Sin embargo, la Comisión entendió que no existía responsabilidad patrimonial de la Administración, en base a las siguientes razones: (i) la empresa que instaló el aseo informó de que, siendo el lugar donde se colocó plano y dadas las características del mismo, principalmente su peso, únicamente pudo ser volcado por la acción de una o varias personas o por un viento extremadamente fuerte, y descartada la acción del viento había que entender que el vuelco se debió a la acción de una o varias personas; y (ii) del expediente se evidenciaba que el reclamante había referido en el parte médico de urgencias y en el acta de denuncia que el vuelco del aseo se había debido a la acción de personas, si bien ni él ni sus amigos, que estaban fuera del urinario, vieron a nadie.

En este supuesto, por tanto, la acción de terceros rompe todo posible nexo causal entre el hecho causante del daño y el funcionamiento de los servicios públicos municipales.

e) Dictamen 130/2012: responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de una caída en una instalación municipal durante la celebración de un espectáculo público.

En este supuesto, la reclamación se fundamentó en el deficiente estado de las escaleras de acceso a los aseos de dicha instalación como consecuencia de haberse derramado en el suelo diversas bebidas, a lo que añadía la reclamante que dichas escaleras carecían de bandas antideslizantes en sus peldaños, todo ello durante la celebración de un acto festivo organizado por el ayuntamiento en el que el número de asistentes era considerable.

El servicio público municipal cuestionado era el de mantenimiento y la consecuente obligación de garantizar las condiciones objetivas de seguridad en la utilización por los vecinos y usuarios en un bien de dominio público afecto a dicho servicio, siendo además el ayuntamiento la Administración organizadora del acto festivo.

En este caso, la Comisión, tras constatar de los informes y documentación aportada, por un lado, que las escaleras se encontraban en buen estado de conservación, cumpliendo con las normas de seguridad exigidas; por otro lado, que el ayuntamiento organizó el evento tras obtener la necesaria autorización y cumpliendo todas las condiciones exigidas para su celebración (asistencia sanitaria precisa, plan de seguridad y resto de la documentación exigida para la celebración del evento); y por último que las dos inspecciones efectuadas por la Dirección de Juegos y Espectáculos del Gobierno Vasco durante el concierto, para comprobar los aspectos relativos a la seguridad de la instalación, reflejaban que no existió objeción alguna, pasó a analizar el cumplimiento del servicio municipal de limpieza establecido por el organizador.

Efectivamente, el ayuntamiento contó con un servicio de limpieza que distribuyó a sus empleados en cada acceso al baño, al polideportivo, pasillos, escaleras, gradas y zonas destinadas a bar, desde el inicio hasta el final de la fiesta. De ahí que la

Comisión, al tratarse de un comportamiento público omisivo, en el que solo el funcionamiento con deficiencias relevantes podría resultar título de imputación, no consideró la existencia de nexo causal entre la caída y el mal funcionamiento del servicio.

En este supuesto concreto, es el amplio número de usuarios de los baños en el momento del accidente, en torno a un 10% del total de asistentes (de 3.300 asistentes unas 330 personas usuarias), lo que, unido a que se trataba de un día en el que había nevado, hacía predecible e, incluso, inevitable la existencia de cierta suciedad y humedad en las escaleras de acceso a los aseos, sin que pudiera exigirse a los organizadores de un evento de esta naturaleza un control absoluto e inmediato como el requerido por la reclamante, y sin que además se registrara ninguna otra incidencia en ese lugar.

La Comisión entendió que en este tipo de eventos con un gran número de asistentes, estos deben adecuar su nivel de atención a las concretas condiciones en que se encuentran las instalaciones en ese momento.

f) Dictámenes 198/2012 y 199/2012: responsabilidad patrimonial de las administraciones municipal y autonómica por los daños sufridos como consecuencia del hundimiento de una embarcación en el transcurso de un acto festivo celebrado en la zona portuaria.

La embarcación se encontraba amarrada de forma provisional –porque se encontraba averiada– en el pantalán del puerto, amarre que le fue proporcionado por el Servicio Territorial de Puertos. Ese día se celebraban las fiestas de la localidad formando parte de los actos festivos organizados por el ayuntamiento un concurso en el puerto, en el transcurso del cual un grupo de jóvenes espectadores saltaron al pantalán y subieron a la embarcación, que comenzó a hundirse al superar el peso la capacidad de sustentación a flote de la embarcación.

El ayuntamiento estaba obligado a adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar daños, tanto por su competencia general en materia de policía local, protección civil, y prevención y extinción de incendios en relación con la seguridad en lugares públicos, como por ser la Administración organizadora del acto festivo, sin perjuicio de las obligaciones de la Administración autonómica en calidad de titular del dominio marítimo portuario.

La Administración municipal proponía la desestimación de su responsabilidad por entender (i) que cumplió debidamente las condiciones y medidas preventivas de seguridad; (ii) que no era competencia municipal la vigilancia de las entradas y salidas a la zona portuaria, que se halla a cargo de la Dirección de Puertos del Gobierno Vasco; y (iii) que desde el ayuntamiento se había instado a la Comandancia de Marina y a la Dirección de Puertos a que comunicaran a los propietarios de las embarcaciones que atracaban en los pantalanes que desalojaran sus embarcaciones de esa zona durante el desarrollo del juego.

Por su parte, la Administración autonómica portuaria negaba también su responsabilidad en base a (i) que la correspondiente autorización para la ocupación del dominio público en el puerto fue concedida sin poder fijar las zonas exactas de ocupación al no tratarse un recinto cerrado totalmente y al no poder prever la cantidad de gente que acudiría a estos actos; (ii) que entre las condiciones de la autorización se fijaba que el ayuntamiento sería el responsable de la seguridad de las personas que acudiese a la misma, para lo cual debería adoptar las medidas preventivas oportunas y comunicarlas, y que además sería único responsable de los posibles daños, mermas o deterioros que se produjesen en la superficie portuaria; (iii) que el ayuntamiento solicitó autorización para realizar los actos festivos en el interior del puerto a la Dirección General de la Marina Mercante, que la condicionó a la exigencia de una debida delimitación de la zona de la prueba y al establecimiento de un sistema de vigilancia; y (iv) que, aunque solo en circunstancias excepcionales se permitía el acceso de personas ajenas a la actividad portuaria, el acceso era muy sencillo desde la acera al pantalán debido al carácter urbano y de casco antiguo del entorno.

La Comisión entendió que los hechos que reflejaba el expediente mostraban un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos municipales pues, conociendo el ayuntamiento las características del puerto y la concentración de gente que solía asistir al concurso, que lógicamente quería ocupar un lugar lo más cercano a la zona donde se desarrollaba para tener la mejor visión posible, nada hizo para impedir que un grupo de personas saltaran el pantalán y abordaran la embarcación con el resultado de su hundimiento. Es cierto que se tomaron algunas medidas cautelares, como la de solicitar a los propietarios de las embarcaciones que las retiraran o colocar carteles de aviso, pero, no habiendo resultado totalmente efectivas, ello no suponía una exoneración de la adopción de las adecuadas para impedir ese acceso y controlar el uso del espacio festivo.

Pese a la masiva afluencia de personas, lo que podía crear una situación inminente de riesgo, o bien no se tomaron medidas específicas, poniendo en marcha el correspondiente dispositivo encaminado a vigilar el desarrollo del evento festivo por parte del servicio policial, o las que se tomaron fueron claramente insuficientes, no estando ni tan siquiera presente ningún efectivo de dicho cuerpo durante su celebración, y sólo cuando el barco comenzó a hundirse se conminó a los espectadores a abandonar la zona, consistiendo y tolerando mientras tanto el abordaje de la embarcación.

Con respecto a la posible concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, la Comisión concluyó que no existía tal porque ni de forma activa ni pasiva se podía considerar que hubiese contribuido a la producción del daño.

La forma activa venía constituida por el otorgamiento de la autorización al ayuntamiento para la celebración del acto festivo. Tratándose de una fiesta muy arraigada en el municipio, la negativa a concederla hubiera supuesto su obligada supresión, lo que hubiese resultado más lesivo para el interés general, cuando los riesgos

que conllevaba podían haber sido evitados mediante las correspondientes medidas preventivas cuya adopción se exigía al ayuntamiento.

Y en la forma pasiva, no se apreció inactividad alguna del Servicio de Puertos, que cumplió con su obligación de poner en conocimiento de los titulares de las embarcaciones la presencia ese día de personas ajenas a los barcos en el entorno portuario. No habiendo generado la situación de riesgo, dicha Administración no estaba obligada a tomar las medidas de vigilancia necesarias para evitarlos, lo que, con los recursos disponible, escapaba completamente de sus posibilidades. Tal exigencia rebasaría, sin duda, el estándar de funcionamiento eficiente del servicio, y correspondía en todo caso a la Administración municipal.

En estos dictámenes la Comisión se pronunció también en relación con una posible responsabilidad de la asociación con la que el ayuntamiento suscribió un contrato de servicios para la organización de los festejos, concluyendo que dicho contrato no eximía al ayuntamiento de su obligación tanto de adoptar las medidas preventivas como de ejecutar las medidas de seguridad necesarias durante el desarrollo de las actividades festivas.

Finalmente, hay que añadir que el ayuntamiento proponía imputar toda la responsabilidad por el daño a la propia víctima, señalando que el hundimiento de su embarcación fue debido a su falta de cuidado o negligencia como propietario, ya que no disponía de autorización de amarre en el puerto y la embarcación no se encontraba amarrada donde provisionalmente se le había facilitado el amarre por averías, y porque, pese a los avisos y el intento de comunicación a los propietarios de las embarcaciones para que las retirarán, no fue posible contactar con dicho propietario.

La Comisión se pronunció, como ya dijimos, en el sentido de que los daños sufridos por una persona que ni tan siquiera había asistido al festejo popular no podían entenderse como antijurídicos y en ningún caso la celebración de una fiesta local constituye una carga general que permite la lesión de intereses particulares sin que éstos deban ser reparados.

En este sentido, la Comisión constató que no había irregularidad alguna en la situación de la embarcación, pues poseía una autorización provisional de amarre en el pantalán donde se encontraba. Y además, no habiéndose obtenido un resultado positivo en los intentos de comunicación realizados al propietario para que retirara su embarcación antes de la celebración de la fiesta, difícilmente se podía imputar a éste, que no residía en el municipio, que obrara de forma negligente al no retirarla del pantalán.

g) Dictamen 170/2014: responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de una caída en una instalación municipal al término de un concierto.

En este caso, los daños fueron consecuencia de una caída en las escaleras próximas a los lavabos de un teatro, lavabos que, según la reclamante, eran muy

demandados en ese momento y cuyo pavimento estaba encharcado a consecuencia del agua que se vertía al público en la nuca para atenuar el sofocante calor y del goteo de las manos limpias al dirigirse al secador, por lo que el suelo del recorrido hasta la escalera y el primer tramo de ésta se hallaba húmedo, a lo que se unía la aglomeración de personas que pugnaban por salir tras la finalización del espectáculo en un sitio estrecho.

En este caso, quedó demostrado que (i) la Administración titular de la instalación municipal y organizadora del espectáculo desarrolló los métodos habituales para espectáculos de este tipo; (ii) la asistencia al espectáculo fue levemente inferior al aforo máximo permitido; (iii) el personal de servicio atendió al regular y ordenado movimiento de espectadores al abandonar la sala; y (iv) la instalación cumplía con las especificaciones exigidas por la normativa de espectáculos públicos y estaba al día en cuanto a inspecciones por parte de la Administración responsable.

En consecuencia, la Comisión afirmó que no había quedado acreditado que la caída se debiera a un mal estado de la superficie de las escaleras, ni a deficiencia alguna en las instalaciones, y que no concurría la necesaria relación de causalidad que permitiera imputar a la Administración municipal la responsabilidad patrimonial por los daños ocurridos.

V. RECAPITULACIÓN.

La asunción por la Administración de competencias en la organización de festejos no la convierte en responsable de todos los actos que durante los mismos acaezcan, 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 una autorización, porque, de lo contrario, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

Esto es, la celebración de festejos populares, en la mayoría de los supuestos de responsabilidad patrimonial, se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, si bien la mera organización de un festejo no supone por sí sola razón suficiente de imputación a la Administración de todos los resultados lesivos que se produzcan durante la celebración de unas fiestas.

Por ello, es importante buscar un equilibrio entre la tutela del interés general por parte de la Administración y la garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, debiendo adoptar la Administración las medidas preventivas y de control durante este tipo de celebraciones, acordes con la realidad social en que vivimos.

Es cierto también que en muchos supuestos de daños ocurridos durante celebraciones populares las reclamaciones no llegan a plantearse porque hay una

especie de aceptación social de los daños derivados de determinadas actividades durante este tipo de fiestas.

Debemos recordar así mismo que, habitualmente, dentro de los festejos populares las administraciones locales fomentan y patrocinan una tradición que conlleva riesgo y, pese a que sean asociaciones vecinales, comisiones, entidades con personalidad jurídica independiente o empresas privadas las encargadas de su organización directa, lo hacen en desarrollo de actuaciones que los ayuntamientos incluyen en sus programas de actividades, y fomentan y patrocinan como incardinados en la organización municipal y por tanto, en el ámbito del servicio público.

Por otra parte y en relación con la teoría de la creación o el incremento del riesgo, en las fiestas populares organizadas o patrocinadas por la Administración, tanto la jurisprudencia como la doctrina, otorgan total y definitiva relevancia a dicha materialización del riesgo, bien para apreciar la concurrencia del nexo causal, bien para considerar que la conducta del perjudicado carece de relevancia para moderar la responsabilidad administrativa.

Esto es debido a que la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas debe ser exigida con especial rigor cuando se proyecta sobre actividades, tales como las fiestas populares, en las que concurren especiales elementos de riesgo que son susceptibles de poner en peligro no solo la propiedad, sino otros bienes constitucionales de mayor importancia, la vida y la integridad física de las personas.

En este mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo en los festejos populares un especial deber de diligencia para evitar situaciones de riesgo o peligro «fruto de la presencia y concentración de un elevado número de personas» (entre otras, sentencias de 23 de febrero de 1995, 1 de abril de 1995, 29 de marzo y 25 de mayo de 1999, 15 de abril y 9 de mayo de 2000).

Ahora bien, para que tenga lugar la imputación a la Administración esta debe haber sido negligente en la disposición de los medios necesarios para evitar el riesgo, que normalmente se materializa en una ausencia o insuficiencia de medidas preventivas o en un mal funcionamiento de éstas o en la falta de control durante y después de la celebración del acto festivo.

En numerosas ocasiones, las administraciones pretenden negar la existencia de nexo causal calificando de imprevisible el hecho que ha dado lugar al daño, pero la realidad es que durante celebraciones de festejos y espectáculos se acrecientan muchas actividades de potencial peligrosidad por lo que la previsión de las especiales medidas de cautela debe aumentar también.

Por otra parte, la culpa o negligencia imputable a las víctimas o perjudicados no suele ser un dato relevante para enervar la responsabilidad patrimonial, salvo que la Administración, a quien como titular de una responsabilidad de tipo objetivo

corresponde la carga de la prueba, demuestre que dicha negligencia ha existido y que ha tenido una relevancia material efectiva y suficiente para la producción del evento dañoso que rompa el nexo causal que obliga a la Administración a responder de los daños, en todo o en parte, y que permita exonerar a la Administración o moderar el alcance de su responsabilidad.

En definitiva, la Administración debe responder de las consecuencias dañosas derivadas de las actividades relacionadas con el ejercicio de sus competencias, especialmente las concernientes al mantenimiento de la seguridad con ocasión de las fiestas populares, tanto dentro del funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos concernidos. Y si esa Administración careciese de los medios necesarios para garantizar la seguridad de los participantes en actos festivos especialmente peligrosos, debería sopesar abstenerse de celebrarlos, en aras de no incurrir en posibles responsabilidades.

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

Doctrina sobre la responsabilidad patrimonial de la administración Pública por la organización de festejos populares

Javier Píriz Urueña

*Letrado del Consejo Consultivo
de Castilla y León*

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS SUFRIDOS POR PARTICULARES DURANTE LA CELEBRACIÓN DE FESTEJOS POPULARES.
- III. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS OCURRIDOS CON MOTIVO DE ESPECTÁCULOS TAURINOS.
 - a) Lesiones sufridas por los corredores u otros participantes activos en encierros o capeas.
 1. *Daños sufridos a consecuencia de la cogida o embestida de un toro durante un encierro.*
 2. *Lesiones sufridas al ser embestido o corneado por un toro por la imposibilidad de resguardarse en las talanqueras o burladeros.*
 3. *Lesiones sufridas por una persona que participaba en un encierro, al accidentarse la moto que conducía.*
 4. *Reclamaciones de daños ocasionados, no por la acción de la res, sino por el estado del pavimento o vía pública por la que discurre el encierro.*
 - b) Daños sufridos por personas que se encuentran presenciando el encierro detrás de las talanqueras.
 - c) Daños ocasionados al ser pisado por un toro en el callejón de la plaza de toros.
 - d) Daños causados a personas que se encontraban fuera del recorrido del encierro.
 - e) Daños sufridos por una persona al ser arrollada por una avalancha de gente que participaba en un espectáculo taurino popular.
 - 1) *Muerte por asta de toro de un caballo participante en un encierro.*

2) *Daños causados en un edificio situado en el recorrido del encierro.*

3) *Daños causados en vehículos.*

4) *Daños ocasionados en cultivos.*

IV. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS OCURRIDOS CON MOTIVO DE OTROS FESTEJOS POPULARES.

a) **Daños ocasionados en espectáculos de pirotecnia.**

1. *Daños causados por fuegos artificiales.*

2. *Daños causados por el lanzamiento de petardos durante el toro de fuego.*

b) **Daños causados durante la celebración de actuaciones musicales.**

c) **Daños causados en accidentes ocurridos en espectáculos de vehículos a motor organizados o promovidos por el Ayuntamiento.**

d) **Daños ocasionados con ocasión de las actividades de peñas.**

e) **Daños ocasionados durante la celebración de espectáculos o actividades navideñas.**

f) **Daños ocasionados en otros festejos o actividades populares.**

1. *Daños personales sufridos al ser golpeado por la caída de unos pendones en un desfile popular.*

2. *Daños sufridos en un dedo al recibir un golpe durante la tradicional fiesta de la “Pedrea del pan y el quesillo” (festejo en el que se tiran bolsas con trozos de pan y queso a los participantes).*

3. *Daños personales sufridos al caer una fuente durante la celebración de un mercado medieval.*

4. *Daños sufridos por un corredor al pisar una alcantarilla en mal estado durante el desarrollo de una carrera popular.*

g) **Daños ocasionados por otras causas.**

V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Es tradicional en muchas localidades españolas la celebración de festejos y espectáculos populares con ocasión de sus fiestas patronales u otras conmemoraciones históricas, civiles o religiosas.

La variedad de festejos y sus características peculiares responden a la costumbre y a la tradición de cada lugar, si bien la dimensión turística de la fiesta viene dando una proyección externa a la Comunidad de Castilla y León, algunos de cuyos festejos tienen gran repercusión mediática. Un relevante número de ellos incluyen espectáculos taurinos populares, relevantes en este estudio (encierros urbanos, de campo o mixtos), espectáculos de pirotecnia, o que emplean fuego y/o pólvora, y actuaciones musicales en lugares públicos, sin olvidar la usual presencia de peñas u otros colectivos fiesteros y de animación.

La celebración de estos festejos populares conlleva no solo un incremento del número de personas y la aparición de aglomeraciones en la localidad, sino también la generación de unos riesgos que habitualmente no existen, derivados de la propia naturaleza de la actividad que se desarrolla y de los elementos que le son propios (pólvora, fuego, reses bravas, etc.). Estas circunstancias exigen que la Administración organizadora o promotora del festejo adopte las medidas de seguridad y prevención adecuadas a fin de evitar daños a los particulares. No obstante, como es conocido, ello no siempre es posible y con relativa frecuencia llegan a los Consejos Consultivos expedientes de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños causados en incidentes ocurridos en festejos populares.

Dado que el ámbito territorial de este tipo de acontecimientos es eminentemente local, son los Ayuntamientos los que principalmente organizan o patrocinan los espectáculos o fiestas populares de su localidad, en virtud de las competencias que les atribuye el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, tanto en su redacción original como en la actualmente vigente tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; y turismo, según el tenor de la antigua letra m) del artículo 25.2; actualmente, promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre, y promoción de la cultura y equipamientos culturales, de acuerdo con las actuales letras l) y m) del mismo precepto).

Ahora bien, los Ayuntamientos deben atenerse para la organización y promoción de estos festejos a lo previsto en la normativa autonómica y estatal aplicable.

En el caso del Estado, esta normativa es la dictada en ejercicio de la competencia exclusiva que ostenta en materia de seguridad pública *ex* artículo 149.1.29ª de la Constitución, necesaria para garantizar el orden público en este tipo de acontecimientos. Así, cabe citar, de forma somera, en lo que se refiere a espectáculos taurinos, la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos, y el Reglamento de espectáculos taurinos, aprobado por el Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, que la desarrolla.

Por el Real Decreto 1.685/1994, de 22 de julio, se aprobó el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias por el que se concretan las funciones y servicios de la Administración del Estado que se traspasan a la Comunidad de Castilla y León en materia de espectáculos.

En el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, el Estatuto de Autonomía, tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre¹, atribuye a la Comunidad Autónoma competencias exclusivas en materia de “fiestas y tradicio-

¹ Durante la elaboración del proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía este Consejo Consultivo emitió el Dictamen 713/2006, sobre la propuesta de reforma planteada, atendiendo a la consulta facultativa solicitada por el Presidente de la Junta de Castilla y León.

nes populares” y de “espectáculos públicos y actividades recreativas” (artículo 70.1, apartados 31º, letra f), y 32º).

En virtud de las competencias exclusivas que le corresponden, la Comunidad de Castilla y León se ha dotado de un marco normativo propio integrado, entre otras, por las siguientes normas: la Ley 7/2006, de 2 de octubre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Castilla y León², aplicable, entre otras actividades recreativas, a las verbenas y actividades propias de celebraciones populares, definidas en el apartado B.7 del anexo como *«todas aquellas actividades que se celebran generalmente en espacios abiertos con motivo de fiestas patronales o populares y que consisten en actuaciones musicales, bailes públicos, instalación de tenderetes, fuegos artificiales y otras actividades vinculadas a la hostelería y la restauración desarrolladas en los referidos espacios abiertos»* (no obstante, el artículo 4, apartado 4, de la Ley excluye de su ámbito de aplicación los espectáculos taurinos); el Reglamento regulador del derecho de admisión en espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Castilla y León, aprobado por el Decreto 50/2010, de 18 de noviembre³, que desarrolla aquella. Y en el ámbito de los espectáculos taurinos, cabe citar, a los efectos de este estudio, el Reglamento de espectáculos taurinos populares de la Comunidad de Castilla y León, aprobado por el Decreto 14/1999, de 8 de febrero, modificado en varias ocasiones⁴, el Reglamento General Taurino de la Comunidad de Castilla y León, aprobado por el Decreto 57/2008, de 21 de agosto⁵, y la Orden PAT/762/2005, de 30 de mayo, por la que se regula la permanencia de personas en los callejones de las plazas de toros.

Pues bien, la frecuentemente compleja organización de festejos populares ha de ajustarse a este marco normativo, aspecto éste de singular importancia al dictaminar el Consejo Consultivo de Castilla y León en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de daños causados con motivo de festejos populares, pronunciamientos en los que se acoge el reiterado criterio jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en estos casos, que se expone a continuación.

II. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS SUFRIDOS POR PARTICULARES DURANTE LA CELEBRACIÓN DE FESTEJOS POPULARES.

El Consejo Consultivo de Castilla y León, al dictaminar los procedimientos de responsabilidad patrimonial por daños sufridos durante la celebración de festejos

2 El anteproyecto de ley fue objeto del Dictamen 857/2005, de este Consejo.

3 El proyecto de decreto fue objeto del Dictamen 635/2010, de este Consejo.

4 El proyecto de decreto y su primer proyecto de modificación se dictaminaron por el Consejo de Estado (Dictámenes 3.738/1998 y 2.497/1999). El segundo y el tercer –y último– proyectos de modificación de decreto fueron objeto de los Dictámenes 740/2004 y 244/2014, de este Consejo Consultivo.

5 El proyecto de decreto fue analizado por este Consejo Consultivo en sus Dictámenes 12/2007 y 313/2008.

populares, se refiere en sus dictámenes a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha declarado reiteradamente que *«se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, a efectos de la determinación de si existe responsabilidad patrimonial de la Administración titular por los daños causados por su celebración, el supuesto de fiestas populares organizadas por los Ayuntamientos o patrocinadas por éstos, aun cuando la gestión de las mismas se haya realizado por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal»* (Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1991, 11 de mayo de 1992, 23 de febrero, 25 de mayo y 18 de diciembre de 1995, 25 de octubre de 1996, 15 de diciembre de 1997, 4 de mayo, 19 de junio y 17 de noviembre de 1998 y 12 de julio de 2004, entre otras).

La Sala Tercera del Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de decir en más de una ocasión que la Administración asume la responsabilidad derivada de los riesgos por ella creados (por todas, Sentencia de 25 de mayo de 1999).

Por su parte, la Sentencia de 13 de septiembre de 1991 del mismo Tribunal señala que *«Un Ayuntamiento puede organizar una feria, reglamentando y autorizando, en su competencia municipal esencial e indeclinable de policía de seguridad en este tipo de festejos, instalaciones que necesariamente implican, dada la misma reglamentación municipal, un alto porcentaje de riesgo que la Administración municipal asume por entender que ello es necesario para mantener una determinada tradición popular; pero estas razones no le eximen en ningún caso de asumir también una eventual responsabilidad por los daños que puedan derivarse de esa actividad que organiza y patrocina»* (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1986 y 27 de mayo y 24 de noviembre de 1987).

La citada jurisprudencia se ha recogido también por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, entre otras, en las Sentencias 1524/2004, de 12 de noviembre de 2004, 2236/2006, de 15 de diciembre de 2006, y 1918/2012, de 9 de noviembre de 2012.

La mayoría de los dictámenes de este Consejo Consultivo aluden asimismo al criterio restrictivo en la apreciación de la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños ocurridos durante la celebración de fiestas locales, recogido entre otras, en la Sentencia de 4 de mayo de 1998, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (y en Castilla y León, por las Sentencias de 18 de abril y 29 de mayo de 2008 y 3 de marzo de 2009, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León):

«La asunción por la Administración de competencias en la organización de los festejos no la convierte en responsable de todos los actos que durante los mismos acaezcan, 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 en nuestro ordenamiento jurídico».

Por afectar directamente al ámbito territorial de Castilla y León, nos permitimos citar la Sentencia de 6 de febrero de 2009, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que recuerda que *«en los supuestos de fiestas populares organizadas por los Ayuntamientos hay que tener en cuenta, de un lado, que el título de imputación viene dado por la titularidad administrativa del servicio o actividad en cuyo ámbito se produjo el daño, debiendo reseñarse que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, Sentencias de 23 de febrero de 1995, 1 de abril de 1995, 29 de marzo y 25 de mayo de 1999, 30 de septiembre de 1999, 15 de abril y 9 de mayo de 2000, y 3 de mayo de 2001, ha venido exigiendo en los festejos populares, organizados o dependientes de las autoridades municipales, un especial deber de diligencia para evitar situaciones de riesgo o peligro, fruto de la presencia y concentración de un elevado número de personas; y, de otro, y en relación con la ruptura del nexo causal, que hemos de dar relevancia a la aceptación del riesgo por el perjudicado –a la que se refiere la STS, Sala 1ª, de 8 de noviembre de 2000– en el sentido de que si el dañado o fallecido como consecuencia de las lesiones participa activamente en el evento –caso típico de los festejos taurinos– tal conducta exime la responsabilidad del Ayuntamiento organizador, salvo que se demostrara alguna culpa o negligencia en éste, ya que el daño nace de la propia negligencia de quien asumió el riesgo y tiene por tanto obligación jurídica de soportarlo (...)».*

La Sentencia de 8 de noviembre de 2000, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, mencionada (Sentencia 1017/2000, rec. 3170/1995), cita las sentencias de esa misma Sala de 13 de febrero y de 18 de junio de 1997, que se refieren a este supuesto en el caso de unos espontáneos corneados en un festejo organizado por el Ayuntamiento, estimando para ello que la aplicación de la teoría del riesgo creado no comporta la objetivación de la responsabilidad en términos absolutos y así, cuando no se acredita ningún comportamiento negligente por la empresa organizadora, el riesgo inherente en la suelta de vaquillas es insuficiente por sí solo para generar una responsabilidad aquiliana –Sentencia de 17 de octubre de 1997–. Y en esta misma línea jurisprudencial, la Sentencia de 3 de abril de 1997 contempla un supuesto relativo a un festejo en el que podían participar los espectadores que lo desearan, abonando una entrada para pasar al interior de la plaza, y en el que resultó cogido un participante de dicho festejo, refugiado en un burladero, por no recoger suficientemente la pierna tras los barrotes de protección. El Tribunal, que desestimó la pretensión resarcitoria porque el daño nació de la propia negligencia del perjudicado que asumió el peligro, señaló que el accidente no fue debido a ningún defecto estructural o técnico de la plaza de toros portátil, sino a que el demandante, por su libre y exclusiva decisión, tomaba parte activa (en el ruedo) en la «suelta de vaquillas» con los innegables, y por él violentamente asumidos, riesgos que ello comporta. (Criterio recogido también, entre otras, en las Sentencias 1290/2007, de 28 de junio de 2007,

1633/2007, de 21 de septiembre de 2007, o 1107/2008, de 23 de mayo de 2008, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León).

Finalmente, cabe traer a colación dos Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo: una, de 15 de marzo de 2007 (rec. 1729/2000), y otra, de 20 de marzo de 2007 (rec. 4344/1999). En la primera se reitera la numerosa jurisprudencia en la que, partiendo de la “voluntaria aceptación del riesgo” (en los festejos taurinos, en general, para los participantes), o en la “culpa exclusiva de la víctima”, más en particular, en los casos en que ésta se dé, se exonera de responsabilidad al patrocinador-organizador que cumpla con las normas precautorias de seguridad establecidas reglamentariamente. Y en la segunda se invocan numerosas sentencias de la misma Sala que, en casos idénticos o similares, aplican el criterio de la “culpa exclusiva” por asunción del propio riesgo creado. En tal sentido sentencias de 13 de febrero, 3 de abril y 18 de junio de 1997 (todas ellas relativas a un participante corredor), 25 de septiembre de 1998 (en una suelta de vaquillas el perjudicado se ubicó en un lugar no permitido), 8 de noviembre de 2000 (la cornada se produjo en el corrillo de la plaza, no en el callejón, cuando el cogido por la res participaba activamente en el espectáculo) y 14 de abril de 2003 (referido a un participante activo en el encierro de vaquillas); sentencias a las que cabe añadir las de 20 de febrero y 7 de junio de 2006. (Criterio recogido también en la anteriormente citada Sentencia 1107/2008, de 23 de mayo de 2008, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León).

Sobre la base de estos criterios jurisprudenciales, el Consejo Consultivo de Castilla y León ha abordado el examen de los expedientes de responsabilidad patrimonial por daños ocurridos con motivo de festejos populares.

Por razones sistemáticas y atendiendo la casuística analizada por este Consejo Consultivo, el estudio de los supuestos de responsabilidad patrimonial por daños ocurridos con motivo de festejos populares se realiza deslindando dos bloques, según el tipo de espectáculo o festejo durante el cual se produjo el daño: daños ocurridos con motivo de espectáculos taurinos populares y daños ocurridos con motivo de otros festejos populares.

III. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS OCURRIDOS CON MOTIVO DE ESPECTÁCULOS TAURINOS POPULARES.

Los procedimientos sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración que, sobre esta materia, se han dictaminado por el Consejo Consultivo de Castilla y León comprende supuestos de daños personales y/o materiales ocasionados por causas diversas, caracterizadas todas ellas por el común denominador de producirse durante el desarrollo de espectáculos taurinos populares (en su mayoría, encierros taurinos). No obstante, también se hará alusión como supuestos singulares a algún expediente relativo a daños causados por elementos propios de

este tipo de espectáculos pero ocurridos fuera del desarrollo de tal actividad.

Procede referirse, en primer lugar, a expedientes instruidos con ocasión de daños personales sufridos con motivo de los espectáculos taurinos populares.

a) Lesiones sufridas por los corredores u otros participantes activos en encierros o capeas.

En estos casos, el Consejo Consultivo ha declarado de forma reiterada que, una vez acreditado que no ha existido un incumplimiento de la Administración que haya sido determinante en la ocurrencia del percance, la participación voluntaria de la víctima en el espectáculo taurino y la consiguiente asunción por ésta de los riesgos inherentes a él, interrumpe el nexo de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento del servicio público (por todos, Dictámenes 158/2012, de 29 de marzo, 298/2012, de 24 de mayo, 15/2013, de 11 de abril, o 487/2014, de 23 de octubre).

El Consejo Consultivo también ha señalado que en estos supuestos el percance debe imputarse a la exclusiva conducta del perjudicado, que libre y voluntariamente asumió el riesgo propio del festejo y al que le incumbía en cada momento valorar las concretísimas y notorias circunstancias allí concurrentes, con el fin de adoptar un comportamiento u otro en el desarrollo del lance, riesgo cuya transformación en daño ha de ser jurídicamente soportado por el perjudicado (*a.e.*, Dictámenes 298/2012, de 24 de mayo, o 313/2014, de 17 de julio).

Se exponen a continuación varios supuestos concretos analizados por este Consejo.

1. Daños sufridos a consecuencia de la cogida o embestida de un toro durante un encierro:

1.a) En el Dictamen 158/2012 el Consejo concluyó que procedía desestimar la reclamación, ya que quedó acreditado el adecuado cumplimiento de los requisitos exigidos para la celebración de este tipo de espectáculos (idoneidad de las reses, seguros, servicios médicos) y el reclamante participó de forma voluntaria en el festejo taurino programado por el Ayuntamiento y asumió los riesgos inherentes a este tipo de festejos.

1.b) El Dictamen 419/2013 tuvo por objeto una reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de una persona tras ser embestida por una res de lidia durante la celebración del festejo taurino nocturno. Los reclamantes alegaban irregularidades durante la celebración del festejo taurino, al no adecuarse el recorrido de las reses a la autorización concedida por la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León y no contar con las condiciones medico sanitarias adecuadas ni con el personal obligatorio para velar por la seguridad de los participantes.

Sin embargo, el Consejo consideró que la eventual existencia de las infraccio-

nes alegadas por los reclamantes no determinaba el nacimiento automático de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que para ello sería preciso que se hubiera acreditado que sin la existencia de tales infracciones el resultado final habría sido diferente. Y esta circunstancia no se justificó: el recorrido del encierro urbano nocturno se correspondía con el autorizado y cumplía lo previsto en el Reglamento de espectáculos taurinos populares, se contaba con personal obligatorio para velar por la seguridad de los participantes, entre ellos un director de lidia, y con servicios sanitarios y se contrató un seguro colectivo de accidentes y de asistencia médica y hospitalaria, conforme exige el citado Reglamento. Tras analizar el expediente, se comprobó que el percance se produjo cuando el fallecido, que participaba activamente en el espectáculo taurino, con asunción de los riesgos inherentes al festejo, fue embestido por el toro dentro del recorrido del encierro, que éste se encontraba vallado mediante talanqueras de barrotes metálicos y que, según constaba en la documentación remitida, ningún participante en el festejo estorbó al fallecido o provocó la cogida. Tales circunstancias determinaron la desestimación de la reclamación.

1.c) El Dictamen 263/2014 analizó el expediente relativo a una reclamación por daños y perjuicios sufridos por un participante (colaborador a pie) al ser cogido por un toro durante la celebración de los encierros tradicionales de campo a través organizados por el Ayuntamiento. El percance sucedió cuando el perjudicado, como colaborador, trataba de guiar hacia el recorrido del encierro a un toro que se había escapado de la zona delimitada para el festejo y se encontraba en una zona próxima a un colegio.

Los artículos 9 y 14 del Reglamento de espectáculos taurinos populares de la Comunidad de Castilla y León definen a los colaboradores voluntarios como personal de control que toma parte voluntariamente en un espectáculo taurino popular y que tienen *«conocimiento y aptitud suficiente para desarrollar las funciones que se les encomienden por el delegado gubernativo en coordinación con el director de lidia o director de campo, y, en especial, impedir accidentes o limitar sus consecuencias, así como prestar su apoyo al servicio de asistencia sanitaria en las funciones de atención y evacuación de heridos»*.

Según se hizo constar en el expediente, el protocolo de actuación, cuando un toro se escapa del recorrido, exige su seguimiento de forma organizada y conjunta con los medios adecuados para ello, y no de manera individual. Sin embargo, el interesado no acreditó que recibiera órdenes del Ayuntamiento para perseguir y guiar, de forma individual, al toro en el caso de que éste se escapara del recorrido, ni tampoco que existiera peligro para el colegio al que se refería (según manifestó la dirección del centro escolar, durante la celebración de los encierros las verjas y puertas de acceso al patio se cerraron para que ningún toro que se escapase pudiese entrar al recinto y así salvaguardar la seguridad de las personas que se hallaban en el centro –era día no lectivo–, por lo que existía una protección adecuada frente al posible riesgo). Por tanto, el Consejo concluyó que los daños sufridos por el perjudicado durante el desarrollo del espectáculo taurino entraban dentro de los riesgos que una persona asume cuando participa en él y no se derivaban de las funciones de colaboración, que en nin-

gún caso suponen la persecución individual de un toro escapado, por lo que el riesgo asumido por el interesado fue innecesario.

1.d) En el Dictamen 1.386/2009 se analizó una reclamación por lesiones sufridas por una persona que fue arrollada por una vaquilla durante un encierro tras, según afirma, ser requerida su colaboración, pese a ser espectador, para conducir al animal hacia la plaza de toros. Alegaba que el percance se debió a la falta de personal de control para el buen funcionamiento del festejo (director de lidia, colaboradores voluntarios, personal de la organización).

Si bien los hechos no resultaron suficientemente probados (el director de lidia informó que había personal suficiente y que no se solicitó el auxilio del reclamante, e incluso niega que éste fuera arrollado por el animal), el Consejo entendió que, en cualquier caso, los daños se produjeron por la actuación del reclamante, que es quien debe valorar en cada caso el riesgo de participar voluntaria y activamente en el evento, sin que sea aceptable exigir que las Administraciones vigilen todas y cada una de las acciones de los asistentes a un festejo taurino. Por ello, se concluyó que procedía desestimar la reclamación.

1.e) En el Dictamen 313/2014 los daños reclamados se produjeron cuando el perjudicado presenciaba un encierro a caballo en el campo desde el interior de una finca y fue cogido por un toro que rompió la valla alambrada que la delimitaba. En este caso, si bien la intención del lesionado parecía ser contraria a participar de forma activa en el encierro, se le consideró como participante voluntario por ubicarse en un lugar no habilitado para espectadores, además de peligroso e inseguro. Junto a ello, se entendió que el Ayuntamiento, organizador del encierro, no tenía obligación de adoptar en este tramo de campo medidas especiales de seguridad y que, en todo caso, las vallas de las fincas tienen una función delimitadora de la propiedad, y en ningún caso de evitar la huida de las reses de lidia ni de garantizar una especial protección a los participantes.

2. Lesiones sufridas al ser embestido o corneado por un toro por la imposibilidad de resguardarse en las talanqueras o burladeros.

2.a) En el Dictamen 298/2012 el percance se produjo al no poder refugiarse el participante en el burladero de la plaza de toros por la gran aglomeración de gente que había. La reclamación se fundamentaba en la ausencia de las medidas necesarias para que el burladero estuviera despejado de público y fuera fácilmente accesible para los participantes.

De las pruebas practicadas se infería que había espacio para entrar en el burladero, si bien, dado que el reclamante no era el único participante en la capea, dicho espacio podía estar ocupado por otros corredores, sin que fuera posible la presencia de dos personas en él. El Consejo Consultivo dictaminó desfavorablemente la reclamación sobre la base de la doctrina de la asunción voluntaria del riesgo del participante.

2.b) El Dictamen 28/2014 versó sobre una reclamación por daños sufridos en un percance ocurrido cuando el perjudicado no pudo resguardarse del toro tras la talanquera por el daño que presentaba ésta, que se encontraba doblada tras haber sido golpeada fuertemente por uno de los toros. Sin embargo, quedó acreditado que se cumplió el protocolo de actuación previo al encierro, que incluía el correcto cierre de las talanqueras, el cese de la música y el aviso con un cohete de la salida de los toros; y, en relación con los daños producidos en las talanqueras, la Policía Local constató que «sólo se doblaron algunos hierros de separación», que al día siguiente se enderezaron, pero que no fue preciso cambiar ninguna talanquera por mal estado, puesto que, incluso con estos daños, las talanqueras no permitían la entrada ni salida de ningún toro. Por ello, al no haberse acreditado la ausencia o insuficiencia de adopción de medidas de seguridad por parte del Ayuntamiento como elemento causante del daño, se consideró no probado el nexo causal exigido para la apreciación de la responsabilidad patrimonial.

3. Lesiones sufridas por una persona que participaba en un encierro, al accidentarse la moto que conducía.

Este asunto fue objeto del Dictamen 10/2014, en el que se apreció que la conducción imprudente del reclamante provocó el choque de su moto con un vehículo todoterreno autorizado por la organización y la posterior colisión de aquella con un quad que seguía el recorrido junto a él. El Consejo consideró que la reclamación debía desestimarse, puesto que, a pesar de constatarse algunas deficiencias organizativas, como la existencia de excesivos vehículos no autorizados en el recorrido, la causa determinante del accidente fue la conducción imprudente del propio perjudicado, que además participó de forma voluntaria y activa en el festejo taurino. Por ello, asumió de forma voluntaria un riesgo cuya cristalización no puede atribuirse a la Administración.

4. Reclamaciones de daños ocasionados, no por la acción de la res, sino por el estado del pavimento o vía pública por la que discurre el encierro.

4.a) En el Dictamen 15/2013 se analizó una reclamación por el fallecimiento de un participante en un encierro, al sufrir un traumatismo torácico producido por un golpe. Los reclamantes alegaban que el accidente se produjo por la presencia en el recorrido de un obstáculo enormemente peligroso, que identificaron como uno de los hitos del Camino de Santiago, contra el que se golpeó el fallecido.

El Consejo rechazó el argumento del Ayuntamiento, que negaba su responsabilidad por no ser el organizador del festejo (discrepancia basada en la jurisprudencia y doctrina expuesta en el apartado II de este estudio), pero compartió el criterio desestimatorio al considerar que el percance ocurrido, causante del óbito del hijo de los reclamantes, no era imputable a la Administración, ya que se cumplieron los requisitos exigidos para este tipo de espectáculos (idoneidad del recorrido y vallado, seguros, etc.) y la presencia en el recorrido del obstáculo alegado no sólo no se probó por los interesados sino que se negó de manera expresa por el Ayuntamiento, en cuyo

informe técnico se afirmaba que el recorrido estaba «libre de obstáculos que pudieran impedir el normal desenvolvimiento de las personas participantes y de las reses».

4.b) En el Dictamen 487/2014 se examinó un expediente en el que se reclamaba por una lesión en el tobillo ocasionada por una mala pisada durante su participación en un encierro. El Consejo, al no apreciar incumplimiento de las medidas de seguridad que hubieran determinado la producción del accidente, concluyó que procedía la desestimación de la reclamación, al entender que la ocurrencia del percance fue imputable a la víctima al no observar la diligencia adecuada, diligencia que, en atención a la peligrosidad de la situación que comporta la participación en un encierro, es considerablemente superior a la normal o media.

b) Daños sufridos por personas que se encuentran presenciando el encierro detrás de las talanqueras.

De los supuestos examinados por este Consejo Consultivo, en uno de ellos, objeto del Dictamen 594/2011, se consideró que procedía estimar la reclamación por haberse producido una actuación imprudente del organizador del festejo, que permitió la ubicación de personas ajenas al espectáculo taurino y a la organización en el punto más débil del recorrido, hecho que, unido al fallo de los anclajes de la puertatalanquera, determinó que la puerta, embestida por el toro, golpeará al reclamante y le causará las lesiones. En el Dictamen se señaló que las meras advertencias de Protección Civil de no incitar al animal no exoneran de responsabilidad, ya que no constaba que el público fuera advertido para abandonar el lugar por su peligrosidad.

