

Jornadas sobre la Función Consultiva

Madrid, 17 y 18 de septiembre de 2009



Jornadas sobre la Función Consultiva

Madrid, 17-18 de septiembre de 2009



**CONSEJO
CONSULTIVO**
COMUNIDAD DE MADRID

ISBN: 978-84-451-3288-3

Depósito Legal: Na: 468/2010

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	8
Mariano Zabía Lasala <i>Presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid</i>	
CRÓNICA DE LAS JORNADAS DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA	15
PRIMERA PONENCIA. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN ESPAÑA: ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA REFORMA DEL CONSEJO DE ESTADO A TRAVÉS DE LA LEY ORGÁNICA 3/2004	19
Rafael Gómez-Ferrer Morant <i>Catedrático de Derecho Administrativo y letrado del Consejo de Estado</i>	
PRIMERA MESA REDONDA. TEORÍA Y PRÁCTICA DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS. PERSPECTIVAS DE EVOLUCIÓN DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS	
I. PRESENTACIÓN	35
Rosario Laina Valenciano <i>Consejera electiva del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid</i>	
II. EL PAPEL DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS EN LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS	39
Clemente Checa González <i>Consejero electivo del Consejo Consultivo de Extremadura y catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Extremadura</i>	

III. LA NATURALEZA ILIMITADA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL ÁMBITO DE INTERVENCIÓN INSTITUCIONAL	79
Enrique Belda Pérez-Pedrero	
<i>Consejero electivo del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha</i>	

SEGUNDA PONENCIA.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO OBJETO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA. ¿NECESIDAD DE UNA REFORMA?	85
Vicente Garrido Mayol	
<i>Presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia</i>	

SEGUNDA MESA REDONDA.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR ACTUACIONES SANITARIAS Y SISTEMA NACIONAL DE SALUD

I. LA COORDINACIÓN EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD DE ESPAÑA	111
Pedro Sabando Suárez	
<i>Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid</i>	

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA Y EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD EN LA COMUNIDAD DE MADRID	123
Juan José Güemes Barrios	
<i>Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid</i>	

III. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA	129
Jesús Ernesto Peces Morate	
<i>Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo</i>	

TERCERA MESA REDONDA.

FUNCIÓN CONSULTIVA Y CORPORACIONES LOCALES

I. PRESENTACIÓN173

Jesús Galera Sanz

Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

II. CONSEJO CONSULTIVO Y ADMINISTRACIÓN LOCAL179

Bartolomé González Jiménez

Presidente de la Federación Madrileña de Municipios y

Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alcalá de Henares

**III. EL PAPEL DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COOPERACIÓN
CON LAS ADMINISTRACIONES LOCALES EN LA RELACIÓN
ENTRE ÉSTAS Y EL CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD
DE MADRID189**

Jaime González Taboada

*Director General de Cooperación con la Administración Local
de la Comunidad de Madrid*

IV. ENTIDADES LOCALES Y FUNCIÓN CONSULTIVA199

Eloisa Carbonell Porras

*Profesora Titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense*

TERCERA PONENCIA.

EL FUTURO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN ESPAÑA207

Ángel J. Sánchez Navarro

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense

PRESENTACIÓN

Mariano Zabía Lasala

Presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid comenzó sus trabajos el día primero de septiembre del año 2008, por lo que hace algunas semanas ha cumplido su primer año de existencia, que hemos querido celebrar con estas Jornadas sobre la Función Consultiva.

Su diseño respondió a una voluntad de reflexión conjunta, para la que seleccionamos una serie de materias de especial relevancia y encargamos su desarrollo a especialistas de reconocido prestigio, bien bajo el formato de ponencias con un conferenciante único o bien como mesas redondas con varios participantes. En vista de la calidad de las aportaciones que hemos recogido y del interés de los debates que se suscitaron, entiendo que estas Jornadas han proporcionado una buena oportunidad para meditar sobre la Función Consultiva en general y sobre las especificidades de nuestro Consejo, permitiéndonos también evaluar el desarrollo de la Función Consultiva en la Comunidad de Madrid durante este primer año.

Estas actas recogen la práctica totalidad de las intervenciones desarrolladas a lo largo de las Jornadas, en el mismo orden en que pudieron ser escuchadas a lo largo de los días 17 y 18 de septiembre de 2009.

Decía antes que el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid había comenzado sus trabajos el día uno de septiembre del año 2008. Un año en la vida de una persona no es nada, y quizá menos todavía en la vida de una administración pública, sobre todo si tenemos en cuenta la larga tradición que tiene la función consultiva en nuestro país. Pero, consideraciones temporales aparte, y como bien indica en su contribución el profesor Sánchez Navarro, ponente de estas Jornadas, el primer año en la vida de una persona o en la vida de una institución es, sin embargo, un año de extraordinaria relevancia. Y yo quiero creer que efectivamente este primer año de existencia del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ha sido un año importante, durante el que se han puesto las bases de su vida futura, que espero

venturosa y tan prolongada al menos como la de nuestro Consejo de Estado, cinco veces centenario.

Durante este primer año de funcionamiento se ha hecho un esfuerzo extraordinariamente importante. En muy poco tiempo se ha puesto en marcha un organismo muy complejo, al que desde el primer momento se ha exigido el máximo rendimiento, como posteriormente pondré de relieve.