En el resto de expedientes analizados el pronunciamiento desestimatorio de este Consejo se ha basado, principalmente, en la falta de prueba del mal estado de las talanqueras (Dictámenes 735/2012, 642/2013, 120/2014 y 588/2014), si bien en algún supuesto se ha entendido que la inadecuada ubicación o actuación del reclamante han sido determinantes de los daños sufridos (Dictámenes 72/2014 y 431/2014).

En el Dictamen 72/2014 el reclamante alegaba que los daños se produjeron cuando un novillo accedió a la zona donde se ubicaban los espectadores por el hueco que había dejado la deficiente instalación de las talanqueras. Sin embargo, quedó acreditado que las talanqueras fueron colocadas correctamente y revisadas antes del encierro y que éstas no se encontraban en terreno urbano, por lo que su finalidad no es el aislamiento del recorrido, como ocurre en el tramo urbano, sino encauzar las reses hacía el recorrido urbano. Por otra parte, al tratarse de un tramo de campo, la zona en la que se encontraba la perjudicada no estaba habilitada para los espectadores del festejo. Ello determinó que no se apreciara incumplimiento alguno de la Administración y la procedencia de desestimar la reclamación.

En el Dictamen 431/2014 se examinó un expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial por daños sufridos al embestir la res una talanquera y herir a una persona que se protegía detrás de ella. La cuestión planteada era la relativa a

las características que debe presentar una talanquera en un encierro. El Consejo entiende que, conforme al artículo 10.1.c) del Reglamento de espectáculos taurinos populares, la finalidad de las talanqueras es la de delimitar el recorrido del encierro e impedir la huida de las reses, así como, lógicamente, servir de protección y refugio a los participantes activos del festejo. Por tanto, su configuración no puede ser la de una pantalla hermética e impermeable sino la de una estructura con huecos que impida el paso y la huida de las reses y, a la vez, permita a los participantes activos acceder y salir del recorrido.

En dicho Dictamen se consideró que el lesionado tenía que ser consciente de que la propia configuración de la talanquera y su ubicación junto a ella conllevaba un evidente riesgo de sufrir una cornada en el caso de que una de las reses se aproximara a dicho lugar. Por ello, se apreció que la presencia del perjudicado en ese lugar, a pesar del notorio y evidente riesgo que ello suponía (la víctima debía de estar muy próxima a la talanquera), constituía una actuación descuidada, negligente o culposa del propio perjudicado que le obligaban a asumir los riesgos que de ello se derivaban y que, por sí sola, era determinante para interrumpir el nexo causal entre los daños sufridos y el funcionamiento del servicio público.

c) Daños ocasionados al ser pisado por un toro en el callejón de la plaza de toros.

Probado que las instalaciones de la plaza de toros cumplían los requisitos para este tipo de festejos, se concluyó que procedía desestimar la reclamación porque la presencia del reclamante en el callejón constituía un incumplimiento de la obligación que, como espectador, tenía de colocarse en los lugares habilitados para ello en la plaza; actuación descuidada, negligente o culposa que obliga al interesado a soportar las consecuencias de su inadecuada ubicación en la plaza de toros, entre ellas, asumir los riesgos propios de su presencia en dicho lugar (Dictamen 558/2012).

d) Daños causados a personas que se encontraban fuera del recorrido del encierro.

1. En el supuesto objeto del Dictamen 613/2013 las lesiones se causaron tras caerse una persona al intentar escapar del toro que se salió del recorrido y se introdujo en el atrio de una iglesia. El Consejo consideró que no existía concurrencia de culpas (frente a la propuesta de resolución de la Administración consultante, que apreciaba dicha concurrencia «por la propia actuación de la víctima, puesto que era espectadora de la actividad y es al correr cuando se golpea y se producen las lesiones»). Se argumentó en el Dictamen que en los accidentes ocurridos durante espectáculos taurinos, de peligrosidad intrínseca y notoria, debe diferenciarse entre la actuación activa del participante voluntario y el comportamiento pasivo del espectador, que no asume el riesgo derivado de su participación. Por ello, el daño causado en este caso no era imputable a la víctima, mera espectadora a la que no podía exigirse para evitar su caída una mayor diligencia de la demostrada en una situación de pánico provocada por un toro que se había escapado.

2. En el Dictamen 166/2010 se abordó una reclamación por las graves lesiones sufridas por una persona, ajena por completo al desarrollo del encierro, al ser arrollado por un caballo desbocado que se salió del recorrido del festejo.

Tras descartar la concurrencia de causa de fuerza mayor –alegada por el Ayuntamiento–, el Consejo entendió que el accidente debía calificarse como caso fortuito, ya que, como la propia propuesta de resolución reconocía, tal hecho puede ser previsible en un encierro en el que participan un número elevado de caballos, es decir, se trata de uno de los riesgos propios del festejo celebrado. A pesar de ello, el Plan de Emergencia Municipal que figuraba en el expediente no contenía alusión alguna a este tipo de riesgos ni parecía contemplar la zona del siniestro entre las áreas de seguridad del encierro. Además, el hecho de que el animal desbordara la zona delimitada para el desarrollo del encierro –que contaba con doble atalancado– permitió considerar que no se adoptaron las medidas de seguridad exigibles para evitar situaciones de riesgo o peligro ante la previsibilidad de un suceso de estas características. Por ello, se apreció una omisión del especial deber de diligencia exigible al Ayuntamiento en la celebración de este tipo de festejos y se concluyó que la reclamación debía estimarse.

e) Daños sufridos por una persona al ser arrollada por una avalancha de gente que participaba en un espectáculo taurino popular.

El pronunciamiento del Consejo Consultivo en el Dictamen 22/2014 fue desfavorable a la reclamación, puesto que no se apreciaron deficiencias de organización ni tampoco ausencia de medidas de protección por parte del Ayuntamiento. Además, el espectáculo estaba debidamente anunciado y era fácil, por la propia naturaleza del festejo, prever el potencial peligro que podía existir, por lo que se consideró que el accidente se incardinaba en la esfera de imputabilidad de la víctima y que la reclamación debía desestimarse.

Como se ha expuesto al inicio de este apartado III, durante el desarrollo de los espectáculos taurinos populares pueden ocasionarse daños personales pero también daños personales, en los caballos de los participantes o colaboradores del encierro, en los edificios ubicados en el recorrido, en vehículos estacionados en el recorrido o fuera de él, o en cultivos o fincas colindantes con el recorrido del espectáculo. Se detallan a continuación algunos de los dictaminados por este Consejo:

1. Muerte por asta de toro de un caballo participante en un encierro.

Este asunto fue objeto del Dictamen 726/2008, en el que se consideró que las pruebas aportadas al expediente no permitían concluir con certeza que el daño se había ocasionado a consecuencia de una deficiente organización o de fallos de seguridad del festejo celebrado en la localidad, o que el número de reses utilizadas era superior al autorizado o que no estaban despuntadas. Por ello, al no apreciarse incumplimientos por parte de la Administración, la voluntaria participación del reclamante en el festejo implica la asunción de los riesgos inherentes al propio espectáculo en el que decide tomar parte y ello determinó el pronunciamiento desestimatorio.

2. Daños causados en un edificio situado en el recorrido del encierro.

En el Dictamen 88/2010 se concluyó que procedía la estimación de una reclamación por daños causados en la fachada y canalón de una vivienda por un toro que embistió repetidamente contra una talanquera situada junto a la pared del edificio, al estar acreditados los daños y la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público.

3. Daños causados en vehículos.

En algún caso los daños reclamados se han producido por los toros en vehículos estacionados en el recorrido del encierro. En los Dictámenes 203/2010 y 204/2010 se concluyó que procedía desestimar las reclamaciones, puesto que constaba acreditado que los recorridos de los encierros se encontraban correctamente vallados y que había carteles informativos sobre los horarios de los festejos taurinos y la obligación de retirada de los vehículos. Por ello, las conductas de los reclamantes fueron determinante de los daños sufridos, al dejar estacionados sus vehículos en unos lugares y en unas horas en las que, según estaba anunciado, se iban a desarrollar los encierros.

En otras ocasiones los daños se han producido en vehículos estacionados fuera del recorrido del encierro por toros que se escaparon de él. En los Dictámenes 87/2010 y 96/2010 (sobre daños causados en un vehículo y en un quad, respectivamente, estacionados en la calle fuera del recorrido por una vaquilla que se salió del recorrido en un mismo encierro) y en el Dictamen 1240/2010 (toro que se desvió del recorrido del encierro y golpeó al vehículo, que se encontraba correctamente estacionado en el lugar ordenado por los organizadores del festejo), se concluyó que la Administración debía responder por los daños reclamados.

4. Daños ocasionados en cultivos.

El Consejo Consultivo ha analizado dos expedientes sobre esta materia, uno favorable a la pretensión resarcitoria (Dictamen 443/2009) y otro desfavorable al reclamante (Dictamen 610/2014).

En el primero se consideró que procedía estimar la reclamación por los daños y perjuicios ocasionados en los viñedos del reclamante tras escaparse un toro de los encierros, si bien se apreció que la estimación debía ser parcial por razón de la cuantificación de los daños.

En el segundo la reclamación tenía por objeto el resarcimiento de los daños causados en los cultivos y en las infraestructuras de riego por los vehículos y los participantes de los encierros que invadieron las propiedades de los reclamantes. Se alegaba por los interesados que los daños se producían todos los años en los encierros de campo, organizados por el Ayuntamiento, ya que se permitía la suelta o huida de los toros sin control alguno. Sin embargo, no se acreditó en el expediente culpa *in vigilando* del Ayuntamiento ni infracción de la normativa en materia de espectáculos

taurinos populares. Es más, constaba que la finca cuyos daños se reclamaban estaba fuera del recorrido de los encierros (a unos 2 kilómetros) y que los vehículos presuntamente causantes de los daños no eran participantes en el festejo, hecho, por otro lado, expresamente prohibido. Estas circunstancias determinaron el pronunciamiento desfavorable del Consejo.

Finalmente, cabe citar también algunos supuestos en los que se han examinado reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños causados por elementos propios de los encierros (cerramientos, puertas y talanqueras), si bien los incidentes ocurrieron al margen del desarrollo del festejo.

En el Dictamen 795/2013 se analizó una reclamación por daños y perjuicios sufridos por un niño al ser golpeado por un portón colocado en el recorrido de un encierro taurino que cayó sobre él. En la propuesta de resolución el Ayuntamiento negaba su responsabilidad porque los daños se debieron a la actuación negligente de los padres al permitir que el menor accediera al recorrido del encierro sin que las puertas estuvieran aún abiertas, «señal inequívoca de que el festejo aún no se ha[bía] dado por concluido».

El Consejo, sin embargo, no compartió tal argumento por dos motivos: a) por una parte, porque la exoneración de responsabilidad del Ayuntamiento vendría dada por el hecho de que los daños se hubieran causado por los animales en el recorrido del encierro –lo que no ocurrió–; en tal caso, si las puertas de acceso al recorrido del encierro hubieran estado cerradas, y por tanto vedado el paso del público a dicho espacio, la conducta del perjudicado, o en este caso de sus padres al permitirle acceder a dicho lugar, habría sido determinante por tratarse de un riesgo inherente al desarrollo del festejo taurino; y b) por otra parte, porque los daños se produjeron, no por la materialización de un riesgo propio del encierro (cogida o atropello), sino por una circunstancia extraña al desarrollo de un festejo taurino, como es la caída de un portón de hierro, sin función protectora alguna en ese festejo, que se encontraba sin anclar, apoyado sobre una pared, en el recorrido del encierro. En este sentido se señaló que la presencia de una valla, apoyada sobre una pared y sin anclaje alguno en el recorrido de un festejo taurino constituye por sí solo un riesgo evidente, y extraño al riesgo inherente a la participación en un encierro, para cualquier persona que pudiera encontrarse en ese lugar, máxime si se tiene en cuenta que dicho portón no cumplía ninguna función protectora en ese festejo y que la caída de la valla fue casual, sin que fuera empujada o derribada. La existencia de este riesgo se consideró, pues, imputable al Ayuntamiento como organizador del festejo.

Por otra parte, constaba que el encierro finalizó a la misma hora en la que sucedió el percance y que, según el testigo, había mucha más gente, incluso otros niños, en ese momento en el recorrido del encierro, puesto que era conocido que ese año se había suprimido el denominado “desencierro”. Esta presencia multitudinaria de gente por el recorrido del encierro, pese a que las puertas no estaban abiertas, permitió presumir que las medidas de seguridad del festejo no fueron adecuadas, en cuanto se permitió o se consintió la afluencia de personas en aquel lugar.

Por tanto, aunque la conducta de los reclamantes no fue adecuada, al acceder al recorrido del encierro sin estar abiertas las puertas, lo cierto es que ello no fue determinante del percance (sí lo habría sido si se hubiera producido una cogida) ni de la exposición al riesgo que finalmente se materializó, sino que éste se debió a una causa extraña al propio desarrollo del festejo, imputable al Ayuntamiento.

En otro supuesto, objeto del Dictamen 546/2013, el Consejo consideró probado que, al procederse al cierre de la talanquera, uno de los espectadores tropezó con uno de los apoyos de la máquina y cayó al suelo, lo que le provocó diversas lesiones. Se entendió que la Administración no había acreditado que hubiera adoptado las medidas suficientes para evitar este tipo de incidentes, por lo que la reclamación debía estimarse. Pese a ello, se concluyó que la estimación debía ser parcial al apreciarse la concurrencia de culpa en el reclamante (ponderada en un 50 %), ya que la aglomeración de personas existente en un festejo popular exige que los asistentes a este tipo de eventos extremen el cuidado y atención, lo que no parece que sucediera en este caso.

Finalmente, en el Dictamen 265/2013 se consideró que procedía estimar una reclamación por daños causados en un vehículo al ser golpeado con una puerta, de las utilizadas para cerrar el recorrido de los encierros, que se cerró de forma inesperada.

IV. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS OCURRIDOS CON MOTIVO DE OTROS FESTEJOS POPULARES.

Además de expedientes de responsabilidad patrimonial por daños ocurridos con motivo de espectáculos taurinos populares -analizados *ut supra*-, el Consejo Consultivo de Castilla y León ha dictaminado otros supuestos de daños, en su mayoría personales, causados en el marco de otros festejos populares, espectáculos públicos, actividades recreativas o celebraciones. Se exponen, de manera sucinta, algunos de estos supuestos:

a) Daños ocasionados en espectáculos de pirotecnia.

1. Daños causados por fuegos artificiales.

Varios son los supuestos en los que se ha concluido que procedía estimar la reclamación por considerar que el Ayuntamiento no había adoptado, en la organización del espectáculo, las medidas de seguridad necesarias para evitar daños a las personas o a los bienes: Dictamen 184/2007, sobre daños ocasionados en un vehículo; Dictamen 744/2007, sobre daños causados por cohetes lanzados durante la festividad del Corpus; Dictamen 951/2009, sobre daños sufridos en una prenda por la explosión de una caja de material pirotécnico; Dictamen 489/2011, sobre lesiones al ser alcanzado por un cohete pirotécnico; Dictamen 206/2010, sobre daños ocasionados en la fachada de una vivienda; y Dictamen 932/2010, sobre daños sufridos por una persona en su ojo al impactar sobre él restos de fuegos artificiales.

De ellos, cabe citar el Dictamen 489/2011, en el que se advirtió de la obligación que tiene el municipio de *«disponer lo conveniente para que, con anterioridad a la iniciación del espectáculo pirotécnico, se elabore el correspondiente plan de actuación en emergencias, que comprenderá las medidas de prevención de riesgos que puedan afectar tanto a las personas que intervienen en su desarrollo o que presencié aquél, como a los bienes; igualmente deberá contener medidas de seguridad y vigilancia de la zona presuntamente afectada por un accidente, de protección y socorro urgente de las víctimas y de evacuación y asistencia sanitaria de éstas»*. Pese a dicha obligación, no constaba en el expediente que el Ayuntamiento hubiera elaborado un plan de actuación en emergencias, en el que se reflejaran las fechas de lanzamiento y las medidas preventivas a adoptar en cada uno de los lugares donde se iban a efectuar los diversos lanzamientos, así como que contara con las autorizaciones pertinentes. Y se recordaba la obligación del Ayuntamiento de *«adoptar medidas de seguridad suficientes y adecuadas para salvaguardar la integridad física de los espectadores, dado que los espectáculos de pirotecnia entrañan siempre un peligro en sí mismos y son generadores de riesgo»*.

A diferencia de los casos citados, en otros el pronunciamiento del Consejo Consultivo ha sido desfavorable a la reclamación por no existir soporte probatorio suficiente del nexo causal entre los daños y el funcionamiento del servicio público: en el Dictamen 913/2012 no quedó acreditado que los daños sufridos en su vehículo se produjeran a consecuencia del espectáculo pirotécnico; y en el Dictamen 506/2014, relativo a daños sufridos por una menor en un espectáculo pirotécnico, la reclamante no probó que existiera inobservancia por el Ayuntamiento de las medidas de seguridad exigidas, como elemento causante del accidente, ni tampoco que las lesiones sufridas por la menor se produjeran a causa de una cortina de fuego situada en el lugar descrito en la reclamación.

En este último Dictamen se señaló además que *«la nota de voluntariedad en la participación o presencia en el festejo del padre de la menor, a cuyo cargo se encontraba ésta, dota de relevancia al riesgo asumido en relación a los eventuales daños que ello pueda ocasionar, el cual, en este caso, no resulta enervado por un incumplimiento de la Administración que haya sido determinante en la producción del percance. Ello determina que la causa de éste, en su caso, deba situarse en la esfera de imputabilidad de la víctima al no observar para evitar el daño la diligencia adecuada a las circunstancias, la cual, en atención a las que usualmente concurren en estas celebraciones y a la presencia de la menor, se revela superior a la normal o media, de modo que su conducta interrumpiría un eventual nexo de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento del servicio público, lo que determinaría, igualmente, la desestimación de la reclamación»*.

2. Daños causados por el lanzamiento de petardos durante el toro de fuego.

En los Dictámenes 195/2011 y 196/2011 se consideró procedente la estimación de la reclamación al estar probado que los daños materiales, en la ropa y el capa-

zo de un bebé, se causaron porque uno de los petardos que llevaba el toro de fuego se disparó e impactó en tales objetos, sin que los perjudicados fueran participantes en el festejo (se encontraban sentados en la terraza de un bar).

Por el contrario, en el Dictamen 426/2015, relativo a una reclamación por quemaduras y daños materiales causados por las chispas y bolas de fuego procedente de una carretilla que simulaba un toro de fuego, se concluyó que procedía la desestimación de la reclamación al considerar que el accidente era imputable a la víctima, que asumió voluntariamente una situación de riesgo evidente.

b) Daños causados durante la celebración de actuaciones musicales.

Los supuestos analizados por este Consejo, objeto de los Dictámenes 474/2012, 643/2013 y 322/2014, versaron sobre reclamaciones por daños personales, y en ellos el pronunciamiento fue desfavorable a la pretensión resarcitoria, al no resultar acreditadas las causas del percance alegadas.

c) Daños causados en accidentes ocurridos en espectáculos de vehículos a motor organizados o promovidos por el Ayuntamiento.

En el Dictamen 263/2006 los daños se produjeron en un accidente sufrido por uno de los conductores de un kart, actividad organizada por la asociación de bomberos y promovida por el Ayuntamiento de la localidad. Si bien la actividad estaba organizada por dicha asociación, estaba también subvencionada en todo o en parte por el Ayuntamiento, quien, además, era el titular de los karts. Estas razones llevaron al Consejo Consultivo a considerar que dicha actividad se integraba en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, a efectos de la apreciar la posible existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados por su celebración.

Sin perjuicio de ello, los elementos probatorios aportados al expediente permitieron concluir que los karts estaban en perfecto estado de uso al inicio de su actividad, que el kart accidentado siguió funcionando con normalidad tras el percance hasta la finalización la actividad y que con anterioridad al inicio de la actividad se explicó a los participantes el manejo y nociones básicas de utilización de los karts. Por ello, se consideró que procedía desestimar la reclamación, ya que el accidente se pudo producir por la falta de dominio del kart por el reclamante, al no haberse acreditado la existencia de otra causa distinta o de deficiencias en el vehículo.

En el Dictamen 64/2015, en cambio, se concluyó que procedía estimar una reclamación por los daños sufridos por un espectador que presenciaba un espectáculo de coches organizado por el Ayuntamiento, al quedar acreditado que uno de los vehículos chocó contra las vallas de seguridad que delimitaban el circuito y éstas, a su vez, golpearon a aquélla.

d) Daños ocasionados con ocasión de las actividades de peñas.

En el Dictamen 914/2012 se analizó una reclamación por el fallecimiento de un menor a consecuencia del incendio de una peña. Frente a la alegación del reclamante de que existió culpa *in vigilando* imputable al Ayuntamiento por permitir la construcción donde se divertían los menores, el Consejo manifestó la irrazonabilidad de imputar la responsabilidad de lo ocurrido al Ayuntamiento por el mero hecho de que el local donde se produjo el incendio estuviera en situación irregular, sobre todo teniendo en cuenta la importancia de las negligencias que determinaron los hechos, ya que se dejó a unos menores sin vigilancia, con la posibilidad de manipular un bidón de gasolina y al responsable de los hechos se le permitió jugar repetidamente con fuego.

Por ello, se consideró que la causa adecuada y eficiente de la producción del hecho dañoso fue la conducta totalmente negligente e irreflexiva del menor condenado por el Tribunal de Menores por tal hecho, intervención de un tercero que interrumpía el nexo causal entre el hecho luctuoso y el funcionamiento del servicio. Por lo que se concluyó que la reclamación debía desestimarse.

En el Dictamen 290/2014 el Consejo consideró que procedía desestimar la reclamación por los daños sufridos por una participante en un desfile de peñas organizado por el Ayuntamiento, tras ser atropellada por una carroza participante. Quedó acreditado que el Ayuntamiento adoptó las correspondientes medidas de seguridad, mediante la delimitación del recinto por el que discurría el desfile, a través de su vallado o acotación del recorrido por agentes de la autoridad, y mediante el control de su correcto desarrollo. Ante ello, se consideró que la voluntaria participación en el festejo de la lesionada, en cuanto integrante de una de las peñas, dotó de relevancia al riesgo asumido en relación a los eventuales daños que ello pudiera ocasionar, el cual, en este caso, no resultó enervado por un incumplimiento de la Administración determinante en la producción del percance. Por ello, se concluyó que la causa de los daños se situaba en la esfera de imputabilidad de la víctima al no observar para evitar el daño la diligencia adecuada a las circunstancias, la cual, en atención a las que usualmente concurren en estas celebraciones, se revelaba superior a la normal o media.

e) Daños ocasionados durante la celebración de espectáculos o actividades navideñas.

En varios expedientes se ha reclamado la responsabilidad patrimonial de un Ayuntamiento por daños sufridos, fundamentalmente en las gafas, al recibir el impacto de un caramelo lanzado durante la cabalgata de los Reyes Magos. Salvo en el Dictamen 913/2008, en el que se concluyó que la falta de prueba de la causa de los daños reclamados impedía un pronunciamiento estimatorio, en el resto de supuestos analizados (Dictámenes 417/2005, 743/2007 y 986/2011) este Consejo Consultivo ha rechazado que la Administración haya de asumir todos los riesgos de los daños sufridos por los ciudadanos en la vía pública y que el servicio público pueda concebirse como un centro de imputación automática de cualesquiera hechos que acaecen dentro de su área de actuación. Por ello, concluyó que en estos

supuestos concurría el denominado riesgo general de la vida, criterio que, aunque no esté expresamente establecido por la ley, se infiere de nuestro global sistema de responsabilidad extracontractual. De acuerdo con este criterio, se niega que haya de responderse de los sucesos dañosos que acompañan naturalmente al ordinario o normal existir del ser humano, aunque se llegue a la conclusión de que están causalmente ligados a la actuación de un responsable, desde un punto de vista estricto, y se concluya también que concurre el criterio positivo de imputación objetiva del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Se trata, en último término, de negar la responsabilidad por aquellos hechos dañosos que el perjudicado tiene el deber natural y social de asumir como una incidencia normal y esperable en el natural acontecer de su existencia.

Otro caso analizado versó sobre la reclamación por los daños causados en un vehículo por la carroza de los “Pajes Reales” mientras desarrollaban la actividad de recogida de cartas. Fue objeto del Dictamen 545/2007, en el que se concluyó, una vez acreditados los hechos y su causa, que procedía estimar la reclamación.

Otro supuesto de reclamación por daños sufridos durante eventos navideños fue el relativo a las lesiones sufridas por una persona al recibir la coz de un “Camello Real”. En el Dictamen 235/2015 se consideró acreditado el defectuoso desarrollo del servicio al encontrarse el animal en una zona destinada al tránsito peatonal, sin la adopción por parte de la Administración de las medidas de seguridad adecuadas “para evitar accidentes como el acontecido; medidas que, de haberse adoptado, hubieran evitado que el perjudicado, o cualquier otra persona, tocase o rozase al animal”, argumento en el que se amparaba la propuesta de resolución para fundar la exoneración de la responsabilidad administrativa mediante la afirmación de la concurrencia de culpa de la víctima que, sin embargo, no se apreció por este Consejo, al igual que tampoco se apreció el concurso de la actuación de un tercero ajeno al servicio o un acontecimiento que pudiera calificarse de fuerza mayor a los efectos de atemperar o exonerar de responsabilidad a la Administración.

f) Daños ocasionados en otros festejos o actividades populares.

Como se ha expuesto inicialmente, la casuística de los expedientes de responsabilidad patrimonial dictaminados por este Consejo Consultivo es muy extensa. No obstante lo cual, junto a los supuestos recogidos con anterioridad, pueden citarse cuatro casos particulares:

1. Daños personales sufridos al ser golpeado por la caída de unos pendornes en un desfile popular.

En el Dictamen 623/2007 el Consejo concluyó que procedía estimar la reclamación, frente a la alegación del Ayuntamiento de que se trataba de un accidente fortuito no imputable a él, ya que, como es sabido, el caso fortuito no exonera a la Administración de su responsabilidad.

En el Dictamen 224/2007, por el contrario, se consideró procedente la desestimación de la reclamación al no haberse acreditado la causa de los daños sufridos.

2. Daños sufridos en un dedo al recibir un golpe durante la tradicional fiesta de la “Pedrea del pan y el queso” (festejo en el que se tiran bolsas con trozos de pan y queso a los participantes).

En este asunto, objeto del Dictamen 78/2009, el interesado no concretó si el golpe se produjo por un encontronazo con otra persona o con una de las bolsas arrojadas, pero alegaba que se debió a la aglomeración de personas en un lugar no apto para ello.

Sin embargo, no quedó probado que la producción del daño se debiera a la desatención por parte de la Administración local de sus deberes administrativos; ni tampoco que el accidente se habría podido evitar mediante un funcionamiento del servicio público acorde con el estándar de rendimiento exigible. Por ello, dado que el perjudicado participó de forma voluntaria en la actividad, con la consiguiente asunción de los riesgos inherentes a ella, se consideró que la reclamación debía desestimarse al no haber intervenido factores extraños a la celebración que pudieran haber agravado el riesgo.

3. Daños personales sufridos al caer una fuente durante la celebración de un mercado medieval.

En este supuesto, objeto del Dictamen 1121/2009, la caída de la fuente fue provocada por la fuerza de la tracción ejercida en su estructura vertical debido a que un toldo se encontraba atado con un cable metálico a la primera sección del monolito, lo que, sumado al fuerte viento que hacía en la localidad, provocó que la estructura cediera. El Consejo concluyó que procedía estimar la reclamación, ya que, frente a la alegación del Ayuntamiento de que el toldo se colocó por un tercero, al Ayuntamiento le correspondía haber ejercido una actividad de policía o vigilancia, al tratarse de un festejo organizado por la entidad local.

4. Daños sufridos por un corredor al pisar una alcantarilla en mal estado durante el desarrollo de una carrera popular.

En el Dictamen 807/2013 el pronunciamiento fue favorable al reclamante, en cuanto quedó probado el mal estado de la tapa de registro que causó la caída como la forma en la que se produjo el percance, pero se apreció la concurrencia de culpa en el perjudicado (que se ponderó en un 50 %), al no prestar la diligencia y atención que es exigible para correr por la calle. Y ello porque, como se indicó en el Dictamen, cualquier carrera urbana discurre entre bordillos, mobiliario urbano y obstáculos variados que hacen necesario que el corredor aumente su precaución, ya que la calle es un lugar destinado para caminar y la celebración de una carrera es una actividad excepcional.

g) Daños ocasionados por otras causas.

Por último, pueden citarse dos supuestos en los que el Consejo dictaminó desfavorablemente las reclamaciones por considerar que los daños se produjeron por causas ajenas al servicio público.

El Dictamen 89/2012, emitido en relación con los daños sufridos al recibir un codazo en un partido de fútbol organizado por el Ayuntamiento durante las fiestas patronales, concluyó que las lesiones no fueron consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, a pesar de haber tenido lugar durante la celebración de un partido de fútbol en un polideportivo de titularidad municipal, ni tampoco se debieron a un defectuoso estado de las instalaciones, por lo que el pronunciamiento fue desfavorable a la reclamación con base en la aplicación del criterio del riesgo general de la vida.

Y en el Dictamen 556/2014, relativo a daños sufridos al caer sobre una persona el “mayo” (que consiste en un tronco de madera de grandes dimensiones que los quintos del pueblo colocan de forma vertical encajándolo en un hueco cavado en la tierra), se consideró que tampoco existía responsabilidad del Ayuntamiento, ya que la actividad en la que ocurrió el accidente no estaba ni organizada ni patrocinada por el Ayuntamiento, sino se trataba de una actividad que realizan los quintos del pueblo, siguiendo una antigua tradición, y no se probó que existiera dejación o negligencia de la Administración en el ejercicio de su competencia de vigilancia y seguridad en lugares públicos que pudiera originar la responsabilidad del Ayuntamiento.

V. CONCLUSIÓN.

Como se infiere del estudio realizado, la casuística analizada por el Consejo Consultivo de Castilla y León al dictaminar los procedimientos de responsabilidad patrimonial por daños ocurridos con motivo de festejos populares es muy amplia y variada.

No obstante ello, y como conclusión, cabe señalar que los pronunciamientos del Consejo sobre esta materia revisten dos notas comunes en su argumentación: por un lado, la valoración de la actuación de la Administración, es decir, si ha cumplido o no las obligaciones que le corresponden en relación con la organización, promoción y vigilancia de los festejos y, en caso negativo, si el incumplimiento ha sido determinante o no en la ocurrencia del percance; y por otro lado, y como aspecto muy relevante, la calificación de la actuación del perjudicado, es decir, si la participación de la víctima en el festejo ha sido voluntaria y activa, con la consiguiente asunción por ésta de los riesgos inherentes a él, o si ha existido negligencia o culpa en su actuación, ya que, como se ha visto, estas intervenciones del perjudicado se han considerado determinantes en muchos de los dictámenes emitidos por este Consejo, para concluir la desestimación de las reclamaciones por daños ocasionados en espectáculos taurinos populares.

CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Doctrina sobre la responsabilidad patrimonial de la administración Pública por la organización de festejos populares

Carlos Yáñez Díaz

*Letrado del Consejo Consultivo
de la Comunidad de Madrid*

El artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establece el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas. De una manera más genérica el artículo 43.3 de la Constitución Española de 1978 impone a los poderes públicos el facilitar la adecuada utilización del ocio.

Una manifestación de este derecho, y de la acción administrativa en su desarrollo y aplicación, son los festejos populares que, con orígenes diversos (religiosos, históricos, etc.) constituyen una manifestación de valores culturales y de tradición popular con una especial importancia etnográfica y, con frecuencia, turística.

Ahora bien, al tratarse de actividades que se caracterizan por notas tales como la afluencia de gente a las mismas, realización de competiciones, desarrollo en ocasiones en horario nocturno, etc., son una fuente clara de riesgos lo que determina que sean objeto del llamado derecho de daños. A su vez, en el ámbito de responsabilidad de las Administraciones que intervienen en tales fiestas, supone la aplicación de la garantía constitucional (artículo 106.2) consistente en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, consecuentemente, implica la frecuente intervención de los órganos consultivos mediante la emisión de dictamen en los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ha conocido diversas solicitudes de dictamen que se pueden agrupar en dos grandes grupos; de un lado las, por otra parte frecuentes, caídas en la vía pública pero particularizadas como consecuencia de actividades festivas (recintos feriales, carreras deportivas, etc.) y, de otro lado, las derivadas de espectáculos taurinos, normalmente los populares “encierros”. Así, el Dictamen 243/10, de 28 de julio, analiza la caída de una persona al pisar una

naranja, durante una actividad consistente en la “*tirada de naranjas*” incluida en el programa de festejos de una entidad local. Tal y como quedó acreditado en los hechos, la actividad consistía en tirar naranjas desde una furgoneta para que el público las cogiese.

El Dictamen, tras considerar que los festejos pueden considerarse incluidos en el concepto de servicio público a los efectos de responsabilidad patrimonial, entiende que la participación activa en festejos populares supone la aceptación implícita de los riesgos naturales inherentes a los mismos. Ello impide imputar la responsabilidad a la Administración salvo que se demuestre que esta incumplió su deber de adoptar las medidas adecuadas para que el festejo se desarrollase en condiciones de seguridad. Afirma el Dictamen que: *«La caída por resbalar con las naranjas es uno de los riesgos inherentes a la participación en un festejo que consiste, precisamente, en la tirada de un gran número de naranjas, y que es aceptado voluntariamente por quien decide participar en ella, por lo que no habiendo quedado acreditado que la actuación municipal no haya impedido un riesgo exorbitante al que representa la propia actividad en la que libre y voluntariamente se decide participar; no cabe imputar a la Administración local, la responsabilidad por el accidente sufrido por el reclamante.»*

En el Dictamen 448/13, de 9 de octubre, se analiza la reclamación formulada por la madre de un menor, de 16 años de edad, que sufrió diversas quemaduras al saltar sobre la hoguera, en las típicas “hogueras de San Juan” que se llevan a cabo la noche del 23 al 24 de junio.

Entiende el Dictamen que, en estos casos, ha de analizarse la conducta de la víctima y la actuación del Ayuntamiento en orden al establecimiento de las adecuadas medidas de seguridad. Puesto que la entidad local acreditó que el salto de la hoguera no formaba parte de las actividades programadas sino que fue una iniciativa voluntaria de algunos asistentes y que había adoptado las medidas de seguridad adecuadas (Policía, Protección Civil, Cruz Roja, Bomberos) considera el Dictamen que la conducta de la víctima rompió el nexo causal.

En materia de caídas ocasionadas con motivo de fiestas o dentro de recintos feriales se pueden citar los dictámenes 665/11, de 30 de noviembre, 291/12, de 9 de mayo y 160/13, de 24 de abril. En todos ellos se desestima, como suele ser frecuente en materia de caídas en la vía pública, porque el reclamante no aporta la prueba necesaria para poder tener por acreditada la caída tal y como se relata en la reclamación. Además, en el Dictamen 665/11 se destaca que el desperfecto en el pavimento que el reclamante afirmaba haber causado la caída era mínimo y que los servicios sanitarios recogieron en su parte de actuación que el reclamante había bebido.

El Dictamen 566/12, de 17 de octubre, contempla un supuesto distinto de caída como es la de un corredor que participaba en la famosa carrera popular “San Silvestre Vallecana” que se celebra la tarde –noche del 31 de diciembre. En la instrucción del procedimiento quedó acreditado mediante prueba testifical que el corredor– reclamante se cayó en un desperfecto existente en el asfalto del Paseo del Prado.

El Dictamen reafirma la doctrina contenida en el 243/10 en cuanto a que los participantes en este tipo de eventos asumen los riesgos derivados de los mismos. En concreto, en este caso, los derivados de la falta de iluminación dada la hora de la carrera, la climatología (llovía), el elevado número de participantes y el que pudiera haber desperfectos en el asfalto, puesto que la carrera se desarrollaba por la calzada, zona no apta en principio para el tránsito habitual de peatones y en la cual los estándares de mantenimiento son, lógicamente, menores.

Sobre los populares encierros taurinos que realizan numerosas localidades como elementos típicos de sus fiestas, se puede citar el Dictamen 332/09, de 3 de junio, en el que un participante en uno de estos encierros sufrió una cogida.

El Dictamen considera que los participantes en este tipo de eventos han de asumir los riesgos sin que resultase acreditado que las medidas de seguridad adoptadas eran inadecuadas o insuficientes. Ha de destacarse que, como ocurre con frecuencia, el Ayuntamiento afirma que, puesto que la organización del evento correspondía a una empresa contratista, la responsabilidad, de existir, correspondería a la contrata, cuestión muy problemática que excede los límites de este resumen de doctrina.

También referido a un accidente en un encierro puede citarse el Dictamen 290/15, de 27 de mayo.

La particularidad del Dictamen es que, recordando la mencionada doctrina sobre la necesidad de que la Administración adopte las medidas de seguridad adecuadas, entiende precisa la práctica de la prueba solicitada por el reclamante relativa a la posible existencia de un procedimiento sancionador frente al Ayuntamiento, prueba que fue denegada indebidamente por el instructor que rechazó, igualmente, la práctica de la prueba testifical alegando una supuesta subjetividad de los testigos propuestos.

El dictamen considera inaceptable esa motivación, máxime cuando la propuesta de resolución considera que los hechos no han sido debidamente acreditados.

Se comprueba así la indiscutible garantía que para los administrados supone el dictamen de los órganos consultivos.

Por último, un supuesto singular dentro de la materia “taurina” es el contemplado en el Dictamen 166/15, de 8 de abril.

Se trataba de la reclamación formulada por una ganadería a la que la Comunidad de Madrid denegaba la “guía de retorno” a la explotación de cinco reses que habían participado en un encierro y que la empresa pretendía destinar, según afirmaba, a su lidia y no a nuevos encierros. Según la empresa esa denegación conllevó el sacrificio de las reses con la siguiente pérdida económica.

Se trataba, en suma, de la aplicación del artículo 5 del Reglamento de Espectáculos Taurinos Populares de la Comunidad de Madrid, aprobado por

Decreto 112/1996, de 25 de julio, en desarrollo de la normativa estatal constituida por la Ley 10/1991, de 4 de abril, de potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos.

Según este precepto, las reses que participan en encierros han de ser sacrificadas para evitar su participación en otro espectáculo taurino salvo que se trate de encierros en los que las reses vayan a ser lidiadas en una corrida o novillada posterior, debiendo entenderse que, por “posterior”, ha de celebrarse en las 24 horas siguientes.

La reclamante acreditaba que, en otras ocasiones (cuatro), la Administración había autorizado el traslado por lo que consideraba que se vulneraba el principio de confianza legítima.

Sin embargo, el Dictamen afirma que tal hecho *«no parece que genere una sólida actitud administrativa, que provoque en el interesado una confianza legítima en que se actuará del mismo modo»* sin que el principio de confianza legítima pueda justificar actuaciones contrarias a derecho puesto que *«(...) el hecho de que la Administración haya en cierta medida tolerado comportamientos prohibidos, no puede generar confianzas tutelables, sin que nos encontremos en el presente caso con una monolítica inaplicación de la norma jurídica»*.

Dictámenes

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE CATALUÑA

Dictamen 145/2015

Sobre la reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la explosión de un cohete en un espacio público en el transcurso de la verbena de San Juan, de 14 de mayo.

ANTECEDENTES

[...]

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Objeto y carácter preceptivo del presente Dictamen.

Este Dictamen tiene por objeto la reclamación de indemnización formulada por la Sra. A, vecina de B, por los daños y perjuicios sufridos en el transcurso de la verbena de San Juan el día 23 de junio de 2011, de acuerdo con los hechos siguientes: que mientras se encontraba en una de las mesas ubicadas en la vía pública (plaza C, en el barrio D de B), celebrando la verbena, «*cayó una bomba, propia de las verbenas, en la mesa en que estábamos sentados, produciendo una herida en la cara y pérdida de audición. Rápidamente fui atendida por el SAMUR*».

[...]

II. Legitimación activa, ejercicio de la acción y aspectos procedimentales.

[...]

Del expediente, que se ha tramitado correctamente teniendo presente la LRJ-

PAC, el RPRP y la Ley 26/2010, de 3 de agosto, tal como resulta de los antecedentes, es necesario destacar lo siguiente. El escrito que da lugar al inicio del procedimiento tuvo entrada en el Registro general del Ayuntamiento el día 1 de agosto de 2011, pero esta reclamación, por Resolución de alcaldía de 7 de marzo de 2012, se declaró desistida por no haber completado lo que se le pedía; sin embargo, una vez obtenida el alta médica determinante de las secuelas, presentó un nuevo escrito de reclamación y fijó la reclamación en 81.875,15 euros. Se incoa un nuevo procedimiento al que se incorporan las actuaciones administrativas que ya se habían practicado. La instructora del procedimiento ha admitido como prueba documental toda la documentación médica aportada por la interesada y ha acordado practicar la prueba testifical propuesta. El acta de la prueba testifical practicada a una persona que, según la instante, presenció el accidente figura incorporada en las páginas 36 y siguientes del expediente, de las cuales se desprende que estaba en la misma mesa.

En uno de sus escritos, la reclamante pone de manifiesto que existía un contrato entre el Ayuntamiento y la empresa que explotaba el bar, lo cual no parece que se ajuste a la verdad; pero en cambio

sí que se ha incorporado al expediente, a solicitud de la instante, la autorización otorgada por el Ayuntamiento en el bar F para ocupar la vía pública con mesas y sillas para la temporada veraniega del año 2011, con fecha de finalización del permiso de 30 de septiembre de 2011 (páginas 57 y 58 del expediente).

En el expediente consta un informe emitido por el jefe del Área de Calidad de Vida del Ayuntamiento B que pone de manifiesto que el Ayuntamiento no colaboró con el bar mencionado en la organización de la verbena. También se dio traslado de la reclamación al representante legal de este bar, con el fin de que pudiera presentar las alegaciones oportunas, si bien no consta que las formulara. Por otra parte, se otorgó el trámite de audiencia a diversas entidades culturales y asociativas de B –G, H, I, J, K, L, M y N–, las cuales ponen de manifiesto que no participaron en ningún acto de la verbena en que hubiera material pirotécnico. Igualmente está acreditado que se ha otorgado el trámite de audiencia a la interesada y a la compañía aseguradora. El expediente cierra con la propuesta de resolución del órgano instructor, con el visto bueno del concejal delegado de Urbanismo, Espacio Público y Medio Ambiente, que propone desestimar la reclamación al considerar que no consta acreditada la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado por el perjudicado. Hay que advertir, únicamente, que la propuesta de resolución emitida no se pronuncia sobre la valoración de los daños ni determina el importe de la indemnización que tendría que corresponder para una eventual estimación total o parcial de la reclamación, cuestión que ha recomendado este órgano consultivo en numerosas ocasiones

(dictámenes 9/2012, 357/2013, 21/2014 y 158/2014, entre otros) con el fin de proporcionar a la Comisión todos los elementos para emitir el dictamen correspondiente ante hipotéticos pronunciamientos estimatorios, ya que, de acuerdo con el artículo 12.2 del RPRP, este órgano se tiene que pronunciar no sólo sobre la existencia de responsabilidad, sino también sobre la cuantía.

III. El fondo de la cuestión planteada.

A) Los hechos y los daños.

En el expediente queda acreditado, de acuerdo con el informe del inspector en jefe de la Policía Local, de 13 de julio de 2011, que, el día 23 de junio de 2011, durante la verbena de San Juan, en la plaza C, con motivo del lanzamiento de un petardo, resultaron afectadas con quemaduras leves tres personas, que fueron atendidas por los servicios sanitarios. El informe de la misma Policía Local de 19 de septiembre de 2011 señala que, durante la verbena de San Juan, diversas personas adultas y menores lanzaron petardos y cohetes en la plaza mencionada y que no se pudo identificar el autor del lanzamiento del petardo que causó las heridas a las personas presentes. Por otra parte, la instante aporta con el escrito de reclamación un informe de la atención que recibió el día 24 de junio de 2011, parece que a la 01.04 h, por una unidad de apoyo vital básica del sistema de emergencias médicas (que se deduce que estaba en el lugar), en el cual se hace constar como motivo de la alerta una quemadura en la nariz. Este informe no hace ninguna referencia a la pérdida de la audición alegada.

Según consta en la prueba testifical practicada, a instancias de la reclamante, una

persona que se identificó como vecina del barrio y amiga de la reclamante dice que ambas estaban sentadas en una mesa de las instaladas en la plaza para celebrar la verbena cuando notaron las quemaduras y después oyeron el petardo, que no vieron. A la pregunta de si tuvo en algún momento sensación de peligro en el lugar dónde estaban, la testigo señala que había niños tirando petardos en la zona del sablón de la plaza y añade que *«no tuvo sensación de peligro, ya que se tiraban petardos pero no con una intensidad peligrosa»*.

De lo que se acaba de exponer, se puede concluir que en el expediente hay indicios probatorios suficientes para llegar a la conclusión de que la instante sufrió un daño derivado de la explosión de un petardo mientras estaba sentada en un espacio público, en concreto en las mesas ubicadas en la plaza C del bar F. La reclamante concreta los daños en una pérdida de la agudeza auditiva bilateral de un 90,4 % y en 160 días impeditivos. El único informe médico que aporta para acreditar el estado de las secuelas es el que figura en la página 27 del expediente administrativo, que es un informe clínico de Consultas Externas del Hospital E de fecha 30 de noviembre de 2011. Este informe hace constar que la paciente, con antecedentes de miringoplastia derecha (es decir, que había sido intervenida de una reparación de la membrana del tímpano), acudió por primera vez a consulta el 27 de julio de 2011 por hipoacusia neurosensorial bilateral, previa, ya conocida. Por lo tanto, la reclamante ya tenía un problema de pérdida sensorial auditiva o sordera en los dos oídos antes de los hechos objeto de reclamación. Resulta extraño, por otra parte, que no conste ninguna visita médica de la instante con motivo de la afectación del

oído por el lanzamiento del petardo de fecha anterior al 27 de julio de 2011, ya que en esta fecha ya había transcurrido más de un mes desde la producción del hecho lesivo. El informe mencionado añade que la paciente refería un empeoramiento de esta patología en el oído derecho después de la explosión del petardo con motivo de las fiestas de San Juan. Asimismo, el informe indica que, en la exploración practicada, se constató una otoscopia normal bilateral, y la resonancia magnética no evidenció lesiones significativas. Finalmente, hace referencia a una audiometría practicada el 6 de julio de 2011, que evidenciaba una caída neurosensorial bilateral de más del 90 % en el oído derecho y de más del 72 % en el izquierdo, y a una audiometría de fecha posterior (18 de noviembre de 2011), que confirma la pérdida neurosensorial bilateral más agudizada en el oído derecho (del 94 %), y del 86,3 % en el oído izquierdo según el gráfico de la audiometría.

B) Relación causal y criterio de esta Comisión.

Bajo el epígrafe de *«Relación de causalidad de los daños producidos con el funcionamiento público»*, la reclamante manifiesta que *«la relación de causalidad entre el daño producido y la función del servicio público del 'Ajuntament', está acreditada por el hecho de que el 'Ajuntament' [...] no tomó las precauciones debidas ante un espectáculo de riesgo como es la celebración de una verbena de San Joan en la Plaza [C], como demuestra el hecho de que fuimos varios los vecinos heridos por lanzamiento de petardos independientemente de que los mismos no fueran directamente lanzados por el 'Ajuntament', ya que éste organizó un festejo consistente en reparto de*

coca y cava en distintas mesas distribuidas por la plaza, con baile y orquesta incluida, para multitud de vecinos, sin adoptar las medidas de precaución y seguridad necesarias. Asimismo, manifestar que las medidas necesarias de aseguramiento del festejo, tales como poner vallas metálicas y establecer un cordón policial alrededor de la plaza, se realizaron inmediatamente después del accidente que sufrí, lo que explica que a partir de entonces no hubieran más vecinos accidentados».

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, la reclamante parte de la base que el daño sufrido se produjo con motivo de una actividad organizada por el Ayuntamiento o en la cual colaboró de manera activa, pero que no tomaron las precauciones necesarias. Además, deja entender que fueron varias las personas afectadas, con lo cual puede parecer que los afectados fueron un número indeterminado, lo cual no fue así, ya que en el expediente sólo hay constancia de tres personas afectadas: una, la reclamante; otra, precisamente la que se propone como testigo –amiga de la reclamante, con quien compartía mesa– y que, respecto de los petardos, dice que no revestían peligro; y, finalmente, una tercera persona que no tiene ningún protagonismo en el expediente. Sobre la actuación del Ayuntamiento, hay que resaltar que, en el expediente, no ha quedado acreditado que este organizara nada. En este sentido, los distintos informes ponen de manifiesto que no se trataba de ningún acto de la verbena organizada por el Ayuntamiento. Así, el informe de la Policía Local de fecha 19 de septiembre de 2011 pone de manifiesto que ninguna de las actividades de pirotecnia formaba parte de ninguna actividad organizada por el Ayuntamiento. Por otra parte, en el

informe emitido por el Área de Calidad de Vida del Ayuntamiento se informa, asimismo, de que tampoco consta la tramitación de ningún expediente administrativo relativo a la colaboración con el bar mencionado para organizar la verbena de San Juan. También queda acreditado que estas actividades de pirotecnia tampoco fueron organizadas por ninguna de las entidades culturales y asociaciones del municipio, como son: J, O, H, I, L, N, P y G, las cuales en sus alegaciones ponen de manifiesto que no participaron en ningún acto de la verbena en que hubiera material pirotécnico. Con la finalidad de hacer responsable el Ayuntamiento, la reclamante aporta unos trípticos que contienen la información sobre la fiesta mayor del barrio D del año 2011, que coincidía con la celebración de la verbena de San Juan (se celebró de los días 22 a 24 de junio de 2011), en que se hace constar que el día 23 de junio diversas entidades culturales (la mayoría ya citadas) organizaron las fiestas con el Ayuntamiento en la verbena en la plaza C con la orquesta Q. Pero, en esta información, en ningún sitio se dice que se realizara ninguna actividad pirotécnica organizada en la plaza.

El informe de la Policía menciona que varias personas adultas y menores lanzaron petardos en la plaza y que no se pudo identificar el autor del lanzamiento del petardo que ocasionó las heridas. Hay que añadir el énfasis especial que la reclamante hace con vistas a la existencia de un contrato suscrito por el Ayuntamiento con la empresa del bar citado para organizar la verbena, lo cual hace, como ya se ha dicho, con la finalidad de responsabilizar al Ayuntamiento de los daños. Según se desprende del expediente, lo único que había era la concesión de una autorización para ocupar la vía

pública con mesas y sillas durante la temporada veraniega de 2011, autorización que no tiene nada que ver con el lanzamiento de petardos.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de examinar supuestos similares a lo que ahora se examina y, en este sentido y por esta razón, se recoge la doctrina de la Sentencia de 4 de mayo de 1998, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo. En el caso de la Sentencia objeto de recurso se dijo que «considera que la causa determinante del perjuicio sufrido por la hija del recurrente fue realmente la acción de un tercero sin que pueda imputarse responsabilidad alguna a la Administración demandada al no existir relación de causalidad entre el funcionamiento de ésta y el resultado dañoso ya que aquélla no organizó festejo pirotécnico alguno, no ha habido inobservancia o dejación de las medidas de policía o de seguridad exigibles ni infracción de la normativa sobre fabricación, utilización o venta de artificios pirotécnicos [...] y por consiguiente declara que al no existir relación de causalidad entre el actuar de la Administración y el resultado lesivo producido no procede declarar la responsabilidad patrimonial de aquélla [...].

Sin embargo, el que dicha Administración tuviese indiscutiblemente competencias sobre las indicadas materias [se está refiriendo a materiales para fuegos artificiales] y en los expresados sectores no la hace, sin más, responsable de la lesión sufrida por la hija del recurrente y de todas las consecuencias derivadas de ésta, pues no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogido por los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente Ley de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la concurrencia del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la Sala de instancia, no puede apreciarse por cuanto ni estamos ante un espectáculo pirotécnico organizado por el Ayuntamiento ni está acreditado que el petardo lanzado por persona desconocida [...].»

La sentencia sigue diciendo que «La socialización de los riesgos, que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuanto actúa en defensa de los intereses generales lesionando para ello intereses particulares, no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir los daños producidos por terceros por más que su actividad hubiese acaecido durante las fechas en que se celebran unas fiestas locales fomentadas por la propia Administración, ya que, cuando así procedió, no existía el riesgo después generado por hechos y circunstancias en los que no se ha acreditado que la misma tuviese participación alguna directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente. La asunción por la Administración de competencias en la organización de los festejos no la convierte en responsable de todos los actos que durante los mismos acaezcan, pues no cabe considerar que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas convertida 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 en nuestro ordenamiento jurídico».

Estas consideraciones son de aplicación al supuesto sobre el cual se dictamina, en el cual tampoco hay nexo causal. En efecto, no es posible sostener la existencia de nexo de causalidad sobre la base del funcionamiento de la Administración, ya que ciertamente había una verbena pero sin ningún espectáculo pirotécnico, según ha quedado probado en el expediente; cosa diferente es que una serie de entidades participaran en la organización con el apoyo del Ayuntamiento, sin embargo, hay que insistir, sin ninguna actuación pirotécnica. Por lo tanto, no parece que esta verbena requiriera una vigilancia especial; a pesar de todo, en la previsión *ex ante se* habían previsto los efectivos de la ambulancia

del SEM. Y, respecto de la actuación *ex post* de la policía colocando un cordón policial, no cambia la naturaleza de las cosas ni significa la enmienda de una deficiencia inicial de la vigilancia policial, como pretende la reclamante. En resumidas cuentas, no se puede apreciar ningún incumplimiento o dejadez de las medidas de policía. Finalmente, y como circunstancia determinante, se tiene que advertir y resaltar que está ante la actuación de un tercero, lo cual hace imposible que se pueda imputar a la Administración la responsabilidad de los daños reclamados, al no existir relación causal entre el funcionamiento de la Administración y el daño producido. Así, pues, no puede haber declaración de responsabilidad patrimonial.

CONCLUSIÓN

Es procedente desestimar la reclamación formulada por la Sra. A ante el Ayuntamiento B por los daños y perjuicios derivados de la explosión de un cohete en un espacio público en el transcurso de la verbena de San Juan.

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE CATALUÑA

Dictamen 146/2015

Sobre la reclamación de indemnización de unos padres por los daños y perjuicios sufridos por su hija menor, en el transcurso de la celebración de un correfoc, de 14 de mayo.

ANTECEDENTES

1. El 30 de julio de 2014, el Sr. A y la Sra. B presentaron ante el Ayuntamiento C una reclamación de 171.493,72 euros por los daños y perjuicios sufridos por su hija, de 9 años, en el transcurso de la celebración de un *correfoc*, el 12 de noviembre de 2010, con motivo de la fiesta mayor. Junto con el escrito, y entre otros documentos, aportaron un informe pericial de valoración de los daños.

2. Fundamentan la reclamación en que consideran que los daños sufridos por su hija, cuando le estalló un petardo en la cara que le ocasionó la total pérdida de visión de un ojo son consecuencia de no haber adoptado el Ayuntamiento, como organizador del acto, las medidas y las precauciones necesarias para evitar posibles daños, y de una manipulación incorrecta del petardo por parte de la entidad a quien se encargó la celebración del *correfoc*.

3. Se han incorporado al expediente las diligencias previas 998/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº. 2 de Igualada, que finalizaron por el Auto de

sobreseimiento de las actuaciones, de 24 de agosto de 2013, confirmado por el mismo Juzgado el 23 de octubre de 2013. Consta que, por Auto de 13 de enero de 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó aquel sobreseimiento, rollo 735/2013, por falta de la debida justificación del delito o falta de lesiones por imprudencia.

[...]

9. A través del Decreto de alcaldía nº. 21/2015, de 12 de febrero, se propuso declarar la inadmisión de la reclamación por extemporánea, y de manera subsidiaria desestimarla, por falta de nexo causal, dado que se adoptaron correctamente las medidas de seguridad necesarias para asegurar la integridad de las personas participantes en la actuación.

[...]

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Se somete a dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora la reclamación instada por el Sr. A y la Sra. B, en nombre de su hija menor, de nueve años, en relación con los daños y

perjuicios que ésta sufrió con ocasión de un *correfoc* que se llevaba a cabo en C el día 12 de noviembre de 2010, en el marco de la fiesta mayor del pueblo. Se manifiesta que le estalló un cohete/petardo y que, como consecuencia de este hecho, ha perdido la visión de uno de los ojos. Se considera que el Ayuntamiento de esta población no evitó la producción de los daños y que la entidad que se encargaba de la celebración del *correfoc* manipuló incorrectamente el elemento pirotécnico. Los daños sufridos se cuantifican económicamente en 171.493,72 euros.

[...]

IV. Previamente al examen de si concurren los requisitos materiales acabados de pronunciar, es necesario comprobar si se cumplen las condiciones de carácter formal que permitan entrar a valorar el fondo del asunto planteado y también si se ha seguido el procedimiento que prevé el Reglamento que resulta de aplicación (Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que regula los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP)).

[...]

En cuanto a los aspectos temporales, hay que estar a lo que dispone el artículo 142.5 de la LRJPAC. En el presente caso, de acuerdo con la información incorporada al expediente, se constata que la reclamación se presentó el 30 de julio de 2014. Aunque todo podría indicar, en principio, que habría sido presentada extemporáneamente, tal y como preconiza la Administración local de acuerdo con los datos de que el

correfoc se realizó el 12 de noviembre de 2010 y que las secuelas del daño por el que se reclama se establecieron definitivamente el 20 de septiembre de 2012. Según se desprende del análisis de la documentación a la que ha tenido acceso este órgano consultivo cabe entender que la reclamación ha sido presentada dentro de plazo. A esta conclusión se llega cuando se tienen presentes los siguientes elementos: Se abrieron diligencias previas para averiguar si existía responsabilidad penal y las actuaciones finalizaron el 13 de enero de 2014. Tal como determina la Administración local, es cierto que no se imputó formalmente al Ayuntamiento en aquella actuación penal, ni tampoco a sus empleados o autoridades, pero no se puede obviar la evidente conexión y vinculación entre los hechos penales (que son los mismos) y los que ahora se reproducen en la reclamación en vía administrativa. Las diligencias penales se dirigieron contra el representante legal de la entidad D, de E, con la cual el Ayuntamiento había contratado la realización del *correfoc*. Pero la Comisión constata también que, en el proceso, compareció la compañía con la que el Ayuntamiento tenía contratada una póliza de seguro de responsabilidad patrimonial (F). Además, un concejal del Ayuntamiento declaró en nombre del consistorio, precisamente a aquél que había firmado el contrato con la entidad para llevar a cabo el mencionado *correfoc*. Procede entender, por lo tanto, que la acción no ha prescrito. Justamente las diligencias previas penales finalizaron con un Auto de la Audiencia Provincial de 23 de diciembre de 2011. La reclamación sobre la cual ahora se dictamina se presentó el 23 de julio de 2012. Este órgano consultivo, de acuerdo con el artículo 121-11.a) del

Código Civil de Cataluña, y de acuerdo también con la jurisprudencia y con doctrina del todo consolidada, que la existencia del proceso penal produce la interrupción del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad (entre otros, dictámenes 80/2012, 200/2013, 96/2014, 209/2014 y 341/2014).

[...]

V. La reclamación.

Hay que decir que los argumentos de la parte interesada, en los que fundamenta la acción de responsabilidad, se localizan básicamente en el escrito presentado el 30 de julio de 2014.

Los padres hacen saber que su hija se lesionó el 12 de noviembre de 2010, durante la celebración del *correfoc* de la fiesta mayor de C, actividad que había sido contratada por el Ayuntamiento a la compañía denominada D. Declaran que le explotó un petardo en los ojos y que a pesar de la asistencia médica recibida en urgencias y el tratamiento e intervenciones posteriores, la chica ha perdido totalmente la visión por causa de la quemadura del globo ocular.

Los instantes dirigen la reclamación a la Administración local y subraya que *«a pesar de tratarse de una actividad peligrosa, como es la consistente en un correfoc con abundante pirotecnia, el Ayuntamiento, que era organizador del mismo, no adoptó todas las medidas y precauciones necesarias para evitar posibles y previsibles eventos lesivos o dañosos, como lo evidencia que un petardo impactó contra [...], siendo indudable el deber de la Corporación de velar por la seguridad del numeroso público existente en este tipo de actos»*

(pág. 4 expediente). Alegan, tal como lo han hecho en la vía penal, un incumplimiento de la normativa de seguridad, concretamente, de aspectos contenidos dentro de la norma en aquel momento vigente: Decreto 252/1999, de 31 de agosto, por el que se regulan las actuaciones de los grupos de fuego en las celebraciones populares y tradicionales. Apuntan que, a su entender, no se respetaron los siguientes aspectos: ni el artículo 3 del Decreto, sobre la adopción de acuerdo, por parte del Ayuntamiento, sobre la celebración de *correfocs* en zona urbana y medidas de seguridad adoptadas, licencia, informes de servicio de prevención y extinción de incendios, medios personales y materiales, ni las indicaciones recibidas por la entidad encargada de la pirotecnia (pág. 269 expediente penal).

Afirma también en la reclamación, en relación con el lugar donde estaba ubicada la menor cuando se lesionó, que *«se encontraba situada en zona permitida para presenciar el correfoc, sin que existiesen vallas o protecciones que impidiesen que estuviera en aquel lugar»*. Consideran que un dato especialmente significativo del mal funcionamiento es que uno de los cohetes impactó contra la chica. Por eso entienden que la compañía pirotécnica también es responsable en parte, porque era *«la primera obligada en advertir del peligro y observar la diligencia debida en la manipulación y lanzamientos de los fuegos de artificio, máxime cuando en la quema de fuegos artificiales siempre es previsible, por su peligrosidad, la posibilidad de accidente, siendo éste evitable, adoptando cuantas medidas extremas sean necesarias para que esto no*

ocurra» (pág. 4 expediente). Afirman que en el presente supuesto concurrieron dos causas, por una parte el lanzamiento incorrecto del cohete, o el defecto en la manipulación de éste, y por otra, la falta de adopción de las medidas de seguridad necesarias.

Con el fin de acreditar la realidad de los daños sufridos y determinar la cuantificación, los reclamantes presentan documentación diversa: documentos que provienen del procedimiento penal (como son la copia del contrato de realización del *correfoc* y una copia de declaraciones de testigos); la historia clínica de la menor, e informes sobre la evolución, el tratamiento y las secuelas, así como la factura de los gastos médicos. Adicionalmente, un informe emitido el 4 de julio de 2014 por un profesor de universidad, titular de medicina legal y especialista en medicina legal y forense. Entre otros aspectos, en el referido informe se motiva que la cuantificación tiene que incluir los días de ingreso hospitalario, los días improductivos y los no improductivos, las secuelas anatómicas o funcionales (perjuicio fisiológico); un trastorno depresivo reactivo; secuelas estéticas, dada la edad de la menor, y también, por último, una incapacidad permanente parcial para las actividades habituales (actividades deportivas y de ocio) y para la conducción futura de coches y motos. Como se ha dicho, se reclaman, en total, 171.493,72 euros.

VI. La posición de la Administración.

Como ya se ha adelantado, la propuesta de la Administración sometida al análisis de esta Comisión interpreta que la reclamación no puede prosperar. Entiende, por una parte, que se ha

producido su prescripción y que, al ser extemporánea, cabe declarar su inadmisión. Subsidiariamente, la propuesta preconiza que se desestime la reclamación, por falta de acreditación del nexo causal entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público.

Pues bien, el aspecto relativo a la prescripción ya ha sido objeto de pronunciamiento en el fundamento IV.

Y, con respecto a la falta de nexo causal, el Ayuntamiento declara que las medidas de seguridad se adoptaron adecuadamente con el fin de asegurar la integridad de las personas participantes en la actuación. Se manifiesta también que, en cualquier caso, el nexo causal resultaría roto por la asunción voluntaria del riesgo por parte de la persona perjudicada o de las personas que eran responsables. A su parecer, el riesgo era conocido y aceptado por todos aquéllos que acudieron al *correfoc*, y en este caso por quien cuidaba de la menor, ya que iba acompañada por un vecino adulto. Reproduce literalmente una parte del Auto dictado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona donde se dice, refiriéndose al Decreto 252/1999, de 31 de agosto, que *«el peligro de que personas o bienes sufran quemaduras queda bien patente en este texto legal, que, asumiéndolos, intenta minimizarlos. No obstante, en el caso dado, no se produjo una quemadura debida a las chispas de los petardos o cohetes, sino que, al parecer, un objeto pirotécnico explotó en la cara de la niña, sin que haya sido posible determinar por qué motivo no se quemó la pólvora previamente, sin estallar; o si fuera un cohete, por qué no se elevó»*.

En este auto se manifiesta, asimismo, que no ha sido posible identificar a la persona que manipulaba este objeto. Y,

por otra parte, quien emite el pronunciamiento recuerda también que la ausencia de vallas protectoras en aquel lugar no es algo relevante, dado que la actuación en cuestión está «concebida para que los asistentes que lo deseen se unan a los diables, de forma que la distancia de seis o siete metros del diable más próximo a la que se encontraba la menor cuando fue alcanzada, según el adulto que estaba a su cargo, no parece escasa, y tampoco una valla separadora está prevista para proteger este riesgo» (pág. 119). Esta afirmación emitida en el ámbito penal conduce a la Administración a entender, en su propuesta, que «no se incumplía la normativa que era de aplicación a estas actuaciones porque una valla separadora no está prevista para proteger de aquel riesgo» (pág. 112). El Ayuntamiento también subraya, especialmente, cuál era el contenido del programa de fiestas del Ayuntamiento que anunciaba la celebración de aquel *correfoc*, y los diferentes consejos que se daban. Entre ellos se decía que «hay que protegerse correctamente para asistir al *correfoc*, llevar sombrero, gorra o pañuelo, manga larga, pantalones largos, calcetines y calzado cómodo bien cerrado y pañuelo para la boca. Se recomienda ropa de algodón y se desaconsejan totalmente los tejidos sintéticos» (pág. 113). La Administración, reconoce, finalmente, que está claro que se produjeron los daños, pero resalta que el Ayuntamiento actuó adecuadamente y que hay algunos aspectos que no acaban de quedar claros por falta de testigos directos de cómo sucedieron los hechos. Por esa razón considera que no está clara la relación de causalidad entre el daño causado y la actuación de la Administración, y que, en cualquier caso, quedaría rota por la

asunción voluntaria de un riesgo conocido y aceptado libremente y espontáneamente por las personas que acudían al *correfoc*.

Por último, con respecto a la eventual responsabilidad de la asociación contratada para efectuar el *correfoc*, el Ayuntamiento también considera que no sería procedente en este caso, porque no se ha podido determinar suficientemente que el artefacto pirotécnico estuviera en mal estado, o que hubiera una impericia por parte de la persona que lo manipuló y lanzó.

VII. El pronunciamiento de la Comisión

a) Los *correfocs* son espectáculos pirotécnicos que habitualmente forman parte de las fiestas populares que se celebran en Cataluña, el País Valencià, las Islas Baleares y la Cataluña Nord. Por parte de la Generalidad de Cataluña han sido objeto, entre otros, de la Resolución del Departamento de Cultura y Medios de Comunicación CMC/3659/2010, de 3 de noviembre, de reconocimiento del carácter religioso, cultural o tradicional de las manifestaciones festivas con uso de artificios de pirotecnia que se celebran en Cataluña, publicada en el DOGC de 19 de noviembre de 2010. En esta Resolución se define el *correfoc* como «la manifestación festiva con uso de pirotecnia realizada por un grupo de fuego que ejecuta actividades con armazones zoomórficas, portadas por una o diversas personas, desde las cuales se disparan productos pirotécnicos, o para actuantes a pie que individualmente utilizan productos pirotécnicos, desarrollada en la vía pública, en un espacio o recorrido

determinado, y autorizada de acuerdo con lo establecido por la normativa vigente». Y se determina también, de manera expresa, que la participación de los menores de edad es permitida en esta manifestación festiva.

Todo indica que quien organiza el *correfoc* debe garantizar que éste se desarrollará con ciertas garantías. Paralelamente, tanto los vecinos del trayecto por donde ha de transcurrir el *correfoc*, como las personas espectadoras, como las que siguen el acto desde un lugar interior deben tener especial cuidado, porque su desarrollo, más allá del carácter festivo, comporta ciertos riesgos. Por esta razón es frecuente que las Administraciones reiteren los consejos que deben seguir (como se ve, por ejemplo, en las recomendaciones de la Administración de la Generalidad al respecto en su web: <<http://www.gencat.cat/revetlles/cat/correfocs.htm>>).

b) Del análisis del expediente que le ha sido enviado, este órgano consultivo constata que ha quedado adecuadamente probado que a la hija menor de quienes reclaman, mientras asistía al *correfoc* organizado para la fiesta mayor de C, le estalló un cohete o petardo en la cara. La documentación también acredita que le ha comportado la pérdida total de la visión de un ojo. La Comisión entiende que cabe calificar estos daños como reales, efectivos y evaluables económicamente, en el mismo sentido exigido por el artículo 139 de la LRJPAC y el artículo 81 de la Ley 26/2010. Pero es sabido que la existencia de un daño no comporta, automáticamente, como ha reiterado este mismo órgano consultivo, que se tenga que declarar la responsabilidad de

la Administración. Procede que esta Comisión se pronuncie, por lo tanto, sobre los otros elementos que necesariamente tienen que concurrir.

Pues bien, dada la documentación de que se dispone, tanto la que proviene del procedimiento penal previo, incorporada al expediente y facilitada por los reclamantes, como la explicación y los datos con que la Administración fundamenta sus informes, la Comisión emite pronunciamiento en el sentido de que la reclamación debe prosperar. La confluencia de los siguientes elementos conducen a forjar este pronunciamiento: Por una parte, la fiesta que preveía esta manifestación festiva del *correfoc* fue organizada por el Ayuntamiento contra el cual se reclama, quien contrató su realización con la referida entidad pirotécnica. Hay que entender, pues, que la celebración del *correfoc* se enmarca dentro de lo que hay que interpretar que es un funcionamiento de los servicios públicos en el ámbito de la legislación reguladora de la responsabilidad patrimonial.

Por otra, la entidad contratada para la celebración del *correfoc* envió al Ayuntamiento una lista de las precauciones que tenían que adoptar los que participaran, contenidas en un anexo al contrato (pág. 6 y sig. del expediente), donde se dice que los participantes, entre otras medidas como llevar ropa de algodón, y con mangas, tienen que protegerse también los ojos. Aunque este último aspecto no constaba entre los consejos que el Ayuntamiento proporcionaba para el *correfoc* en el programa de fiestas (pág. 54 bis del expediente), todo indica que la chica, como espectadora, tal como se ha dicho, se encontraba a una distancia prudencial

del *correfoc*, ya que asistía pero no participaba directamente. Estaba ubicada en un lugar de los previstos a este efecto, e iba adecuadamente preparada, de acuerdo con lo que se había publicitado. Tal como consta en el Auto de 24 de agosto de 2013 «*llevaba sombrero, chaquetón con capucha y Buff*». En este mismo sentido se hace constar, por parte del concejal municipal, en la declaración judicial, quien declara que la niña «*iba completamente protegida y no recuerda si llevaba gafas*» (pág. 10. expediente responsabilidad patrimonial).

Además, el arquitecto municipal, en el único informe municipal que consta en el expediente en relación con el accidente ocurrido (informe de 17 de junio de 2011), emitido en sede judicial, afirma que durante el transcurso del *correfoc* se produjo una incidencia fortuita consistente en el estallido adelantado de un petardo a causa de su previsible mal estado, y que esta explosión ocasionó el impacto de fragmentos de artefacto a uno de los espectadores del espectáculo y le produjo lesiones en un ojo. Declara, asimismo, que «*el incidente referido se produjo dentro del horario establecido según la cláusula primera del contrato de realización del correfoc y en el punto de más anchura de todo el itinerario de la actuación*» (pág. 105-107). Aunque no se haya podido probar la forma exacta cómo sucedió el accidente (si fue un petardo de los que llevaban los *diablos* o uno de los que se elevaban, o si el problema se originó por causa de su mal estado o por causa de una manipulación inadecuada o impropcedente del artefacto) el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona determina que «*[...] un objeto*

pirotécnico explotó en la cara de la niña, sin que haya sido posible determinar por qué motivo no se quemó la pólvora previamente, sin estallar, o si fuera un cohete, por qué no se elevó». Según declaración de un concejal del Ayuntamiento (pág. 250 del expediente de diligencias penales y pág. 11 del expediente de responsabilidad patrimonial) el petardo se «*incendió de una manera anómala, porque se encendió y explotó, porque lo normal es que se encienda la mecha, quema y echa chispas arriba y después explota arriba, en este caso el petardo se encendió y explotó; el declarante no fue testimonio visual pero sí le rebotó*».

La Comisión, a la luz de la información referida, considera que es relevante el hecho de que un petardo o cohete haya estallado, como estas declaraciones manifiestan, antes de lo debido y a la altura de una niña de 9 años. Demuestra que estaba en mal estado o bien que se manipuló incorrectamente. Tampoco hay nada en el expediente que denote que la actuación de la menor fuera inadecuada, o que el adulto que lo acompañaba actuara de manera negligente. Por otra parte, coincidiendo con la opinión expresada por el Auto dictado por la Sección Séptima del Audiencia Provincial de Barcelona, también participa de la opinión que con el *correfoc* existe peligro de sufrir quemaduras por las chispas de petardos o cohetes, pero entiende que, particularmente, en este caso, el daño sufrido fue desproporcionado, como consecuencia de una situación inusual en el desarrollo normal de estas celebraciones. Se observa, por lo tanto, una sustancial diferencia de magnitud, porque el objeto pirotécnico explotó en la cara de la niña, sin que haya que

entender, por lo tanto, que este daño constituye un riesgo que deba ser asumido necesariamente por ésta.

Sobre la base de la fundamentación acabada de expresar, la Comisión concluye que el daño por el que se reclama, además de la concurrencia de los elementos mencionados previamente, es un daño de carácter antijurídico, que se conecta casualmente con la Administración a la que se reclama, en tanto que organizadora del acontecimiento. En sentido similar al de los dictámenes 66/2000, 488/2000 y 119/2002, cabe dictaminar que *«aunque los hechos dañinos hayan sido accidentales, como en este caso, no se pueden considerar externos a la actividad organizada por el municipio, que es el que debe responder objetivamente»*. Esta opinión es compartida también en los dictámenes 861/1999 y 441/2001, también en el ámbito de daños físicos sufridos con motivo de espectáculos piromusicales y *correfocs*. En el Dictamen 37/2001, esta Comisión se pronunciaba afirmando que era indiferente si se produjo alguna irregularidad en el desarrollo del *correfoc*. En aquel caso tampoco se podía acreditar la concurrencia de alguna acción del lesionado que interfiriera en la causación del daño: *«De todo eso [en un supuesto de quemaduras recibidas en la espalda y un brazo] se deduce la existencia incontrovertible de un nexo causal.»* Cabe, pues, estimar la reclamación, sin perjuicio de que, si procede, el Ayuntamiento pueda ejercer la vía de regreso ante la asociación adjudicataria del contrato de celebración del *correfoc*.

c) Hay que pronunciarse, a continuación, sobre la cuantificación. La Comisión considera especialmente relevante, a este efecto, y en primer lugar, el informe médico-forense emitido en las diligencias previas de carácter penal, que evaluó en 170 días los necesarios para la curación o estabilización. De éstos, 12 son de hospitalización (66 euros/día); 90, de carácter impeditivo (53,66 euros/día), y 68, de carácter no impeditivo (28,88 euros/día). La suma de éste importes es de 7.585,24 euros (792 + 4.829,4 + 1.963,84, respectivamente). Con respecto a la secuela por pérdida total de la visión en el ojo izquierdo, dado lo que prescribe el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, tiene que valorarse en 30 puntos, de manera que, de acuerdo con lo que disponen los baremos correspondientes al año 2010, y aplicando una cuantía de 1.554,46 euros por punto, suma una cantidad de 46.633,80 euros.

Así, los dos aspectos cuantificados y acabados de referir totalizan 54.219,04 euros. Si atendemos a la fecha en que se emitió el informe médico-forense previamente aludido, haría falta que la Administración adicionara a la cuantía referida los importes correspondientes a los días de baja, si hubo, vinculados con las intervenciones practicadas posteriormente a la menor, según se desprende de las facturas de 3 de noviembre de 2011 (pág. 56), 12 de marzo de 2012 (pág. 58) y 15 de febrero de 2013 (pág. 60 del expediente). Al no poder disponer actualmente este órgano consultivo de los datos necesarios para esta cuantificación, es necesario que la Administración las requiera a los instantes. Con respecto a las otras partidas que se solicitan, la Comisión

entiende que no se encuentran acreditadas suficientemente en el expediente y que, por lo tanto, para una eventual adición a los importes ya referidos, haría falta que las reclamantes las aportaran y acreditaran adecuadamente a la Administración.

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de indemnización instada

por el Sr. A y la Sra. B ante el Ayuntamiento C por los daños y perjuicios sufridos por una hija, menor de edad, en el transcurso de la celebración de un *correfoc* con motivo de la fiesta mayor. Para la cuantificación definitiva de la reclamación hay que estar a lo que se dispone en el último fundamento jurídico, sin perjuicio de su actualización y de los intereses de demora que se puedan devengar.

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Dictamen 540/2013

Sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, por la muerte del padre de las hijas de la reclamante provocada por la embestida de una vaquilla, de 24 de julio de 2013.

ANTECEDENTES DE HECHO

[...]

Del expediente remitido se desprenden los siguientes antecedentes fácticos:

1.- El 24 de julio de 2012 doña Esperanza, en representación de las menores Sheila e Inés, presentó escrito de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en el registro general del Ayuntamiento de DDD, dirigido a este organismo, manifestando lo siguiente:

- Primero: Daños producidos: descripción y circunstancias de tiempo y lugar de la vía en la que se produjeron los daños:

- El día 6 de agosto de 2011, sobre las 20:40 horas, se encontraba don Hipólito en la pedanía de HHH, concretamente en la calle del Olmo a la altura del Bar Café.

- Que los días 6, 7 y 8 de agosto 2011 se celebró en Benamahoma espectáculos taurinos populares, consistentes en la suelta de vaquillas por las calles Ciprés y del Olmo, siendo el horario de dicha celebración a partir de las 19,30 horas.

- Que el fallecido se encontraba en el bar sito en la mencionada calle del Olmo

denominado Bar Café, el cual se encontraba abierto al público aún y cuando se ubica dentro del recorrido designado para la suelta de vaquillas en el Bando Municipal de fecha 18 de julio de 2011.

- Que en un momento determinado, el padre de mis hijos, don Hipólito, salió del bar y fue alcanzado por una de las vaquillas produciéndole lesiones que le provocaron su muerte.

- Que el hecho de que el Bar Café se encontrara abierto al público en el horario del espectáculo taurino de suelta de reses, podría vulnerar la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía, desarrollado por el Reglamento de Festejos Taurinos Populares aprobado por el Decreto 62/2003, de 11 de marzo.

- Segundo.- Relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público.

- El daño causado es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y merece ser considerado causa del daño ya que es en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia común, por cuanto tiene una especial aptitud para producir el efecto lesivo: constituye en este supuesto, la causa eficiente y

próxima (causalidad adecuada), de modo que puede decirse que la actividad tomada en consideración es la determinante del daño.

- La Administración está obligada a que se cumplan todas y cada una de las medidas de seguridad en un evento como es la suelta de vaquillas por las calles del municipio al igual que se ha de llevar un cumplimiento escrupuloso de la normativa que regula esta clase de espectáculos, cosa que entiendo el Ayuntamiento al que tengo el honor de dirigirme no llevó a cabo.

- Tercero: Evaluación económica de la responsabilidad patrimonial.

- Para la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial se tendrá en cuenta la Resolución de 20 de enero de 2011, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2011 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Asimismo, con su escrito presentó los medios de prueba de que pretendía valerse.

[...]

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

[...]

IV

Realizadas las consideraciones que preceden ha de afirmarse que la reclamante ha sufrido un daño efectivo, individualizado, económicamente evaluable y anti-jurídico.

Además, resulta igualmente incontestable la concurrencia del requisito de la imputabilidad, puesto que el daño acontece durante la celebración de una fiesta popular organizada por el Ayuntamiento. A este respecto, hay que recordar que el artículo 92.2, párrafos i) y l), del Estatuto de Autonomía para Andalucía, señala como competencias propias de los Ayuntamientos «*la regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los lugares de concurrencia pública*» y «*promoción de la cultura, así como planificación y gestión de actividades culturales*»; competencias éstas atribuidas igualmente por el artículo 25.2.a) y m), de la Ley 7/1985, los cuales establecen que al Municipio le corresponde, en todo caso la «*seguridad en lugares públicos*» y «*actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo*». Igualmente el artículo 9.14 y 17 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía establece como competencias propias de los municipios la «*ordenación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los lugares de concurrencia pública*» y la «*planificación y gestión de actividades culturales y promoción de la cultura*», que incluye «*la organización y promoción de todo tipo de actividades culturales y el fomento de la creación y la producción artística, así como las industrias culturales*».

Finalmente, por lo que se refiere a la relación de causalidad entre el funciona-

miento del servicio y el daño, tal y como se adelanta en el fundamento jurídico II de este dictamen, la regla general en la materia es que corresponde su prueba a la interesada (arts. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6.1 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial), siendo de cargo de la Administración la prueba de los hechos obstativos a la existencia de responsabilidad (art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el supuesto sometido a dictamen, la reclamante alega que *«el fallecido se encontraba en el bar sito en la mencionada calle del Olmo denominado Bar Café, el cual se encontraba abierto al público aún y cuando se ubica dentro del recorrido designado para la suelta de vaquillas en el Bando Municipal de fecha 18 de julio de 2011. Que en un momento determinado, el padre de mis hijos, don Hipólito, salió del bar y fue alcanzado por una de las vaquillas produciéndole lesiones que le provocaron su muerte»*. En consecuencia, entiende que no se adoptaron las medidas de seguridad exigibles en este tipo de eventos, lo que provocó la muerte del padre de sus hijos.

Por el contrario, las pruebas practicadas han de llevar a este Consejo a la conclusión contraria, pues ha quedado demostrado en el expediente que se adoptaron todas las medidas de seguridad exigibles y que el fallecido estaba participando en la suelta de vaquillas.

En efecto, consta informe de la Policía Local en el que se hace constar que *«en el Ayuntamiento pedáneo se persona un grupo de personas que dicen ser amigos del ya difunto para interesarse por lo sucedido, encontrándose entre ellos,*

JC.C.S., que manifestó encontrarse junto al fallecido en el momento de los hechos y, que según él, una de las vaquillas que se corría en aquel momento dio un refregón al citado y cayó al suelo, levantándose sin daños aparentes y entrando en un bar cercano donde, de repente, se desplomó cayendo al suelo, siendo trasladado por miembros de la organización en una camilla hasta el lugar que digo en el encabezamiento para ser atendido».

Es evidente que el fallecido participaba en la suelta y que fue después de la cogida cuando entró en el bar, y no al contrario, como se indica en la reclamación.

Los numerosos testigos que han declarado en el expediente corroboran esta versión, señalando que el fallecido participaba en la suelta y que existía una barrera que separaba el bar en cuestión del recorrido. Además, confirman que fue atendido por los servicios médicos de forma inmediata.

De la descripción de hechos se desprende que el accidente se produjo como consecuencia de una actitud atribuible al reclamante, que decidió participar en el encierro, debiendo asumir los riesgos que ello representa.

En cuanto a este particular, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial existente (ej. STS 28 de noviembre de 1998), se exige, pese a la posible concurrencia de múltiples factores que pudieran interferir en el nexos causal, que la relación de causalidad sea directa e inmediata. Esto es, para determinar cuál de los factores concurrentes en cada supuesto sea causa del efecto lesivo deberá estarse a la que tenga el carácter de causa adecuada, entendida como aquélla de la que solamente podía derivarse el daño.

En el caso analizado, parece evidente que no es la actuación de los responsables de la organización de la suelta de vaquillas la que origina el accidente, sino la decisión de participar en dicha suelta – con asunción de los riesgos que ello conlleva–, que se erige en causa directa, inmediata y eficiente del mismo. Por consiguiente, este Consejo Consultivo no puede considerar que en el presente supuesto concurra el imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, ya que la intervención de la propia víctima es tan intensa que rompe el nexo causal. Y así lo ha debido de entender también la propia parte reclamante, que a la vista de las pruebas practicadas, no ha presentado alegaciones.

Por ello, procede la desestimación de la reclamación interpuesta, sin que sea necesario entrar a valorar la determinación de la cuantía indemnizatoria.

CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente la propuesta de acuerdo desestimatorio del procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de DDD, a instancia de doña Esperanza.

Es cuanto el Consejo Consultivo de Andalucía dictamina.

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Dictamen 582/2014

Sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por el fallecimiento de un niño al ser atropellado por una carroza en una cabalgata, de 9 de septiembre.

ANTECEDENTES DE HECHO

[...]

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

El dictamen solicitado a este Consejo Consultivo tiene por objeto el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración tramitado por el Ayuntamiento de BBB en respuesta a la reclamación presentada por don Manuel, quien actúa en su propio nombre y en el de su hija menor de edad, María Luisa. Solicita el reclamante indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de José Luis, hijo y hermano de los reclamantes, respectivamente, atropellado en la cabalgata de reyes del año 2013. También se solicita indemnización por la muerte de la esposa y madre de los reclamantes, doña Ana María, que consideran directamente relacionada con el accidente que causó la muerte del niño.

[...]

III

Sentado lo anterior, el examen del expediente debe comenzar señalando que la

reclamación ha sido formulada por quienes sin duda ostentan la condición de interesados, en los términos previstos en los artículos 31.1.a) y 139.1 de la Ley 30/1992. En efecto, como se adelantó, el reclamante, don Manuel, actúa en nombre propio y en el de su hija menor de edad, María Luisa, solicitando una indemnización por los daños derivados del fallecimiento de su hijo menor de edad, José Luis, y de la madre de éste (esposa y madre de los referidos reclamantes), doña Ana María. La relación familiar entre los reclamantes y los fallecidos queda acreditada en el expediente mediante incorporación al mismo de una copia del libro de familia. Asimismo, es claro que el reclamante ostenta la representación de su hija menor, siendo como es titular de la patria potestad (art. 162 del Código Civil).

Por otro lado, en paralelo con lo anterior, cabe afirmar que concurre el requisito de la imputabilidad, en limitado sentido que al mismo se le atribuye en el anterior fundamento jurídico, esto es, sin que prejuzgue la existencia de nexo causal, ni la de los demás requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración. A este respecto, el expediente acredita que la Cabalgata de Reyes es una actividad organizada por el Ayuntamiento de BBB y no se

pone en duda que la carroza denominada “La Estrella” fue construida por personal del Ayuntamiento y está adscrita a la Junta Municipal de Distrito “Azul”, como se reconoce en la propuesta de resolución sometida a dictamen.

[...]

IV

En lo que respecta a las características de los daños sufridos, cabe afirmar que son efectivos, individualizados, económicamente evaluables (art. 139.2 de la Ley 30/1992), pese a la dificultad que presenta la valoración del daño moral, sin que exista título jurídico que obligue a soporarlos (art. 141.1 de la misma Ley), por lo que la suerte de la pretensión indemnizatoria queda a expensas de la acreditación de la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público que presta el Ayuntamiento de BBB y los daños alegados.

La referida relación causal, como se deriva del fundamento jurídico segundo de este dictamen, ha de ser probada por los interesados (arts. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6.1 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial), siendo carga de la Administración la prueba de los hechos que la excluyen (art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin perjuicio del papel que le corresponde jugar en el esclarecimiento de los hechos, llevando a cabo los actos de instrucción que sean precisos para ello.

En el supuesto objeto de dictamen se alega en la reclamación un anormal funcionamiento del servicio público prestado por el Ayuntamiento de BBB al organizar la cabalgata de reyes del año 2013, señalando en este sentido una serie de

deficiencias en el vehículo y en la carroza que causó el accidente e incumplimientos de las medidas de seguridad establecidas, cuya concurrencia, según la parte reclamante, fue determinante para la producción del accidente mortal sufrido por el menor, José Luis.

A este respecto, considera el padre de la víctima que el Ayuntamiento no extremó las precauciones para prevenir accidentes en la organización de un evento con un alto índice de vulnerabilidad debido a la elevada presencia de público infantil, tal y como se recoge en el Plan de Emergencia elaborado al efecto y en las Normas para organización interna de la cabalgata de reyes magos 2013 elaboradas por el Área de Cultura del Ayuntamiento de BBB, documentos que constan en el expediente y a cuyo cumplimiento apela la parte reclamante.