Quiero recordar que el nombramiento de los primeros Consejeros tuvo lugar en junio del año 2008 y que, a pesar del breve tiempo transcurrido, el primero de septiembre del año 2008 el Consejo estaba ya trabajando a pleno rendimiento. Esto ha sido posible gracias a que el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid no ha nacido de la nada, sino que hereda la larga tradición y la experiencia de la Función Consultiva española en general y de otros consejos consultivos en particular. Dicha experiencia, acumulada por las instituciones que nos han precedido en el desarrollo de la actividad consultiva, nos ha resultado de gran utilidad para evitar posibles errores, y a ella debemos agradecer también los aciertos que hayamos podido tener.

Una de nuestras preocupaciones prioritarias durante este nuestro primer año de existencia ha sido la de establecer una buena coordinación con las administraciones consultantes. Antes incluso de que el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid entrase en funcionamiento celebramos una serie de sesiones informativas con los secretarios generales técnicos de todas las consejerías del Gobierno de la Comunidad de Madrid y también, en coordinación con la Federación Madrileña de Municipios, con alcaldes y secretarios de los ayuntamientos de la región. Con ello, hemos pretendido no solamente dar a conocer este nuevo organismo a las administraciones que serán destinatarias de su actividad, sino establecer también, ya desde el primer momento, unas pautas de trabajo que contribuyan a hacer más fluido el funcionamiento del Consejo y sus relaciones con las administraciones consultantes.

Creo sinceramente que los resultados de este primer año han sido buenos en este sentido, pero queremos continuar avanzando en esta buena coordinación, y estas jornadas, a las que asistieron representantes de todas las administraciones, y a cuyas actas estas palabras sirven de pórtico, han proporcionado una ocasión privilegiada para ello. No será la única iniciativa que adoptemos para progresar en este empeño

de establecer una relación más fluida entre las administraciones públicas madrileñas y el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El interés por establecer una buena relación con las administraciones consultantes se manifiesta también en la preocupación del Consejo por el cumplimiento estricto de los plazos desde el primer momento. Aunque en principio pueda parecer que se centra en una cuestión estrictamente procedimental o burocrática, a mí me parece que esta voluntad da respuesta a un problema de fondo importante. Así lo han puesto de relieve los representantes de las corporaciones locales que participaron en estas Jornadas, manifestando su satisfacción por la agilidad con que el Consejo Consultivo ha tramitado los procedimientos que dichas corporaciones han sometido a nuestro dictamen. Con ello creemos contribuir a una mejor valoración de nuestros dictámenes y a evitar que estas consultas puedan percibirse como un obstáculo más en la gestión diaria de nuestras administraciones.

En efecto, durante este primer año de funcionamiento hemos cumplido los plazos establecidos por la normativa vigente prácticamente en todas las ocasiones. Yo creo que este es realmente un pequeño capital al que no debemos renunciar porque, insisto, aunque muchas veces la diligencia en la tramitación de los dictámenes pueda ser contemplada como un problema estrictamente procedimental o burocrático, es esencial para la vida de las Administraciones Públicas y para el prestigio y *auctoritas* del Consejo.

Con independencia de todo lo anterior, este primer aniversario sí es quizás el momento oportuno para, en primer lugar, rendir cuentas. Creo que el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, como todas las administraciones públicas, tiene que hacer pública rendición de cuentas, y esta breve presentación puede servir para ello, siquiera de forma parcial, necesariamente muy sintética.

Ya antes del pasado verano se presentó la memoria del 2008, explicativa de los trabajos que hemos llevado a cabo durante este primer año de existencia, y acabamos de publicar el repertorio de los dictámenes generados durante este período, recopilando así la doctrina desarrollada hasta hoy por este Consejo Consultivo.

Durante nuestro primer ejercicio de actividad –circunscrito a los meses de septiembre a diciembre del año 2008– recibimos un total de cuatrocientos tres ex-

pedientes, cifra que supone la entrada de más de cien expedientes al mes y que creo suficientemente expresiva de nuestra intensa actividad inicial.

Durante esos cuatro primeros meses emitimos doscientos noventa y siete dictámenes, quedando el resto, de llegada muy tardía, en tramitación para 2009. En la práctica totalidad de los casos, como ya he dicho, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid respondió en los plazos reglamentarios.

Desde un punto de vista cualitativo me parece interesante destacar que los dictámenes tramitados durante este primer año en el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid han correspondido mayoritariamente a expedientes de responsabilidad patrimonial. Aunque en apariencia esta pauta parece estar cambiando en alguna medida a lo largo del año 2009, estas cifras ponen de manifiesto la existencia -también en Madrid- de un problema común a todos los consejos consultivos y al propio Consejo de Estado: la preponderancia absoluta de los expedientes de responsabilidad patrimonial.

Entiendo que esta circunstancia exige una reflexión no solamente sobre la intervención de los consejos consultivos en este tipo de expedientes, sino también acerca de la propia figura de la responsabilidad patrimonial que, a mi modo de ver, ha sufrido una distorsión histórica a lo largo del tiempo. Yo creo que la situación que estamos viviendo los consejos consultivos deriva también en parte de esa transformación doctrinal y jurisprudencial, de esa cierta desnaturalización que ha experimentado este instituto de la responsabilidad patrimonial que, como ha señalado Vicente Garrido en su ponencia, posiblemente no estaba pensado para lo que en la práctica está siendo utilizado en las actuales circunstancias. Me parece que se trata, en cualquier caso, de una preocupación común a todos los órganos consultivos, sobre la que deberemos seguir reflexionando en el futuro.