Dichas alegaciones deben valorarse a la luz del Atestado realizado por la Policía Local, y de las distintas pruebas practicadas, incluyendo la testifical que se reproduce en toda su extensión en los antecedentes fácticos de este dictamen, así como de los informes emitidos, examinando si se acreditan las deficiencias e incumplimientos denunciados y deteniéndonos, en su caso, en la relevancia causal de los mismos, incluyendo no sólo los que se refieren a la seguridad de los espectadores de la Cabalgata de Reyes, sino también los relacionados con la carroza y el vehículo tractor.

En cuanto a los hechos acaecidos, puede afirmarse que no hay discrepancias sustanciales entre la versión de ambas partes, salvo en algún extremo de importancia como el número de voluntarios de seguridad que en el momento de accidente escoltaban a la carroza “La Estrella”. Sí

debe llamarse la atención sobre la dificultad para establecer con la mayor precisión las circunstancias concurrentes en la producción del accidente, que ocurrió de forma fortuita y extremadamente rápida. Ejemplo de lo que se dice son las contradicciones que en algunos puntos se observan en la declaración de los testigos que comparecen en el procedimiento, que ofrecen una visión parcial o particular de lo ocurrido y en la mayor parte de los casos no contemplaron el atropello del niño por la carroza, aunque sí relatan con detalle lo que sucedió después.

No obstante, atendiendo al amplio atestado efectuado por la Policía Local tras el accidente, que toma declaración a los testigos presenciales y reconstruye los hechos, puede establecerse un relato fiel de lo sucedido en los extremos más cruciales para dilucidar la pretendida responsabilidad patrimonial de la Administración.

Concretamente, del expediente se desprende que el menor accidentado, junto con otros dos niños, ocuparon el espacio entre el vehículo de tracción y la carroza denominada “La Estrella”, por su lado izquierdo (tomando como referencia el sentido de la marcha), previsiblemente para coger los caramelos que se arrojaban desde la carroza; en el momento del accidente la carroza estaba en movimiento, rodando a una velocidad similar a la que desarrolla una persona andando. Mientras que dos de los niños fueron apartados a tiempo por un miembro colaborador de seguridad que se encontraba en el ángulo frontal izquierdo de la carroza, el otro niño se situó con la cabeza y el cuerpo agachados, sin percatarse de que se acercaba la carroza; el miembro de seguridad no pudo apartar al niño a tiempo, sin poder asegurar si el menor

se introdujo debajo de la carroza por el hueco que dejaba el decorado en su parte central o se quedó quieto sin percatarse de que la carroza avanzaba hacia él. Al perder de vista al niño el vigilante dio la voz de alarma, gritando que se detuviera el vehículo, voz que secundaron algunos miembros de seguridad y del público. Detenida la carroza, y al observar al niño inconsciente en los bajos del remolque, un miembro de seguridad tiró el niño hacia fuera, siendo inmediatamente atendido por su padre y por un médico que estaba entre el público. También consta que se personó en el lugar del accidente el 061, que realizó maniobras de reanimación, sin que se pudiera hacer nada por salvar su vida.

La parte reclamante alega que ni la persona que conducía el vehículo estaba habilitada para hacerlo, ni el vehículo tractor llevaba el equipamiento necesario para arrastrar un remolque (espejos extendidos), ni la carroza había pasado inspección técnica alguna y carecía de sistema de frenado autónomo. Esta carroza, denominada “La Estrella”, no poseía permiso de circulación, sobrepasaba el peso estipulado para el sistema de enganche que llevaba y no disponía de estructura que cubriera la parte delantera y todo su perímetro, para impedir el acceso a los bajos del vehículo (este sistema de protección de los bajos ya aparece en las carrozas de la cabalgata de reyes de 2014).

En relación con estas alegaciones, el Ayuntamiento de BBB reconoce que la carroza en cuestión es de propiedad municipal, construida por funcionarios municipales, adscritos al Servicio de Mantenimiento de la Junta Municipal de Distrito nº 6, y que carece de sistema de frenado autónomo y de la correspondiente homo-

logación como remolque por parte de la Dirección General de Tráfico, tal y como figura en el informe técnico sobre el vehículo incorporado al expediente.

En lo que respecta al incumplimiento de las medidas de seguridad que la actora considera relevantes para el establecimiento de la responsabilidad municipal, el Ayuntamiento de BBB reconoce que no había vallas de protección en el lugar del accidente, pues ni en el Plan de Emergencia, ni en la Orden del Servicio 1/2013 de la Policía Local estaba prevista su colocación en ese tramo del recorrido; vallas que sí se colocaron en la Cabalgata de Reyes de 2014.

Antes de continuar con el análisis de los hechos, el Consejo Consultivo debe introducir dos precisiones. La primera relativa a la virtualidad que en este ámbito puede tener la infracción de normas por parte del agente causante del daño (o de la propia víctima) y la segunda sobre el significado que cabe atribuir a la modificación de medidas de seguridad a raíz de la producción de un accidente.

En cuanto a la primera cuestión, el Consejo Consultivo ha venido exponiendo que una conducta contraria a las normas, traducida en la infracción de determinadas exigencias o requisitos (aunque estén relacionados con la prevención de accidentes), no es por sí sola determinante de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como tampoco bastaría para excluirla cuando la contravención de normas sea imputable a la propia víctima. De otro modo se admitiría en la valoración del nexo causal una reminiscencia del “*versari in re illicita*”; principio que ha de ser excluido de antemano por ser ajeno al fundamento objetivo de la responsabilidad patrimonial de la

Administración, como en reiteradas ocasiones ha expresado este Consejo Consultivo (dictámenes 50/2002 y 552/2010, entre otros). Lo verdaderamente relevante es si la conducta –ilícita o no– tiene el necesario impacto causal.

En este contexto se explican las alegaciones del representante de Compañía de Seguros ABC, que, al referirse al reproche de la parte reclamante sobre la falta de homologación del vehículo en cuestión para remolcar la carroza, se pregunta retóricamente si acaso puede pensarse que dicha homologación hubiera evitado el accidente, cuando en realidad se trata de una posible infracción administrativa sin mayor transcendencia a los efectos del desgraciado accidente. En esta misma dirección, la propuesta de resolución considera que las infracciones alegadas por el reclamante en nada contribuyeron al desenlace, lo que se viene a aceptar en el auto de sobreseimiento de las diligencias previas 189/2013. Así lo cree también el Consejo Consultivo, aunque con la importante precisión que luego se hará en relación con la protección de la carroza.

Por otra parte, el hecho de que en la Cabalgata de Reyes siguiente sí se colocasen vallas en el lugar en que sucedieron los hechos no supone un implícito reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, por la omisión de un elemento de seguridad que luego se revela imprescindible, sino que puede obedecer, como se aduce en la propuesta de resolución, a la voluntad de extremar las precauciones, minimizando los riesgos en la medida de lo posible.

Expuesto lo anterior, y aunque la colocación de vallas en la siguiente cabalgata no signifique el automático reconoci-

miento de que se prescindió de un elemento destinado a mantener una separación entre el público y los vehículos, el Consejo Consultivo no puede compartir la tesis del Ayuntamiento sobre la inutilidad de tales vallas por el hecho de que a menudo son sorteadas por los espectadores y así puede constatarse en determinados puntos por los que pasó la Cabalgata de 2013. A este respecto se dice que en las fotografías 9 y 10 del reportaje fotográfico de las diligencias ampliatorias, a pesar de la existencia de estas vallas de seguridad, algunos niños consiguen colarse por debajo o incluso se sientan delante de ellas, pero ello no es sino un reflejo del anormal cumplimiento del dispositivo de seguridad. En este caso, el Ayuntamiento aduce que en la Orden de Servicio 1/2013 de la Policía Local no estaba contemplada la colocación de vallas en el lugar del trágico suceso, que sí aparece contemplada en cuatro puntos del recorrido. Sin embargo, la parte reclamante hace notar que en la página 8 del Plan de Emergencia aparece contemplado el “riesgo de atropellamiento”, aunque esta apreciación no motivó la adopción de la referida medida de seguridad u otras equivalentes ni en el Plan de Emergencia, ni en la referida Orden 1/2013.

Por otra parte, la Administración municipal no está de acuerdo con las manifestaciones del actor respecto al personal de seguridad que acompañaba la carroza en el momento del siniestro. La parte reclamante se basa en testimonios prestados por testigos que han declarado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, indicando que sólo observaron a un vigilante identificado como tal (a lo sumo dos) alrededor de la carroza. Algunos testigos resaltan que no había ninguno en el lado izquierdo de la carroza y que pudiera haber más personas encarga-

das de la seguridad, aunque no iban identificadas con chaleco o cualquier otra prenda que los distinguiera del público. Por su parte el Ayuntamiento sostiene que tales testimonios no tienen verosimilitud pues contradicen lo recogido en el atestado efectuado por la Policía Local, instruido de oficio para remisión al Juzgado de Instrucción de Guardia, fechado el 7 de enero de 2013, que consta incorporado al expediente.

En efecto, en dicho atestado, del que se efectúan diligencias ampliatorias a petición del Juzgado de Instrucción número 1 de BBB (fecha de remisión de 28 de enero de 2013), consta «diligencia de identificación del personal de servicio en la carroza implicada» (pág. 215 del expediente) donde se identifica con nombre, apellidos y DNI al personal asignado a seguridad, así como la concreta posición que ocupaban en el lateral de la carroza en el momento del accidente, resultando que había cinco colaboradores del servicio de seguridad en el lateral izquierdo, cuatro personas colaboradoras en el lateral derecho, una persona del servicio de protección civil en la parte trasera del lateral derecho y un policía local en la parte trasera del lateral derecho.

En este concreto extremo, al insistir en la insuficiencia del número de voluntarios de seguridad alrededor de la carroza en el momento del accidente, la parte reclamante pone en cuestión las declaraciones realizadas por los mismos –tal y como señala la propuesta de resolución– insinuando el interés que tenían en mantener que estaban en su puesto cuando realmente no estaban en él. Sin embargo, no es baladí señalar, como hace el Ayuntamiento, que la reconstrucción virtual núm. 1 que figura en el atestado policial

se realizó ciñéndose estrictamente a las declaraciones de los testigos que constan en el atestado policial, realizadas en su mayor parte inmediatamente después del accidente y en lugar de los hechos, a lo que añade que en las imágenes que aparecen en las fotografías 5 y 6 del reporte fotográfico de las diligencias ampliatorias del atestado, se puede apreciar, en los momentos iniciales de la Cabalgata, el número de voluntarios de seguridad que forman parte del dispositivo asignado a la carroza “La Estrella” y que van en los laterales de la carroza en cuestión; imágenes que se dicen obtenidas de “diferentes fuentes y agencias de audiovisuales encargadas de cubrir el evento”. Subrayando que en dichas fotografías se observa la posición que ocuparon cada uno de los voluntarios de seguridad portando petos amarillos al inicio de la Cabalgata, no le falta razón a la propuesta de resolución cuando señala que no resulta imaginable que a tan solo unos metros y a los treinta minutos de haber dado comienzo el desfile sólo uno ellos se mantuviera en la posición que le fue asignada.

En todo caso, ante la necesidad de salvar la contradicción que se aprecia entre las declaraciones de determinados testigos que han sido llamados al procedimiento de responsabilidad patrimonial y las que formularon los que fueron interrogados por los instructores de atestado, este Consejo considera que es crucial el testimonio que prestó el policía local que acompañaba a la carroza siniestrada, pues su testimonio se presume imparcial y concuerda con la investigación realizada en el lugar de los hechos, según se desprende del atestado realizado por el Grupo de Investigación de Accidentes y Atestados de la Policía Local de BBB.

Manifiesta dicho policía que estaba situado en el vértice trasero del lateral derecho, escoltando a la carroza, y que delante de él se encontraban cuatro personas con peto amarillo, una de ellas componente de Protección Civil. Añade que al ingresar la carroza en el Paseo del Parque se detuvo repentinamente, no observando nada anormal en el lado derecho; al girar la vista a la izquierda ve un revuelo de público y que el componente de protección civil, que estaba en el lateral izquierdo, abandona su puesto y se dirige a la parte delantera izquierda de la carroza; el declarante se dirige a dicho lugar y observa a la altura de la rueda delantera izquierda del remolque tres adultos arrodillados en el suelo y en medio de ellos el cuerpo de un menor inconsciente. De manera urgente solicitó a través de su sala del 092 la presencia de servicios sanitarios de manera prioritaria e identificó a los presentes, afirmando lo siguiente: *«Que un hombre allí presente, que se identificó como médico, junto con el padre del menor comenzaron a realizar tareas de reanimación, momento en que una mujer gritando ‘que es mi hijo, que es mi hijo’ se intentó acercar al lugar, por lo que el dicente optó por apartarla del lugar para intentar tranquilizarla y que no viera el estado en que se encontraba su hijo, informándole que estaba siendo asistido por un médico y que la ambulancia estaba en camino».*

En lo referente a los miembros de seguridad presentes en el lateral izquierdo de la carroza, el policía local manifiesta que *«no puede precisar el número de personas de apoyo que se encontraban en el lateral izquierdo, pero que al acudir al lugar recuerda que además del componente de Protección Civil antes nombrado había mínimo dos personas más provistas de peto amarillo, no pudiendo*

concretar si había más personal debido a la aglomeración de personas».

Así pues, de las manifestaciones anteriores se extraen datos concluyentes en orden a establecer si existían o no suficientes colaboradores de seguridad, pues puede tenerse por cierta la presencia de entre seis y nueve personas distribuidas en los laterales de la carroza que colaboraban en las tareas de seguridad, a los que se suman un miembro de protección civil y un policía local, que iban en la parte trasera de la carroza.

Con estos datos, surge la duda sobre la relevancia causal que tuvo en el accidente la configuración y ejecución de las medidas de seguridad. El acto contaba, como ya se ha visto, con un Plan de Emergencia y Normas de Actuación emitidas por el Área de Cultura del Ayuntamiento, así como con una Orden de Servicio de la Policía Local, donde se indicaban los lugares de especial atención, los peligros existentes en cada zona y la necesidad de que las carrozas fueran acompañadas en su lateral por personal de auxilio debidamente identificado y por voluntarios de protección civil.

Así, en cuanto al acompañamiento de la carroza “La Estrella” no se aprecia falta de personal de apoyo o colaborador en las tareas de seguridad de la comitiva, ni de personal de protección civil, del que en el Plan de Emergencia se establece un número global de participantes; en cuanto a la Policía Local, si atendemos a lo dispuesto en la citada Orden de Servicio 1/2013, sólo se establece con precisión cuántos policías han de acompañar a las carrozas reales (cuatro policías por carroza, dos a cada lado), pero no a las carrozas de los pajes, entre las que encuentra la carroza implicada en el

accidente, estableciéndose al respecto que *«el resto de efectivos se distribuirá a ambos lados de la cabalgata en proporción al número de carrozas para cubrir la comitiva».*

Ahora bien, el problema no es el número de colaboradores o funcionarios que se ocupaban de esta tarea, sino el de la eficacia de su actuación, ejecutando instrucciones que debieron ser precisas y actuando con la suficiente determinación para evitar el riesgo de atropello que se identifica en el Plan de Seguridad, dado que no existían vallas de seguridad, y el vehículo, según declara el conductor, *«estaba rodeado de personas y niños siendo prácticamente imposible dominar todo el campo de visión».*

En opinión de este Consejo Consultivo, estas circunstancias son determinantes de la responsabilidad patrimonial que a la postre reconoce el Ayuntamiento. Sin embargo, resulta necesario que en la resolución que se dicte se introduzcan consideraciones más explícitas al respecto, pues no basta con señalar, como hace la propuesta de resolución, que la Cabalgata se encuadra dentro del ámbito competencial de la Administración, a efectos de la determinación de los daños causados por su celebración, y que el fallecimiento del menor se produjo en el transcurso del desfile de la misma, de manera que *«el principio de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración permite a este Ayuntamiento la reparación del daño objeto de reclamación»*, aunque al mismo tiempo se proponga la moderación de la indemnización atendiendo a la falta de vigilancia del menor por sus padres.

A lo anterior se añade otro título de imputación de la responsabilidad patri-

monial, pues consta probado que la carroza implicada en el accidente, de fabricación municipal, carecía de medidas de protección de los bajos de la misma contra atropellos, característica que fue determinante en la causación del accidente (más allá de que carecía de las autorizaciones y homologaciones pertinentes). El atropello de menores era un riesgo previsible, según se recoge expresamente en las normas emitidas para la organización de la cabalgata por el Área de Cultura del Ayuntamiento, que establece dos vigilantes por cada grupo de ruedas del vehículo y prohíbe arrojar caramelos cerca de las carrozas, «con el fin de evitar cualquier accidente».

En definitiva, teniendo en cuenta las pruebas practicadas y los informes emitidos, este Consejo llega a la conclusión de que existen elementos suficientes para considerar razonablemente acreditada la relación de causalidad y la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, en lo referente al fallecimiento del menor. También comparte este Consejo Consultivo que en una situación como la descrita debe moderarse la responsabilidad atendiendo al deber de vigilancia de los padres, más estrecho cuanto mayor riesgo pueda presentar la proximidad de los niños a los vehículos, la existencia o no de vallado de seguridad, la acumulación de personas en el lugar y el posible desbordamiento del dispositivo de seguridad.

En este punto, el Ayuntamiento de BBB se refiere al auto del Juzgado de Instrucción Núm. Uno de BBB, por el que se acuerda el sobreseimiento provisional y el archivo de las diligencias previas 189/2013, en el que se alude a la «*posible concurrencia de culpas derivada del hecho de que el menor fallecido contaba*

tan solo con 6 años y se encontraba en esos instantes solo», por lo que considera que «*resulta factible degradar la culpa en que per se incurrieron cada uno de los agentes haciéndola descender al ámbito civil*».

A la hora de ponderar el peso que ha de atribuirse a la referida concausa, ha de tenerse en cuenta el tipo de acto en el cual se produjo el accidente, dedicado fundamentalmente al público infantil, donde es frecuente y nada reprochable que las primeras filas estén destinadas a los más pequeños, circunstancia que han de tener en cuenta los promotores de estos eventos, instaurando las medidas pertinentes para evitar accidentes. No sería razonable exigir a los progenitores o familiares que acuden con menores a actos públicos o que se hallan en un espacio público adecuado al público infantil que su vigilancia sea tan extrema que impida el movimiento de los menores a su cargo, como tampoco podría justificarse una desatención de su cuidado que impida corregir conductas infantiles que puedan ser peligrosas, incurriendo en culpa *in vigilando*.

En este supuesto, la propuesta de resolución viene a destacar la declaración del testigo responsable de los voluntarios de seguridad de la carroza, D. C.J.R.A., y extrae de la misma que el menor se encontraba alejado de sus padres y fuera de su alcance, pues de otra forma no se entiende cómo el Sr. R.A. que se encontraba, según manifiesta, en la esquina delantera derecha de la carroza próximo a la rueda de ese lateral, pudiera... saltar al lado opuesto de la misma, y arrojarse debajo de ella, llegando antes que los padres al lugar donde se encontraba el menor tumbado. Sin embargo, momentos después del accidente (tiempo no

cronometrado, pero que coincide con el que precisó el policía local para ir desde la parte trasera de la carroza en la que se encontraba hasta la parte de la carroza donde se produjo el atropello) el padre asistía al menor junto con un médico del público y la madre pugnaba por acercarse al lugar del accidente (el policía manifiesta que había una aglomeración de personas en el lugar de los hechos y que atendió a la madre). Así pues, los padres del menor estaban presentes y no podían estar lejos del niño, y si bien es cierto que la vigilancia tampoco pudo ser estrecha y a una distancia mínima para evitar el riesgo que se materializó, el Consejo Consultivo considera que esta concausa debe moderar el importe de la indemnización tan sólo en un 25 %.

Cuestión distinta es la pretensión indemnizatoria en la que la parte reclamante establece un vínculo causal entre el estrés emocional causado por el accidente mortal sufrido por el niño y el fallecimiento de su madre tres meses y medio después. Dicha pretensión tiene la singularidad de que un daño se presenta como causa de otro sobre la base de una tesis que no puede considerarse cumplidamente acreditada; máxime si se tiene en cuenta que en estos supuestos es necesario extremar el rigor probatorio del nexo causal, que se presenta no de manera directa e inmediata, sino indirectamente; sin esa cautela la concatenación entre diferentes daños desvirtuaría el sistema de responsabilidad patrimonial, convirtiéndolo en un sistema providencialista, en el que la Administración actuaría como aseguradora universal.

En efecto, el informe pericial aportado por el reclamante se refiere a determinados estudios sobre el impacto del estrés emocional y concluye que el falleci-

miento de la esposa del reclamante (muerte súbita cardíaca por cardiopatía isquémica) fue precipitado como consecuencia del estrés emocional, depresión y ansiedad desencadenados por la muerte de su hijo”. Sin embargo, esa conexión causal no encuentra soporte probatorio en el historial clínico, quedando constancia de que el certificado de defunción se extiende consignando como causa de la muerte una “cardiopatía isquémica”, sin que llegara a practicarse la autopsia.

El informe pericial que aporta el reclamante no es concluyente al establecer el nexo causal, pues apela a estudios clínicos y experimentales que avalan la tesis que un gran estrés emocional, depresión y ansiedad pueden desencadenar o precipitar la muerte, asegurando sin el necesario aval probatorio que *«de no haber ocurrido la trágica muerte de su hijo que le produjo el estado de sufrimiento que a través de alteraciones cardíacas la condujo a la muerte súbita, el fallecimiento de Ana María no se hubiera producido»*. Sin embargo, difícilmente puede considerarse probado que la cardiopatía isquémica causante de la muerte fue consecuencia directa del estado neurológico y psicológico de la paciente, a menos que se ignoren los factores de riesgos que presentaba la paciente (tabaquismo anterior, hipercolesterolemia y aumento de peso) y otros factores que pueden causar la muerte súbita cardíaca. En este sentido, la propuesta de resolución trae a colación el dictamen médico pericial emitido a instancia del órgano instructor del procedimiento, en el que se señala que, aun suponiendo que el estado neuropsicológico de la perjudicada hubiera actuado como factor desencadenante (lo cual está recogido en la bibliografía con sus defensores y sus detractores en cuanto a la importancia que estos factores

neuropsicológicos representan), lo cierto es que sin conocer con exactitud la causa de la muerte es imposible establecer el peso relativo que el estado neuropsicológico podría haber tenido en el desenlace. Asimismo, en dicho dictamen se subrayan los antecedentes clínicos de la fallecida (tenía factores de riesgo, sobrepeso, tabaquismo y colesterol, universalmente reconocidos y directamente relacionados con el desarrollo de cardiopatía isquémica) y se destacan tres episodios de dolor torácico que presentó la paciente en los días previos a su muerte, precisándose que *«el manejo diagnóstico adecuado podría haber orientado a una isquemia coronaria, que con tratamiento correcto hubiera evitado el desenlace»*. Por lo que se acaba de exponer, aunque se partiera de los estudios que reconocen un determinado potencial lesivo del duelo en el desarrollo de patologías cardíacas, no puede considerarse acreditada la relación de causalidad entre el accidente mortal del menor, José Luis, y el fallecimiento súbito de su madre.

En suma, procede el reconocimiento de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento del menor, si bien con la moderación referida por la presencia de una concausa relacionada con el deber de vigilancia de los padres. Asimismo, resulta ajustada a Derecho la desestimación de la reclamación en lo atinente al fallecimiento de la esposa y madre de los reclamantes, sin que resulte preciso entrar a valorar la cuantía de la indemnización solicitada por este motivo.

V

Finalmente, ante la conclusión de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en el fallecimiento del menor, procede pronunciarse

sobre la valoración del daño causado, cuantía y modo de la indemnización, conforme a lo prevenido en el artículo 12.2 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

A este respecto, este Consejo Consultivo considera aceptable la aplicación, con carácter orientativo, del sistema establecido para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, según las previsiones contenidas en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, teniendo en cuenta las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal fijadas en la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 5 de marzo de 2014, cuya aplicación vendría a operar como “actualización”, en respuesta a la exigencia del artículo 141.3 de la Ley 30/1992.

Al abordar esta cuestión, la parte actora solicita el pago de una indemnización por la muerte del niño de 128.706,77 euros, que desglosa del siguiente modo: 105.133,53 para los padres con convivencia con la víctima; 19.115,19 para la hermana menor de edad que convivía con la víctima; 2.658,05 de gastos de funeral y 1.800 euros de alquiler de nicho.

Por su parte, el Ayuntamiento consultante considera correctas las cuantías solicitadas, minorando todos los conceptos, incluidos los gastos de entierro y funeral, en un 50 %. Por las razones ya expuestas, el Consejo Consultivo considera que

la indemnización correspondiente sólo debe reducirse en un 25 %. Siendo así, y atendiendo a las cuantías establecidas en la citada Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 5 de marzo de 2014, procede indemnizar al reclamante, don Manuel, en la cuantía de 79.086,70 euros y a la hermana menor del fallecido con 14.379,40 euros; asimismo, se considera ajustado a Derecho el abono de los gastos justificados de entierro y funeral del

hijo del reclamante, aplicando el mismo porcentaje de minoración.

CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria parcial dictada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración tramitado por el Ayuntamiento de BBB, ante la reclamación formulada por don Manuel.

CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Dictamen 241/2015

Sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento de San Jorge, por daños sufridos a consecuencia de una herida por asta de toro producida durante los festejos populares, de 17 de abril.

[...]

I ANTECEDENTES

Del examen del expediente administrativo remitido se desprende que:

Primero.- Con fecha 29 de julio de 2014, D. Andrés presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial en el que exponía lo siguiente:

«Primero.- El día 4 de agosto por la tarde el compareciente y su hijo Antonio estaban en la plaza mayor de esta localidad presenciando la exhibición de reses bravas que se efectuaba en dicha plaza con ocasión de las fiestas patronales de esta localidad. Concretamente el compareciente y su hijo estaban debajo de uno de los cadafales de hierro, viendo las vacas y hablando, estando ambos completamente apartados de los barrotes de hierro que dan a la plaza, estando sin duda a más de un metro de distancia de los mismos. Sin embargo, sobre las 20.30 horas aproximadamente, se procedió a la exhibición de una vaca que tenía uno de sus cuernos pegado a su hocico

resultando que dicha vaca, de forma totalmente inesperada y gracias a dicha particularidad de su cuerno, consiguió penetrar en su práctica totalidad dentro del carafal (sic) en el que estaban el hoy denunciante y su hijo propinándole al denunciante dos graves cornadas en el muslo e ingle derecha, con afectación de la pared abdominal.

Segundo.- Por dichas cornadas el hoy reclamante tuvo que ser asistido de urgencias en el Hospital Comarcal de Vinaròs y ha estado en situación de baja laboral hasta el pasado día 2 de enero de 2014, habiéndole quedado además importantes secuelas y cicatrices de las que ya no sanará. (Adjunta a efectos probatorios como documentos nº 1, 2, 3 y 4 informe de urgencias del Hospital de Vinaròs, otro informe médico, parte de accidente y el parte de alta).

Tercero.- Entiende el reclamante que cuanto menos hubo cierta negligencia o imprudencia por parte de alguien, ya que estando él supuestamente a buen recaudo debajo de un cadafal, aún así resultó herido al haber entrado la vaca en el interior del mismo, entendiéndolo pues por ello que debe ser debidamente

indemnizado por las lesiones y secuelas que padeció. Y sobre este respecto es de aclarar que antes de presentar ninguna denuncia o reclamación el hoy compareciente contactó con la Mutua General de Seguros y Reaseguros S.A., que es la aseguradora que le comunicaron que cubría la asistencia sanitaria y responsabilidad civil de dicho festejo taurino con las pólizas 51283044 y 61027468, para que fuera dicha aseguradora la que amistosamente se hiciera cargo de la correspondiente indemnización, resultando no obstante que dicha aseguradora, de forma sorpresiva, no quiere hacerse cargo del siniestro (Ver en ese sentido el documento nº 5 que adjuntamos). Ante ello pues el hoy compareciente decidió denunciar penalmente los hechos y dado que el Juzgado de Vinaròs ha dictado un Auto de sobreseimiento indicando que lo que procede es el ejercicio de acciones de derecho administrativo (documento nº 6 adjunto) es por lo que finalmente efectuamos esta reclamación formal a este Ayuntamiento pidiendo ser indemnizado por las lesiones y secuelas que ha padecido.

Cuarto.- Que en prueba de lo referido proponemos se admitan los documentos adjuntos y se acuerde así mismo practicar en el correspondiente expediente administrativo las declaraciones testimoniales de los testigos presenciales entre los cuales están su propio hijo ya citado, un conocido de Benicarló que se llama D. José y otro chico que se llama Tomás (los demás datos los recabará) que les acompañó al hospital».

Fijó inicialmente el importe de los daños y perjuicios causados en la cantidad de 59.239,84 €, aplicando en su cálculo el baremo del año 2014 para valoración de los daños y perjuicios causados a las per-

sonas en accidentes de circulación (Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor), de acuerdo con el desglose siguiente:

[...]

En cumplimiento de lo solicitado, se ha incorporado a la documentación inicialmente remitida el Informe de funcionamiento, de fecha 11 de diciembre de 2014, del Secretario municipal, que expresa lo siguiente:

«Que el funcionamiento del servicio prestado como consecuencia de los festejos taurinos realizados el día 4 de agosto de 2013, ha sido en todo momento ajustado a la autorización concedida por la Dirección Territorial de la Consejería de Gobernación y Justicia de fecha 3 de julio de 2013».

También se ha unido el Informe Técnico de las instalaciones para los festejos taurinos y el resultado de la prueba testifical de D. Pedro, con este contenido:

«Manifestando que estando debajo de uno de los cadafales situados en la Plaza Mayor de San Jorge, siendo las 19 horas aproximadamente, estaba hablando con el Sr. Andrés cuando la vaquilla a través de los barrotes y atravesando parte de su cuerpo, tres partes de su cuerpo, le enganchó con el cuerno desconociendo cual de ellos, aún cuando recuerda que uno de ellos lo tenía hacia abajo, le enganchó en la parte de la ingle sin saber si era derecha o izquierda. Que no recuerda ni como se encontraba ni en que posición el Sr. Andrés, si de frente o de espaldas, en el momento de la cogida o cornada. Que la vaquilla fue sacada a la fuerza de entre los barrotes del cadafal por otros participantes de la fiesta. Que no recuer-

da tampoco en que posición se encontraba él mismo, si de frente, o de espaldas a la acometida de la vaquilla.

A preguntas del Sr. Mengual, manifiesta que los hechos ocurrieron después de merendar. También manifiesta que estaban situados a un metro o metro y medio de los barrotes y que entre ellos y los barrotes había más gente sin concretar en qué cantidad. Que acompañó al herido tanto a la asistencia médica existente en el municipio como con posterioridad al Hospital Comarcal de Vinaròs.

A preguntas del Sr. Vidal, manifiesta que encontraba entre ellos y los barrotes, se apartarían en el momento de entrar la vaquilla, y que en ese momento estaba hablando con el Sr. Andrés, pero no puede concretar su grado de atención al Festejo Taurino. Que en ningún momento participó ni el Sr. Andrés en el Festejo Taurino. Que no recuerda ni se fijó si existen gradas o segundo piso por encima de donde se encuentran».

Así mismo, D. Jorge testificó lo siguiente:

«Manifestando que como colaborador taurino de los festejos llevados a cabo en el mes de agosto de 2013, y sobre las 20 a 21 horas del día 4 de agosto de 2013, se encontraba en un cadafal situado frente a donde ocurrieron los hechos. Que la vaquilla que en ese momento se exhibía pasó por el cadafal donde se encontraba el Sr. Andrés y metiendo la cabeza a través de los barrotes de dicho cadafal enganchó en la inglete, sin concretar en que parte, con uno de los cuernos al Sr. Andrés que se encontraba junto a dichos barrotes.

A las preguntas del Sr. Fabregat, manifiesta que el Sr. Andrés se encontraba

cerca de los barrotes, ya que la vaquilla introdujo la cabeza y parte de su cuello a través de los mismos. Que no intervino en asistir a sacar la vaquilla del lugar de los hechos. Que la vaquilla en ningún momento tuvo que ser ayudada por ningún participante de la fiesta para sacarla de entre los barrotes del cadafal. Que manifiesta que la vaquilla tenía un cuerno caído sin recordar si derecho o izquierdo.

A las preguntas del Sr. Mengual, se reitera que la vaquilla no fue sacada por ningún participante. Que no recuerda si corneó al Sr. Andrés una o dos veces, pero que cree que una. Que el se encontraba a una distancia aproximada de 10 metros del cadafal donde se encontraba el Sr. Andrés. Que no había ningún elemento dentro de la plaza que le obstaculizara la visión de los hechos acaecidos. Que ha visto a dicha persona ese día pero no interviniendo en el festejo.

A preguntas del Sr. Vidal, manifiesta y se reitera que vio al Sr. Andrés cerca de los barrotes del cadafal. Que no había persona alguna entre los barrotes y el Sr. Andrés en el momento de los hechos. Que todos los cadafales tienen un piso encima donde observar el festejo. Que no recuerda cuanto tiempo llevaba en la plaza pero sí tiene claro que no acababa de salir.

A continuación se procede a tomar declaración por el Sr. Instructor al Testigo D. Roberto (...) sobre los hechos acaecidos el día 4 de agosto de 2013:

Manifestando que como colaborador taurino de los festejos llevados a cabo en el mes de agosto de 2013, y sobre las 20 horas del día 4 de agosto de 2013.

Se encontraba en la parte de abajo del cadafal del Ayuntamiento situado en la parte izquierda de la plaza según se mira del Ayuntamiento. Que la vaquilla al pasar por delante del cadafal donde estaba situado el Sr. Andrés, metió la cabeza y le engancho con uno de los cuernos, sin concretar cual, por la parte de la ingle sin concretar exactamente que parte del cuerpo.

A las preguntas del Sr. Pérez, manifiesta que la vaquilla introdujo a través de los barrotes su cabeza y la parte del cuerpo hasta las patas delanteras. Que los hechos los vio de lado no habiendo obstáculo alguno que le impidiera ver lo ocurrido. Que la vaquilla salió por sí misma de entre los barrotes del cadafal, sin que necesitara de ningún tipo de ayuda por parte de los asistentes. Que no vio al Sr. Andrés en ningún momento participar en el festejo taurino. Que no vio de forma nitida la cogida, aún cuando posteriormente la vio en un video grabado por parte de una asistente, la cual desconoce su nombre, pero sí sabe que no es del pueblo ni estaba con vecino alguno del mismo.

A las preguntas del Sr. Mengual, manifiesta que los cadafales son privados de las collas del pueblo, a excepción del Ayuntamiento como ya ha manifestado él. Que se encontraba a una distancia de entre 15 a 20 metros de los hechos. Que no está contratado por el ayuntamiento para realizar su labor sino que lo hace de manera altruista. Que un cuerno de la vaquilla lo tenía torcido hacia abajo y dirigido hacia el hocico, sin concretar cual de ellos. Cree que recibió el Sr. Andrés una sola cornada aun cuando no se lo puede concretar de forma exacta. Que la chica llevaba una cámara de grabación y que proyectó lo gravado (sic)

hacia el suelo, observando lo que había ocurrido».

Quinto.- Se ha concedido trámite de audiencia, con puesta de manifiesto del expediente al reclamante y demás interesados. El Sr. Andrés formuló alegaciones en defensa de su derecho.

Sexto.- La propuesta de resolución es desestimatoria de la reclamación, al considerar que:

«No se desprende pues, infracción de norma alguna por parte del Ayuntamiento de San Jorge, ni que el mismo haya participado de manera directa o indirecta en la causación del daño, ni hay concurrencia de culpa, dolo o negligencia como se ha indicado y en definitiva, no existe relación de causalidad entre la actuación del Ayuntamiento, que como se ha indicado ha actuado conforme a Ley, ni el daño causado.

A mayor abundamiento, se desprende de las propias declaraciones testificales que el Sr. Andrés se encontraba en el momento de la exhibición taurina, conversando con el testigo Sr. Hervás, hecho reconocido por el mismo y además en el propio escrito de reclamación, al indicar que, «estaba viendo las vacas y hablando» y además, por las testificales practicadas no queda probado que estuviera alejado de los barrotes, ni que hubiera gente de por medio, mas bien al contrario, que estuviera pegado a los mismos y hablando, luego distraído, hecho que se desprende y ratifica, el que los barrotes verticales tenían la distancia reglamentaria entre ellos, quedando certificado técnicamente tal extremo a través del informe efectuado por el técnico D. Félix, Ingeniero Técnico Industrial, colegiado n [...], de XXX Ingenie-

ría S.L., visado el 13 de Junio de 2013, conforme consta en el expediente testificado».

En virtud de lo expuesto, el Servicio Instructor concluye estimando la inexistencia de los requisitos previstos para declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento.

II CONSIDERACIONES

[...]

Tercera.- Respecto a la cuestión de fondo objeto de la reclamación formulada, se desprende de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y sea evaluable económicamente e individualizada.

Ello no obstante, el instituto de la responsabilidad patrimonial no constituye un seguro de cobertura omnicomprendiva que ampara toda clase de daños, por el mero hecho de producirse en la vía pública, aunque aquéllos no se hallen conectados, en una relación de causa-efecto, con el funcionamiento del servicio público de la Administración responsable.

El interesado, formuló reclamación ante el Ayuntamiento por las lesiones sufridas el 4 de agosto de 2013 en un festejo popular taurino en la localidad y al efecto reclama en concepto de indemniza-

ción de daños y perjuicios causados la cantidad de 59.239,84 euros, según desglose y justificación recogida en el Antecedente primero.

En el expediente obra la documentación completa prevista en los artículos 14 y concordantes del Reglamento de Festejos Taurino, que exigen debe acompañarse a la solicitud de autorización a efectos del otorgamiento del festejo.

En el caso objeto de dictamen ha de examinarse en primer término si concurre relación causal entre el accidente sufrido por el que reclama y el funcionamiento del servicio público, teniendo en cuenta que el espectáculo era autorizado y que a estos efectos se cumplió con la regulación vigente, no suscitándose análoga conclusión respecto a la estabilidad y seguridad del cadafal con barrotes donde accedió la res que lesionó al reclamante y a su hijo.

Respecto a la ocurrencia del evento lesivo, se ha acreditado la existencia de un daño real y efectivo en la persona de los reclamantes. Conforme a lo manifestado por el reclamante en su escrito inicial, los hechos sucedieron cuando aquél y su hijo estaban en la plaza mayor presenciando el festejo taurino, concretamente situados “...debajo de uno de los cadafales de hierro, viendo las vacas y hablando, estando ambos completamente apartados de los barrotes de hierro que dan a la plaza, estando sin duda a más de un metro de distancia de los mismos.

Añade que:

«Sin embargo, sobre las 20.30 horas aproximadamente, se procedió a la exhibición de una vaca que tenía uno de sus cuernos pegado a su hocico resultando

que dicha vaca, de forma totalmente inesperada y gracias a dicha particularidad de su cuerno, consiguió penetrar en su práctica totalidad dentro del cadafal en el que estaban el hoy denunciante y su hijo propinándole al denunciante dos graves cornadas en el muslo e ingle derecha, con afectación de la pared abdominal».

Sin embargo, las declaraciones testimoniales contradicen las afirmaciones del reclamante, habida cuenta que de los testimonios se deduce que el accidente ocurrió al situarse el reclamante junto a los barrotes del “cadafal”, estando acompañado de su hijo menor. Se hace constar que tales instalaciones son de propiedad privada, instaladas por las Peñas taurinas. De esta forma, el accidente se produce no por defecto de la organización o desarrollo del festejo, sino por la propia actuación o comportamiento del Sr. Andrés durante su desarrollo, rompiendo su decisión de colocarse a corta distancia de los barrotes del “cadafal” el nexo causal. Hechos que quedan patentes si atendemos a la testifical del Sr. Jorge, colaborador taurino de los festejos y por tanto, persona entendida en este tipo de espectáculos.

Al respecto no debe olvidarse que en el Preámbulo de la norma que regula los Festejos Taurinos se dice que *«se trata de compatibilizar el principio de libertad de los participantes en estos festejos, con las necesarias condiciones de seguridad que deben reunir los recintos e instalaciones, y la determinación de unos requisitos mínimos imprescindibles que garanticen la seguridad de los actuantes y espectadores».*

De otro lado, dicho Preámbulo dice también que *“Con independencia de la res-*

ponsabilidad personal de aquellos que libremente participen en los festejos, los organizadores deberán tener cubierta su responsabilidad mediante la contratación del preceptivo seguro, en la cuantía adecuada para cubrir los riesgos o accidentes que con motivo del festejo taurino puedan producirse».

Descritos así los hechos, y tras el análisis de la prueba practicada en el procedimiento, no se ha acreditado la existencia del necesario nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público, que es requisito ineludible para la declaración de responsabilidad patrimonial.

Consecuentemente, no concurren las circunstancias que pudieran dar lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, debiendo ser desestimada, por tanto, la reclamación formulada respecto a este supuesto.

III CONCLUSIÓN

Por cuanto queda expuesto, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana es del parecer:

Que no procede declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de San Jorge, debiendo desestimarse la reclamación presentada por D. Andrés.

[...]

VOTO PARTICULAR

que formula el Presidente, Vicente Garrido Mayol, al dictamen correspondiente al Expte. 176/2015.

Con el mayor respeto al criterio de la mayoría disiento de la Conclusión y

Consideraciones que la sustentan, ya que según mi criterio, en este caso procede la declaración de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de San Jorge.

Es sabido que el derecho a ser indemnizado a título de responsabilidad patrimonial requiere de la existencia de un daño que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

En este procedimiento un ciudadano reclama por daños sufridos por lesión de una vaquilla que le corneó cuando se encontraba con su hijo y con un amigo, en la parte baja de un cadafal, cercano a los barrotes de protección entre dos de los cuales se introdujo la citada vaquilla, —que poseía un cuerno pegado a su hocico—. Según el reclamante el animal logró penetrar en su práctica totalidad dentro del cadafal; en todo caso, introdujo parte de su cuerpo, (testigo D. Pedro), o la cabeza (testigos D. Jorge y D. Roberto).

En la propuesta de resolución se indica que no ha quedado probado que la víctima estuviera *«alejado de los barrotes, ni que hubiera gente de por medio, más bien al contrario, que estuviera pegado a los mismos hablando, luego distraído, hecho que se desprende y ratifica, el que los barrotes verticales tenían la distancia reglamentaria entre ellos ...»*

Que los barrotes tenían la distancia reglamentaria nadie lo discute. Ocorre, sin embargo, que la vaquilla ofrecía una evidente malformación en sus defensas —lo que tampoco nadie discute—, de suerte tal que uno de sus cuernos aparecía doblado hacia abajo y pegado al hocico, lo que propiciaba que, como ocurrió, no le resultara difícil el acceso entre los barrotes de protección. Razón por la cual

el organizador del festejo —el Ayuntamiento reclamado— no debió autorizar su salida al recinto acotado para el recorrido de la res.

Y aquí es donde, a mi juicio, descansa el fundamento de imputabilidad del Ayuntamiento, pues cabe calificar de anormal funcionamiento del servicio público festivo permitir que de chiqueros salga una vaquilla que, por la morfología de su cornamenta, es capaz de introducirse entre los barrotes protectores del cadafal —que cumplían la distancia entre ellos reglamentariamente establecida—.

Lo demás, —si el reclamante estaba más o menos cerca de los elementos de protección, o si había gente de por medio—, es accesorio. Téngase en cuenta, además, que quienes ello afirman, son testigos propuestos por el Ayuntamiento, colaboradores-organizadores del evento festivo y uno de ellos —D. Jorge—, hijo del Alcalde de la localidad (según denuncia del reclamante no contradicha en la propuesta de resolución).

Poco aporta, por lo demás, el Informe de funcionamiento —emitido a instancias de este Consell Jurídic—, en el que el Secretario Municipal se limita lacónicamente a relatar que *«el funcionamiento del servicio prestado... ha sido en todo momento ajustado a la autorización concedida por la Dirección Territorial de la Consejería de Gobernación y Justicia...»*

Hasta aquí, la glosa de los hechos, suficiente, a mi juicio para declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento.

En el dictamen del que discrepo, se reproduce un particular del Preámbulo *«de la norma que regula los Festejos*

Taurinos», sin identificar tal norma. Se trata del Reglamento de Festejos Taurinos Tradicionales en la Comunitat Valenciana, aprobado por Decreto 24/2007, de 23 de febrero, –vigente al tiempo de ocurrir los hechos–, recientemente sustituido por el Reglamento aprobado por Decreto 31/2015, de 6 de Marzo, del Consell.

Y así, se recuerda el objetivo de compatibilizar el principio de libertad de los participantes en estos festejos con las necesarias condiciones de seguridad y que deben reunir los recintos e instalaciones y las medidas pertinentes para la seguridad de actuantes y espectadores.

Es una lástima que el dictamen se haya detenido en el Preámbulo del Decreto, –de carácter informador, no normativo–, y no haya considerado la parte dispositiva del Reglamento, –prescripciones que deban observarse y cumplirse–.

Se hubiera comprobado que el artículo 3 del citado Reglamento distingue entre “espectadores” y “participantes”, definiendo los primeros como «*las personas que sin participar en ellos, asisten a los festejos taurinos tradicionales desde los lugares a los que la res no puede acceder*».

En principio se puede afirmar sin temor a equivocación, que el reclamante era un “espectador” del festejo, habida cuenta que se encontraba en lugar donde la res no puede acceder. O no debería poder acceder, porque, ciertamente, accedió, por falta de previsión de los organizadores del festejo.

Cuando el propio Reglamento establece unos requisitos y normas técnicas que deben observarse para garantizar la seguridad de los ciudadanos y de las ins-

talaciones, es precisamente para impedir que una actividad festiva de riesgo, –por ser su protagonista un fiero animal– no pueda causar daños a las personas ni a las cosas, protegiendo a aquellas que no se encuentran en el recinto por donde la res puede discurrir.

Precisamente por ello el Reglamento establece una serie de elementos estructurales de protección, cierre y delimitación de instalaciones, como barreras, cadafales y defensas individuales de recintos particulares impeditivos del paso de la res y útiles para protección y refugio de participantes y espectadores.

Entre tales elementos se encuentran las barreras verticales, definidas en el artículo 26.1 como “*elementos de protección, cierre y delimitación de carácter metálico, anclados a parámetros horizontales y verticales, de forma fija o practicable, formado por un bastidor o estructura rectangular y montantes o barros verticales, de modo que impida el paso de las reses y sirva como elemento de protección y refugio a participantes y espectadores*”.

Y vayamos ahora al concepto de “participantes”, una vez dejada constancia del de “espectadores”. Pues bien, aquellos están definidos en el artículo 3 *in fine* del Reglamento, como «*las personas que libre y voluntariamente toman parte en los mismos, asumiendo el riesgo y responsabilidad que se deriva de su participación, o se encuentren en el recinto de celebración del festejo por el que puede circular la res*». Luego *sensu contrario*, no son participantes aquellos que se encuentran en lugar del recinto por donde *no puede circular la res*. Es cierto que el artículo 27, referido a los cadafales, dispone que su cerramiento, al

menos en la cara o caras recayentes al recinto donde se desarrolla el festejo, debe ser mediante barrera vertical que sirva de elemento de protección y refugio a los participantes, siendo su parte alta apta para la permanencia de público. Mas no puede deducirse de ello que todo espectador deba situarse en la parte alta del cadafal pues, como queda dicho, los barrotes horizontales han de servir como elementos de protección y refugio de participantes y espectadores.

Es conocida la estructura de los cadafales. Los barrotes protectores se instalan para que la res no pueda salir del recinto acotado para su recorrido. No se puede responsabilizar de daños que aquella pueda causar ni a espectadores ni a participantes que se encuentran a buen recaudo tras los referidos barrotes. Ni a unos,

ni a otros, pues ambos tienen la confianza de hallarse en lugar seguro, a donde no puede acceder la res.

Por todo ello, tal y como defendí en la deliberación, el dictamen debió emitirse en sentido estimatorio, procediendo la declaración de responsabilidad del Ayuntamiento de San Jorge e indemnizando al lesionado en la cantidad reclamada.

Valencia, a 23 de abril de 2015

A los efectos oportunos me adhiero al voto particular formulado por el Presidente, D. Vicente Garrido Mayol, al Dictamen recaído sobre el Expediente 176/2015.

La Consejera, Margarita Soler Sánchez

CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Dictamen 751/2015

Sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones ocasionadas por una vaca al escaparse del corral durante los festejos taurinos, de 29 de diciembre.

[...]

los festejos taurinos, unas horas antes, en el recinto destinado para ello.

I ANTECEDENTES

Del examen del expediente resulta que:

Primero.- D. Sebastián formuló, el 21 de julio de 2015, en representación de D. Julián, reclamación por responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento de Sagunto, como consecuencia de las lesiones producidas por una vaca al escaparse del corral durante los festejos taurinos de dicha localidad.

En su escrito de reclamación refiere, concretamente, lo siguiente:

«PRIMERO.- Hacia las 4'15 horas de la madrugada del domingo 10/08/2014, mi mandante se encontraba junto al recinto donde se celebraban los actos de las fiestas patronales de Puerto de Sagunto, con su bicicleta, cuando de repente vio que se aproximaba hacia él una vaca que se había escapado del corral donde estaba encerrado el ganado con el que esa misma noche se habían celebrado

Mi representado no pudo evitar su embestida, ni sortearla, por lo que le revolcó y propinó varios golpes, hasta que finalmente la vaca fue reducida e inmovilizada por un numeroso grupo de gente que acudió a ayudarle.

Todo esto ocurrió en el recinto de las fiestas, pero fuera del recinto específico de los festejos taurinos, en los que D. Julián no estaba participando.

Este incidente se produjo como consecuencia de la falta de vigilancia y supervisión de las instalaciones empleadas para la celebración de los festejos taurinos, evidenciando una irresponsable actitud del Ayuntamiento, como garante de un correcto desarrollo de los actos programados para las fiestas patronales, lo que es incontestable, si tenemos en cuenta que el día anterior ya se escapó otra vaca, a las 19 horas, y fue solamente fruto de la suerte, el que no se causaran desgracias personales, atendida la afluencia de público presente».

[...]

Segundo.- Durante la instrucción del procedimiento se han incorporado los informes siguientes:

-Informe del Departamento de Fiestas del Ayuntamiento de Sagunto, de 8 de septiembre de 2015, en el que se señala lo siguiente:

«1. El día 10/08/14 estaban autorizados los festejos taurinos de 01:15 a 06:00 horas de la mañana (Suelta de Vaquillas y Toro Embolado) en el recinto sito en Av. Horno Alto con motivo de las Fiestas Patronales, de conformidad con la autorización de la Consellería, expte. ABUS/46/2014/0142 y la resolución de alcaldía n° 367 de 2 de julio de 2015.

2. Que en uno de los listados de atenciones médicas se halla el reclamante con la siguiente información:

‘Julián. DNI: HOSPITAL DE SAGUNTO. Fecha suceso: noche del 10/08/2014 pero acude al hospital de Sagunto por medios propios al negarse el paciente a su traslado’.

3. En el expediente no consta parte policial sobre el acontecimiento.

4. No consta en el departamento reclamación presentada por el reclamante; si bien a través de la compañía aseguradora sí que se advirtió de que esta persona estaba reclamando a la compañía aseguradora directamente e intercambiando varios correos electrónicos, que podrán ser aportados en caso necesario.

5. Se adjunta copia del expediente de autorización de festejos taurinos, así como la copia de la diligencia remitida

vía e-mail por la Secretaria General en la que consta una declaración del director del festejo el día 10 de agosto de 2015, D. Enrique».

-Informe de la Policía Local de Sagunto, de 8 de septiembre de 2015, en el que se indica que *«En relación con el informe sobre si constan los hechos ocurridos en el Recinto Ferial de Puerto de Sagunto, se les informa que constan en los archivos internos de esta Policía los hechos de referencia en cuanto a que una vaca se escapó del corral, y donde al parecer hubieron tres personas afectadas, no obstante no consta en el control de llamada realizada por Policía Local la identificación de ellas, adjuntándoles el control de llamada n° xxx».*

Tercero.- Obra en el expediente la declaración de D. Enrique (director del festejo y Concejal de fiestas del Ayuntamiento de Sagunto), en la que se manifiesta lo siguiente:

«-¿Puede describir cómo ocurrieron los hechos? ¿Dónde se encontraba usted?»

- Me reitero en lo ya manifestado en fecha 24 de marzo. Estaba en la valla que delimita el recinto ferial del recinto portuario porque lo primero que me dijeron es que había habido un accidente en otro punto. Acudí a ese punto junto con los servicios médicos.

Yo no vi ni el accidente ni el video que había grabado sobre lo sucedido.

- El interesado indica que ‘se encontraba junto al recinto donde se celebran los actos de las fiestas patronales de Puerto de Sagunto, con su bicicleta, cuando de repente vio que se aproximaba hacia él una vaca que se había escapado del corral donde estaba encerrado el ganado... que no pudo

evitar su embestida, ni sortearla, por lo que le revolcó y le propinó varios golpes' ¿Es esto lo que usted vio?

- Yo verlo no lo vi, según me consta no fue eso lo que pasó. Según me consta él sí que iba con una bicicleta y sí que hubo un choque y en ese choque sí que hubo un forcejeo para poder retener a la vaca. Acudió más gente y consiguieron llevar a la vaca al corral. Sí que me consta que había un video en las redes sociales pero no sé si sigue estando.

-¿Acudió la Policía Local?

- La Policía Local estuvo porque sé que algún agente de los que estaba de servicio ayudó a retener al animal.

- ¿Sabe si acudió al hospital?

- En ese momento Julián acudió al puesto médico pero no al hospital. El médico le recomendó ir al hospital, el interesado en ese momento no fue pero sí que fue al día siguiente. Si el médico hubiera visto algo de gravedad habría ordenado su traslado al hospital».

Se adjunta a la presente declaración, la declaración efectuada por el mencionado director de fiestas, D. Enrique, en fecha 24 de marzo de 2015, en la que manifestó que «Sobre las 4:30 horas del día señalado, una vaquilla se escapó de los corrales que se habían habilitado al efecto de guarda de los animales que, previamente habían salido a la plaza con ocasión de los actos taurinos de las festividades del verano de 2014, de la localidad de Puerto de Sagunto.

D. Julián ayudó a retener al animal y con ello evitó daños mayores, sin embargo

recibió el golpe de la vaquilla al intentar detenerla, lo que le ocasionó daños personales y materiales. Gracias a su intervención se evitaron consecuencias para el resto de vecinos que se encontraban en la zona y el animal pudo ser devuelto a los corrales».

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia, el representante de D. Julián presentó, el 13 de noviembre de 2015, escrito de alegaciones en el que reitera su derecho a ser indemnizado.

En su escrito señala que:

«PRIMERA.- Ratificamos nuestras iniciales alegaciones, dando por reproducidos los documentos aportados al expediente. Consta acreditado que ocurrió el hecho por el que se formula la reclamación patrimonial, concretamente, que se escapó una vaca de los corrales, 'durante la celebración del 3er toro', como consta en el parte de la Policía Local del 10/08/2014, y se marchó por el parking del recinto ferial, donde cogió a dos personas, siendo una de ellas mi representado.

SEGUNDA.- Consta además en la relación de las personas atendidas, con el nº 55, mi representado, JULIÁN, el 10/08/2014, y del testimonio del Sr. Concejal, D. Enrique, también consta la certeza de los hechos, e incluso que el Sr. Julián, aún después de resultar embestido por el animal, ayudó a reducir y controlar a la vaca, evitando así males mayores, y la producción de lesiones a más personas.

TERCERA.- Queda por tanto acreditada la responsabilidad del Ayuntamiento de Sagunto, en su condición de organizador del festejo, y garante de la

seguridad de las personas, incluso por culpa ‘in vigilando’, ya que el percance que tuvo mi representado con la vaca no se produjo en la exhibición en el recinto destinado para ello, sino que ocurrió como consecuencia de que el animal se escapara de los corrales, y en un momento en que mi representado circulaba con su bicicleta, sin que estuviera participando en el festejo taurino, por lo que no existió por su parte ninguna conducta de asunción de riesgo, que lo hiciera copartícipe del resultado lesivo».

Quinto.- Obra propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación formulada al entender que *«los daños sufridos por el interesado no tienen su origen en que una vaquilla se escapara del corral donde estaba, sino que es la propia actitud del interesado la que le lleva a sufrir las lesiones por las que pretende hacer responsable a esta Administración ya que, cuya fue la voluntad de detenerse frente al animal y enfrentarse a él».*

Y encontrándose el procedimiento en el estado descrito, se remite por el Ayuntamiento de Sagunto el expediente para su dictamen por este Consell.

II CONSIDERACIONES

[...]

Tercera.- El asunto sometido a consulta se refiere a la reclamación formulada por D. Sebastián, en representación de D. Julián, como consecuencia de las lesiones producidas por una vaca al escaparse del corral durante los festejos taurinos en el municipio de Sagunto.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, institución resarcitoria constitucionalmente reconocida en el artículo 106.2 del Texto Fundamental, exige para su apreciación la concurrencia de los requisitos establecidos en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, que son los siguientes: hecho imputable a la Administración; lesión antijurídica efectiva, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas; relación de causalidad entre hecho y perjuicio; ausencia de fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero.

Tratándose de daños sufridos con motivo de la organización de fiestas populares acreditado por el interesado la existencia de un perjuicio efectivo, como lo es en este caso las lesiones derivadas de la embestida de una vaca, procede analizar si el daño es o no consecuencia del funcionamiento del servicio público.

En materia de festejos populares, corresponde a la entidad pública interviniente asegurar que la fiesta concreta que pretende celebrarse reúne los elementos y dispositivos de seguridad necesarios y se desarrolla en las condiciones legalmente prescritas, ello sin perjuicio del nivel de riesgo que sus participantes, especialmente, cuando se trata de “bous al carrer”, asumen en su desarrollo.

En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana de 9 de marzo de 2006: *«Debe convenirse que nos hallamos ante un acto público o festejo que entraña determinado nivel*

de riesgos, –suelta de vaquillas, lanzamiento de cohetes, etc.–, quien participa voluntariamente en el mismo, introduciéndose en el interior del recinto debidamente acotado para su celebración, asume libremente los riesgos que derivan de su conducta», y la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 «la asunción por la Administración de competencias en la organización de los festejos no la convierte en responsable de todos los actos que durante los mismos acaezcan, 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 aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico...».

Ahora bien, en el asunto objeto de dictamen, los hechos que motivan la presente reclamación acaecieron el día 10 de agosto de 2014 (a las 4:30 horas), al escaparse una vaquilla del corral donde estaban encerradas. Y si bien no consta el motivo y cómo pudo escaparse la vaquilla del lugar en el que debía permanecer, lo cierto es que era responsabilidad de los organizadores del festejo adoptar las medidas necesarias para evitar este tipo de incidentes, y puesto que consta en el expediente que la Entidad Local organizó, en

colaboración de la entidad Federación Peñas Puerto de Sagunto, los festejos taurinos, resulta imputable a dicha Administración la omisión de las medidas necesarias para evitar que la vaquilla pudiera escaparse del corral. Este hecho muestra, sin más, un incumplimiento atribuible a la Administración municipal sin perjuicio, en última instancia, de las acciones que pudiera adoptar el Ayuntamiento, en relación con el responsable de la custodia de los animales.

Por otro lado y según consta en la documentación remitida y, especialmente, del vídeo incorporado al expediente, el interesado se encontraba junto al recinto donde se celebró el festejo, con su bicicleta, cuando se aproximó hacia él la vaquilla, que lo tiró al suelo. Ahora bien, tras levantarse el interesado del suelo, sin impedimento o dificultad alguna, se observa, en el referido vídeo, que el interesado, en lugar de protegerse, marcharse del lugar, o intentar esquivar la citada vaquilla, se colocó delante de ella con intención de detenerla, provocando que fuera embestido por el animal.

Estos hechos resultan, además, admitidos en el escrito de alegaciones, de 13 de noviembre de 2015, en el que el representante del interesado señala que “(...) el Sr. Julián, aún después de resultar embestido por el animal, ayudó a reducir y controlar a la vaca, evitando así males mayores, y la producción de lesiones a más personas”. También en la declaración del concejal D. Enrique, se indica –si bien por referencia– que «(...) D. Julián ayudó a retener al animal y con ello evitó daños mayores, sin embargo recibió el golpe de la vaquilla al intentar detenerla, lo que le

ocasionó daños personales y materiales. Gracias a su intervención se evitaron consecuencias para el resto de vecinos que se encontraban en la zona y el animal pudo ser devuelto a los corrales».

Por tanto, este Órgano consultivo estima que, concurra con la actuación de la Corporación Local, la propia actuación del interesado en la causación del daño, pues el reclamante, tras una primera caída de la que pudo levantarse sin, como se ha dicho, impedimento alguno, se colocó en una situación de riesgo frente al animal, atrayendo su atención, lo que provocó las posteriores embestidas; y si bien con su actuación colaboró a reducir al animal, su intervención y embestidas obedecieron a una decisión propia y voluntaria de asunción de riesgo no imputable a la Corporación Local, pues el interesado pudo apartarse y evitar las posteriores embestidas del animal.

Concurre en el presente supuesto, atendiendo a la documentación remitida, concurrencia de culpas en la producción de las lesiones sufridas por el interesado, que se traduce en la necesidad de reducir en un 30 % el importe de la indemnización que proceda abonar al interesado por las lesiones y el daño sufrido, teniendo en cuenta el mayor reproche imputable a la Entidad Local, organizadora del festejo, a la que resulta imputable la falta de adopción de las medidas adecuadas para evitar que la vaquilla se escapara del corral, razón por la que dicha Administración debe responder del 70 % restante del importe de la indemnización.

[...]

III CONCLUSIÓN

Por cuanto queda expuesto, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana es del parecer:

Que debe declararse la responsabilidad patrimonial concurrente del Ayuntamiento de Sagunto en el procedimiento iniciado a instancia de D. Sebastián en representación de D. Julián e indemnizarle [...].

V.I., no obstante, resolverá lo procedente.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE

que formula el Presidente, Vicente Garrido Mayol, al dictamen recaído en el expediente 676/2015 (Sección 5ª), sobre reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante el Ayuntamiento de Sagunto.

El Dictamen concluye estimado la procedencia de declarar la responsabilidad patrimonial “concurrente” del Ayuntamiento de Sagunto por cuanto se considera que en el desarrollo de los festejos taurinos con motivo de las fiestas patronales de Puerto de Sagunto, fallaron las medidas de seguridad que la corporación municipal debe garantizar para evitar incidentes como el ocurrido, esto es, que una vaquilla pueda escaparse del corral donde se hallaba encerrada junto al recinto habilitado para el desarrollo de los festejos.

Es intolerable el hecho ocurrido, pues el ciudadano que transita por las inmediaciones de la plaza de toros y

que no es participante del festejo está confiado en que lo hace por lugar seguro y no va a ser embestido por un astado. De los daños causados por el animal es responsable, por tanto, el Ayuntamiento quien, en todo caso, podrá repetir, en su caso, contra la empresa titular de las instalaciones destinadas a corral de las reses.

Se reconoce, por tanto, la responsabilidad del Ayuntamiento. Pero mi discrepancia estriba en la declaración de “responsabilidad concurrente” del Ayuntamiento, con el propio reclamante, pues la opinión mayoritaria ha estimado que la víctima “concurrió” a la producción del daño.

Se dice en el Dictamen que el interesado «se encontraba junto al recinto donde se celebró el festejo, con su bicicleta, cuando se aproximó hacia él la vaquilla, –que se había escapado del corral–, que lo tiró al suelo». Se indica también que tras levantarse, «en lugar de protegerse, marcharse del lugar o intentar esquivar la citada vaquilla, se colocó delante de ella con intención de detenerla, provocando que fuera embestido por el animal». Actitud loable, la de intentar detener o reducir al animal que, sin embargo, se ha convertido en causa de imputación de responsabilidad. O sea, al ciudadano, que tras ser golpeado y derribado, consciente del peligro que entrañaba el animal suelto, se agarra a éste por los cuernos con la doble finalidad de evitar, de nuevo, ser embestido, y además, que lo haga a otras personas que se encontraban cerca de él, en vez de premiarle por su meritoria conducta se le castiga haciéndole corresponsable de unos daños que tienen su única causa en el hecho de haberse escapado la

vaquilla del corral en que debió permanecer encerrada.

Se me recomendó durante el debate que visionara el video “casero” que se halla incorporado al expediente y ello ha hecho que me reafirme en mi criterio, pues claramente se observa cómo tras una primera acometida de la astada que provoca la caída del reclamante, éste se levanta y se enfrenta a la vaquilla para evitar una nueva acometida, a sí mismo, y a terceros, lo que logra con la ayuda de otros jóvenes que se hallaban en el lugar de los hechos.

Por ello, para establecer el nexo causal preciso para declarar la responsabilidad patrimonial pública, no es necesario, en este caso, invocar jurisprudencia ni doctrina legal alguna,- como se hace en la propuesta de resolución-, pues el visionado de la secuencia grabada es suficiente para afirmar, sin duda alguna, la concurrencia de tal preciso nexo causal. Tampoco resulta admisible la afirmación, en la misma propuesta, de ruptura del nexo causal por «la decisión de intentar detener el animal pese a que con esta acción estaba poniendo en peligro su integridad física», pues como he advertido con tal acción pretendió defenderse a sí mismo de una nueva acometida y evitar males mayores para otros conciudadanos. Por ello el Ayuntamiento consultante da muestras de una cicatería inadecuada ante conducta ciudadana que debió ser resaltada y premiada, a más de indemnizada debidamente la víctima del suceso.

Quizás en un alarde de generosidad quienes en este Consell Jurídic han sostenido, con éxito, la concurrencia de causas en la producción de daño, han estimado que el Ayuntamiento es «un

poco más responsable» que el pobre muchacho que intentó defenderse y defender a otros de la fiereza del animal desbocado, y por ello en el dictamen se aconseja que el Ayuntamiento le indemnice en un 80 % de parte de la cantidad pedida por el interesado (algunos conceptos por los que reclama se consideran no probados). No se justifica, sin embargo, la razón de dicho porcentaje y no de otro, –se pensaba, inicialmente, en un 50 %–. O sea, se aconseja que se le administre un

pequeño castigo de un 20 % de la indemnización por los daños sufridos que, se estima, le corresponde.

En definitiva, y por las razones expuestas, expreso mi discrepancia con el dictamen aprobado por la mayoría, pues considero que debió emitirse en sentido estimatorio sin apreciar concurrencia alguna de causas, pues la responsabilidad de lo ocurrido debe recaer, de forma exclusiva, en el Ayuntamiento consultante.

CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN

Dictamen 66/2015

Sobre la reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del mal funcionamiento del servicio en la organización de festejo taurino, de 14 de abril.

ANTECEDENTES

[...]

Segundo.- Por escrito de 7 de agosto de 2014, con registro de entrada de 8 de agosto de 2014 en la Diputación General de Aragón, “N” formuló reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de Pedrola por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del anormal funcionamiento de la Administración.

Dicha reclamación se funda en los siguientes hechos, según el relato de la reclamante:

El día 18 de agosto de 2013, su hijo “X”, de 16 años de edad, se encontraba en Pedrola con otros jóvenes, coincidiendo con las fiestas de San Roque en dicha localidad. Aproximadamente sobre las 9 horas, los jóvenes fueron sorprendidos por una vaquilla del espectáculo taurino programado por el Ayuntamiento, en el que no estaban participando, que había conseguido superar la valla metálica que delimitaba el circuito, corriendo sin control fuera del recorrido oficial hasta su abatimiento por los agentes de la autoridad.

“X” sufrió lesiones que precisaron intervención quirúrgica de urgencia

practicada en el Hospital Clínico Universitario “Lozano Blesa”, donde permaneció hasta el 21 de agosto de 2013. Se manifiesta que, en la actualidad la lesión no se encuentra estabilizada, previéndose el alta médica en breve, por estar pendientes de la retirada del material de osteosíntesis colocado en la intervención. Por ello, las lesiones están aún pendientes de cuantificación, al no haberse otorgado aún el alta médica.

Estima la reclamante que concurre la responsabilidad del Ayuntamiento, como organizador del festejo taurino, en el que fallaron los sistemas de seguridad necesarios para evitar situaciones como la descrita.

Designa como representante a la Letrada...

[...]

Cuarto.- Obra en el expediente diligencia de exposición de hechos obrante en el atestado de la Guardia Civil sobre “Escape de res en la localidad de Pedrola”, el 18 de agosto de 2013, en que se hace constar:

«La patrulla...en servicio de orden público por espectáculo taurino en la localidad de Pedrola (Z), siendo las

09:00 horas percibe agitación del público que corre en varias direcciones gritando. La patrulla requiere información de uno de los vecinos el cual avisa de que una de las vaquillas ha superado la valla metálica y ha escapado al recorrido, circulando por las calles. Inmediatamente los agentes se encaminan en dirección de escape del animal, advirtiendo a toda persona que se encontraban por las calles para que tomaran precaución.

Se sabe por declaraciones de los allí presentes, que el animal, en un embiste, ha fracturado el cierre de una de las puertas metálicas del circuito (plaza España), provocando su caída y lesiones leves a uno de los espectadores que se hallaba tras la valla y otras de igual magnitud, a otro vecino que se cruzaba en la trayectoria. Ambos son evacuados por las ambulancias, se desconocen aún alcance real de los hechos, ni filiación de los agraviados»

El animal fuera de control fue abatido finalmente por tres disparos, lejos del núcleo de población.

[...]

Octavo.- Por providencia de 9 de diciembre de 2014 el Instructor del procedimiento incorpora al expediente Sentencia 244/2014, de 5 de diciembre, del Juzgado Contencioso-administrativo número 3 de Zaragoza, cuyo objeto guarda relación con el mismo, al referirse a otra acometida de la misma vaquilla el mismo día, siendo idénticos los argumentos de la Aseguradora que recurre en ambos procedimientos.

Dicha Sentencia resuelve el recurso interpuesto por Patria Hispana S.A., S.R. frente al Decreto de la Alcaldía de Pedrola de 7 de mayo de 2014 por el que se desestimó la propuesta de llamar al procedimiento al Arquitecto..., se declara la responsabilidad del Ayuntamiento y se establece que la indemnización debe ser satisfecha por la Compañía de seguros. La Sentencia entiende que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 145 de la ley 30/1992, para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente la indemnización y si los hechos son imputables al Ayuntamiento, cuyo Arquitecto es personal a su servicio, es indiferente a estos efectos que pudiera existir una actuación indebida del Arquitecto, pues otra cosa sería tanto como pretender reclamar en vía de regreso frente al propio Ayuntamiento asegurado.

[...]

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I

[...]

III

En relación con las cuestiones formales, la reclamación ha sido presentada por la madre del menor accidentado, como su representante legal, y ha sido planteada dentro del plazo de un año desde el hecho causante de los daños, conforme a lo establecido en los artículos 142.5 de la Ley 30/1992 y 4.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En cuanto al procedimiento tramitado, se han practicado los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales debe resolverse, incluida la audiencia dada a los interesados.

Por el Letrado de la Compañía aseguradora se ha solicitado la llamada al procedimiento del Arquitecto al servicio del Ayuntamiento, por estimar pudiera existir alguna responsabilidad del mismo respecto de la seguridad de la valla del festejo, pero, como resolvió la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo ya citada, no es exigible dicha comparecencia en este procedimiento, puesto que lo que en él se trata de decidir es si concurren las circunstancias que determinen la responsabilidad del Ayuntamiento ante la reclamación formulada por un particular por los daños sufridos por el funcionamiento anormal del servicio, responsabilidad exigible directamente a la Administración pública correspondiente, incluso en el supuesto del artículo 145 de la Ley 30/1992.

IV

En relación con el fondo del asunto planteado, de las actuaciones resulta acreditado que “X” sufrió un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, como consecuencia de la embestida de una vaquilla cuando deambulaba por una vía pública del municipio de Pedrola.

En cuanto a la existencia de nexo causal, en una relación directa de causa a efecto, en materia de incidentes ocurridos con motivo de la celebración de festejos taurinos populares, existe una consolidada

doctrina jurisprudencial que distingue entre quienes asisten a los mismos como participantes, que asumen voluntariamente los posibles riesgos que puedan producirse, y aquellos que lo hacen como meros espectadores.

En el presente caso, ni siquiera se daba la condición de espectador, puesto que el joven lesionado fue acometido por la vaquilla cuando se encontraba en una vía pública del municipio, ajeno al desarrollo del festejo que se estaba celebrando. Dicha vaquilla, que había superado la valla metálica que cercaba el recinto del festejo, creó un claro peligro para los vecinos y viandantes, como constata el atestado de la Guardia civil y el hecho de haber existido varias personas lesionadas. Todo ello supone que no se habían adoptado las medidas de seguridad suficientes para garantizar la circulación de las personas por la vía pública, siendo responsable de todo ello el Ayuntamiento, en virtud de sus competencias propias en materia de seguridad en los lugares públicos (artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril) y como responsable de la organización de los festejos.

Al respecto es de recordar que, como el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de decir en más de un ocasión, la Administración asume la responsabilidad de los riesgos por ella creados. Así, las STS de 25 mayo de 1999 y de 13 de septiembre de 1991, que cita otras anteriores, declaran: *“Un Ayuntamiento puede organizar una feria, reglamentando y autorizando, en su competencia municipal esencial e indeclinable de policía de seguridad en este tipo de festejos, instalaciones que necesariamente implican un alto porcentaje de riesgo, que la*

Administración municipal asume por entender que ello es necesario para mantener una determinada tradición popular, pero estas razones no le eximen en ningún caso de asumir también una eventual responsabilidad por los daños que puedan derivarse de esa actividad que organiza y patrocina” (cfr. SSTs de 18 de diciembre de 1986 y 27 de mayo y 24 de noviembre de 1987).

El hecho determinante del daño se produjo al resultar insuficientes las medidas de seguridad adoptadas, lo que conlleva la existencia de nexo causal entre las lesiones sufridas por el reclamante y un funcionamiento anormal del servicio público.

[...]

Por cuanto antecede, el Consejo Consultivo de Aragón formula el siguiente DICTAMEN:

Que, de conformidad con la propuesta de resolución del Ayuntamiento de Pedrola, procede estimar la solicitud de responsabilidad patrimonial formulada por “N” en nombre y representación de su hijo “X”, reconociéndole una indemnización por importe de 24.071,25 euros por los daños sufridos como consecuencia de la acometida de una vaquilla en la vía pública.

CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN

Dictamen 76/2015

Sobre la reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de daños por cogida durante las vaquillas organizadas en la Plaza de Toros de Zaragoza, durante las Fiestas del Pilar, de 14 de abril.

[...]

Segundo.- Por escrito de 5 de octubre de 2013, con registro de entrada de 10 de octubre de 2013 en la Diputación General de Aragón, el representante de “X” formuló reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de Zaragoza por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del anormal funcionamiento de la Administración. Dicha reclamación se funda en los siguientes hechos, según el relato del reclamante:

Durante la suelta de vaquillas el día 15 de octubre de 2010, en la Plaza de Toros de Zaragoza, el interesado, cuando se encontraba subido en una protección de madera situada en el centro de la plaza, a la que había ascendido, fue embestido por una vaquilla, lanzándolo al aire, quedando inconsciente en el albero, donde continuó corneándole la vaquilla hasta que otros participantes consiguieron alejar al animal. Siendo atendido por la Cruz Roja y trasladado al Hospital Miguel Servet en una ambulancia de soporte vital avanzado.

Como consecuencia de dicha grave cogida, el interesado sufrió diversos trauma-

tismos, siendo intervenido quirúrgicamente, quedando con graves secuelas. Se enumeran los diversos informes médicos correspondientes a las actuaciones practicadas.

Los daños sufridos se evalúan en la cantidad total de 94.220,71 euros, correspondientes a los días de incapacidad (17.982,6) y las secuelas por daños fisiológicos y estéticos (72.047,66 + 4.190,45), adjuntándose informe pericial de valoración de los mismos del Dr. ..., de 14 de abril de 2012.

El reclamante estima que existió negligencia en los sistemas de seguridad en la organización de las vaquillas, por lo que considera existe responsabilidad patrimonial de la Administración y debe indemnizarse en la cantidad reclamada.

Tercero.- Con anterioridad a la presentación de la reclamación al Ayuntamiento de Zaragoza, se habían producido las siguientes actuaciones:

1. El reclamante dirigió inicialmente su pretensión a la Diputación Provincial de Zaragoza en 29 de septiembre de 2011. Por Decreto 3232/2011 de la Presidencia de la Diputación de 10 de octubre de

2011 se resolvió no admitir a trámite la reclamación por tratarse las vaquillas de un evento incluido en el programa de las Fiestas del Pilar, organizado por el Ayuntamiento de Zaragoza, careciendo la Corporación Provincial de nexo de unión alguno respecto de la actividad de vaquillas en que se produjo el hecho lesivo, sin que de la titularidad patrimonial de la Plaza de Toros pudiera derivarse responsabilidad alguna. Por ello, se entendió que la reclamación debiera dirigirse al Ayuntamiento de Zaragoza o, en su caso, ante “Taurodelta, S.A.”, concesionaria de la plaza.

Dicha resolución se notificó al reclamante el 20 de octubre de 2011, mediante correo certificado con acuse de recibo, dándole conocimiento de los recursos que podían interponerse contra dicha resolución, sin que fuera planteado recurso alguno.

2. Por escrito de 5 de octubre de 2012, presentado en el Registro de la Diputación General de Aragón el 11 de octubre, el interesado reiteró su reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Diputación Provincial de Zaragoza, con los mismos fundamentos de hecho, haciéndola extensiva a la sociedad “Taurodelta, S.A.”, así como a la responsable civil a través del seguro taurino.

La indemnización solicitada se valoraba en la cantidad total de 94.220,71 euros. Para fundarla se adjuntaba informe pericial del Dr. ..., de 14 de abril de 2012, que consideraba que en esa fecha existía una estabilización lesional con secuelas de tipo permanente.

Por la Diputación Provincial se consideró extemporánea la reiteración de dicha reclamación, pues el Decreto de 10 de

octubre de 2011, desestimatorio de la presentada inicialmente, había adquirido firmeza.

[...]

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

[...]

III

A la vista de los antecedentes reseñados anteriormente, es de importancia primordial examinar si la reclamación sometida a nuestro dictamen ha sido presentada dentro del plazo previsto legalmente.

El artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, dispone al respecto: *“En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*.

En el presente caso, se produjo una primera reclamación en 29 de septiembre de 2011, dentro del plazo del año desde la producción del daño, ante la Diputación Provincial de Zaragoza, que fue desestimada por resolución de 10 de octubre de 2011. Esa reclamación se reiteró en 11 de octubre de 2012 ante la misma Diputación provincial, que la consideró extemporánea ya que la resolución anterior, no recurrida, había devenido firme.

Por tanto, aunque pudiera estimarse que la primera reclamación planteada había interrumpido el plazo de prescripción hasta su resolución, no cabe otorgar los

mismos efectos a una segunda reclamación ante la misma Administración, cuando el interesado no ha recurrido contra la desestimación de su reclamación inicial y es concedor de la Administración a quien debiera dirigirse. Por ello, hay que considerar que, cuando se presenta la reclamación ante el Ayuntamiento de Zaragoza en octubre de 2013, ha transcurrido en exceso el plazo del año, lo que lleva consigo la prescripción del derecho a reclamar.

Tampoco puede alegarse en contra de la prescripción, que no hubiera transcurrido el plazo de un año desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En el dictamen pericial médico de fecha 14 de abril de 2012 que se adjunta por el reclamante, tanto con la segunda reclamación ante la Diputación Provincial en octubre de 2012, como con la posteriormente formulada ante el Ayuntamiento de Zaragoza en octubre de 2013, se manifiesta que *“en la actualidad hay estabilización lesional con secuelas de tipo permanente”*, y el cálculo de la valoración de los daños (94.220,71 euros) se mantiene inalterable en ambas reclamaciones. Por ello hay que entender que, existiendo ya una estabilización de las lesiones y una determinación del alcance de las secuelas en abril de 2012, también desde este punto de vista ha prescrito el derecho a reclamar.

Todo ello obliga a informar desfavorablemente la reclamación de indemnización solicitada.

IV

Aun ya expresado el sentido de nuestro dictamen, los graves daños sufridos por el reclamante motivan efectuar alguna

consideración sobre el fondo del asunto planteado.

La responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho del particular a ser indemnizado requieren que exista un daño real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o un grupo de personas, conforme dispone el artículo 139.2 de la Ley 30/1992. En el presente caso, es evidente que esos daños se produjeron.

Pero también se exige exista un nexo causal entre los efectos lesivos y el origen del daño, que pudiera determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos.

En el presente caso, por el propio reclamante se ha descrito lo sucedido en los siguientes términos: se encontraba subido *“en tarima de madera, de una altura de metro y medio, en el centro de la plaza, como sistema de defensa para no ser embestido por los astados, estando en ese momento la plataforma con gran número de corredores, puesto que dicha vaquilla estaba produciendo gran número de embestidas a los participantes; y, en una de las ocasiones, el astado saltó a la plataforma, por el número de gente que había en la misma, hubo una estampida en el momento que “X” fue embestido por la vaquilla...”*.

Y, ante esos hechos, se formula la siguiente evaluación: *«el funcionamiento anormal de la Administración..., como organizadora del evento, consiste en la colocación de una defensa de protección para los corredores de la plaza, para que se protejan de posibles cornadas de los astados..., más que una seguridad para los corredores, contribuye a incrementar el riesgo...»*.

Pues bien, en materia de festejos taurinos populares, existe una consolidada doctrina jurisprudencial que distingue entre quienes asisten a los mismos como participantes, que asumen voluntariamente los posibles riesgos que puedan producirse, y aquellos que lo hacen como meros espectadores. Y que la intervención voluntaria del participante en tales festejos determina la ruptura del nexo causal.

En este desgraciado suceso, es evidente que el reclamante asumió los riesgos de participar en el festejo, puesto que, pudiendo haberlo presenciado como espectador desde los tendidos, palcos o pisos superiores de la Plaza de Toros, prefirió situarse dentro del ruedo donde se daba suelta a las vaquillas, donde la tarima existente formaba parte del juego con las reses, como demuestra que el propio reclamante explica que había en ella gran número de corredores y que era una defensa de protección para los corredores de la plaza. Asumiendo así el riesgo de ser embestido por una vaquilla, que, como es de todos conocido, puede salvar la altura de la tarima, particularmente cuando se mueve con velocidad, como ocurre en muchas ocasiones y sucedió en la ocasión que nos ocupa, con las lamentables consecuencias acaecidas.

En ese sentido, la STS de 22 de octubre de 2010 señala que *«ha de partirse del*

dato de estarse ante un festejo municipal de naturaleza taurina, en cuya realización intervienen las personas que desean hacerlo, de tal manera que quienes quieren, pueden arrojar al paso de los animales y ayudar a otros ciudadanos a conducir las reses por las calles del pueblo, mientras que si eso no se desea hacerlo, nada impide ver el espectáculo desde la barrera o las instalaciones colocadas el efecto...La responsabilidad de los hechos solo se pueden imputar al propio lesionado, quien asumió de manera totalmente voluntaria las consecuencias de su actuar, sin que en los mismos tenga la más mínima relevancia la actuación de las administraciones demandadas, ya que sólo el comportamiento del administrado determinó las consecuencias perjudiciales padecidas, lo que conduce a entender que la relación entre el actuar administrativo y el resultado dañoso quedó rota por el proceder del perjudicado, a quien no le es dado imputar a tercero las consecuencias de su actuar libremente asumido».

Por cuanto antecede, el Consejo Consultivo de Aragón formula el siguiente DICTAMEN:

Que, de conformidad con la propuesta de resolución del Ayuntamiento de Zaragoza, procede desestimar la solicitud de responsabilidad patrimonial formulada en nombre y representación de “X”.

Referencias Bibliográficas

RECENSIÓN

Orlando TRIGUERO ORTIZ, «*El Consejo de Estado y los Órganos Consultivos autonómicos*». Universidad Rey Juan Carlos-Dykinson. Madrid, 2014, 298 págs.

Los últimos tiempos no han sido, claramente, los más propicios para los Órganos Consultivos en nuestro país. Es probable que a la publicación de esta recensión tengamos entre nosotros dos Consejos Consultivos menos, el de Extremadura y el de la Comunidad de Madrid.

A veces, de los discursos de ciertos representantes públicos da la impresión que los causantes de la última crisis económica y, de manera especial, del abultadísimo déficit del conjunto del Sector Público español sean los magros presupuestos de los Consejos Consultivos. La supresión de algunos de estos órganos demostrará, sin duda, la falacia de un argumentario basado en la demagogia, cuando no en la ignorancia más absoluta de quien lo postula.

El libro de Orlando TRIGUERO viene introducido por un prólogo firmado por el director de la tesis doctoral que está en el sustrato de esta publicación, el catedrático José Manuel VERA SANTOS. El prólogo, firmado en febrero de 2014, adquiere una desgraciada actualidad a finales de 2015. Leemos expresiones como «*lo que deploro es que el desconocimiento o, lo que es peor, la política mal entendida, arrase con las instituciones*». Su contenido, aunque breve, constituye una reflexión de gran interés sobre los órganos consultivos y su relación con el Derecho Constitucional, especialmente frente a quienes consideran que estas instituciones responden a impulsos políticos coyunturales.

En el fondo, el debate político y social que algunos sitúan malintencionadamente en el ámbito del gasto superfluo con argumentos como las duplicidades, retiros dorados, ineficacia... debe situarse en el coste de lo que Vera Santos llama «un sistema al servicio de los ciudadanos» en el que las instituciones clásicas, y entre ellas el Consejo de Estado o los Consejos Consultivos, conforman una «orquesta» que ha permitido la construcción de este sistema. Los Consejos Consultivos, la función consultiva, aparecen como un medio que facilita la actuación del principio de legalidad en la actividad de la Administración y, al mismo tiempo, constituye un mecanismo de tutela de los derechos de los administrados. Todo ello desde una posición de *auctoritas* –jurídica en este caso–.

Sin duda quienes hoy arremeten sin piedad contra las Instituciones consultivas desconocen que su moderna configuración se sitúa en el mismo nacimiento de la moderna Administración Pública, en el período napoleónico, como señala TRIGUERO en la introducción *«bajo los principios de eficacia y jerarquía, resultando el Consejo de Estado a modo de síntesis del modelo del Antiguo Régimen y el de la Revolución, a partir de la distinción entre función activa, deliberante y consultiva»*.

Por tanto, la función consultiva constituye una referencia ineludible en nuestro modelo administrativo, y así se pone de relieve en nuestro entorno, donde hay órganos especializados en función consultiva en Francia, Italia, Grecia, Bélgica, Países Bajos o Luxemburgo, entre otros países.

Desde esta perspectiva también se afirma en la introducción que el Consejo de Estado constituye un *«mirador privilegiado desde el que observar las distintas variaciones políticas de nuestra reciente historia constitucional»*. Si bien, en las páginas de este libro no se contiene *in extenso* este análisis histórico, sí que hay algunas referencias bibliográficas al respecto.

El trabajo arranca con el estudio de la dimensión constitucional del Consejo de Estado. En concreto con el artículo 107 de la Carta Magna y su proceso de elaboración durante la tramitación parlamentaria de la Constitución, del que se da una muy cumplida referencia. También se aborda el análisis del apartado b) del artículo 153 de nuestra Ley Fundamental, la otra referencia al Consejo de Estado que se contiene en el texto constitucional.

A continuación se analiza la normativa infraconstitucional que afecta al Consejo de Estado, singularmente la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, incidiendo de manera amplia en su tramitación parlamentaria. Este primer capítulo concluye con una breve referencia al Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio. Asimismo, se relacionan todas las normas que, al momento de publicarse la obra, regulaban los órganos investidos de función consultiva en las distintas Comunidades Autónomas.

El segundo capítulo, el más extenso, lleva por rúbrica *«Naturaleza jurídica y función consultiva del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos autonómicos»* y se estructura en cuatro grandes bloques, los dos primeros, en cierta manera simétricos. El primero centrado en el Consejo de Estado y el segundo en los Consejos Consultivos. El tercero analiza la función consultiva y, de manera especial la Ley Orgánica 3/2004. El cuarto bloque analiza el carácter autónomo de los órganos consultivos.

Partiendo de la caracterización del Consejo de Estado como una institución histórica y constitucional, con competencia consultiva que tiene encomendadas distintas potestades, el autor se adentra en una reflexión sobre la condición de *«órgano de relevancia constitucional»*. Precisamente la afirmación de esta condición permite al autor concluir la inconstitucionalidad de una disposición, incluso si fuera la propia Ley Orgánica del Consejo de Estado, que eventualmente alterase la función

consultiva que tiene encomendada este Supremo Órgano. De nuevo, se trata de un razonamiento de notable actualidad.