Parece evidente que esta reflexión, como cualquier otra sobre nuestra actividad, deberemos hacerla junto con los consejos consultivos del resto de las comunidades autónomas y, muy destacadamente, con el Consejo de Estado, cuya autoridad moral todos reconocemos. Porque muchos de estos problemas son comunes a todos los órganos consultivos, a lo que podemos denominar genéricamente la Función Consultiva, y yo creo que es bueno que reflexionemos colegiadamente sobre ellos.

Pero también es bueno que reflexionemos sobre algunos problemas concretos, específicos, que se nos han planteado en el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid a lo largo de este primer año y que pueden no afectar tanto a otras comunidades autónomas o a otras administraciones públicas.

He subrayado antes la importancia de una buena relación con las diferentes administraciones públicas -la administración de la Comunidad de Madrid, la de las universidades públicas, las municipales- a las cuales este Consejo Consultivo presta sus servicios, que es evidente y no precisa de argumentación suplementaria alguna. Además de alcanzar los objetivos a que ya me he referido, espero que estas jornadas hayan servido para establecer una mayor vinculación con ellas. Es posible que la Función Consultiva exija una cierta distancia con respecto a la administración que podemos denominar activa, pero esta distancia no significa en absoluto alejamiento ni tampoco debe llevarnos a olvidar los problemas que las administraciones públicas tienen planteados en el día a día y en cuya resolución creo que los distintos órganos consultivos podemos jugar un papel fundamental.

Lo anterior es particularmente cierto en la esfera de las relaciones entre las diversas instituciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid y este Consejo Consultivo, pero también creo que sobre todo es una realidad respecto a las administraciones locales: para ellas, la repercusión de la actividad del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su quehacer cotidiano quizás ha sido más clara, más nueva, más evidente.

El dictamen del Consejo Consultivo no es un mero trámite más, y la jurisprudencia se ha encargado de señalar hasta qué punto es importante. Pero también es, al fin y al cabo, un trámite. A pesar de ello, no debe ser visto como un obstáculo para la gestión sino, sobre todo, como una fórmula de colaboración con los gestores, con los administradores, con los que tienen la responsabilidad de llevar a buen término el trabajo cotidiano de las Administraciones Públicas.

Todo ello hace imprescindible una reflexión conjunta de la administración consultiva con la administración ejecutiva o activa. De las conclusiones de tal reflexión pueden derivarse líneas de trabajo o fórmulas de colaboración que nos permitan mejorar el funcionamiento conjunto de las Administraciones Públicas, y con

ello, no lo olvidemos, proporcionar un mejor servicio a los ciudadanos, que son en definitiva los últimos destinatarios del trabajo de todos.

Cumplido nuestro primer año de existencia, cabe plantearse nuestras perspectivas futuras, la orientación deseable de nuestra actividad. Recogiendo una idea expuesta por algunos de los conferenciantes que nos acompañaron durante estas Jornadas, es fundamental cuidar especialmente aquellos cometidos que los órganos consultivos desarrollamos con particular eficacia o competencia.

El capital fundamental de todos los consejos consultivos, incluido el Consejo de Estado, no está en el mayor o menor número de competencias encomendadas, ni en el mayor o menor número de expedientes que se despachen, como tampoco en la mayor o menor entidad de las consultas formuladas. El verdadero capital que tienen acumulado los órganos consultivos radica en su prestigio, en su autoridad moral sobre las Administraciones Públicas que se dirigen a ellos en petición de asesoramiento. Por tanto, yo creo que lo que tiene que hacer el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid es hacer las cosas bien y consiguientemente ir ganando día a día prestigio y auctoritas en el seno de las instituciones de la Comunidad de Madrid y de las corporaciones locales.

Para consolidar ese prestigio, para ganar *auctoritas*, es preciso, en primer lugar, responder a las expectativas que nosotros mismos hemos creado, con informes de calidad que satisfagan las necesidades de las administraciones públicas que nos los solicitan, emitidos en plazo, como decía antes.

Pero al mismo tiempo, como ya he dicho, creo que es muy importante promover una reflexión conjunta permanente con otros consejos consultivos y con otros órganos de las administraciones autonómica y local para generar ideas, elevar propuestas y, en suma, contribuir a que el prestigio que pueda tener acumulado este Consejo Consultivo, o el que pueda acumular en el futuro, redunde en beneficio de todas las administraciones públicas –autonómicas, locales, corporativas o universitarias- de la Comunidad de Madrid.

La autoridad moral que en este primer año haya podido ganar el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid se debe fundamentalmente al trabajo desarrollado por los Consejeros, por los Letrados y por todas las personas que prestan

servicios en este organismo. A todos ellos quiero expresarles mi más sincero agradecimiento, institucional y personal, como Presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Deseo que podamos celebrar el balance de este segundo año y sucesivos con la misma satisfacción con que contemplamos ahora el primero.

CRÓNICA DE LAS JORNADAS DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA

Con motivo del primer año de funcionamiento del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, durante los días 17 y 18 de septiembre de 2009 se celebraron en la ciudad de Madrid unas Jornadas sobre la Función Consultiva patrocinadas por dicho órgano consultivo.