También en este capítulo se aborda el carácter auxiliar del Consejo de Estado y las implicaciones que conlleva el hecho de ser el supremo órgano consultivo del Gobierno. No falta un excursus jurisprudencial sobre esta materia, principalmente de sentencias del Tribunal Constitucional, donde se presta especial atención a la conocida sentencia 204/1992, de 26 de noviembre.

Este segundo bloque repite en cierta manera el esquema de la primera parte pero enfocando el análisis en los Consejos Consultivos autonómicos. Se define la naturaleza jurídica de estos órganos, se distingue entre aquellos que son estatutarios y aquellos que son de desarrollo estatutario y se aborda la evolución doctrinal y jurisprudencial de este debate, pues los tribunales y la doctrina han asumido unánimemente que estos Consejos no comparten con el Consejo de Estado la relevancia constitucional.

De este estudio sobre la naturaleza jurídica, el autor pasa a analizar el carácter auxiliar y consultivo de estos Consejos autonómicos y, como es evidente, pone de relieve la importancia de estos Consejos a la hora de ejercer el control de estatutoriedad de la actividad de la Administración autonómica, de tal suerte que su creación fortalece el sistema de garantías jurídicas en los ordenamientos autonómicos. Y el autor va más allá, al afirmar que *«la justificación última de dichos órganos consultivos radica en la confluencia de valores y principios constitucionales esenciales del ordenamiento constitucional, que surgen como expresión del pluralismo territorial al servicio de los principios de autonomía, constitucionalidad, legalidad y de seguridad jurídica»*.

El último apartado de este bloque, en coherencia con la estructura anunciada, expone los requisitos que la jurisprudencia constitucional, e incluso el propio Consejo de Estado a través de sus Memorias, ha establecido en relación a la configuración de los Consejos Consultivos autonómicos en relación a cuestiones tales como la independencia orgánica, la colegialidad o la cualificación.

La tercera parte de este segundo capítulo contiene un prolijo análisis de la función consultiva que desarrollan el Consejo de Estado y los Consejos Consultivos, esto son, los asuntos sobre los que el ordenamiento les encomienda la función de asesorar y la trascendencia jurídica que se proyecta sobre la misma configuración de la función consultiva. En esta línea, el capítulo concluye con una amplia referencia al debate doctrinal suscitado por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, habida cuenta de los cambios que introdujo al dotar al Consejo de Estado de la potestad de proponer textos legislativos o reformas constitucionales, entre otras funciones. Unos cambios que, a juicio de TRIGUERO, refuerzan la competencia consultiva del Consejo de Estado.

El último apartado de este capítulo aborda la autonomía orgánica y funcional del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos respecto de la Administración activa, lo que lleva al autor a analizar las reglas de organización de estas Instituciones, especialmente en lo que a la emisión de dictámenes se refiere, por ser esta la actividad central de estos supremos órganos. Para ello se analizan en primer lugar, singularmente en relación con los Consejos Consultivos, los distintos expedientes sobre los que procede la emisión de dictamen, identificando disparidades y similitudes. En segundo lugar, el autor menciona de manera breve la articulación normativa, en cada caso, de la autonomía orgánica y funcional de los distintos Consejos Consultivos autonómicos.

El tercer capítulo del libro se centra en la autonomía orgánica de los órganos estudiados entendida como la autonomía de las personas que componen dichas instituciones. Centrada la cuestión en la independencia e inamovilidad como principios básicos, se expone con detalle el régimen jurídico de los miembros del Consejo de Estado: Presidente y Consejeros –de las distintas clases–; y también del Secretario General, de los Letrados y del personal administrativo del Supremo Órgano. Seguidamente, y siguiendo la estructura de otras partes de la obra, se analiza el régimen jurídico de independencia e inamovilidad –incluyendo la designación, retribuciones, incompatibilidades, etc.–, en este caso exclusivamente de los miembros de los Consejos Consultivos de cada Comunidad Autónoma, sin entrar en el estudio de la situación de sus Letrados o resto del personal.

El libro concluye con un capítulo dedicado a la autonomía funcional, lo que implica necesariamente una amplia reflexión sobre el contenido de la función consultiva. Una función que se aborda desde una perspectiva estricta, esto es, como una función netamente asesora en ciertos expedientes velando por el respeto a la legalidad constitucional. Pero también desde una óptica *lato sensu*, que si bien es defendida por una parte de la doctrina, el autor cuestiona alguno de sus perfiles y solo en la medida en que puedan reconducirse a su naturaleza consultiva. Desde esta visión de la función consultiva, en las páginas del libro se describen las funciones de control de la acción administrativa, la función de asesoramiento en los asuntos de Gobierno, la función de promoción de la evolución del Derecho a través de su interpretación y, por último, la función de garantía tanto respecto de la vigencia del Ordenamiento jurídico como de la participación de los interesados en los procedimientos que son sometidos al estudio del Consejo de Estado.

En relación con esta cuestión, al analizar la función consultiva en los Consejos Consultivos, el autor establece tres clases de órganos a partir de las funciones que se les atribuyen en sus respectivas normas reguladoras. Así, acota la existencia de órganos a los que se atribuye exclusivamente funciones relacionadas con procesos legislativos y constitucionales; órganos con funciones sobre legalidad ordinaria, reglamentaria y administrativa; y un tercer grupo de Consejos que combinan los dos modelos precedentes.

Tras la identificación genérica de la función consultiva, se realiza un estudio de las principales manifestaciones de esta en el ámbito del Consejo de Estado: dictámenes, informes y estudios, memorias y propuestas o mociones, analizando en cada caso los rasgos definitorios de estos documentos y los supuestos en los que se realizan.

Por último, el autor expone las conclusiones de su investigación en las que se incluyen propuestas *de lege ferenda* que persiguen mejorar la visión que tiene la ciudadanía de la Administración Pública, además de conseguir una Administración más eficaz, objetiva y eficiente.

El libro de Orlando TRIGUERO es una obra fundamental para entender buena parte de la situación actual de la función consultiva en nuestro país, y especialmente, para conocer qué es a principios del siglo XXI la función consultiva, y lo que quizás es más importante, cuál es el papel que deben desarrollar el Consejo de Estado y los Consejos Consultivos en un Estado Social y Democrático de Derecho con un elevado grado de descentralización. En estas páginas se analizan los elementos configuradores de una actividad pública y de unas instituciones que, a pesar de las amenazas que se ciernen sobre ellas, están llamadas a seguir desplegando una actividad fundamental en defensa de la legalidad y de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Este libro actualiza y complementa otras obras clásicas y, sin duda, su lectura hubiera evitado más de un desliz a algunos representantes políticos, tertulianos, e incluso, responsables administrativos.

Fernando García Mengual
Secretario General del Consell Jurídic
Consultiu de la Comunitat Valenciana

Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO DE 2015 (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA), RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 898/2015¹

EXTRACTO: *La Sentencia se pronuncia en relación con un supuesto en el que mediante Decisión de la Comisión de la Unión Europea de 20/12/2001, se ordenó a España recuperar las reducciones disfrutadas en la base imponible del Impuesto de Sociedades por determinadas empresas de Guipúzcoa, por lo que el Director General de Hacienda del País Vasco procedió de plano (sin conceder trámite de audiencia) a exigir su devolución a tales empresas, y esa resolución de reintegro fue impugnada por una empresa interesada por entender que era necesaria previamente la aprobación de un procedimiento específico interno, así como porque no se le había dado audiencia previa para poder alegar, en su caso, que tenía derecho a otras compensaciones compatibles con el D. Comunitario.*

En esta Sentencia se declara, en síntesis, que:

1º) La recuperación no es una sanción, sino la consecuencia de la ilegalidad de la ayuda.

2º) En la Unión Europea no existe un procedimiento específico para la ejecución de las Decisiones de la Comisión, sino que corresponde a las autoridades nacionales diseñar ese procedimiento, con la única condición de que se garantice la ejecución inmediata, lo que descarta los procedimientos que puedan hacer imposible o excesivamente difícil la recuperación. No obstante, se advierte que el TS puede fijar las condiciones mínimas de ese procedimiento.

3º) Siempre que se garantice la ejecución inmediata, ese procedimiento puede ser el que regula la ayuda, pero también cualquier otro procedimiento distinto (y hasta atípico).

* Selección a cargo de Pablo J. Collado Beneyto. Abogado de la Generalitat Valenciana y Jefe del Servicio de Coordinación y Documentación del Consell Jurídic Consultiu de la Generalitat Valenciana.

¹ Ponente: Excmo Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó.

4º) El crédito contra los beneficiarios no nace de la declaración de nulidad, ni de lesividad del acto de otorgamiento, ni tampoco el resultado de actuaciones comprobadoras o inspectoras, sino de un imperativo comunitario de eficacia directa para el reintegro de ayudas que no requiere ser recepcionado y adaptado a sus procedimientos y figuras procedimentales arquetípicas y estandarizadas.

5º) Por exigencia de la Carta de Derechos Fundamentales, así como del D. Interno, resulta necesaria la previa concesión del trámite de audiencia antes de proceder al reintegro, puesto que de lo contrario se le podría producir indefensión, dado que conforme a la STJUE 28/7/2011, en la primera fase la Comisión no realiza un análisis de la ayuda recibida por una determinada empresa, sino un análisis global del sistema de ayudas, y sólo en la segunda fase, la de recuperación, se procede a comprobar si individualmente considerada alguna ayuda no debiera ser devuelta, al menos en parte, porque el beneficiario tenía derecho a otras compensaciones compatibles con el ordenamiento, lo que debe permitirse que se pueda alegar por el interesado, porque de lo contrario se le produciría indefensión.

[...]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Por la Procuradora de los Tribunales D^a Nuria Munar Serrano, en nombre y representación de YEREGUI DESARROLLO S.L., se ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de 5 de febrero de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso nº 191/2010 sobre recuperación de Ayudas de Estado en relación con el Impuesto sobre Sociedades.

La sentencia impugnada desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de YEREGUI DESARROLLO, S.L., contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Foral de Guipúzcoa de 17 de diciembre de 2009, que desestimó la reclamación económico-administrativa nº 2009/0591 deducida contra la resolución del Director General de Hacienda número 74/2009, de 17 de septiembre, que confirmó la resolución 59/2008, de 17 de diciembre, del mismo órgano, dictada en ejecución de la decisión de la Comisión de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2001, por la que se ordenaba recuperar las cantidades disfrutadas a cuenta de la aplicación de la reducción de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, previstas en el artículo. 14 de la Norma Foral 11/1993, de 26 de junio, con comunicación de liquidaciones resultantes por los ejercicios de 1994 a 2001, por importe total de 44.854.625,60 euros.

SEGUNDO

Los motivos de casación en que se funda el recurso son los siguientes:

1º) Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA: Infracción, por la liquidación de plano del reintegro de las ayudas, del artículo 14.3 del Reglamento/CE, 659/1999 y de la Decisión de la Comisión (2001) 1759; y, en relación con ello, de los artículos 35 y 62.1.e) de la LRJAP, de los artículos 105 y 24 de la Constitución y del artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

2º) Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA: Infracción, por omisión del trámite de audiencia, del artículo 84 de la LRJAP, en relación con el artículo 24 CE, y del artículo 41.2.a) de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

TERCERO

La recurrente presenta el primer motivo de casación recordando que la sentencia objeto de este recurso de casación tiene su origen en la Resolución 59/2008, de 6 de septiembre, sobre ejecución de la Decisión de la Comisión C (2001) 4475, de 20 de diciembre, relativa al régimen de ayudas estatales aplicadas por España en 1993 a favor de algunas empresas de reciente creación en Guipúzcoa (España), en relación con la entidad YEREGUI DESARROLLO S.L.

A. Para la mejor comprensión de este primer motivo por el que se recurre la sentencia, la recurrente enuncia brevemente los antecedentes de hecho:

1º) YEREGUI DESARROLLO, S.L, fue beneficiaria del régimen de ayudas previsto para empresas de reciente creación en el artículo 14 de la Norma Foral 11/1993, de 26 de junio, de medidas urgentes de apoyo a la inversión e impulso a la actividad.

2º) De conformidad con esta norma, la citada entidad aplicó una reducción de la base imponible del Impuesto de Sociedades en las liquidaciones correspondientes a los ejercicios 1994 a 2001, cuyo montante total asciende a 45.610.319,72 euros.

3º) La Comisión Europea, por Decisión de 20 de diciembre de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a favor de empresas de nueva creación en Guipúzcoa, declaró que *«la ayuda estatal, en forma de reducción de la base imponible, ilegalmente ejecutada por España en el Territorio Histórico de Guipúzcoa, en infracción del apartado 3 del artículo 88 del Tratado, por medio del artículo 14 de la Norma Foral 18/1993, de 5 de julio, es incompatible con el mercado común»*. Otras dos decisiones del mismo día contenían idénticos pronunciamientos en relación a las ayudas otorgadas en Vizcaya y Álava.

La Decisión conmina al Reino de España a *«adoptar todas las medidas necesarias para obtener de sus beneficiarios la recuperación de las ayudas»*, debiendo informar a la Comisión sobre estas medidas en un plazo de dos meses.

4º) La Diputación Foral de Guipúzcoa no adoptó, sin embargo, las medidas necesarias para la recuperación de las ayudas en un horizonte temporal de cinco años,

como tampoco lo hicieron las Diputaciones Forales de Álava y de Vizcaya –igualmente obligadas a devolver las ayudas ilegales– ni, por supuesto, notificó medida alguna a la Comisión.

5º) En 2007, Bruselas incoó un procedimiento de infracción contra España, interponiendo una demanda ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-177/06), que dio lugar a la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2007, por la que se declaró la existencia de incumplimiento por el Reino de España en la ejecución de las decisiones de la Comisión de 20 de diciembre de 2001, relativas al régimen de ayudas ejecutado por España en relación a algunas empresas de reciente creación en Guipúzcoa, Vizcaya y Álava. Sólo entonces las Diputaciones decidieron iniciar acciones de recuperación de las ayudas declaradas ilegales.

6º) Para la recuperación de estas ayudas, las Diputaciones disponían de distintos procedimientos de carácter tributario, tales como el de inspección o el de comprobación tributaria, dado que en nuestro ordenamiento jurídico no se había previsto todavía un procedimiento específico para recuperar ayudas ilegales de carácter fiscal. Sólo para el caso de las subvenciones se contemplaba el procedimiento aplicable para su reintegro: el artículo 37.1.h) de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, establece la aplicación del procedimiento de reintegro, regulado en su artículo 42, para *«la adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro»*.

7º) La Diputación Foral de Guipúzcoa obvió, sin embargo, todo procedimiento; la Resolución de la Diputación de ejecución de la Decisión, siete años después de liquidado el Impuesto de Sociedades, procedía, de plano, a exigir el reintegro de las exenciones aplicadas en los ejercicios 1994-2001.

8º) La Resolución de la Diputación de ejecución de la Decisión motivó la inaplicación de un procedimiento previo de carácter tributario basada en un presunto carácter ejecutivo de la *«Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2001, en conexión con la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-177/06»*, afirmando que, *«dado que la obligación de recuperación no se deriva de la aplicación de la normativa fiscal, sino del cumplimiento de la Decisión de la Comisión mencionada, las normas de procedimiento de Derecho interno aplicables a la ejecución de la presente Resolución son las contenidas en la Norma Foral 4/2007, de 27 de marzo, de Régimen Financiero y Presupuestario de Guipúzcoa»*, que regula la recaudación en periodo ejecutivo de los derechos tributarios de la Hacienda Foral de Guipúzcoa.

9º) Las alegaciones de la recurrente de que la Decisión de la Comisión no constituye un título de carácter ejecutivo y de que el Derecho Interno no admite esta actuación de plano para la adopción de un acto desfavorable o restrictivo de derechos fueron desestimadas. La Resolución del Tribunal Económico Administrativo Foral (TEAF), de 17 de diciembre de 2009, decía que *«no puede apreciarse que un acto se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido cuando no existe un procedimiento al efecto, pues tal supuesto se refiere,*

como la jurisprudencia ha señalado, a casos en los que se emplea un procedimiento distinto al previsto en la normativa para tal situación, o cuando en el procedimiento llevado a cabo se observa la ausencia de trámites que se consideran de tal relevancia que su falta hace irreconocible al procedimiento empleado. Por tanto, no existiendo un procedimiento expreso para estos supuestos, no puede decirse que se ha prescindido del procedimiento aplicable».

10º) La sentencia aquí recurrida confirmó la Resolución del TEAF de 17 de diciembre de 2009.

B. Después de la presentación del motivo de la recurrente se refiere a la infracción de las normas citadas, por no haber seguido la Diputación Foral de Guipúzcoa procedimiento alguno para el reintegro de las ayudas otorgadas en los periodos 1994 a 2001.

El fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida reconoce la falta de tramitación de un procedimiento previo a la liquidación, pero lo hace mediante un circunloquio con el que se pretende calificar a la propia resolución como un “procedimiento atípico”, asimilable a un procedimiento ejecutivo:

«En este caso, la Diputación Foral ha acudido, con plena coherencia y acomodación a las exigencias del Derecho comunitario, a un procedimiento esquemático y atípico de garantías básicas (motivación, determinación de la cuantía y recursos) que es muy asimilable a los que las Administraciones internas siguen en vía ejecutiva con la que guarda un parangón indudable (...).»

Pero lo cierto, a juicio de la recurrente, es que no hubo procedimiento alguno.

La liquidación practicada a la recurrente no fue precedida de cauce formal o procedimental alguno: se hizo de plano. Como puso de manifiesto la parte en el procedimiento de recurso, la Resolución 59/2008, de 17 de diciembre, del Director General de Hacienda de la Diputación Foral, se dictó omitiendo cualquier trámite o derecho procedimental: desde la notificación del acuerdo de iniciación, al conocimiento de la identidad del órgano instructor y hasta el elemental derecho a la vista del expediente y a formular alegaciones en un trámite de audiencia.

Más en concreto, en la liquidación practicada a la recurrente que supone el reintegro de cantidades correspondientes a liquidaciones practicadas en los ejercicios 1994-2001, se omitieron las garantías procedimentales reconocidas con carácter general y básico en nuestro Derecho por el artículo 35, letras a), b) y e) de la LRJAP.

Se equivoca por ello la Sala de instancia cuando afirma que el procedimiento de reintegro aplicado por la Diputación foral fue “esquemático”; su calificación correcta es la de “inexistente”, dado que lo único que se conoce de él es su resolución, el acto administrativo finalizador. No existe ni acuerdo de incoación, ni audiencia, ni prueba ni propuesta de resolución. No existe, en definitiva, ningún procedimiento previo, pues éste se inicia y culmina con la resolución de la Diputación Foral,

con omisión de todo trámite previo y con la consiguiente conculcación de las garantías procedimentales expuestas.

C. Se refiere, a continuación, la recurrente a la infracción de las normas citadas por ausencia de un título ejecutivo que permitiese omitir todo procedimiento.

La sentencia recurrida elude pronunciarse con claridad sobre cuál es, en concreto, el título ejecutivo que sustenta la liquidación, pero de su argumentación se deduce que se trata de la propia Decisión de la Comisión y de una supuesta habilitación por el Derecho Comunitario, y más en concreto por el Reglamento (CE) 659/1999, del Consejo, relativo a las modalidades de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (actual artículo 108), para que los Estados miembros puedan llevar a cabo el reintegro de las ayudas declaradas ilegales por decisiones comunitarias sin seguir procedimiento alguno, ni europeo ni nacional. Con ello, da por válida la instrumentación de la resolución de la Diputación Foral como un título ejecutivo, que se desprende de su propia denominación [Ejecución de la Decisión de la Comisión C (2001) 4475, de 20 de diciembre de 2001, relativa al régimen de ayudas aplicado por España (...)] y se confirma en su “motivación”: únicamente esgrime, como ha quedado expuesto, la dictada Decisión y la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2007, que declaró el incumplimiento del Reino de España, como título para aplicar el procedimiento de ejecución previsto en la Norma Foral 4/2007.

Se trata ésta de una interpretación de la sentencia manifiestamente errónea, a juicio de la recurrente, en cuanto supone desconocer la naturaleza de las decisiones comunitarias dirigidas a los Estados miembros e ignora que es el propio Derecho Comunitario y, en concreto, el Reglamento citado, el que exige que los Estados miembros apliquen sus procedimientos internos para el reintegro de las ayudas.

Por lo que respecta a la falta de título ejecutivo, importa destacar que la ilegalidad de las ayudas fue declarada por una Decisión de la Comisión cuyo único destinatario era el Reino de España.

La Decisión no se dirige, por tanto, a las empresas ni resulta vinculante para éstas, limitándose a exigir que sea el Reino de España el que adopte las medidas necesarias para recuperar las ayudas.

No estamos, por consiguiente, ante una Decisión que pueda equipararse a un título directamente ejecutivo, como si sería en el caso de que tuviera como destinatarias a una o varias empresas si se tratase de una sentencia del TJUE dirigida igualmente a unas empresas singularizadas. Por ello, la recuperación de las ayudas ordenada por la Decisión al Reino de España únicamente puede llevarse a cabo siguiendo los procedimientos arbitrados en el Derecho Interno.

Tampoco puede deducirse la existencia de un “título ejecutivo”, como también parece argumentar la Sentencia, al referirse al “título del que surge el crédito contra los beneficiarios privados”.

D. Se ocupa después la recurrente de la infracción de las normas citadas, porque la Decisión de la Comisión y el Derecho comunitario exigen que se apliquen los procedimientos de derecho nacional para el reintegro.

El fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida pretende justificar la innecesidad de la aplicación de un procedimiento interno para la recuperación de las ayudas con el argumento de que es “*la normativa comunitaria primaria*” –en este caso constituida por el Reglamento (CE) 659/1999, del Consejo, relativo a las modalidades de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (actual artículo 108)–, «*la que establece los medios y la forma de proceder para obtenerla (la recuperación de las ayudas), con la aparente salvedad de que el Derecho comunitario no cierre del todo la opción por el procedimiento que debe aplicar el Estado miembro para ejecutar una decisión de recuperación, y sólo le exija el empleo del que permita la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Es decir, se deja en manos de las autoridades nacionales la selección del procedimiento con la única y esencial condición de que garantice la ejecución inmediata, lo que descarta los procedimientos que puedan dificultar o meramente dilaten en el tiempo la recuperación*».

La sentencia pretende presuponer, con ello, que el Reglamento (CE) 659/1999 regula directamente “los medios y la forma” de proceder al reintegro de la ayuda, pero sin “cerrar del todo” la posibilidad de que los Estados miembros “opten” por aplicar un procedimiento, con la condición de que éste permita una recuperación eficaz e inmediata de la ayuda.

Sin embargo, ello no es así –dice la recurrente– por dos razones elementales: (a) el Reglamento (CE) 659/1999 no contiene regulación alguna de los medios y la forma que deben aplicar los Estados miembros para recuperar las ayudas indebidas, porque se remite a los procedimientos nacionales; (b) el propio Reglamento comunitario no permite, sino que exige que los Estados miembros apliquen sus procedimientos internos para el reintegro de las ayudas, y así lo reitera la Decisión de la Comisión.

La jurisprudencia comunitaria corrobora, además, la necesidad de aplicar el procedimiento previsto en el Derecho interno de cada Estado miembro para proceder al reintegro de las ayudas declaradas indebidas por una decisión normativa comunitaria: STJUE de 14 de diciembre de 2006 (rec. C-485/2003); de 26 de junio de 2003 (rec. C-404/2000); de 26 de junio de 2003 (rec. C-404/2000), y de junio de 2000 (rec. C-404/97). Todas ellas coinciden en señalar que la falta de previsiones normativas comunitarias implica que se ha de utilizar el procedimiento previsto por el Derecho interno de cada Estado.

Esta jurisprudencia ha sido incorporada a la Comunicación de la Comisión «*Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles*» (2007/C 272/05, DOUE de 15 de noviembre de 2007).

La jurisprudencia y la Comisión europeas reconocen expresamente, por tanto, la necesidad de aplicar un procedimiento previsto en el Derecho interno para la recuperación de ayudas, con la condición de que no podrá ser menos favorable para la recuperación de la ayuda que los que regulan acciones similares nacionales y de que no debe hacer imposible o excesivamente difícil la recuperación exigida por el Derecho comunitario. Ambas condiciones se cumplen, como es obvio, en los diversos procedimientos que se aplican en el Derecho español para el reintegro de ayudas; cuestión muy distinta es que las Diputaciones forales dejen transcurrir largos años sin aplicar ninguno de ellos.

E. Se ocupa, finalmente, la recurrente de la infracción por la sentencia recurrida de las normas citadas y de los derechos reconocidos por la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

Llegados a este punto, la cuestión que centra este motivo casacional requiere la aplicación del Derecho de la Unión Europea, pues se trata de determinar si el reintegro de la ayuda indebida que se practicó a la recurrente al margen de todo procedimiento y con omisión del trámite de audiencia vulnera los derechos reconocidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En tal caso, compete a este Tribunal garantizar la tutela judicial efectiva y plena de estos derechos, en cuanto revisten, de acuerdo con el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, el mismo valor que los Tratados desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, y ya antes, desde su publicación en diciembre de 2000, se le dio valor informador o hermenéutico de todo el Derecho comunitario y se reconocieron los derechos que recoge como principios propios de la Unión Europea (vid., sentencia del TJLJE de 27 de junio de 2006, asunto Parlamento Europeo vs. Consejo, C-540-03).

Pues bien, claramente los derechos reconocidos por el Derecho comunitario imponen, en este caso, la anulación de la sentencia recurrida, por cuanto hace imposible el ejercicio de los “derechos a la buena administración” reconocidos por el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

A los tribunales nacionales compete, por su parte, garantizar la tutela judicial efectiva de estos derechos que el ordenamiento comunitario confiere a los ciudadanos europeos, de tal manera que esta tutela judicial *«no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)»* (sentencia del TJUE, Gran Sala, de 13 de marzo de 2007, asunto C-432/05). Así lo exige el denominado principio de equivalencia y eficacia en el respeto de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los ciudadanos.

El caso que nos ocupa es distinto, pues no estamos aquí ante un vicio de forma para el que el Derecho nacional prevea un procedimiento de subsanación, sino

ante una liquidación de plano del reintegro de las ayudas, con omisión de todo procedimiento y del trámite de audiencia, con lo que no sólo se produce una infracción procedimental del Derecho nacional, sino una conculcación de los derechos artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que los tribunales nacionales están obligados a tutelar en virtud del principio de equivalencia y eficacia en el respeto de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los ciudadanos. El respeto de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario al mismo nivel que los Tratados necesariamente debe primar, en estos casos, sobre el principio de eficacia e inmediatez en la recuperación de las ayudas.

En este caso, la omisión de todo iter procedimental para la recuperación de la ayuda conduce derechamente a concluir que la sentencia recurrida vulnera los derechos a la buena administración reconocidos por el Derecho comunitario, a nivel de los Tratados constitutivos, por el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Por ello, en ningún modo puede decirse, como hace la sentencia recurrida en el fundamento jurídico tercero, que el presunto “título ejecutivo” para proceder contra la recurrente se encontrase en el “*imperativo comunitario de eficacia directa para el reintegro de ayudas económicas selectivas que no tiene parangón en Derecho interno y que no requiere, como conditio sine qua non, ser recepcionado y adaptado a sus procedimientos y figuras procedimentales arquetípicas y estandarizadas, más allá del eventual empleo instrumental de alguna de éstas, siempre orientada y condicionada por el imperativo de una inmediata y efectiva reintegración que establezca las condiciones de competencia en el mercado*”. Este principio, como resulta del propio artículo 14.3 del Reglamento nº 659/1999 y de su interpretación por la Comisión y la jurisprudencia europea, debe articularse mediante procedimientos nacionales que, al mismo tiempo que permitan una recuperación inmediata y eficaz de las ayudas, no hagan “*prácticamente imposibles o excesivamente difíciles el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario*”, entre los que se cuentan, al máximo nivel de los Tratados, el derecho a un procedimiento y al trámite de audiencia consagrados por el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales. El principio comunitario de eficacia directa para el reintegro de ayudas económicas debe así cohererarse, en todo momento, con el principio, también comunitario, de efectividad de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

La recurrente concluye que la sentencia recurrida infringe, por incorrecta interpretación, el artículo 14.3 del Reglamento (CE) 659/1999, del Consejo, que fue aplicado al caso de autos por la Decisión de la Comisión Europea (2001) 1759 final, de 11 de julio de 2001. Y, como consecuencia de esta errónea interpretación, vulnera el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales que, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009), ostenta el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos, de acuerdo con el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, por lo que vinculaba a la Sala de instancia al dictar la sentencia recurrida, que desconoció sus preceptos, y vincula hoy a este Alto Tribunal.

Además, y por lo que respecta al Derecho español, la sentencia vulnera, por el mismo motivo, los derechos procedimentales previstos en el artículo 35 de la LRJAP y el derecho a un procedimiento legalmente establecido del artículo 105 de la Constitución. La Sentencia infringe, asimismo, por inaplicación, el artículo 62.1,e) de la LRJAP, que prescribe la nulidad de pleno derecho para los actos administrativos dictados “*prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*”, siendo así que, como se ha expuesto, la inexistencia de un procedimiento específicamente previsto no justifica en modo alguno la imposición de una resolución de plano, sin el respeto de los trámites esenciales previstos por la LJAP. Se ha infringido, igualmente, por la sentencia recurrida el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio por el administrado de sus derechos.

CUARTO

1. El debate que suscita el primer motivo de casación consiste, por tanto, en determinar si para la recuperación de ayudas declaradas por la Comisión Europea incompatible con el mercado común debe seguirse un procedimiento específico.

Como decíamos en la sentencia de 13 de mayo de 2013 (casa. nº 6165/2011) ante el planteamiento de un problema análogo, no es nuestra tarea diseñar en abstracto ese procedimiento, usurpando el papel del legislador; tampoco nos corresponde determinar, ante la ausencia de un trámite *ad hoc*, cuál de los distintos cauces que ofrece nuestro sistema resulta más adecuado para recuperar las ayudas estatales contrarias al orden jurídico de la Unión Europea, opción que corresponde realizar en cada caso a la Administración obligada a restablecer el equilibrio roto con su concesión. Si nos toca, por el contrario, interpretando el sistema de fuentes, determinar las condiciones mínimas que ese procedimiento, sea el que fuere, debe satisfacer.

Y en tal empeño, para empezar se ha de tener en cuenta que el destinatario de la Decisión de la Comisión C (2001) 4475, de 20 de diciembre de 2001, es el Reino de España; no lo fueron directa e inmediatamente los beneficiarios de las ayudas declaradas incompatibles, ni siquiera las autoridades vascas que aprobaron la norma que les dio cobertura, ni aquellas que las concedieron. Los interlocutores de las instituciones de la Unión Europea son los Estados miembros, no los poderes territoriales autónomos y descentralizados en que, de acuerdo con su diseño constitucional, se distribuye el poder público dentro de cada uno de ellos. Por esta razón, la propia Decisión de la Comisión ordenó a España recuperar las ayudas, “con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional” (art. 3.2), sin perjuicio de que, como criterio general, constituya un principio común que la recuperación deba efectuarla la autoridad que las otorgó. Y es aquí donde se hace presente la competencia de las autoridades del Territorio Histórico de Álava y la obligación de proceder al rescate de acuerdo con los procedimientos que rigen su actuación.

Así pues, corresponde al legislador interno determinar los procedimientos para recobrar las ayudas. Resulta así porque no existe un derecho “procedimental” de la Unión Europea para la ejecución de sus decisiones, que se lleva a cabo de manera

descentralizada por las instancias públicas de los distintos Estados miembros, conforme a su propio ordenamiento jurídico y a los principios que lo informan [véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Comisión/Alemania (C-209/00, apartado 32), y 7 de julio de 2009, Comisión/Grecia (C-369/07, apartado 66)].

Ahora bien, como recuerda el propio artículo 3.2 de la Decisión de la Comisión, aplicando, sin decirlo, el artículo 14.3 del Reglamento/CE nº 659/1999 y siguiendo las directrices del considerando decimotercero del preámbulo del propio Reglamento, el procedimiento nacional para la recuperación no debe impedir la ejecución inmediata y efectiva de la Decisión de la Comisión, pues con ello se entorpecería el restablecimiento de la competencia que la ayuda declarada ilegal ha quebrado. En otras palabras, el procedimiento que se elija en cada Estado miembro no puede menoscabar el alcance y la eficacia del Derecho de la Unión [sentencias del Tribunal de Justicia Comisión/Alemania, ya citada, apartado 34; de 20 de mayo de 2010, Scott y Kimberly Clark (C-210/09, apartado 21); y 22 de diciembre de 2010, Comisión/Eslovaquia (C-507/08, apartado 51)]. Por consiguiente, ese ordenamiento jurídico transnacional impone la obligación de adoptar las medidas adecuadas para garantizar la ejecución de las decisiones de la Comisión que exigen la recuperación de una ayuda ilegal, respetando al mismo tiempo las particularidades de los diferentes procedimientos previstos a tal fin por los Estados miembros (sentencia Comisión/Eslovaquia, acabada de citar, apartado 52), so pena, en caso contrario, de incurrir en un incumplimiento declarable y sancionable por el Tribunal de Justicia [véanse entre las más recientes y en lo que concierne a España las sentencias de 11 de diciembre de 2012, Comisión/España (C-610/10), y 24 de enero de 2013, Comisión/España (C-529/09)].

En el caso enjuiciado, la Diputación Foral de Guipúzcoa, en virtud de la resolución de 17 de noviembre de 2008 de su Director General de Hacienda, adoptó de plano la orden de recuperación en ejecución de la Decisión de la Comisión, sin dar un previo trámite de audiencia a YEREGUI DESARROLLO S.L., como luego se dirá. La propia resolución de la Dirección General de Hacienda indicaba que la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos de Derecho nacional, siempre que éstos permitan la ejecución inmediata y efectiva de la Decisión de la Comisión europea.

2. En el contexto de las consideraciones que anteceden se mueve la sentencia recurrida, que parte de la premisa de que los actos discutidos de recuperación de ayudas se sitúan en el ámbito de la ejecución de una decisión comunitaria firme al haber recaído la STJUE desestimatoria de la casación nº 474/09 en fecha de 28 de julio de 2011.

El TJCE ha sostenido en varias ocasiones que el objetivo de la recuperación consiste en restablecer la situación que existía en el mercado antes de la concesión de la ayuda, subrayando que la recuperación no constituye una sanción, sino la consecuencia lógica de la ilegalidad de la ayuda (Asunto C-75/97 Bélgica contra Comisión y C-183/91 Comisión contra Grecia).

Las normas básicas sobre las recuperaciones de ayudas ilegales constan en el Reglamento (CE) 659/1999, Reglamento de procedimiento; y en el Reglamento (CE) 794/2004, Reglamento de aplicación.

El artículo 14, apartado 1, del Reglamento de procedimiento establece la obligación de la Comisión de ordenar la recuperación de la ayuda ilegal e incompatible a menos que ello sea contrario a un principio general del Derecho comunitario. Dicho artículo dispone también que el Estado miembro afectado adopte todas las medidas necesarias para recuperar la ayuda ilegal que se considere incompatible. Finalmente, el artículo 14, apartado 3, del Reglamento de procedimiento establece que esa *«recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión»*.

Baste considerar que la expresión que se maneja es, textualmente, *«con arreglo a los procedimientos de Derecho nacional, siempre que éstos permitan la ejecución inmediata y efectiva»*. La utilización de cada eventual procedimiento nacional queda, por tanto, estrechamente vinculada a la efectividad e inmediatez de su resultado, y ello, por la fuerza y primacía del Derecho comunitario.

Tras esa descripción del ámbito en el que se producen los actos impugnados, la sentencia da respuesta a las cuestiones que había planteado la mercantil recurrente, respuestas que están en sintonía con la doctrina que el Tribunal de instancia ha ido sentando en numerosas sentencias.

Así, en cuanto a la forma de proceder para la recuperación, la sentencia recurrida ha reiterado que el Derecho comunitario no cierra la opción por el procedimiento que debe aplicar el Estado miembro para ejecutar una decisión de recuperación y sólo le exige el empleo del que permita la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión; es decir, se deja en manos de las autoridades nacionales la selección del procedimiento con la única condición de que garantice la ejecución inmediata, lo que descarta los procedimientos que puedan hacer imposible o excesivamente difícil la recuperación.

No cabe duda de que, entre todos los instrumentos de recuperación tipificados en el Derecho nacional (cuya entrada en escena el Reglamento y la Decisión no descartan, pero tampoco requieren), uno de ellos podría ser el que determina la naturaleza de la medida que constituye la base de la concesión de la ayuda, de ser efectivo y producir un resultado concreto en términos de recuperación; pero ni los Reglamentos comunitarios ni la jurisprudencia que los aplica descartan procedimientos distintos (y hasta atípicos), cuando son ellos los que garantizan la recuperación inmediata y efectiva.

(...) la Diputación Foral ha acudido, con plena coherencia y acomodación a las exigencias del Derecho comunitario, a un procedimiento interno de garantías básicas y con grandes rasgos de coincidencia y asimilación con la exigencia que se

le formula, como es el dispuesto por la Norma Foral General Presupuestaria del Territorio Histórico (...), y mediante su motivada resolución exige un ingreso público que la normativa tributaria contraria al mercado común impidió en su momento recaudar; la liquidación y su carta de pago se notifican a los interesados con ofrecimiento de recurso, descartando cualquier atisbo de menoscabo en la defensa de los intereses de las sociedades afectadas, permitiendo por el contrario la recuperación de la ayuda de forma inmediata y efectiva como obliga el Reglamento comunitario, de tal forma que, de considerar esta Sala que la orden de recuperación impugnada debió estar precedida de un procedimiento específico, anulando la ejecución de la Decisión comunitaria y ordenando la retroacción de actuaciones, solo tendría como efecto una demora en la ejecución, y hasta su plena frustración, manifiestamente proscrita por el artículo 14.3 del Reglamento/CEE 659/1999.

Frente al criterio de la recurrente de que la recuperación de las ayudas, su régimen y su procedimiento son materias que precisan de su recepción y configuración legal por el Estado miembro, la sentencia recurrida reitera que es la normativa comunitaria primaria, –un Reglamento de Procedimiento, y no una Directiva, como se dice–, la que establece los medios y la forma de proceder para obtenerla, con la aparente salvedad, –que no lo es, en tanto simple habilitación, condicional y revocable, desde el Reglamento de la UE–, de que el Derecho comunitario no cierre del todo la opción por el procedimiento que debe aplicar el Estado miembro para ejecutar una decisión de recuperación, y sólo le exija el empleo del que permita la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Es decir, se deja en manos de las autoridades nacionales la selección del procedimiento con la única y esencial condición de que garantice la ejecución inmediata, lo que descarta los procedimientos que puedan dificultar o meramente dilaten en el tiempo la recuperación.

Carece de base, por ello, entender que la recuperación de ayudas de Estado es una materia de Derecho interno, del que debería brotar el título ejecutivo, y si ante esa simple remisión a efectos de selección de la vía procedimental, no cabe duda de que, entre todos los instrumentos de recuperación tipificados en el Derecho nacional, uno de ellos podría ser, al menos teóricamente, el que determina la naturaleza de la medida que constituye la base de la concesión de la ayuda, solo será válido de ser efectivo y producir un resultado concreto en términos de recuperación; pero ni los Reglamentos comunitarios ni la jurisprudencia que los aplica descartan procedimientos distintos (y hasta atípicos), cuando son ellos los que garantizan la recuperación inmediata y efectiva.

El título del que surge el crédito contra los beneficiarios privados no es el derivado de la ejecución de una hipotética declaración de invalidez *ex tunc* de la Norma Foral 11/1.993, o de lesividad del acto de otorgamiento de la ayuda fiscal, ni tampoco el resultado de unas actuaciones comprobadoras o inspectoras, sino el de un imperativo comunitario de eficacia directa para el reintegro de ayudas económicas selectivas que no tiene parangón en Derecho interno y que no requiere, como *conditio sine qua non*, ser recepcionado y adaptado a sus procedimientos y figuras procedimentales arquetípicas y estandarizadas, más allá del eventual empleo instrumental

de alguna de éstas, siempre orientada y condicionada por el imperativo de una inmediata y efectiva reintegración que restablezca las condiciones de competencia en el mercado.

Aunque la recurrente lo cuestione, creemos que la sentencia impugnada acierta cuando dice que en este caso, la Diputación Foral ha acudido, con plena coherencia y acomodación a las exigencias del derecho comunitario, a un procedimiento esquemático y atípico de garantías básicas, (motivación, determinación de la cuantía, y recursos), que es muy asimilable a los que las Administraciones internas siguen en vía ejecutiva con la que guarda parangón indudable, y que mediante su motivada resolución exige un ingreso público que la normativa tributaria ilegal impidió en su momento recaudar; la liquidación y su carta de pago se notifican a los interesados con ofrecimiento de recursos, descartando cualquier atisbo de menoscabo en la defensa de los intereses de las sociedades afectadas, permitiendo por el contrario la recuperación de la ayuda de forma inmediata y efectiva como obliga el Reglamento comunitario, de tal forma que, de considerar esta Sala que la orden de recuperación impugnada debió estar precedida de un procedimiento específico, anulando la ejecución de la Decisión comunitaria y ordenando la retroacción de actuaciones, solo tendría como efecto una demora en la ejecución, manifiestamente proscrita por el artículo 14.3 del Reglamento/CEE 659/1999.

Se coincide, pues, plenamente con los argumentos que utiliza la sentencia recurrida para rechazar la supuesta necesidad de un procedimiento específico de aplicación de los tributos para la recuperación de las ayudas de Estado, por razón del carácter fiscal del ingreso. El primer motivo de casación debe, pues, ser desestimado.

QUINTO

En el segundo motivo de casación en el que la recurrente alega infracción por omisión del trámite de audiencia, se argumenta por YEREGUI DESARROLLO S.L. que el artículo 84 de la LRJAP eleva el principio de audiencia a los interesados a la categoría de núcleo definidor del procedimiento administrativo y así ha venido a confirmarlo la Carta Europea de Derechos Fundamentales, de igual valor vinculante que los Tratados constitutivos, cuyo artículo 41.2,a) reconoce el «*derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida Individual que la afecte desfavorablemente*».

El reconocimiento, al máximo nivel constitucional europeo, del derecho al trámite de audiencia, impide considerar, como hace erróneamente la sentencia recurrida, que la utilización del procedimiento nacional para el reintegro de las ayudas indebidas quede únicamente condicionado «*a la efectividad e inmediatez de su resultado, y ello, por la fuerza y primacía del Derecho comunitario*». Ninguna norma comunitaria, reglamento o directiva, podría excluir nunca la aplicación de un derecho expresamente reconocido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Este derecho encuentra su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico interno en el artículo 84 de la LRJAP, en relación con el artículo 24 de la Constitución. La sentencia recurrida pretende que la omisión de esta garantía esencial, reconocida tanto por el Derecho nacional como por el comunitario, se justificaría en este caso por la urgencia del reintegro como consecuencia de la apertura de un procedimiento de infracción contra España.

Tal interpretación de la sentencia recurrida es, a juicio de la recurrente, manifiestamente errónea.

Ello es así, en primer lugar, porque la liquidación practicada, con la obligación de restituir los beneficios aplicados por la Administración, constituye claramente un acto desfavorable o de gravamen, por lo que es de aplicación la doctrina jurisprudencial que considera que en estos casos, y en especial cuando se le priva al interesado de la posibilidad de introducir elementos fácticos o jurídicos en la fase previa que sean esenciales para la resolución, la interposición de recursos no puede sustituir el preceptivo trámite de audiencia al interesado en la vía administrativa (vid., sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2009, rec. nº 4361/2006, STSJ del País Vasco, de 25 de febrero de 2010, rec. nº 281/2008).

En segundo lugar porque, en contra de lo que afirma la sentencia recurrida, esta omisión del trámite de audiencia ha causado indefensión a la recurrente, impidiéndole introducir elementos fácticos y jurídicos en la fase previa que hubieran incidido en la Resolución de la Diputación Foral, permitiendo una cuantificación de la liquidación ajustada a Derecho. La sentencia entra a analizar los elementos fácticos y jurídicos que dieron lugar a la liquidación, y ello le lleva a declarar que “no se hizo una debida y detallada cuantificación de los intereses de demora”, y a reconocer el posible carácter contrario a Derecho comunitario de la aplicación “de plano” de la ayuda de *minimis*. Se evidencia, de esta forma, que la omisión del trámite de audiencia produjo una indefensión material, no puramente formal, y que ha causado perjuicio a la recurrente. Sin embargo, y de forma sorprendente, la sentencia no declara la nulidad de la Resolución de la Diputación Foral por omisión de trámite de audiencia causante de indefensión.

Se hurtó igualmente a la recurrente la posibilidad de solicitar la aplicación del régimen de ayudas de Estado regionales, prevista por la Decisión de la Comisión Europea en su artículo 99. Dice así el precepto:

«La Comisión recuerda igualmente que, como siempre, la presente Decisión no prejuzga la posibilidad de que ayudas individuales puedan ser consideradas, total o parcialmente, compatibles con el mercado común en función de sus propias características ya sea en el marco de una Decisión posterior de la Comisión o en aplicación de los reglamentos de exención».

Por todo ello, según la recurrente, la omisión del trámite de audiencia produjo indefensión a YEREGUI DESARROLLO impidiendo una liquidación del rein-

tegro correcta y ajustada a Derecho. La sentencia recurrida ha infringido, por consiguiente, lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJAP, en relación con el artículo 24 CE, y el artículo 41.2,a) de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, de aplicación plena cuando mediante los procedimientos internos se estaba dando cumplimiento a una Decisión comunitaria; y, en relación con ello, infringe lo prevenido en el artículo 62.1,a) y e) de la LRJAP. Como consecuencia de la infracción de todos estos preceptos, el motivo debe ser estimado y, por ello, casada la sentencia.

SEXTO

A la vista de lo expuesto en el Fundamento anterior, procede preguntarse si la solución de adoptar “de plano”, sin audiencia previa, la decisión de reintegro del importe de la ayuda es admisible, integrando las exigencias propias de nuestro Derecho interno con las que impone el ordenamiento de la Unión Europea. En otras palabras, si la inmediatez que se reclama para la ejecución de las decisiones de la Comisión Europea sobre recuperación de ayudas de Estado declaradas contrarias al mercado común y la necesidad de que se haga siguiendo procedimientos que no menoscaban su alcance y eficacia exigen la adopción de la decisión de la forma en que se ha hecho.

Hemos dicho en la sentencia de 14 de octubre de 2013 (casa. 361/2012) que ese principio, el de audiencia, es un principio general de nuestro ordenamiento, de alcance constitucional (artículo 105.c) de la Carta Magna), que debe encontrar aplicación en todos los casos en los que la decisión que vaya a adoptar un órgano administrativo afecta a los derechos e intereses de ciudadanos identificados y suficientemente individualizados (véase el auto del Tribunal Constitucional 232/1983, FJ Único), hasta el punto de que su omisión, cuando se entienda que constituye un trámite esencial, puede hacer irreconocible la existencia de un procedimiento, abocando incluso a la nulidad de la decisión adoptada en virtud del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 [véanse las sentencias de 4 de diciembre de 2012 (casa. 3557/10 , FJ 4 º), 8 de octubre de 2012 (casa. 4258/09 , FJ 2º), 6 de junio de 2012 (casa. 4691/09 , FJ 6 º), 5 de mayo de 2008 casa. 9900/03, FJ 4º, in fine) y 21 de junio de 2006 (casa. 5474/01, FJ 3º)]. Por consiguiente, en una primera aproximación a la cuestión, cabría concluir que, en el caso debatido, habiéndose adoptado la decisión de recuperación de la ayuda sin oír previamente a la compañía beneficiaria, se desconoció el mencionado principio, tal y como denuncia la compañía recurrente en el segundo motivo de casación, lo que conduciría si no a la nulidad de pleno derecho de la decisión, como propugna, al menos sí a su anulabilidad, en el caso de que se le haya causado indefensión material.

Sería posible oponer que, con tal desenlace, se desconocerían los designios de la regulación del derecho de la Unión, que pide una inmediata y efectiva ejecución de la Decisión de la Comisión al objeto de restablecer la competencia que la ayuda declarada incompatible rompió, pues, al fin y al cabo, la supresión de una ayuda ilegal mediante su recuperación es la consecuencia lógica de su declaración de ilegalidad [sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de junio de 1993,

Comisión/Grecia (C-183/91, apartado 16), 27 de junio de 2000, Comisión/Portugal (C-404/97, apartado 38), y 26 de junio de 2003, Comisión/España (C-404/00 , apartado 44)]. Ahora bien, no es dable olvidar que aquellos designios deben alcanzarse sin merma de los principios que inspiran también ese ordenamiento transnacional. Dicho de otra forma, cuando las Administraciones nacionales ejecutan decisiones de la Unión Europea quedan sometidas también a su ordenamiento jurídico y, en particular, a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE, Serie C, nº 326, de 26 de octubre de 2012, p. 391), cuyo artículo 51 dispone que sus disposiciones se dirigen también a los Estados miembros al tiempo de aplicar el derecho de la Unión. Pues bien, la Carta proclama en el artículo 41.2, dentro de las garantías inherentes a la ciudadanía, el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Es decir, la audiencia como trámite necesario no sólo la impone nuestro ordenamiento doméstico sino también el propio de la Unión Europea, y lo hace al más alto nivel, en la Carta, que, según el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada en el DOUE, Serie C, nº 326, de 26 de octubre de 2012, p.13), tiene el mismo valor jurídico que los tratados. Acudiendo a las palabras de la Comunicación de la Comisión 2007/C 272/05 (apartado 52), los Estados miembros deben “utilizar procedimientos rápidos siempre que sea posible con arreglo al Derecho nacional” y que respeten los mandatos del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, debiendo, por tanto, ser eficaces e inmediatos, pero sin merma de las garantías que ese ordenamiento jurídico reconoce a sus ciudadanos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 20 de mayo de 2010, Scott y Kimberly Clark (apartado 25), ha precisado que el control que realiza el juez nacional de la legalidad formal de una liquidación de recuperación de ayudas y la posible anulación de esa liquidación por no haberse respetado las garantías del procedimiento deben considerarse emanación del principio de tutela judicial que, conforme a reiterada jurisprudencia, constituye un principio general del derecho de la Unión.

Poco importa a estos efectos que, cuando se dictó el acto originario recurrido (6 de septiembre de 2007), no estuviera aún en vigor el nuevo Tratado de la Unión Europea y, por ello, el alcance que otorga a la Carta, pues no cabe olvidar que ese texto, proclamado en Niza en el año 2000, como reza su preámbulo, codificó y reafirmó los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, así como por determinados textos normativos. Su contenido es, en suma, emanación del acervo compartido por dichos Estados y de los compromisos internacionales que han adquirido, en particular el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, por lo que la Unión estaba obligada a respetarlos y sus tribunales (el de Justicia y los nacionales) a tutelarlos, ya que así lo imponían los artículos 6 y 46, letra d), del texto entonces en vigor del Tratado de la Unión Europea.

Y en esta tesitura, sería contrario a los principios de equivalencia y efectividad, como también recuerda el apartado 52 de la Comunicación de la Comisión 2007/C 272/05, el diseño de procedimientos nacionales para la recuperación de las

ayudas de Estado ilegales menos favorables para los afectados que los previstos para acciones nacionales similares, haciendo imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que les confiere el ordenamiento de la Unión, singularmente el acabado de citar de audiencia en los procedimientos administrativos que les afecten. Esos mismos principios son traídos a colación por la «Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales» (2009/C 85/09) (DOUE, serie C, n° 85, de 9 de abril de 2009, p.1, apartado 70), cuando alude a la obligación de los jueces nacionales de proteger los derechos individuales afectados por las ayudas estatales ilegales.

No puede argumentarse frente a lo hasta aquí razonado que la omisión del trámite de audiencia no ha causado indefensión a YEREGUI DESARROLLO S.L. porque, en cualquier caso, la ayuda debía ser devuelta. Se ha de recordar que el *modus operandi* desarrollado por la Diputación Foral de Guipúzcoa se ha reducido a la aprobación de liquidaciones tributarias en periodo voluntario de recaudación, por lo que, eventualmente pudiera resultar procedente la aplicación de otros beneficios incompatibles con los previstos en el artículo 14 de la Norma Foral 11/1993, de 26 de junio, siendo pertinentes las alegaciones que sobre el particular la compañía recurrente habría podido hacer valer en el preterido trámite de audiencia. No en vano, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia que 28 de julio de 2011, Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión (asuntos acumulados C-471/09 P a C-473/09 P, apartados 99 y 102), recordando la doctrina sentada en las de 7 de marzo de 2002, Comisión/Italia (C-310/99, apartados 89 y 91), y 9 de junio de 2011, Comitato “Venezia vuole vivere”/Comisión (asuntos acumulados 71/09 P, 73/09 P y 76/09 P, apartados 63, 64 y 115), reconoce que en la fase de recuperación es preciso efectuar el análisis de cada empresa afectada, afirmación que hace imprescindible que sea oída. Por su parte, la propia Dirección General de Tributos, en la contestación de 2 de junio de 2009 a la consulta vinculante 1304-09, ha afirmado que en el trámite de recuperación se trata de regularizar la situación fiscal del destinatario de la ayuda por lo que respecta al beneficio, eliminándolo, pero admite que pueda tener una mayor extensión, pudiendo, por tanto discutirse la procedencia de otras ventajas que la declarada ilegal dejó en su momento fuera de juego por su incompatibilidad. En suma, según ha subrayado la Comisión Europea en la Comunicación 2009/C 85/09, la obligación de recuperación de las ayudas no es absoluta, pudiendo existir circunstancias en las que resulte improcedente (apartado 32).

Repárese en que, como ha ocurrido en este supuesto, la Comisión puede limitarse a estudiar las características generales del régimen de ayudas, sin estar obligada a examinar cada caso concreto de aplicación del mismo, no quedando, por tanto, forzada a analizar la ayuda concedida a cada empresario con arreglo a dicho régimen. Como consecuencia, en la fase de recuperación de la ayuda es preciso analizar la situación individual de cada compañía [sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 2011, Comitato “Venezia vuole vivere”/Comisión (apartado 63 y 130) y 28 de julio de 2011, Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión (asuntos acumulados C-471/09 P a C-473/09 P, apartados 98 y 99)], lo que obliga a abrir un trámite específico a tal fin. Es más, como se indica en la citada sentencia de 28 de julio

de 2011, en la fase de recuperación las autoridades españolas pueden pedir a la Comisión que, basándose en un régimen de ayudas de finalidad regional, excluya en su caso la obligación de recuperación de alguna ayuda individualmente considerada (apartado 102).

Si se tiene en cuenta que en la primera fase, de análisis global del sistema de ayudas, no se estudia cada caso concreto, estudio que hay que realizar en la segunda, la de recuperación, para comprobar si individualmente considerada alguna ayuda no debiera ser devuelta, al menos en parte, porque el beneficiario tenía derecho a otras compensaciones compatibles con el ordenamiento de la Unión que la ayuda declarada ilegal excluía, como es el caso de las ayudas de finalidad regional, parece ineludible el trámite de audiencia, cuya omisión causó indefensión material a la sociedad recurrente. Así lo evidencia el propio Tribunal de Justicia en la repetida sentencia de 28 de julio de 2011 cuando recuerda que recae sobre el beneficiario la carga de probar tales circunstancias (apartado 103), de modo que si no se le da ni siquiera la oportunidad de alegar (y, en su caso, probar) en tal sentido, se obstaculiza, de manera real y efectiva, el ejercicio de su derecho de defensa.

Procede, en consecuencia, acoger el segundo motivo del recurso y casar la sentencia de instancia en lo que se refiere a los ejercicios 1999, 2000 y 2001 dado el contenido del auto de la Sección Primera de 26 de septiembre de 2013 .

SÉPTIMO

Resolviendo el debate en los términos suscitados, como nos impone el artículo 95.2.d) de la Ley reguladora de esta jurisdicción, debemos estimar el recurso contencioso-administrativo. Ahora bien, el resultado de esta estimación no puede ser el de la declaración de nulidad de los actos impugnados, como se pretende en la demanda, puesto que no se ha omitido de manera radical todo procedimiento. En realidad, se han producido actuaciones que conforman un procedimiento administrativo, como son la toma en consideración de la Decisión de la Comisión, el pronunciamiento del acuerdo de recuperación y su notificación; otra cosa es que el mismo haya sido resuelto sin haber oído previamente al interesado cuando debió haberlo sido y que, según hemos razonado, esa preterición del trámite de audiencia haya causado indefensión material, por lo que nos movemos en el ámbito del artículo 63 de la Ley 30/1992. Se ha de recordar, por último, el carácter excepcional de la nulidad de pleno derecho y que, conforme a nuestra jurisprudencia, la omisión del trámite de audiencia en los procedimientos no sancionadores no determina por sí misma tal radical consecuencia (véanse, por todos las sentencias de 16 de noviembre de 2006 (casa. 1860/04 , FJ 4º), 12 de diciembre de 2008 (casa. 2076/05, FJ 2 º) y 9 de junio de 2011 (casa. 5481/08, FJ 5º); esta última en particular).

En esta tesitura, procede anular los actos administrativos recurridos, en cuanto atañen a los ejercicios 1999, 2000 y 2001, y ordenar la retroacción de las actuaciones para que sean adoptados de nuevo dando antes la oportunidad a YERE-GUI DESARROLLO S.L. de formular alegaciones y, en su caso, presentar pruebas

que acrediten su derecho a obtener otras ayudas, excluidas por la aplicación de la declarada ilegal en la Decisión de la Comisión Europea.

OCTAVO

El éxito del recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139.2 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, que no proceda hacer un especial pronunciamiento sobre las costas causadas en su tramitación, sin que, en virtud del apartado 1 del mismo precepto, se aprecien circunstancias de mala fe o de temeridad que obliguen a imponer expresamente a una de las partes las costas de la instancia.

Por lo expuesto,

En nombre de su Majestad el Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución

FALLAMOS

Acogemos el recurso de casación 898/2013, interpuesto por YEREGUI DESARROLLO S.L., contra la sentencia dictada el 5 de febrero de 2013 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso 191/2010, que casamos y anulamos.

En su lugar:

1º) Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo instado por la mencionada compañía frente al acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Foral de Guipúzcoa de 17 de diciembre de 2009, que desestimaba la reclamación nº 2009/0591, seguida frente a Resolución del Director de General Hacienda de la Diputación Foral nº 59/2008, de 11 de diciembre, y la nº 74/2.009, de 17 de septiembre; la primera, dictada en ejecución de la Decisión de la Comisión de la Unión Europea C (2001) 4448, de 20 de diciembre de 2.001, por la que se ordenaba recuperar las cantidades disfrutadas a cuenta de la aplicación de la reducción de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, prevista en el artículo 14 de la Norma Foral 11/1993, de 26 de junio, con comunicación de liquidaciones resultantes por los ejercicios de 1.994 a 2.001. (44.854.625,60 Euros).

2º) Anulamos dichos actos administrativos en cuanto atañen a los ejercicios 1999, 2000 y 2001 y ordenamos retrotraer las actuaciones al momento anterior a su pronunciamiento, a fin de que se abra para la compañía demandante un trámite de audiencia, dándole la oportunidad de formular alegaciones y, en su caso, presentar pruebas que acrediten su derecho a obtener otras ayudas, excluidas por la aplicación de la declarada ilegal en la Decisión de la Comisión de la Unión Europea C(2001) 4448, de 20 de diciembre de 2001. [...]

[.....]

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE OCTUBRE DE 2015 (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 3ª) RECURSO DE CASACIÓN NÚM 2392/2014^{2 3}

EXTRACTO: *El objeto del recurso es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana por la que se declaró la nulidad de la Orden 2/2013 de la Consellería de Sanidad, reguladora del 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 Consellería de Sanidad, por la insuficiencia del rango normativo para regular esa materia y por haberse prescindido del Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.*

El TS confirma la sentencia recurrida porque la Orden no tenía carácter simplemente organizativo en el ámbito de la Consellería, no era un mero desarrollo del Plan de Ordenación de los Recursos Humanos, sino que regulaba cuestiones materiales de la jubilación, especialmente en lo referente a la necesidad de solicitar prórroga quienes la tenían concedida anteriormente, siendo por tanto necesario la regulación por Decreto del Consell y el informe preceptivo del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

[...]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La sentencia recurrida en su parte dispositiva sostiene lo siguiente: «*I. Se estima el Recurso Contencioso- Administrativo interpuesto por la CONFEDERACIÓN SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF), contra la Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería 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 Consellería de Sanidad (DOCV 10 junio) la CONFEDERACIÓN SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS-(CSIF), contra la Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería 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 Consellería de Sanidad (DOCV 10 junio).II.- Se declara la nulidad de la referida Orden 2/2013, por ser contraria a derecho. III- No procede hacer imposición de costas*».

² Ponente: Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado

³ NOTA DE LA REDACCIÓN: de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana recurrida se dió noticia en el número 20 de la *Revista de la Función Consultiva*.

SEGUNDO

El primer motivo de casación lo articula la recurrente al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, en relación con los artículos 120 de la Constitución y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no motivar una de las cuestiones que sirven para estimar el recurso, con cita de la jurisprudencia acerca de la necesidad de motivación de las sentencias de fecha 7 de julio de 2004 y las que en ella se citan.

Se basa para ello en que no justifica la sentencia porque exige el rango de Decreto para regular el personal estatutario, no distinguiendo entre funcionarios y personal estatutario. Para la recurrente, que cita la sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Justicia recurrido número 527/14, de 21 de julio de 2014, que sí hace la distinción, en el caso del personal estatutario entiende que siendo la orden impugnada una reglamentación que desarrolla la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat Valenciana, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, el rango normativo es suficiente, al tratarse de una norma de carácter organizativo.

La sentencia recurrida se refiere en el fundamento jurídico cuarto a la insuficiencia del rango normativo en los siguientes términos:

«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 Consellería 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/1.988), una cosa son esos derechos y otra su inmodificabilidad pues “El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo de acuerdo con los principios 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 de diciembre, del Consell, al regular la jerarquía de las normas que se dicten 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, se firmaba: “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 Consellería; 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 Consellería de Sanidad, pues no nos hallamos ante una reglamentación “de aspectos domésticos de organización interna” (STS 14/octubre/97) de la Consellería de Sanidad. Como se ha entendido en Sentencia de la Sección 5ª de este Tribunal, núm. 598/2012, de 21/noviembre “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 Consellería 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 aceptado informe de la Directora General de RRHH de 29/mayo/2013– una improcedente regulación omnicompreensiva de la jubilación tanto del personal estatutario como del funcionario -propio y transferido–, con la mera 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 Preámbulo de la Orden, precisamente el propio precepto que se infringe (pues el art. 4.5 LOGFPV prevé su aplicación al personal funcionario de la Consellería de Sanidad “atendiendo a las disposiciones reglamentarias específicas de desarrollo de la misma dictadas como consecuencia de las peculiaridades 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 apunta 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».

De su lectura se desprende que la sentencia motiva suficientemente la exigencia del nivel normativo. Otra cosa es que la Administración recurrente discrepe de los fundamentos, pero desde luego no se infringe el apartado c) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO

Como segundo motivo se alega, al amparo del artículo 88.1.d) la nulidad de la Orden impugnada por considerar que se ha omitido en su tramitación el dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana de un reglamento dictado en ejecución de una ley. Sostiene que la jurisprudencia excluye de la exigencia de informe del Consejo de Estado en la tramitación de los reglamentos meramente organizativos.

Sobre esta cuestión la sentencia, en su fundamento jurídico sexto dispone que: «(...) 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 evacué el pertinente dictamen en aquellos supuestos previstos legalmente”. Por otra parte, la Ley autonómica 10/1994, 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).

Así pues, la finalidad de este informe del órgano consultivo, no es sino contribuir a 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); 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), 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; como ha advertido este propio TSJ (Sentencia 492/2008, de 20/mayo), 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” (folio 94 vto).

De otro lado, frente a la atribución, a la Orden, de un contenido exclusivamente interno y organizativo de la Consellería 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 dicta 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 contenida 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 prevalentes 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), 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 Juridic 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 de 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»

Pues bien, coincidimos con la sentencia recurrida que el análisis de la orden revela que no tiene carácter simplemente organizativo en el ámbito de la Consellera, aparte de que como se dice en la misma y se admite, se refiere no solo al personal estatutario, sino también a los funcionarios de la misma. En efecto la orden que se impugna no es un mero desarrollo del PORH, sino que regula cuestiones materiales de la jubilación, especialmente en lo referente a la necesidad de solicitar prórroga quienes la tenían ya concedida anteriormente al citado plan que exigía una regulación por norma de superior rango, y al tratarse de una disposición general y no meramente organizativa el informe preceptivo del Consejo Jurídico Consultivo.

Ciertamente el recurso de casación se fundamenta en la idea de que la jubilación forzosa se establece a los 65 años y, aunque supeditada la prórroga al establecimiento de un PORH, no puede considerarse un derecho subjetivo, llegando a la conclusión tras el análisis de la jurisprudencia de esta Sala, de la legislación aplicable y de la doctrina del Tribunal Constitucional, de que vigente el PORH podrá denegarse la jubilación válidamente sin necesidad de la orden ahora impugnada. Sin entrar

en este punto, lo cierto es que el objeto de esta impugnación es precisamente la Orden impugnada, necesaria o no, y el pronunciamiento ha de limitarse a declarar su validez o invalidez, como hace la sentencia.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO

La desestimación del presente recurso conlleva la condena en las costas procesales a la recurrente a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la ley jurisdiccional, hasta la suma máxima de 3000 euros, siguiendo la práctica habitual en este tipo de recursos.

FALLAMOS

1. No ha lugar al recurso de casación número 2932/ 2014, interpuesto por la Generalidad Valenciana, representada por la Procuradora Doña Rosa Sorribes Calle, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictada en el recurso contencioso-administrativo 233/2013 , interpuesto contra la Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería de Sanidad, que 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 Consellería de Sanidad.

2. Ha lugar a imponer las costas procesales a la recurrente en los términos del último fundamento jurídico.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE OCTUBRE DE 2015 (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2ª) RECURSO DE CASACIÓN NÚM 168/2014¹

EXTRACTO: *El objeto del recurso es una sentencia de la Audiencia Nacional en la que se desestimó una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), por la que se desestimó una reclamación económico-administrativa interpuesta contra providencia de apremio derivada de liquidación de un tributo, fundamentada en la defectuosa notificación practicada por la falta de notificación del contenido del acto notificado.*

El TS confirma la sentencia recurrida porque, si bien las notificaciones no producen efectos hasta que dan a conocer el contenido del acto notificado, para retrasar la fecha de la eficacia de una notificación efectuada en forma no basta con afirmar que el conocimiento fue posterior a la fecha en que aquella se produjo, y la supuesta falta del contenido del acto notificado debió motivar la negativa a su recepción por el destinatario.

[...]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El Abogado del Estado se opone a la admisión del recurso de casación por insuficiencia de cuantía, ya que, a su entender, el importe del acto objeto de la pretensión era de 251.593,18 €. Sin embargo, tal alegación no puede ser acogida, pues la indicada cifra corresponde solo al recargo de apremio, siendo la cuantía total reclamada 1.383.762,47 €, que supera, por tanto, el límite de los 600.000 €.

Ahora bien, el recurso de casación se fundamentaba inicialmente en dos motivos. Pero el primero de ellos fue inadmitido por auto de la Sección Primera de 22 de mayo de 2014. Consecuentemente, el recurso de casación queda limitado al segundo de dichos motivos, que fue el único admitido en dicha resolución.

SEGUNDO

Con carácter previo a la decisión del referido motivo, parece oportuno hacer referencia a los siguientes antecedentes que recoge la sentencia de instancia.

a) El 1 de agosto se notifica a la actora por la Dependencia de Asistencia y Servicios Tributarios de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la

¹ Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo.

AEAT providencia de apremio deuda gestionada por la AEAT en periodo ejecutivo 2010 ACT/TRA Exp. 2010/01765 Liq.500100016120, origen C.A. Galicia, habiendo finalizado el plazo voluntario de pago el 5 mayo 2011, importe total de 1.509.559,06 €, siendo el recargo de apremio de 251.593,18 € y el principal de 1.257.965,88 €.

b) Contra dicha providencia de apremio se interpuso reclamación económico-administrativa ante el TEAC que se desestima en resolución de fecha 5 julio 2012. Contra dicha resolución se interpone el presente recurso contencioso administrativo.

c) La parte recurrente en su demanda expone que:

1º) La providencia de apremio se dictó sin que se hubiese notificado de manera eficaz la liquidación ya que esta no se hizo efectiva hasta el 11 agosto 2011, fecha en que tuvo acceso al texto íntegro de la misma a la vista del expediente administrativo. La providencia de apremio es ejecución de una liquidación derivada de acta de disconformidad sobre el ITPAJD con ocasión del otorgamiento a Isolux Corsan Concesiones SA de la autorización administrativa para la instalación de instalaciones electromecánicas, se aprueba el proyecto de ejecución, se declara la compatibilidad con diversos derechos mineros, se incluye en el régimen especial de energía eléctrica y se declara la utilidad pública de las instalaciones del Parque Eólico Cova da Serpe, situado entre los Ayuntamientos de Guitiriz y Friol. Alega la vulneración del art. 167.3.a LGT y 58 Ley 30/92.

2º) Que la providencia de apremio de fecha 22 julio 2011 se notificó el 1 agosto 2011 sin tener hecha de manera fehaciente la notificación de la liquidación que se efectuó el 11 agosto 2011.

3º) Que al recurrente se le notificó la carta de pago pero no el contenido íntegro de la liquidación.

4º) Ausencia de motivación de la resolución del TEAC que ocasiona indefensión.

d) La sentencia impugnada fundamenta su fallo desestimatorio en los siguientes razonamientos:

1º) Razones de seguridad jurídica impiden la posibilidad de debatir indefinidamente las discrepancias que puedan suscitarse entre los sujetos de la relación jurídica tributaria y, en particular, determina como lógica consecuencia que iniciada la actividad de ejecución en virtud de un título adecuado, no puedan trasladarse a dicha fase las cuestiones que debieron solventarse en la fase declarativa, por lo que el administrado no puede oponer frente a la correspondiente providencia de apremio motivos de nulidad afectantes a la propia liquidación practicada, sino sólo los referentes al cumplimiento de las garantías inherentes al propio proceso de ejecución, que se traducen en los motivos tasados de oposición determinados en el art 167.3 LGT que recoge los siguientes motivos de oposición: extinción total de la deuda o

prescripción del derecho a exigir el pago; solicitud de aplazamiento, fraccionamiento, o compensación en periodo voluntario y otras causas de suspensión del procedimiento de apremio; falta de notificación de la liquidación. Anulación de la liquidación; y error u omisión en el contenido de la providencia de apremio que impida la identificación del deudor o de la deuda apremiada.

2º) El concreto motivo de oposición alegado por la demandante era el previsto en el apartado c) del citado artículo: falta de notificación de la liquidación.

El propio recurrente manifiesta cual es el origen de la deuda apremiada que nace con la resolución que otorga a la actora una autorización administrativa de las instalaciones electromecánicas, se aprueba el proyecto de ejecución, se declara la compatibilidad con diversos derechos mineros, se incluye en el régimen especial de energía eléctrica y se declara la utilidad pública en concreto de las instalaciones del parque eólico Cova da Serpe. El 28 abril 2010 se formaliza el acta definitiva para regularizar la situación tributaria por el ITPAJD devengado, resolución 26/12/2007 de la Dirección General de Industria y Energía y Minas de la Xunta de Galicia, publicada en el BOP de Lugo el 28/01/2008. Ese acta definitiva se le notificó mediante correo certificado con acuse de recibo el 4 mayo 2010, y se le advertía del derecho a hacer alegaciones dentro del plazo de 15 días hábiles, plazo que finalizó el 22 mayo 2010. El 3 junio 2010 se presentó escrito de alegaciones que llevaba fecha de 31 mayo.

3º) En fecha 15 octubre 2010 el Servicio de Inspección Tributaria de la Xunta de Galicia confirma la propuesta de regularización por el ITPAJD y existe una notificación del acuerdo liquidatorio del 24 marzo 2011 a un empleado, identificado con un DNI y una firma. Además del sello de la empresa.

Considera el recurrente que esa notificación no era completa por lo que no podía resultar eficaz, concurriendo como motivo de oposición de la providencia de apremio la falta de notificación de la liquidación.

4º) Pero tal alegación debe ser rechazada, la notificación se realizó en forma, mediante correo certificado con acuse de recibo, y el recurrente era plenamente conecedor de la liquidación realizada y debidamente notificada. Cuestión distinta son sus alegaciones en torno a que sea o no procedente el pago del tributo en cuestión, que como reconoce la parte actora es una cuestión ajena al presente procedimiento de apremio.

Por consiguiente, a este Tribunal le consta la notificación, por lo que debe presumirse que esa notificación fue del acuerdo íntegro. Esa presunción podría haberla destruido el actor mediante prueba en contrario y no lo ha hecho.

5º) Se alega igualmente la falta de motivación de la resolución del TEAC que le ocasiona indefensión.

En relación con la falta de motivación, debe recordarse que la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1995, advierte que la falta de explicación objetiva que permita formular, en su caso, oposición con cabal conocimiento de sus posibilidades impugnatorias, constituye una práctica indefensión susceptible de acarrear la nulidad de la resolución; doctrina ésta corroborada por la Sentencia de 15 de abril de 2000. La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), así como también se establece en el artículo 13.2 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución Española y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el artículo 24.2 sino también por el artículo 103, consagrador del principio de legalidad en la actuación administrativa.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8 al 10 de diciembre de 2000, incluye dentro de su artículo 41, dedicado al “Derecho a una buena Administración”, entre otros particulares “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”.

En este sentido, se ha venido destacando tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, la estrecha conexión entre el requisito de la motivación y el derecho de defensa del obligado tributario. Pero la exigencia de motivación no se reduce a esa conexión. La obligación de motivar no está prevista sólo como garantía del derecho a la defensa de los contribuyentes, sino que tiende también a asegurar la imparcialidad de la actuación de la Administración tributaria así como de la observancia de las reglas que disciplinan el ejercicio de las potestades que le han sido atribuidas.

En el presente caso, y frente a lo que en la demanda se alega, no puede apreciarse la falta de motivación que se imputa a la resolución del TEAC recurrida, toda vez que, de la mera lectura de la resolución del TEAC evidencia que, al conocer de la impugnación de una providencia de apremio, examina la concurrencia o no del motivo de oposición alegado, obviando cualquier otra consideración ajena que no sea propia de esa impugnación limitada de la providencia de apremio. De ahí que no pueda invocarse inexistencia o defecto de motivación. Prueba de ello es que la demandante ha llevado a cabo una eficaz defensa, rebatiendo los argumentos ofrecidos por el TEAC, de ahí que la invocada indefensión no pueda siquiera ser considerada.

TERCERO

En síntesis, la sentencia de instancia recuerda las limitaciones a la impugnación de las providencias de apremio, y se pronuncia sobre dos cuestiones:

a) Validez de la notificación efectuada, correctamente, el 24 de marzo de 2011 mediante correo certificado con acuse de recibo, por lo que presume que llegó a conocimiento de la demandante la liquidación practicada.

b) Motivación suficiente de la resolución del TEAC porque su contenido permitió su impugnación adecuada en vía contencioso-administrativa, en relación con la validez de la notificación practicada en la referida fecha.

El único motivo de casación admitido a trámite se articula bajo el siguiente epígrafe “NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO: ARTÍCULOS 58, 59 Y 62 DE LA LRJPAC, 167.3 Y 211 LGT” (sic). Y luego se desarrolla en sucesivos párrafos donde se sostiene que han producido infracciones de diversos preceptos que han de ser rechazadas por las siguientes razones.

A.- La alegación de la infracción de los artículos 58 y 59 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ y PAC) es una simple afirmación apodíctica que parte de un presupuesto fáctico distinto del que contempla el Tribunal *a quo*. Frente a lo que razona la sentencia impugnada, la recurrente se limita a decir que la notificación eficaz no fue el 24 de marzo de 2011, sino el 11 de agosto 2011 porque fue entonces cuando tuvo conocimiento del alcance de la resolución objeto de notificación.

Naturalmente que las notificaciones no producen efectos hasta que dan a conocer el contenido del acto notificado, pero para retrasar la fecha de la eficacia de una notificación efectuada en forma no basta con afirmar que el conocimiento fue posterior a la fecha en que aquella se produjo.

B.- El artículo 211.4 de la Ley General Tributaria (LGT) no pudo ser vulnerado por la sentencia de instancia porque ni siquiera es contemplado, ni es objeto de aplicación alguna. Y si debió serlo porque se hubiera suscitado adecuadamente en el proceso la cuestión relativa a la terminación del procedimiento sancionador en materia tributaria, la falta de pronunciamiento por el Tribunal *a quo* debió combatirse por incongruencia omisiva a través del cauce del artículo 88.1.c) LJCA.

C.- Tampoco se han vulnerado el artículo 167.3 c) LGT y 58 y 59 LRJ y PAC porque la sentencia de instancia parte de la constancia en el expediente de una notificación practicada en forma. La supuesta falta del contenido del acto notificado debió motivar la negativa a su recepción por el destinatario.

D. - Tampoco se pronuncia la sentencia de instancia sobre la nulidad de pleno derecho o la validez de la liquidación, por lo que no puede vulnerar los precep-

tos que se citan en el correspondiente párrafo. Y si debió hacerlo, porque hubiera sido objeto de válido debate en la instancia, tal omisión debió hacerse valer como incongruencia omisiva por el cauce del artículo 88.1.c) LJCA.

E.- No pueden acogerse las infracciones de los artículos 215 y 239 LGT que se refieren al requisito de motivación de las resoluciones de los Tribunales Económico-administrativos porque, aunque escueta, cumple, como dice la sentencia de instancia, con la finalidad de la motivación que es dar a conocer la razón de la decisión administrativa y permitir frente a ella una adecuada defensa en el correspondiente recurso, en este caso, en el recurso contencioso-administrativo. Después de citar los correspondientes artículos relativos a la impugnación de las providencias de apremio, centra la cuestión en la existencia de la notificación de la providencia de apremio, y señala que *«en el presente caso y contra lo alegado, consta en el expediente de gestión el resguardo de Correos de Acuse de recibo, con sello de Grupo Insalux Corsán, S.A., con entrega al empleado Don Marcial Catalán, con fecha 24 de marzo de 2011, de la notificación del acuerdo del Servicio de Inspección Tributaria de la Jefatura Territorial de Lugo de la Xunta de Galicia de la liquidación definitiva derivada del Acta en disconformidad nº 27/20100082-0036 incoada por el concepto ITP y AJD, por lo que la liquidación origen de la providencia de apremio debe considerarse válidamente notificada»*.

F.- Tampoco puede entenderse, como sostiene el recurrente, que la Administración le haya causado indefensión con vulneración del artículo 24 de la Constitución Española. Con independencia de que la tutela a que se refiere el precepto constitucional se otorga por los Tribunales, la indefensión a que se alude en el párrafo es consecuencia de una premisa que el Tribunal de instancia no comparte y es que se hubiera practicado una notificación defectuosa.

CUARTO

Las razones expuestas justifican la desestimación del recurso de casación y que, conforme al artículo 139.2 se impongan las costas a la recurrente. Si bien haciendo uso la Sala de la facultad que reconoce el artículo 139.3 LJCA fija la cantidad máxima, por todos los conceptos, en 6.000 €

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que, admitiéndole a trámite, debemos sin embargo desestimar y desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de “ISOLUX CORSAN CONCESIONES, S.A”, contra la sentencia, de fecha 11 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) de la Audiencia Nacional, en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 359/2012. Sentencia que confirmamos e imponemos las costas a la recurrente con el límite señalado en el último de los fundamentos jurídicos.

Normativa de interés

CONSEJO CONSULTIVO DE EXTREMADURA

LEY 19/2015, DE 23 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE DEROGA LA LEY 16/2001, DE 14 DE DICIEMBRE, REGULADORA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE EXTREMADURA

(Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 23, de 27 de enero de 2016, y en el Diario Oficial de Extremadura núm. 248, de 29 de diciembre de 2015).

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Estatuto de Autonomía de Extremadura prevé la existencia de un órgano de carácter consultivo, cuya creación y regulación corresponde a la Asamblea de Extremadura mediante una ley.

La Asamblea de Extremadura, mediante la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, creó y reguló el funcionamiento del Consejo Consultivo de Extremadura.

El Consejo Consultivo de Extremadura, desde su creación en 2001, ha venido desempeñando su función consultiva con rigurosidad e independencia.

La ejecución de políticas de racionalización y efectividad de los recursos públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, justifican la derogación de la vigencia de la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, sin que ello conlleve una merma en la encomienda de la garantía de los derechos de los ciudadanos atribuida por nuestro ordenamiento jurídico a los poderes públicos.

Esta ley da cumplida respuesta a la voluntad política mayoritariamente expresada de aunar las necesidades de racionalización de la administración autonómica, motivada en las graves circunstancias económicas que soporta, con la garantía que supone, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, la función consultiva encomendada por mandato constitucional al Consejo de Estado y en los asuntos detallados por esta ley a la Comisión Jurídica de Extremadura.

La optimización de los recursos de la Comunidad Autónoma con una iniciativa como es la derogación del Consejo Consultivo, cobra mayor relevancia, tanto en la eficiencia del gasto como en la prestación del servicio, mediante la creación, en el seno de la Junta de Extremadura de un órgano verdaderamente profesionalizado, independiente, que aproveche el personal y los medios existentes en el extinto Consejo Consultivo que asuma aquellas funciones no reservadas expresamente a la Administración consultiva. De ahí la creación de la Comisión Jurídica de Extremadura como órgano colegiado, integrado en la administración autonómica y con una composición profesional y no política.

Las funciones que el Consejo Consultivo tiene atribuidas por la disposición final segunda de la Ley 13/2015, de 8 de abril, como Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, pasan al ámbito competencial de la Junta de Extremadura y en aras a la independencia que debe presidir dichas funciones, serán desempeñadas con imparcialidad y criterios de naturaleza jurídica por la Comisión Jurídica de Extremadura, profundizando aún más en el objetivo de racionalización del gasto y mejora en la prestación de los servicios.

Artículo único. Derogación de la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura.

Se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura.

Disposición adicional primera. Comisión Jurídica de Extremadura.

1. Se crea la Comisión Jurídica de Extremadura dentro de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, órgano que ejercerá cuantas funciones le atribuye la presente ley.

2. La Comisión Jurídica de Extremadura es un órgano colegiado de la Comunidad Autónoma de Extremadura que ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional.

3. La Comisión Jurídica de Extremadura ejercerá sus funciones respecto de la actividad de la Administración de la Junta de Extremadura, sus organismos autónomos y entidades de derecho público dependiente de la misma, las entidades locales y las universidades públicas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

4. La Comisión Jurídica de Extremadura deberá ser consultada en todos aquellos asuntos que por ley resulte preceptiva la emisión de dictamen por la Administración consultiva, así como en los dispuestos por esta ley, a excepción de los supuestos previstos por el Estatuto de Autonomía de Extremadura en los que se estará a lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Sin perjuicio de los casos en los que resulte preceptivo, el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, por conducto de su Presidente, podrá recabar dictamen del Consejo de Estado en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente.

Los dictámenes de la Comisión Jurídica de Extremadura no serán vinculantes, salvo en los casos que legalmente se establezca.

5. La Comisión Jurídica de Extremadura deberá ser consultada en los siguientes asuntos:

a) Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes y sus modificaciones.

b) Convenios y acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas.

c) Transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los derechos de contenido económico de la Junta de Extremadura, así como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten sobre los mismos.

d) Expedientes tramitados por la Junta de Extremadura, las entidades locales y las universidades públicas sobre:

a. Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a quince mil euros e inferior a cincuenta mil euros.

b. Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes.

e) Recursos extraordinarios de revisión.

f) Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario.

g) Creación o supresión de municipios, así como la alteración de términos municipales.

6. En materia de recursos contractuales de Extremadura, será competente sobre:

a) El conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación, y de las reclamaciones a que se refieren los artículos 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y 101 de 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.

b) La adopción de decisiones sobre la solicitud de medidas provisionales a que se refieren los artículos 43 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y 103 de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

c) La tramitación del procedimiento y la resolución de las cuestiones de nulidad contractual en los supuestos especiales establecidos en los artículos 37 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y 109 de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Los actos recurribles y las declaraciones de nulidad contractual, así como el régimen de legitimación, interposición, planteamiento, tramitación, resolución, efectos y consecuencias jurídicas de los procedimientos señalados anteriormente serán los establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y sus normas de desarrollo.

7. La Comisión Jurídica de Extremadura, como órgano colegiado, estará compuesta por el presidente y los vocales, en número de cinco.

Los vocales serán nombrados mediante Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de quien ostente la titularidad de la Consejería con las competencias de Administración Pública, entre funcionarios de carrera con la categoría de Letrados o Técnicos Superiores Especialidad Jurídica, de la Junta de Extremadura, de la Asamblea de Extremadura o de cualquier administración pública, siempre que reúnan las condiciones, experiencia, cualificación y cualquier otro requisito que, en su caso, se determine. Deberán llevar en servicio activo en dicha categoría o especialidad más de diez años y no haber ocupado en los últimos diez cargo público o de naturaleza eventual. Los funcionarios nombrados serán declarados en situación de Servicios Especiales.

Todos los miembros de la Comisión Jurídica de Extremadura prestarán sus servicios en régimen de dedicación exclusiva y estarán sujetos al régimen de incompatibilidades de los miembros del Consejo de Gobierno. El desempeño de estos puestos no será compatible con cargo alguno de representación popular ni con el desempeño de todo cargo político o administrativo, el desempeño de funciones directivas en los partidos políticos, sindicatos o asociaciones con ánimo de lucro, ni con toda clase de empleo al servicio de los mismos.

El Presidente de la Comisión Jurídica será nombrado por Decreto del Consejo de Gobierno de entre los vocales, a propuesta del Presidente de la Junta de Extremadura.

Los vocales desempeñarán su función por un período de cinco años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez. Reglamentariamente se determinarán las causas de su cese.

Actuará como secretario de la Comisión Jurídica de Extremadura uno de los vocales designado por acuerdo de sus miembros, a propuesta de su Presidente.

Disposición adicional segunda. Régimen patrimonial y medios materiales.

1. Los bienes del Consejo Consultivo y los adscritos para el cumplimiento de sus fines, se integrarán en el patrimonio de la Junta de Extremadura.

2. Los archivos, fondos documentales, aplicativos informáticos y demás bienes muebles materiales e inmateriales afectos al Consejo Consultivo de Extremadura quedarán adscritos a la Consejería competente en materia de Administración Pública.

Disposición adicional tercera. *Derechos y obligaciones.*

1. La Junta de Extremadura, a la entrada en vigor de esta ley, quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones contraídos por el Consejo Consultivo de Extremadura.

2. Los remanentes de tesorería y demás activos financieros del Consejo Consultivo, a la fecha de entrada en vigor de esta ley, se integrarán en la Hacienda de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Disposición adicional cuarta. *Ejercicio por parte de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Extremadura de competencias de las que venían disponiendo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, y condiciones para la asunción por las mismas de nuevas competencias propias, delegadas y distintas de las propias y de las atribuidas por delegación.*

1. Las competencias atribuidas a las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Extremadura por la legislación autonómica anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, se ejercerán por las mismas de conformidad con las previsiones contenidas en las normas de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

2. La legislación sectorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura podrá atribuir nuevas competencias propias a las entidades locales, actuando, en relación con lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 25 o en el artículo 36 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, además, de acuerdo con las previsiones que la legislación autonómica desarrolle. En cualquier caso, conforme a lo señalado anteriormente, en la atribución de competencias propias a los entes locales, la normativa autonómica atenderá al interés local del ámbito material en cuestión conforme a los principios de subsidiariedad y autonomía local así como el de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria, en estos casos de las Haciendas Públicas implicadas.

3. La Comunidad Autónoma de Extremadura podrá delegar el ejercicio de determinadas facultades propias de las competencias de su titularidad en las entidades locales de su ámbito territorial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59.3 del Estatuto de Autonomía de Extremadura y en los términos establecidos en los artículos 7, 27 y 37 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. Dicha delegación de competencias deberá garantizar la capacidad de dirección suficiente en la gestión y prestación del servicio correspondiente, a fin de hacerlo compatible con el principio de autoorganización municipal, sin perjuicio de las correspondientes técnicas de control propias de la delegación de competencias para cuyo ejercicio se reserva la habilitación correspondiente la Administración delegante.

4. Cuando la Comunidad Autónoma deba emitir el informe relativo a la inexistencia de duplicidades previsto en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, para el ejercicio por las entidades locales de nuevas competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, aquéllas seguirán para recabar el procedimiento establecido al efecto por la Junta de Extremadura.