Las sesiones de trabajo se desarrollaron en los salones de la Casa de América y asistieron a ellas presidentes y consejeros de diversos consejos consultivos españoles, destacadas personalidades pertenecientes a otros organismos de carácter consultivo, como el Consejo Económico y Social o la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, representantes de la función jurisdiccional contencioso-administrativa y letrados adscritos a estas instituciones consultivas y a otras de carácter jurídico de las Administraciones Autonómicas y Locales. El número de participantes inscritos superó el centenar.

La inauguración de las jornadas corrió a cargo del Excmo. Sr. D. Mariano Zabía Lasala, presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y anfitrión de estas jornadas.

Durante la primera jornada de trabajo, que se desarrolló en sesiones de mañana y tarde, intervino, en primer lugar, el catedrático de Derecho Administrativo y letrado del Consejo de Estado Excmo. Sr. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, que ofreció una ponencia que llevó por título *“La función consultiva en España: organización y competencias del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas. La reforma del Consejo de Estado a través de la Ley Orgánica 3/2004”*. Presentó al ponente y moderó el debate posterior el Excmo. Sr. D. Mariano Zabía Lasala.

A continuación se desarrolló una mesa redonda centrada en la teoría y la práctica de los Consejos Consultivos, así como en las perspectivas de evolución de sus ámbitos competenciales. La Excmo. Sra. D^a Rosario Laina Valenciano, consejera electiva del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, presentó dicha mesa, realizando una breve introducción, y moderó el debate posterior a las intervenciones

de los participantes. Participaron en dicha mesa con breves contribuciones sobre el tema a debate, por este orden, la Ilma. Sra. D^a Rosa Collado Martínez, letrada del Consejo de Estado, el Excmo. Sr. D. Clemente Checa González, consejero del Consejo Consultivo de Extremadura y catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Extremadura, y el Excmo. Sr. D. Enrique Belda Pérez-Pedrero, consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Tras la mesa redonda precedente pudo escucharse la ponencia “*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como objeto de la Función Consultiva ¿Necesidad de una reforma?*”, desarrollada por el Excmo. Sr. D. Vicente Garrido Mayol, presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, al que presentó también el Excmo. Sr. D. Mariano Zabía Lasala, que actuó asimismo como moderador de las intervenciones posteriores.

La sesión de tarde de esta primera jornada de trabajo estuvo dedicada a una segunda mesa redonda sobre el Sistema Nacional de Salud y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por actuaciones sanitarias. Su presentación corrió a cargo del Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que formuló una intervención sobre esta materia y moderó el debate posterior. Participaron además con sus contribuciones el Excmo. Sr. D. Juan José Güemes Barrios, consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid, y el Excmo. Sr. D. Jesús Peces Morate, magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Durante la segunda jornada de trabajo, exclusivamente de mañana, se desarrolló una tercera mesa redonda, sobre la Función Consultiva y las Corporaciones Locales, presentada y moderada por el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que formuló una breve introducción. Participaron en ella con sus respectivas comunicaciones, por este orden, el Excmo. Sr. D. Bartolomé González Jiménez, alcalde-presidente del Ayuntamiento de Alcalá de Henares y presidente de la Federación Madrileña de Municipios, el Ilmo. Sr. D. Jaime González Taboada, director general de Cooperación con la Administración Local de la Comunidad de Madrid, y la Sra. D^a Eloisa Carbonell Porras, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

A continuación, el Sr. D. Ángel J. Sánchez Navarro, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense, desarrolló la ponencia que lleva por título *“El futuro de la Función Consultiva en España”*. Como en ponencias anteriores, fue presentado por el Excmo. Sr. D. Mariano Zabía Lasala, que moderó también el debate posterior.

Finalizadas las sesiones de trabajo, el Excmo. Sr. D. Mariano Zabía Lasala, realizó un balance del primer año de funcionamiento del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, reflejado en la Memoria de Actividades del organismo para el año 2008, y procedió a la clausura de la reunión.

PRIMERA PONENCIA.

LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN ESPAÑA: ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA REFORMA DEL CONSEJO DE ESTADO A TRAVÉS DE LA LEY ORGÁNICA 3/2004

Rafael Gómez-Ferrer Morant

Catedrático de Derecho Administrativo y letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN UN SISTEMA JURÍDICO COMPLEJO.

1. Extraordinaria complejidad del sistema jurídico.
2. El cruce de distintas racionalidades.
3. Dificultad de controlar la actuación de la Administración.
4. Trascendencia de la función consultiva por su carácter preventivo.

III. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS.

1. Legalidad y oportunidad: los principios generales del Derecho.
2. *Auctoritas y potestas*.
3. El carácter final (último) del Dictamen.

IV. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS.

1. Organización.
2. Competencias.

V. ÁMBITO DE LAS COMPETENCIAS DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS.

1. En relación con el derecho comunitario europeo.
2. En relación con el principio de constitucionalidad.
3. En relación con la observancia del principio de legalidad.
4. Respecto a las Corporaciones Locales.

VI CONEXIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO Y LOS CONSEJOS CONSULTIVOS.