5. No será necesaria la solicitud del informe mencionado en el apartado anterior en el supuesto de que las entidades locales vinieran ejerciendo determinadas competencias o funciones en un concreto ámbito material con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 27/2013, de 27 de diciembre, en cuyo caso podrán seguir prestando los servicios o desarrollando las actividades que se llevaban a cabo, siempre que, previa valoración de la propia entidad local, no se incurra en supuestos de ejecución simultánea del mismo servicio público por considerarse éstos de carácter complementarios y no se ponga en riesgo la sostenibilidad del conjunto de la Hacienda Municipal, en los términos exigidos por la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

6. Las competencias que, con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, se preveían como propias de los municipios en materia de participación en la gestión de la atención primaria de la salud e inspección sanitaria, en materia de prestación de servicios sociales, y de promoción y reinserción social, así como aquellas otras en materia de educación, a las que se refieren las disposiciones adicionales decimoquinta y transitorias primera, segunda y tercera de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, continuarán siendo ejercidas por los municipios en los términos previstos en las leyes correspondientes, en tanto no hayan sido asumidas por parte de la Comunidad Autónoma.

El resto de competencias en dichas materias atribuidas a las entidades locales por la legislación de la Comunidad Autónoma anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, continuarán siendo ejercidas por éstas, de conformidad con las previsiones de la norma de atribución y en los términos establecidos en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local.

Disposición transitoria primera. Régimen del personal del Consejo Consultivo de Extremadura.

1. Los empleados públicos del Consejo Consultivo, así como los trabajadores laborales, se integrarán en la Administración de la Junta de Extremadura en las condiciones establecidas en la normativa que les resulte de aplicación. Se garantizarán los derechos retributivos y de carrera consolidados. Quienes ostenten la condición de funcionarios de la Junta de Extremadura y se encuentren en alguna de las excedencias previstas por la legislación reingresarán en su puesto de trabajo de origen o uno de la misma categoría y retribuciones que se creará al efecto, ello sin perjuicio de la consolidación de los derechos anteriormente reconocidos. El cuerpo de letrados del Consejo Consultivo se integrará como el Cuerpo de Admi-

nistración Especial del Grupo A1 en la función pública de la Junta de Extremadura. Los funcionarios y puestos de trabajo correspondientes a dicho cuerpo que se integran en la Junta de Extremadura se adscribirán a la Abogacía General de la Junta de Extremadura.

2. En tanto se adscribe el personal a su puesto de trabajo de destino, la Junta de Extremadura abonará las percepciones oportunas y dispondrá la asignación provisional de funciones conforme a la legislación vigente.

Disposición transitoria segunda. Expedientes en tramitación.

Los expedientes que a la entrada en vigor de la presente ley se encuentren pendientes de dictamen en el Consejo Consultivo se remitirán a la Comisión Jurídica de Extremadura, a excepción de aquellos que en razón a su naturaleza jurídica deban ser remitidos al Consejo de Estado.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente ley y, en especial:

a) Las disposiciones dictadas en desarrollo de la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura.

b) La disposición final segunda de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de la Función Pública de Extremadura por la que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura.

Disposición final primera. Modificaciones presupuestarias.

El Consejo de Gobierno llevará a cabo las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley.

Disposición final segunda. Habilitación para el desarrollo reglamentario.

Se autoriza al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura para dictar las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de la presente ley, en particular respecto de todos los expedientes que se encuentren en tramitación en el Consejo Consultivo de Extremadura.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

La presente ley se publicará en el *Diario Oficial de Extremadura* y entrará en vigor el 1 de enero de 2016.

CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

LEY 7/2015, DE 28 DE DICIEMBRE, DE SUPRESIÓN DEL CONSEJO CONSULTIVO

(Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 71, de 23 de marzo de 2016, y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 309, de 29 de diciembre de 2015).

PREÁMBULO

El Estatuto de Autonomía, en su artículo 26.1.1, atribuye a la Comunidad de Madrid la competencia exclusiva en materia de organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno, entre las que cabe incluir la creación de órganos consultivos semejantes al Consejo de Estado.

En uso de dicha competencia, por Ley 6/2007, de 21 de diciembre, se creó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, como el superior órgano consultivo del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, así como de sus organismos autónomos y entidades de derecho público dependientes de la misma.

Posteriormente, mediante el Decreto 26/2008, de 10 de abril, se aprobó el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

La creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid tuvo lugar en un contexto económico distinto al actual, en el que hay que priorizar la prestación de los servicios esenciales y reducir aquellos gastos que no sean absolutamente imprescindibles, en consonancia con el conocido y demostrable compromiso de la Comunidad de Madrid con la estabilidad presupuestaria y la austeridad, sostenibilidad y racionalización del sector público.

A pesar de la encomiable y rigurosa labor que ha desempeñado y con el fin de racionalizar la Administración con un menor coste para los ciudadanos, se decide suprimir el Consejo Consultivo de la Comunidad, sin que ello suponga una merma de los derechos de los ciudadanos ni de los principios de imparcialidad e independencia que rigen el funcionamiento de la Administración Pública.

Con el objetivo de aunar las necesidades de racionalización de la Administración con la agilidad y eficacia que supone la conservación de estas funciones en el ámbito de la propia Administración de la Comunidad de Madrid, las funciones que hasta ahora desarrolla el Consejo Consultivo pasarán a desarrollarse por órganos o instituciones integrados dentro de la estructura Administrativa de la Comunidad de Madrid.

Así, la función consultiva se ejercerá por los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid mediante la creación de una Comisión Jurídica Asesora, tal y como

prevé la Disposición adicional decimoséptima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dotándola de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica, como exige la STC 204/1992, de 26 de noviembre.

Por su parte, para dar cumplimiento a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la resolución de las reclamaciones de acceso a la información se atribuyen a un órgano funcionalmente independiente, como es el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y a quien también se encomienda la incoación e instrucción de expedientes sancionadores frente a infracciones en materia de buen gobierno que cometan los altos cargos de la Comunidad de Madrid.

TÍTULO PRELIMINAR

Supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto.

1. Queda suprimido el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, subrogándose en el conjunto de derechos y obligaciones la Consejería de Presidencia Justicia y Portavocía del Gobierno.

2. La función consultiva que hasta ahora era ejercida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid pasa a articularse a través de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional decimoséptima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A tal fin se crea la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en el seno de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, podrán ser sometidos a consulta del Consejo de Estado todos aquellos asuntos a los que el Consejo de Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión.

3. Corresponderá al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el conocimiento y la resolución de las reclamaciones de acceso a la información pública previstas en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuando se interpongan, potestativamente, contra las resoluciones expresas o las desestimaciones presuntas dictadas por la Administración de la Comunidad de Madrid, por las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial y por todas las entidades

y organismos del sector público de ambas comprendidas en el ámbito de aplicación de la referida Ley.

TÍTULO I

De las funciones consultiva y en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Capítulo I

La función consultiva

Artículo 2. Naturaleza.

La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid es el órgano colegiado superior consultivo de la Comunidad de Madrid y ejerce sus funciones con autonomía jerárquica, orgánica y funcional.

Artículo 3. Composición y nombramiento.

1. La Comisión Jurídica Asesora, como órgano colegiado, estará compuesta por el presidente y los vocales en número no inferior a ocho ni superior a doce.

2. Los vocales serán nombrados mediante Decreto del Consejo de Gobierno, entre los Letrados de la Comunidad de Madrid, funcionarios de carrera, con más de diez años de antigüedad, adscritos a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, mediante concurso, debiendo adecuarse al criterio de paridad entre hombres y mujeres.

3. El presidente de la Comisión Jurídica Asesora será nombrado por Decreto del Consejo de Gobierno, de entre los vocales y a propuesta de estos.

4. Actuará como secretario uno de los vocales de la Comisión Jurídica Asesora, designado por acuerdo de sus miembros a propuesta de su presidente.

Artículo 4. Duración del mandato y régimen de incompatibilidad.

1. Los vocales desempeñarán su función por períodos de seis años pudiendo volver a ser nombrados por períodos alternativos de la misma duración.

2. Los Letrados vocales de la Comisión Jurídica Asesora prestarán sus servicios en régimen de dedicación exclusiva.

Artículo 5. Competencias.

1. La Comisión Jurídica Asesora ejercerá su función consultiva respecto de la actividad de la Administración General de la Comunidad de Madrid, sus organismos autónomos y entidades de derecho público dependientes de la misma, las entidades locales y las universidades públicas de la Comunidad de Madrid.

2. La Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en todos aquellos asuntos que, por Ley, resulte preceptiva la emisión de dictamen por la Administración consultiva, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 1.

3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos:

a) Anteproyectos de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

b) Proyectos de decretos legislativos.

c) Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, y sus modificaciones.

d) Convenios y acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas.

e) Transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los derechos de contenido económico de la Comunidad de Madrid así como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten sobre los mismos.

f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre:

a. Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a quince mil euros o la cuantía sea indeterminada.

b. Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes.

c. Recursos extraordinarios de revisión.

d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público.

e. Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario.

f. Creación o supresión de municipios, así como la alteración de términos municipales.

4. Sin perjuicio de los casos en que resulte preceptivo, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid o su Presidencia podrán recabar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora en aquellos otros asuntos que lo requieran por su especial trascendencia o repercusión.

Capítulo II

Funciones en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Artículo 6. Competencia para la incoación e instrucción de expedientes sancionadores.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid es el órgano competente para la iniciación, instrucción y propuesta de resolución del procedimiento administrativo sancionador previsto en el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, por las infracciones cometidas en materia de buen gobierno por los altos cargos de la Comunidad de Madrid a que se refiere el artículo 2 de la Ley 14/1995, de 21 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos.

Artículo 7. De las sanciones.

1. Las sanciones se impondrán siguiendo el procedimiento administrativo sancionador previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Serán también de aplicación las normas procedimentales contenidas en el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 245/2000, de 16 de noviembre.

2. La imposición de sanciones corresponde a la Presidencia de la Comunidad de Madrid en el caso de las infracciones cometidas por los Consejeros y al Consejo de Gobierno cuando las infracciones se cometan por el resto de los altos cargos.

Disposición adicional primera. Régimen del personal y de los miembros del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

A la entrada en vigor de la presente Ley, el Presidente, los Consejeros permanentes, los Consejeros electivos y el Secretario General perderán su condición de miembros del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Los puestos de trabajo adscritos al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid quedarán suprimidos una vez que entre en vigor la presente Ley.

Los Letrados de la Comunidad de Madrid que desempeñen puestos de letrados del Consejo Consultivo quedarán adscritos a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

Los Letrados de la Asamblea de Madrid que desempeñen puestos de letrados del Consejo Consultivo, sin perjuicio de su derecho a que se les asigne un puesto de trabajo al servicio de la Comunidad de Madrid, podrán reingresar al servicio de la Asamblea.

El resto de funcionarios, hasta que se les asigne un puesto de trabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid, quedarán adscritos provisionalmente a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, que podrá encomendarles tareas propias del cuerpo al que pertenezcan.

Las anteriores adscripciones surtirán efectos desde la entrada en vigor de la presente Ley.

Los órganos competentes de la Comunidad de Madrid aprobarán las necesarias modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo.

El resto de personal cesará el día de entrada en vigor de la presente Ley.

Disposición adicional segunda. Régimen patrimonial.

Los bienes de los que dispone el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid quedarán adscritos a la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno.

Disposición adicional tercera. Referencias al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Todas las referencias que la legislación de la Comunidad de Madrid haga al Consejo Consultivo, derivadas de su condición de órgano superior consultivo de la Comunidad de Madrid, se entenderán hechas a la Comisión Jurídica Asesora.

Disposición transitoria primera. Tramitación de los expedientes pendientes.

Los expedientes que a la entrada en vigor de la presente Ley se encuentren pendientes de dictamen en el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, se remitirán a la Comisión Jurídica Asesora y al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, según corresponda en función de lo previsto en los artículos 5 y 6 de la presente Ley, para su tramitación.

Disposición transitoria segunda. *Primera renovación.*

La mitad de los vocales de la Comisión Jurídica Asesora que sean nombrados en el primer período de mandato de la misma cesarán en el plazo de tres años desde la fecha de su nombramiento. Los vocales que cesen al amparo de esta Disposición lo serán por sorteo o por el procedimiento que se establezca reglamentariamente.

Disposición derogatoria única. *Derogación de normas.*

Queda derogada la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Disposición final primera. *Modificación.*

Tras la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a la Asamblea un Proyecto de Ley de modificación del artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de creación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid a los efectos de adaptar su denominación y regulación a las nuevas competencias que le atribuye esta Ley.

Disposición final segunda. *Habilitación para desarrollo reglamentario.*

Mediante Decreto del Consejo de Gobierno se desarrollará la composición y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora y el procedimiento para la emisión de dictámenes.

Disposición final tercera. *Entrada en vigor.*

La presente Ley se publicará en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID y entrará en vigor el día 31 de diciembre de 2015.

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

DECRETO 5/2016, DE 19 DE ENERO, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

(Publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 16, de 20 de enero de 2016).

Con el objetivo de aunar las necesidades de racionalización de la Administración, la estabilidad presupuestaria y la austeridad, por Ley 7/2015, de 28 de diciembre, se ha suprimido el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. En la citada Ley se establece que la función consultiva se ejercerá por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid mediante la creación de una Comisión Jurídica Asesora, tal y como prevé la disposición adicional decimoséptima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dotándola de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica, como exige la sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, de 26 de noviembre. En la disposición final segunda de la citada Ley 7/2015, de 28 de diciembre, se señala que mediante Decreto del Consejo de Gobierno se desarrollará la composición y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora y el procedimiento para la emisión de dictámenes.

La competencia para la aprobación del presente Decreto está prevista en los artículos 21.g) y 50.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, y previa deliberación del Consejo de Gobierno, en su reunión del día 19 de enero de 2016,

DISPONE

Artículo único. Aprobación del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, cuyo texto se inserta a continuación.

Disposición Transitoria Única. *Cuestiones relativas al primer mandato.*

Los cuatro Letrados Vocales de la Comisión Jurídica Asesora que sean nombrados en el primer período de mandato de la misma y hayan obtenido menor puntuación en el proceso de concurso, cesarán en el plazo de tres años desde la fecha de su nombramiento, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo. En caso de empate en las puntuaciones finales, se atenderá al criterio de paridad entre hombres y mujeres. En el supuesto de que este criterio no resuelva la situación de empate, serán de aplicación los criterios de desempate generales de la Ley 4/1989, de 6 de abril.

Disposición Final Primera. *Actos preparatorios para la puesta en funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora.*

Se habilita a los órganos competentes por razón de materia para que puedan realizar los actos de provisión de puestos de trabajo y de gestión económica que sean necesarios para la puesta en funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora.

Disposición Final Segunda. *Entrada en vigor.*

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

**REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO
DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE
MADRID**

TÍTULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

Artículo 1. *Naturaleza.*

La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid es el órgano colegiado superior consultivo de la Comunidad de Madrid y ejerce sus funciones con autonomía jerárquica, orgánica y funcional, con plena independencia en el ejercicio de sus competencias para garantizar su total objetividad.

Artículo 2. *Régimen Jurídico.*

La organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, se rige por la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo, por el presente Reglamento y por lo previsto en la normativa reguladora del régimen jurídico del sector público.

Artículo 3. Principios de actuación.

La Comisión Jurídica Asesora velará, en el ejercicio de sus funciones, por la observancia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y del resto del ordenamiento jurídico. Asimismo, ejercerá sus funciones con objetividad e imparcialidad, debiendo guardar sus miembros secreto sobre las propuestas y acuerdos adoptados y sobre los asuntos sometidos a consulta mientras estos no sean resueltos y, en todo momento, sobre sus deliberaciones.

Todos los miembros de la Comisión Jurídica Asesora deberán abstenerse de intervenir en aquellos asuntos que proceda o, en su caso, ser recusados conforme a la normativa reguladora del régimen jurídico del sector público.

TÍTULO I

Composición y competencias

Capítulo I

Órganos de la Comisión Jurídica Asesora

Artículo 4. Órganos y composición.

La Comisión Jurídica Asesora estará compuesta por ocho Letrados Vocales. De entre los Vocales se designará al Presidente y al Secretario en los términos previstos en los apartados siguientes. También podrá designarse un Vicepresidente con las atribuciones establecidas en el artículo 8.

La Comisión Jurídica Asesora funcionará en Pleno o en las Secciones que se pudieran constituir.

Capítulo II
Del Presidente

Artículo 5. Designación y sustitución.

El Presidente de la Comisión Jurídica Asesora será nombrado por Decreto del Consejo de Gobierno, de entre los Letrados Vocales y a propuesta de estos.

En caso de vacante, ausencia o enfermedad del Presidente, será sustituido por el Vicepresidente, en su caso. En caso de no designarse Vicepresidente, le sustituirá quien designe el Presidente o, en su defecto, el Vocal de mayor antigüedad.

Artículo 6. Funciones.

Las funciones del Presidente, sin perjuicio de sus funciones como Vocal, son las siguientes:

Ostentar la representación de la Comisión Jurídica Asesora.

Autorizar con su firma los dictámenes emitidos por la Comisión Jurídica Asesora.

Presidir, convocar y fijar el orden del día de las sesiones del Pleno y de las Secciones.

Dirigir las deliberaciones del Pleno y de las Secciones y dirimir con su voto los empates.

Organizar la distribución de asuntos entre los Letrados Vocales de acuerdo con lo aprobado por el Pleno.

Dictar cuantas instrucciones de régimen interior sean procedentes para el adecuado despacho de los asuntos competencia del Pleno.

Cualquier otra que no esté expresamente atribuida a otro órgano.

Capítulo III ***Del Vicepresidente***

Artículo 7. Designación.

Podrá designarse un Vicepresidente de entre los Letrados Vocales de la Comisión Jurídica Asesora, por acuerdo de sus miembros y a propuesta de su Presidente.

Artículo 8. Funciones.

El Vicepresidente, sin perjuicio de sus funciones como Vocal, ejercerá las funciones que le delegue el Presidente y le suplirá en los casos de vacante, ausencia o enfermedad.

Capítulo IV ***De los Letrados Vocales***

Artículo 9. Designación.

Los Letrados Vocales serán nombrados mediante Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, entre los Letrados de la Comunidad de Madrid, funcionarios de carrera, con más de diez años de antigüedad, adscritos a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, mediante concurso, debiendo adecuarse al criterio de paridad entre hombres y mujeres.

Los Letrados Vocales de la Comisión Jurídica Asesora prestarán sus servicios en régimen de dedicación exclusiva. Su situación administrativa será la de servicio activo y les será aplicable la normativa de general de aplicación a los empleados públicos, con las especialidades previstas en la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, y en este reglamento.

Los Letrados Vocales desempeñarán su función por períodos de seis años, pudiendo volver a ser nombrados por períodos alternos de la misma duración. Solo podrán ser cesados por las causas que se determinan en el presente Reglamento.

Tres meses antes de que se agote el mandato de los miembros de que se trate, el Secretario de la Comisión Jurídica Asesora comunicará al Consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno tal circunstancia, a fin de que se proceda a la oportuna renovación de los miembros afectados, de acuerdo con el sistema establecido en este capítulo.

Artículo 10. Procedimiento de selección de los Letrados Vocales de la Comisión Jurídica Asesora.

La selección de los Letrados Vocales de la Comisión Jurídica Asesora se realizará mediante concurso. En la tramitación de dicho concurso será de aplicación la Ley 4/1989, de 6 de abril, de Provisión de Puestos de Trabajo Reservados a Personal Funcionario de la Comunidad de Madrid y sus normas de desarrollo, con las especialidades reguladas en la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo y en el presente Reglamento.

La convocatoria del concurso se realizará por Orden del Consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, a propuesta del titular de la Abogacía General. La Orden de convocatoria se publicará en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

Los candidatos que se presenten al concurso deberán reunir, además de los requisitos exigidos con carácter general por la Ley 4/1989, de 6 de abril, los siguientes:

Pertenecer al Cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid.

Ser funcionario de carrera, con más de diez años de antigüedad en el citado Cuerpo.

Encontrarse adscrito a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

El cumplimiento de estos requisitos será exigible antes de la finalización del plazo de presentación de solicitudes.

Para la selección de los aspirantes, la Orden de convocatoria establecerá un mínimo de tres méritos no preferentes que permitan valorar los conocimientos y/o

experiencia en materia consultiva relativa a disposiciones normativas, convenios, recursos de carácter administrativo, reclamaciones de responsabilidad patrimonial o a cuestiones relacionadas con la contratación administrativa.

En caso de empate en las puntuaciones finales, se atenderá al criterio de paridad entre hombres y mujeres. En el supuesto de que este criterio no resuelva la situación de empate, serán de aplicación los criterios de desempate generales de la Ley 4/1989, de 6 de abril.

El plazo de presentación de solicitudes será de quince días hábiles desde el día siguiente al de publicación de la Orden de convocatoria en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

La solicitud deberá acompañarse de la documentación justificativa de los méritos relacionados en la Orden de convocatoria. Los requisitos de acceso se acreditarán de oficio mediante certificado expedido por el Registro de Personal.

Artículo 11. Resolución del concurso.

La resolución del concurso por la que se efectúe el nombramiento se realizará mediante Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, y será publicado en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

Artículo 12. Funciones de los Letrados Vocales.

A los Letrados Vocales les corresponde:

Estudiar y preparar los asuntos sometidos a su despacho así como la redacción del correspondiente proyecto de dictamen.

Actuar como ponentes en la correspondiente Sección en aquellos asuntos confiados a su estudio.

Asistir con voz y voto a las reuniones del Pleno y de las Secciones para el despacho de los asuntos de los que fueran ponentes.

Obtener la información precisa para cumplir sus funciones, así como formular ruegos y preguntas.

Formular en su caso, proposiciones de acuerdos y votos particulares.

Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

Capítulo V
Del Secretario

Artículo 13. *Designación y sustitución.*

Actuará como Secretario uno de los Letrados Vocales de la Comisión Jurídica Asesora, designado por acuerdo de sus miembros a propuesta de su Presidente.

En el supuesto de vacante, ausencia o enfermedad, el Presidente designará Secretario suplente entre los Letrados Vocales.

Artículo 14. *Funciones.*

El Secretario lo será del Pleno y de las Secciones. En tal condición le corresponde:

Asistir con voz y voto a las deliberaciones del Pleno y las Secciones, redactar y autorizar las actas de sus sesiones que serán visadas por su Presidente o por el Vicepresidente, en su caso.

Preparar y cursar el orden del día de las sesiones, sometiénolo a la previa aprobación del Presidente o Vicepresidente.

Expedir certificaciones de actas, acuerdos y dictámenes.

Llevar un registro de las resoluciones recaídas en los expedientes sometidos a la consulta de la Comisión Jurídica Asesora.

Llevar los libros de actas.

Someter anualmente al Pleno la Memoria de actividad de la Comisión. Reclamar de la autoridad consultante, a propuesta del Pleno, las Secciones, o de cualquier Letrado Vocal, cuantos antecedentes, informes y pruebas se consideren necesarios para completar el expediente.

Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Secretario.

En cuanto al régimen interior de los servicios corresponde al Secretario:

Vigilar el registro de entrada y salida de los expedientes y la distribución de estos entre las Secciones.

Coordinar el despacho de las Secciones y el Pleno.

Organizar y elaborar propuestas sobre la organización interna, racionalización e informatización de los servicios de la Comisión Jurídica Asesora.

Asimismo, ejercerá las funciones que ordinariamente le correspondan como Letrado Vocal.

Capítulo VI

De la pérdida de la condición de miembro de la Comisión Jurídica Asesora.

Artículo 15. *De la pérdida de la condición de miembro de la Comisión.*

Los miembros de la Comisión Jurídica Asesora perderán su condición de tales además de por las causas previstas para la pérdida de la condición de funcionario de carrera en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y en la Ley 1/1986, de 10 de abril, de Función Pública de la Comunidad de Madrid, por la expiración del período por el que fueron nombrados.

En los supuestos anteriores, los miembros de la Comisión Jurídica Asesora, serán cesados por Decreto del Consejo de Gobierno.

Expirado el período para el que fueron nombrados, y por el tiempo imprescindible, los Letrados Vocales continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que se produzca el nombramiento y toma de posesión del nuevo Letrado Vocal.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9.2, los miembros cesados serán adscritos, en su caso, a otro puesto de trabajo del Cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con la regulación establecida en el artículo 3 del Decreto 203/2000, de 14 de septiembre, por el que se dictan las reglas aplicables a los procedimientos de asignación de puestos de trabajo reservados a personal funcionario de la Comunidad de Madrid en los supuestos de pérdida del que se viniera desempeñando y de reingreso al servicio activo.

Capítulo VII

Del Pleno

Artículo 16. *Constitución, funcionamiento y competencias.*

El Pleno de la Comisión Jurídica Asesora está constituido por el Presidente, o persona que lo sustituya, el Secretario, y por los Vocales.

Para la válida constitución del Pleno se requiere la presencia del Presidente y del Secretario, o quienes les sustituyan, y de la mitad, al menos, de los Vocales miembros. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos de los asistentes.

El Pleno dictaminará los asuntos previstos en las letras a), b), c) y d) del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo, o los que sean facultativos de especial trascendencia o repercusión. El resto de los asuntos podrán ser dictaminados por la Sección correspondiente.

También son competencias del Pleno:

Proponer, para su aprobación por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, la modificación del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Conocer de aquellos asuntos que afecten a la composición, organización, competencia y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, y en especial la composición y el reparto de asuntos en las Secciones correspondientes.

Capítulo VIII ***De las Secciones***

Artículo 17. *Composición y funcionamiento.*

La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid podrá constituirse en Secciones a las que corresponderá elaborar, debatir y aprobar los dictámenes y acuerdos sobre consultas no reservadas al Pleno.

No obstante, determinadas consultas podrán ser elevadas al Pleno cuando así lo acuerde el Presidente, a propuesta de la propia Sección actuante, en atención a su importancia o repercusión.

Las Secciones estarán formadas por el Presidente o Vicepresidente, en su caso, o persona que lo sustituya, de la Comisión Jurídica Asesora, que las presiden y dirimen con su voto los empates, los Letrados Vocales que se determinen y el Secretario. Para su válida constitución, se requiere la presencia, además del Presidente, el Secretario o quienes les sustituyan, de, al menos, la mitad de los Letrados Vocales. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos de los asistentes.

La adscripción de los Letrados Vocales a una Sección se realizará por Resolución del Presidente, previa audiencia del Pleno.

TÍTULO II

De la Función consultiva

Capítulo I ***De la solicitud y la remisión de las consultas***

Artículo 18. *Solicitud de dictámenes.*

La Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en todos aquellos asuntos en los que, por Ley, resulte preceptiva la emisión de dictamen por la Administración consultiva, sin perjuicio de que el Gobierno de la Comunidad de Madrid o su Presidente puedan recabar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora en aquellos

otros asuntos que lo requieran por su especial trascendencia o repercusión.

En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los asuntos enumerados en el artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo.

Asimismo, y por conducto del Presidente de la Comunidad de Madrid, se podrá solicitar dictamen al Consejo de Estado, en los términos establecidos en el artículo 24 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en todos aquellos asuntos a los que el Consejo de Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión.

Cuando por Ley resulte preceptiva la emisión de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, este será recabado:

Las solicitudes de la Administración de la Comunidad de Madrid, por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros.

En el caso de los organismos autónomos y entidades de derecho público, la solicitud será efectuada por el titular de la Consejería a la que esté adscrito el organismo.

Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local.

En el caso de las universidades públicas, los dictámenes se solicitarán por sus rectores y se cursarán a través del Consejero competente en materia de universidades.

Las solicitudes de dictámenes a la Comisión Jurídica Asesora se remitirán firmadas por la autoridad consultante y, en su caso, por el Consejero a través del cual se efectúa la consulta. En el caso de solicitud formulada por el Consejo de Gobierno, la petición vendrá firmada por su Secretario.

Artículo 19. Documentación.

La petición de dictamen deberá acompañarse de toda la documentación correspondiente a la cuestión planteada, que se remitirá de forma ordenada y con índice numerado de los documentos.

El expediente podrá remitirse por medios telemáticos, en soporte digital o en papel, garantizando su autenticidad y con observancia de los principios de seguridad, integridad y disponibilidad, de conformidad con lo dispuesto en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

El informe preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora se debe solicitar cuando el expediente esté completamente tramitado, en su caso, una vez adoptada la Propuesta de Resolución y antes de la decisión de la Administración correspondiente.

Si la Comisión Jurídica Asesora estimase incompleto el expediente, podrá solicitar que se complete con cuantos antecedentes e informes estime necesarios. Esta petición llevará consigo la suspensión del plazo para emitir dictamen.

Artículo 20. *Retirada de las consultas.*

En cualquier momento anterior a la aprobación del dictamen, la autoridad consultante podrá solicitar la retirada de la consulta efectuada.

Capítulo II
De los dictámenes

Artículo 21. *Aprobación de los dictámenes.*

Los dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora se aprobarán por mayoría de votos de los asistentes. En caso de empate decidirá el Presidente con su voto de calidad. La aprobación de los dictámenes requiere la válida constitución del Pleno o Sección, conforme a los artículos 16.2 y 17.2.

Los Letrados Vocales que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por escrito que se incorporará al dictamen.

Artículo 22. *Forma y efectos de los dictámenes.*

Los dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora no son vinculantes, salvo en los casos que así se establezca en las respectivas Leyes.

Los asuntos dictaminados por la Comisión Jurídica Asesora no podrán ser sometidos a informe posterior de ningún otro órgano o institución de la Comunidad de Madrid, de las Entidades Locales o de las universidades públicas.

Las disposiciones y Resoluciones sobre asuntos informados por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid expresarán si se adoptan conforme a su dictamen o se apartan de él; en el primer caso se usará la fórmula “de acuerdo con la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid”, en el segundo la de “oída la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid”.

En este último caso, cuando la resolución se conformare enteramente con algún voto particular, se empleará la fórmula “oída la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y de acuerdo con el voto particular formulado por el Letrado Vocal o Letrados Vocales...”.

La autoridad consultante comunicará, en el plazo de quince días, al Secretario de la Comisión Jurídica Asesora la adopción o publicación de la Resolución o disposición general consultada. A estos efectos, el Secretario llevará el registro al que se refiere el artículo 14.1.d).

En la redacción de los dictámenes se expondrán separadamente los antecedentes de hecho, las consideraciones de derecho y las conclusiones siempre que, por el carácter específico de la consulta, no resulte más adecuada otra forma de emisión. El dictamen valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando así lo solicite expresamente la autoridad solicitante.

Cuando el dictamen contenga observaciones y sugerencias de distinta entidad, establecerá cuáles se consideran esenciales a efectos de que, si estas son atendidas en su totalidad, la Resolución que se dicte pueda utilizar la fórmula “de acuerdo con la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid”.

Artículo 23. Plazos.

Los dictámenes serán emitidos en el plazo de treinta días hábiles desde la recepción del expediente.

Cuando por razones de urgencia así se solicite, el plazo para la emisión del dictamen será de quince días hábiles. Excepcionalmente, el Presidente de la Comunidad de Madrid o el Consejo de Gobierno podrán fijar un plazo inferior en la solicitud.

El transcurso de dichos plazos se suspenderá en el supuesto previsto en el artículo 19.2.

Información Institucional

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

Las modificaciones habidas en la composición del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos que han tenido lugar desde la publicación del último número de la *Revista Española de la Función Consultiva*, con la excepción del Consell Consultiu de les Illes Balears, responden a la provisión de vacantes que se han producido por distintas causas. En este sentido, se deja constancia de la vacante dejada, a petición propia, por el Excmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Zapatero, como Consejero Nato con carácter vitalicio en el Consejo de Estado.

Por su parte el Consejo Consultivo de les Illes Balears ha renovado totalmente su composición, tras agotar el mandato los miembros que lo formaban desde 2011.

Finalmente, hay que reseñar que con fecha 1 de enero de 2016 dejaron de existir los Consejos Consultivos de Extremadura y de la Comunidad de Madrid, según las leyes que se reproducen en la sección de Legislación de este número.

CONSEJO DE ESTADO

Presidente

Excmo. Sr. D. José Manuel Romay Beccaría

Secretaria General

Excma. Sra. D.^a Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos

Consejeros Permanentes

Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina

Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón

Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret

Excmo. Sr. D. Alberto Aza Arias

Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego

Excma. Sra. D.^a María Teresa Fernández de la Vega Sanz

Excmo. Sr. D. Enrique Alonso García

Consejeros Natos

Excmo. Sr. D. Marcos Peña Pinto

Excmo. Sr. D. Fernando García Sánchez

Excmo. Sr. D. Carlos Carnicer Díez

Excma. Sra. D.^a Marta Silva de Lapuerta
Excmo. Sr. D. Benigno Pendás García
Excmo. Sr. D. Luis María Linde de Castro
Excmo. Sr. D. Darío Villanueva Prieto
Excmo. Sr. D. Juan Velarde Fuertes
Excma. Sra. D.^a Consuelo Madrigal Martínez-Pereda
Excmo. Sr. D. José Antonio Escudero López
Excmo. Sr. D. Antonio Pau Pedrón

Consejeros Electivos

Excma. Sra. D.^a María Luisa Cava de Llano y Carrió
Excma. Sra. D.^a Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós
Excmo. Sr. D. Juan José Laborda Martín
Excma. Sra. D.^a Isabel Tocino Biscarolasaga
Excmo. Sr. D. Manuel José Silva Sánchez
Excmo. Sr. D. José Antonio Ortega y Díaz-Ambrona
Excmo. Sr. D. Juan Carlos Rodríguez Ibarra
Excmo. Sr. D. José María Michavila Núñez
Excma. Sra. D.^a Ana Palacio Vallelersundi

CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ILLES BALEARS

Presidente

Hble. Sr. D. Antonio José Diéguez Seguí

Consejera secretaria

Hble. Sra. D.^a Maria Ballester Cardell

Vocales

Hble. Sr. D. Joan Oliver Araujo
Hble. Sr. D. Octavi Josep Pons Castejón
Hble. Sr. D. Felio José Bauzá Martorell
Hble. Sra. D.^a Catalina Pons-Estel Tugores
Hble. Sra. D.^a María de los Ángeles Berrocal Vela
Hble. Sr. D. José Argüelles Pintos
Hble. Sra. D.^a Marta Vidal Crespo
Hble. Sr. D. Miguel Manuel Ramis de Ayreflor Catany

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Presidente

Excmo. Sr. D. Juan B. Cano Bueso

Consejeros Natos

Excmo. Sr. D. Jesús María García Calderón

Ilmo. Sr. D. Jesús Jiménez López

Ilmo. Sr. D. Javier Lasarte Álvarez

Ilma. Sra. D.^a Isabel María Asunción Niñoles Ferrández

Excmo. Sr. D. Vicente A. Oya Amate

Consejeros Electivos con dedicación exclusiva

Ilmo. Sr. D. Francisco J. Gutiérrez Rodríguez

Ilma. Sra. D.^a María Luisa Balaguer Callejón

Excmo. Sr. D. Rafael Escuredo Rodríguez

Ilmo. Sr. D. Marcos Jesús Gutiérrez Melgarejo

Ilmo. Sr. D. José Antonio Sánchez Galiana

Ilma. Sra. D.^a Begoña Álvarez Civantos

Consejeros Electivos sin dedicación exclusiva

Excmo. Sr. D. Ángel Manuel López y López

Ilma. Sra. D.^a María Dolores Martínez Pérez

Ilmo. Sr. D. Eduardo Román Vaca

Ilma. Sra. D.^a Ana Cañizares Laso

Secretaria General

Ilma. Sra. D.^a M.^a Angustias Linares Rojas

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

Excmo. Sr. D. José Antonio Fernández Vázquez

Consejeros Natos

Excmo. Sr. D. Gerardo Fernández Albor

Excmo. Sr. D. Emilio Pérez Touriño

Excmo. Sr. D. Fernando Ignacio González Laxe

CONSEJO DE NAVARRA

Presidente

Excmo. Sr. D. Eugenio Simón Acosta

Consejeros

Ilma. Sra. D.^a María Ángeles Egusquiza Balmaseda

Ilmo. Sr. D. Alfredo Irujo Andueza

Ilmo. Sr. D. José Iruretagoyena Aldaz

Ilmo. Sr. D. José Antonio Razquin Lizarraga

Ilma. Sra. D.^a Socorro Sotés Ruiz

Ilmo. Sr. D. Alfonso Zuazu Moneo

ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO DE LA *REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA*

Deiane Agirrebaltzategi Sánchez

Letrada de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi desde el año 2007. Asesora Jurídica de la Dirección de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento del Gobierno Vasco durante los años 2002 a 2006. Master en Derechos fundamentales y poderes públicos por la Universidad del País Vasco.

Juan Cano Bueso

Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía desde Febrero de 2002 y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Almería. Con anterioridad fue Secretario General y Letrado Mayor del Parlamento durante las tres primeras legislaturas (1982-1994), Secretario de la Junta Electoral de Andalucía (1985-1994) y Consejero del Consultivo de Andalucía (1996-2002).

Es autor de más de 100 publicaciones entre ellas de cincuenta y seis monografías (sólo o en colaboración) y más de 30 artículos en revistas especializadas.

Asimismo, ha sido Vocal de la Junta Directiva de la Asociación Española de Derecho Constitucional, miembro del Patronato del Centro de Estudios Andaluces, Medalla de Oro del Ilustre Colegio de Abogados de Melilla en octubre 2010, Medalla de Oro de la Universidad de Almería en marzo 2010, Director de la Cátedra Rafael Escuredo de Estudios sobre Andalucía, desde febrero de 2011 y forma parte del Consejo Editorial de varias revistas jurídicas de prestigio.

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).

Irene M^a Espuey Servera

Letrada del Consejo Consultivo de las Illes Balears. Es funcionaria del cuerpo de técnicos superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares desde el año 2002. Especialista universitaria de Derecho Urbanístico y Ordenación del Territorio (título propio de postgrado de la UIB, 2005-2006). Ha desarrollado su carrera administrativa en los Servicios Jurídicos de las consejerías de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, de Sanidad y de Presidencia. Letrada del Servicio de Salud de las Islas Baleares desde 2005 al 2007. Jefa del Departamento Jurídico de la Consjería de Presidencia (del 2009 al 2010) y ha ejercido como Abogada.

Enrique F. Fliquete Lliso

Consejero electivo del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, Doctor en Derecho y Abogado. Profesor de Derecho Constitucional de la Universitat de

València. Master en Derecho Marítimo por la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”. Vocal del Observatorio de Derecho civil valenciano de la Generalitat Valenciana. Ha sido Árbitro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Valencia, Abogado en Cuatrecasas Goçalvez Pereira y Vocal no judicial de la Junta Electoral Provincial de Valencia. Autor de una veintena de publicaciones, artículos y colaboraciones en obras colectivas y monografías, ha sido ponente en diferentes jornadas, congresos y foros jurídicos.

M^a Ángeles García García

Licenciada en Derecho por la Universidad de Oviedo y Diplomada en Gestión y Administración Pública. Es funcionaria de carrera del cuerpo administrativo de la Universidad de Oviedo. Ha desarrollado funciones en el Cuerpo Superior de Administradores del Principado de Asturias (2000-2010) y ha ejercido como Abogada.

Fernando García Mengual

Doctor en Derecho por la Universitat de València y Licenciado en Derecho y en CC. Políticas.

Funcionario de carrera de les Corts Valencianes.

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir» y de la Universitat de València.

Secretario General del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana desde 2013.

Juan J. Guardia Hernández

Abogado. Doctor en Derecho por la Universitat de Barcelona. Actualmente desempeña funciones de profesor asociado de Derecho Constitucional en la Universitat Jaume I de Castellón y previamente ha impartido docencia en la Universitat de València. Autor de varios artículos y monografías sobre derechos fundamentales y derecho urbanístico, entre otros ámbitos de investigación.

David Muñoz Pérez

Es profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir» Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, ha desarrollado su trayectoria profesional e investigadora principalmente en el ámbito del Derecho Urbanístico y en el Derecho de la Vivienda. Cuenta con diversos artículos publicados en revistas científicas y obras colectivas en relación al Derecho a la Vivienda.

Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno

Es Doctor, Licenciado en Derecho y Diplomado de la Escuela de Práctica Jurídica por la Universidad de Salamanca. Además es Diplomado en Defensa Nacional en la Escuela de Altos Estudios de la Defensa del Centro Superior de la Defensa Nacional, del Ministerio de Defensa de España, y Experto en Defensa Nacional por la Universidad Rey Juan Carlos.

Es Profesor Titular de Derecho Administrativo en el Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal de la Universidad de Salamanca, desarrollando su actividad docente en centros universitarios y oficiales tanto españoles

como extranjeros. Consejero de Administración Pública del Gobierno de Extremadura, ha desempeñado también funciones de gestión en el ámbito universitario. Actualmente es miembro de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Extremadura, y está integrado en la Escuela de Derecho y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca.

Mantiene una prolija actividad investigadora, ha publicado un gran número artículos en revistas especializadas, capítulos en libros, así como monografías. Igualmente es extenso el número de procesos legislativos y de elaboración normativa nacionales e internacionales en los que ha participado como miembro de las comisiones redactoras.

Ha sido Presidente del Consejo Consultivo de Extremadura desde junio de 2014 hasta su supresión el 1 de enero de 2016.

Javier Píriz Uruña

Letrado del Consejo Consultivo de Castilla y León desde octubre de 2005 y Letrado del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León desde su puesta en funcionamiento en marzo de 2012.

Pertenece al Cuerpo de Letrados de la Comunidad de Castilla y León, en el que ha desarrollado funciones consultivas en las Asesorías Jurídicas de las Consejerías de Industria, Comercio y Turismo y de Economía y Empleo. También ha desempeñado funciones consultivas y contenciosas como Jefe del Área de Asesoría Jurídica de la Agencia de Desarrollo Económico de Castilla y León.

Ha participado como profesor y como ponente en cursos, seminarios y conferencias sobre responsabilidad patrimonial, contratación y subvenciones.

Carlos Tormo Camallonga

Doctor en Derecho y Licenciado en Geografía, es profesor de Historia del Derecho y las Instituciones de la Universitat de València desde 1993. Sus temas principales de investigación son la justicia y el Derecho procesal en el tránsito del Antiguo Régimen al Liberalismo, así como la formación universitaria de los juristas, y los colegios y demás corporaciones de abogados. Trabajos, todos estos, que extiende a la realidad hispanoamericana y a la foral valenciana. Además, son numerosas sus incursiones en el mundo del Derecho del Trabajo y, especialmente, en el Administrativo, en este caso desde la delimitación de las demarcaciones territoriales.

Teresa P. Vidal Martín

Letrada del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Diploma del Curso de Ordenación Autonómica del Territorio ed. 13ª, de la Universitat de València (Título propio de postgrado de la Universitat de València).

Máster en Derecho Administrativo y de la Administración Pública por la Universitat de València.

Profesora en el Máster de la Abogacía de la Universidad Cardenal-Herrera CEU.

Autora de varias publicaciones en el ámbito jurídico.

Carlos Yáñez Díaz

Letrado del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Master en Política Territorial y Urbanística por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido letrado de

la Comunidad de Madrid destinado en los Servicios Jurídicos Centrales (contencioso), en las Consejerías de Transportes, Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio y en la Subdirección General de lo Consultivo como Letrado Coordinador. Subdirector General de lo Consultivo y Asuntos Constitucionales (2008). Coautor en diversas monografías sobre procedimiento administrativo, derecho urbanístico y contratación pública. Autor de artículos sobre organización administrativa, derecho medioambiental y contratos públicos.

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- Vicepresidente del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Fiscal en excedencia. Abogado.*

Enrique F. Fliquete Lliso

*Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Abogado. Doctor en Derecho.
Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universitat de València.*

Federico Fernández Roldán

*Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Técnico Superior de la Generalitat Valenciana.*

Margarita Soler Sánchez

*Consejera Jurídica Consultiva de la Comunitat Valenciana.
Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universitat de València.*

María Luisa Mediavilla Cruz

*Consejera Jurídica Consultiva de la Comunitat Valenciana.
Magistrada.*

Francisco Camps Ortiz

*Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Expresidente de la Generalitat Valenciana.
Doctor en Derecho.*

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 Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Doctor en Derecho.

*Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Valencia
«San Vicente Mártir» y de la Universitat de València.*

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 reseñas 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 Caixabank: ES90 2100 6621 8522 0018 2947
- Transferencias internacionales: ES90 2100 6621 8522 0018 2947

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

Adquisición de ejemplares sueltos en Llibreries Llig:

C/ Avellanes, 14
46003 Valencia
Tel.: 963 866 170
Fax: 963 863 478
E-mail: 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