VII. CONSIDERACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

El primer aniversario del inicio de la actividad del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid es un motivo de satisfacción e invita a hacer una reflexión general sobre la función consultiva en España que quizá pueda ser un marco de referencia para alguna mesa redonda posterior dentro de estas jornadas tan completas, en las que se abordará el presente y el futuro de la Función Consultiva, y problemas actuales como el de la responsabilidad patrimonial, tan presente en todos los consejos consultivos y en general en el ámbito doctrinal.

II. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN UN SISTEMA JURÍDICO COMPLEJO

Para poner de relieve la trascendencia de la Función Consultiva creo que es importante tener en cuenta tres factores: la extraordinaria complejidad del sistema jurídico, el cruce de distintas racionalidades y la dificultad de controlar la actuación de la Administración de forma eficaz en el tiempo.

1. Extraordinaria complejidad del sistema jurídico

El primero factor es la extraordinaria complejidad del ordenamiento jurídico. Tanto la Unión Europea como el Estado, las comunidades autónomas y los entes locales tienen atribuida la función de velar por los fines de interés general, naturalmente cada uno de ellos dentro de su propio ámbito de actuación. Para el cumplimiento de esos fines y para la consecución de esos intereses se les atribuyen competencias, y en el ejercicio de esas competencias dictan normas, dando lugar a un ordenamiento jurídico de una complejidad tal que todos sabemos que el primer esfuerzo que hay que hacer ante cualquier caso es averiguar cuál es el ordenamiento jurídico aplicable al supuesto concreto.

2. El cruce de distintas racionalidades

El segundo factor que me parece importante está en la dificultad objetiva de determinar en cada caso cuál es el interés general, porque en un mundo complejo

como el actual entran en colisión distintas racionalidades: la racionalidad del poder, que tiende a conseguir y mantener el poder; la racionalidad del sistema económico, que pone de relieve desde el punto de vista de la eficacia la necesidad de adoptar determinadas medidas; la racionalidad del sistema socio-laboral, que se contrapone muchas veces con lo que sería la racionalidad pura del sistema económico; pero también la racionalidad de los que podríamos llamar intereses “desinteresados”, representados, entre otras, por las ONG, las organizaciones medioambientales, las organizaciones de consumidores, las organizaciones de las distintas comunidades o creencias religiosas. Existe en definitiva un conjunto de racionalidades, cada una de las cuales puede poner de manifiesto aspectos del interés general en presencia y que pueden entrar en colisión unas con otras.

Tengamos en cuenta además que hay un telón de fondo, esencial en la Constitución y en todo sistema democrático, que es la declaración de derechos. Los derechos de los ciudadanos son por un lado un límite y por otro un motor para el poder, porque la consecución y respeto de los intereses de los ciudadanos, cuando están consagrados como derechos fundamentales, son de interés general. Además, no olvidemos que aunque los principios rectores de la política social y económica no aparecen recogidos en la Constitución con la misma fuerza que los derechos de carácter liberal y democrático, sí constituyen un mandato, un programa para el legislador, como acredita el art. 53.3 de la Constitución. En consecuencia, en el marco de toda esa complejidad, la necesaria ponderación para que cada Administración pueda conseguir el interés general que tiene confiado, entraña también en ocasiones una extraordinaria dificultad.

3. Dificultad de controlar la actuación de la Administración

El tercer factor está en la dificultad de controlar la actuación de la Administración, sometida a la Ley y al Derecho, que ha de ponderar esas parcelas específicas de interés general. Dificultad de control que es tanto de carácter político como jurídico.

La dificultad de carácter político obedece en parte a que en el sistema parlamentario el gobierno surge del poder legislativo y, por lo tanto, en principio goza de la mayoría parlamentaria, lo cual dificulta este control político.

En cuanto al control judicial, no cabe duda de que la existencia de una conflictividad muy elevada da lugar a una duración extraordinaria de los procesos. En estas condiciones, el tener la razón o no tenerla años más tarde, puede ser de una eficacia limitada desde el punto de vista de una economía avanzada.

4. Trascendencia de la función consultiva por su carácter preventivo

En mi opinión, los tres factores mencionados potencian la importancia y la necesidad de la Función Consultiva, confiada a órganos dotados de autonomía orgánica y funcional, separados de la Administración activa, que permite disponer de un juicio previo, plenamente objetivo. El carácter preventivo de la función consultiva tiene a mi juicio una importancia extraordinaria, porque no es lo mismo esperar años para obtener una resolución judicial sobre un acto o sobre una norma emanados de la Administración que contar con un juicio previo independiente que puede evitar un conflicto posterior.

En ese sentido, creo que tanto el Consejo de Estado como todos los consejos consultivos tienen confiada una función que me parece esencial en el Estado de Derecho: por un lado, son una garantía para la consecución del interés general con sometimiento a la Ley y al Derecho, y, por otro, son también una garantía para los derechos e intereses legítimos de los administrados.

III. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

Voy a subrayar tres características de los consejos consultivos que considero esenciales. Creo importante meditar sobre ellas.

1. Legalidad y oportunidad: los principios generales del Derecho

En primer lugar, está la disyuntiva referente a si el asesoramiento se ha de ceñir a cuestiones de legalidad o puede extenderse a cuestiones de oportunidad. Esta posibilidad está presente en algunas leyes reguladoras de consejos consultivos, así como también en la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

Me parece importante que el asesoramiento se pueda extender a cuestiones de oportunidad, cuando la índole de la consulta lo exija, según dice la Ley Orgánica del Consejo de Estado, o cuando así lo indique la autoridad consultante, como dicen las leyes de diversos consejos consultivos, dado que a estos consejos -y desde luego al Consejo de Estado- se han incorporado personas con experiencia en asuntos de gobierno y de administración. Y esa cualificación se ha visto potenciada ahora con la presencia de los ex presidentes de comunidades autónomas. Ello pone de relieve el interés del asesoramiento en relación no solo a la legalidad sino también a la oportunidad. A este respecto creo que, aunque no lo diga la Ley reguladora de un Consejo consultivo, existe en todo caso la posibilidad de que la autoridad consultante indique que se extienda el dictamen a ese aspecto.

Al margen de lo anterior, en estos momentos resulta esencial tener en cuenta la trascendencia que tienen los principios generales del Derecho. Durante la etapa de la codificación existió la creencia de que la Ley era capaz de agotar toda la regulación, resolviendo todos los problemas, lo cual condujo a la doctrina meramente exegética del texto legal, pero esto nunca ha sido cierto, y menos en el derecho público. En el derecho público nunca se ha producido esa codificación y siempre ha sido esencial la distinción entre las leyes que Laferrière llamaba contingentes y los principios inmanentes en el ordenamiento jurídico.

Dejando de lado, para simplificar, toda la trayectoria histórica de esos principios generales del Derecho, diremos que están consagrados en este momento en nuestra Constitución, que es principialista. Pensemos en todos los principios del artículo 9.3 -legalidad, publicidad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, sancionadoras o no favorables-, en el principio de igualdad del artículo 14, o en el principio de autonomía. Y lo mismo podríamos decir de otros principios que ha deducido de la Norma Fundamental el Tribunal Constitucional, como el de proporcionalidad, el *non bis in idem*, el de contradicción, o el de igualdad de partes.

Todos esos principios, como dijo el Tribunal Constitucional ya en su primera Sentencia del Pleno (S. 4/1981, de 2 de febrero), desde el momento en que están en la Constitución participan de su fuerza normativa y tienen mayor valor que la Ley. Por ello, no sólo deben aplicarse en defecto de ley o costumbre, y sin perjuicio de su carácter informador general del ordenamiento, como dice el Código Civil (art. 3), sino que esos principios generales tienen mayor valor que la Ley en nuestro sis-

tema normativo, y por lo tanto su conjunto constituye un elemento capital de interpretación, en un sistema tan complejo, porque permite disponer de herramientas jurídicas adecuadas para conseguir finalmente soluciones equilibradas, soluciones ponderadas; ello, con independencia de que una ley contraria a los principios generales del Derecho pueda ser declarada inconstitucional.

Pensemos, por ejemplo, en la importancia operativa que tiene el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, incluso en el ejercicio de potestades discrecionales. Desde el momento en que la resolución tiene que ser razonada y razonable, como ha indicado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, este principio permite, aún sin llegar a enjuiciar la oportunidad, argumentar de manera negativa sobre la base del carácter no razonado o no razonable de un acto.

En definitiva, creo que la Función Consultiva tiene una extraordinaria relevancia en el ámbito constitucional, precisamente en el contexto de esos factores a los que me he referido.

2. *Auctoritas y potestas*

El segundo elemento de los tres a los que me quería referir se refiere a la *auctoritas* y la *potestas*. El dictamen de un consejo consultivo o del Consejo de Estado no es vinculante salvo con alguna excepción, como cuando se dictamina sobre la revisión de actos nulos de pleno derecho, caso en que es vinculante en el sentido de que ha de ser favorable para que pueda llevarse a cabo la revisión. En consecuencia, cabe preguntarse qué valor tiene el dictamen, con carácter general.

A estos efectos considero esencial la clásica distinción entre *auctoritas* y *potestas*. En suma, en la medida en que los consejos consultivos tengan un prestigio derivado de su objetividad e independencia, le resultará más difícil apartarse de sus dictámenes al órgano que ha de decidir.

Por eso, la fórmula “de acuerdo con el Consejo de Estado”, u “oído el Consejo de Estado”, que ha ido cambiando en las distintas leyes reguladoras de esta institu-

ción pero manteniendo siempre el mismo sentido, y que está en la ley reguladora de algún Consejo Consultivo, es muy relevante, porque exterioriza si el órgano que ha de decidir se ha apartado o no de ese dictamen jurídico. Es indudable que dicho órgano puede decidir en sentido contrario, pero es claro que la utilización de una fórmula u otra está dando una pista de lo que ha sucedido acerca, en su caso, de una posible ilegalidad. Y la prueba de la importancia de esta fórmula es la resistencia que el poder ejecutivo ha opuesto en general a utilizar la fórmula “oído el Consejo de Estado” (o el Consejo Consultivo de que se trate).

En conclusión, creo que conseguir la incorporación de una fórmula de este tipo en las leyes de todos los consejos consultivos sería importante desde el punto de vista de la transparencia del funcionamiento del sistema jurídico.

3. El carácter final (último) del dictamen

Como tercer elemento del análisis de las características de los consejos consultivos, debo referirme a otra cuestión muy importante, aunque parezca una formalidad. El hecho de que el informe sea el último que se emita es, a mi juicio, una cuestión sustantiva, porque en ese momento ya se han puesto de manifiesto todas las racionalidades, y se han efectuado todos los informes pertinentes. Es decir, están presentes todos los intereses que puedan concurrir.

Llega entonces el asunto al último órgano —el Consejo Consultivo ó, en su caso, el Consejo de Estado— que ha de emitir un juicio acerca de cómo debe actuarse con sujeción a la Ley y al Derecho. Puede entonces plantearse el gran problema que ya suscitara Forsthoff: ¿Y si la Ley no coincide con el Derecho? De ahí la importancia de los principios generales que ya hemos comentado. El último dictamen debe considerar todos esos informes con prudencia, poniendo especial cuidado en garantizar la interdicción de la arbitrariedad. Por eso me parece relevante este tercer aspecto relacionado con el carácter final del dictamen del Consejo Consultivo o en su caso del Consejo de Estado, que debe ser el último de los que se emiten.

IV. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

Me parece que puede ser de interés ofrecer una visión de conjunto de lo que podrían ser las competencias que deberían tener los consejos consultivos y que, en muchos casos, coinciden con las que ya se otorgan a éstos en las leyes.

1. Organización

Pero previamente quiero hacer una referencia a su organización. En términos de estructura, es frecuente que la organización de los consejos consultivos no coincida con la organización del Consejo de Estado. Incluso sería absurdo que coincidiera, entre otras cosas porque se trata de instituciones jóvenes y en treinta años resulta quizás prematuro pensar en diferenciar los tres tipos de consejeros que tiene el Consejo de Estado -permanentes, natos, electivos-, aun cuando se trata de una perspectiva que no se puede descartar a medio o largo plazo.

Quisiera hacer también una referencia a los problemas que plantean siempre los sistemas de designación. En nuestro país -y lo que voy a decir quizás exceda del ámbito estricto de la conferencia, porque no hablo sólo de los consejos consultivos-, se critica en muchos casos el sistema de designación, ya afecte a los magistrados del Tribunal Constitucional, a los miembros del Consejo General del Poder Judicial, etc., pero estas críticas no han afectado en la misma medida, hasta la fecha, a los procedimientos de designación de los consejeros de los consejos consultivos, aunque eventualmente podría surgir en el futuro algún tipo de crítica.

En relación con lo anterior sí quisiera decir simplemente que lo importante, más allá de que cualquier sistema de designación pueda ser criticable, es que quienes designan y quienes han sido nombrados crean en el sistema democrático; que cada uno crea en la función que tiene que desempeñar. Y si eso es así, los que designan nombrarán personas adecuadas, y los designados también ejercerán adecuadamente sus funciones. Por ello, sin desconocer su importancia, creo que no podemos escudarnos en temas de procedimiento para eludir problemas que son sustantivos.

2. Competencias

Formulada esta mínima reflexión en relación con la organización, voy a tratar de indicar cuáles, en mi opinión, deberían ser las competencias de los consejos consultivos.

El antiguo artículo 23 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (cuyo sentido, en lo que ahora interesa, recoge el actual artículo 24), me parece clave para hacer esta prospección. Recordarán ustedes que en ese artículo se decía que el Consejo de Estado emitiría dictamen –con carácter preceptivo– para las comunidades autónomas, en los mismos supuestos que para la Administración del Estado, cuando dichas comunidades hubieran asumido las competencias correspondientes. En aquel momento no existían los consejos consultivos autonómicos. Y cuando este problema se plantea ante el Tribunal Constitucional, el Tribunal matiza que esto debía ser así siempre que no se hubieran creado en la Comunidad órganos semejantes al Consejo de Estado, ya que en otro caso les correspondería a ellos la emisión de los dictámenes.

En esta Sentencia del Tribunal Constitucional del año 1992 (S. 204/1992, de 26 de noviembre) y en la actual redacción del artículo 24 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, hay una pista importante acerca de cuáles pueden ser las competencias de los consejos consultivos, e incluso acerca de cuáles deben ser –me atrevería a decir– las competencias de los consejos consultivos.

En suma, el Tribunal Constitucional viene a decir que la emisión de dictámenes por el Consejo de Estado en todas las competencias tiene atribuidas a este respecto, es una garantía del Estado de Derecho, de los ciudadanos y del interés general, y que cuando la Comunidad Autónoma disponga de un órgano consultivo propio, semejante al Consejo de Estado, lo sustituye en el ámbito de las competencias autonómicas. En consecuencia, los consejos consultivos deben tener las mismas competencias en el ámbito de su Comunidad que tiene el Consejo de Estado en el ámbito estatal, y eso marca ya un criterio para saber qué competencias deben tener los consejos consultivos.

V. ÁMBITO DE LAS COMPETENCIAS DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

Partiendo de lo expuesto, podemos hacer ya una referencia a las competencias que deben tener los consejos consultivos, de acuerdo con el siguiente orden: derecho comunitario, principio de constitucionalidad y principio de legalidad.

1. En relación con el derecho comunitario europeo

Como el cumplimiento del derecho comunitario se efectúa de acuerdo con el orden interno de distribución de competencias, eso significa que las comunidades autónomas, aunque no en todos los casos, tendrán que dictar leyes o disposiciones generales, en su caso, como consecuencia de la trasposición de directivas europeas. En estos supuestos creo que debería ser preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo en relación con los anteproyectos de ley y de disposición general, como garantía de la observancia del derecho comunitario.

2. En relación con el principio de constitucionalidad

La necesidad de garantizar el principio de constitucionalidad en la actuación de los poderes públicos y la gran complejidad de nuestro sistema normativo, lleva a considerar que, en materia normativa, los consejos deberían informar acerca de la observancia del sistema constitucional de distribución de competencias.

Así, cuando exista una legislación básica del Estado sobre una materia, el Consejo Consultivo tendría que informar acerca de si la ley de la Comunidad Autónoma se ajusta a tal legislación.

Cuando exista un entrecruzamiento de títulos competenciales que incida en la legislación de la Comunidad Autónoma, como sucede limitadamente en materia de urbanismo, que es competencia exclusiva de las comunidades pero con interferencia de otras competencias estatales, debería también ser preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

De la misma forma, cuando la Comunidad quiera plantear un recurso de inconstitucionalidad o un conflicto de competencias, debería ser preceptivo el dicta-

men del Consejo Consultivo, exactamente igual que si ese conflicto se planteara entre comunidades autónomas; y si se trata de acuerdos entre comunidades autónomas, debería producirse igualmente un dictamen del Consejo Consultivo en el que se valorase si se ajustan o no a la Constitución.

Cualquier recurso del Estado contra un acto o una disposición de una Comunidad Autónoma, al amparo de la Constitución (art. 161.2) y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 76), plantea igualmente un problema de constitucionalidad, y debería producirse también, en consecuencia, un dictamen en relación a la posición que debe adoptar la Comunidad.

No se trata de que los consejos consultivos emitan gran número de dictámenes sino de seleccionar bien en qué materias deben emitirse esos dictámenes. Es posible que los conflictos de constitucionalidad que plantee una Comunidad Autónoma al cabo del año –cada vez menos– sean muy pocos, pero es importante que se examinen en el seno del Consejo Consultivo.

3. En relación con la observancia del principio de legalidad

Además de los principios de sometimiento al derecho comunitario y de constitucionalidad, es preciso considerar, en tercer lugar, el principio de legalidad. Así, en relación con la actividad normativa, cuando la Comunidad Autónoma dicta legislación delegada es importante el dictamen del Consejo Consultivo para ver si se ajusta o no se ajusta a la ley de delegación. Cuando se dicta el reglamento ejecutivo de una ley de la Comunidad habrá que ver si se ajusta o no se ajusta a la ley de la que viene a desarrollar.

En suma, todo lo dicho no implica que los dictámenes a emitir sean muy numerosos, pero sí muy significativos, porque lo que dice el Consejo Consultivo, como lo que dice el Consejo de Estado o como lo que dice el Tribunal Supremo o el Constitucional, tiene un valor de difusión. Es decir que toda la Administración lógicamente va a tener en cuenta cuáles son esos criterios. Por lo tanto, el dictamen tiene que centrarse en aspectos clave, que son los que he indicado en materia normativa. Pero, ¿qué sucede luego con la actividad no normativa de la Administración? ¿En qué actos, en qué contratos debe informar el Consejo Consultivo?

Aparte de los supuestos en los que se asume una actividad como monopolio, mencionados en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, me parece que convendría destacar unas competencias en materia de contratos que, aunque se recogieron en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, no figuran sin embargo en la legislación de todos los consejos consultivos. Yo diría que su formulación fue relevante, y se explica porque el anteproyecto de la Ley del Consejo de Estado se preparó en el propio Consejo que había vivido una experiencia de muchos años, y tenía muy claro que debía obviamente dictaminar para garantizar la salvaguarda del interés general, pero también como garantía de los ciudadanos. Por ello se siguió el criterio de que bastaría que, en el caso de interpretación, nulidad y resolución de un contrato, se opusiera el contratista, para que tuviera que dictaminar el Consejo de Estado. De esta forma se implantó esa idea de control preventivo, en garantía de la legalidad, del interés general y de los intereses privados en presencia.

Hay que destacar que, en aquel momento, se excluyó el supuesto de modificación, porque las modificaciones pueden tener una entidad mínima o una entidad muy importante, y pareció excesivo someter en todo caso de modificación a dictamen del Consejo de Estado; la Ley de Contratos del Sector Público sí recoge la obligatoriedad de estos dictámenes, en caso de modificaciones relevantes que supongan más de un 20% el precio primitivo del contrato cuando sea igual o superior a 6 millones de euros.

Sin embargo, en el caso de las concesiones sí se introdujo en la Ley del Consejo de Estado el dictamen preceptivo en todos los supuestos de nulidad, interpretación y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición del concesionario (art. 23 apartado 12). Esto obedece a que la concesión es un título jurídico caracterizado por su larga duración. Conviene, en consecuencia, oír al Consejo Consultivo o al Consejo de Estado en estos casos.

Pero las leyes reguladoras de los consejos consultivos no recogen todas estas competencias en los mismos términos. Pues bien, si extrapolamos la idea del artículo 24 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado que he comentado antes, podría defenderse que en estos casos debería ser preceptivo el dictamen, incluso aunque no lo diga la ley del Consejo Consultivo correspondiente, aun cuando lo idóneo sería que este carácter preceptivo estuviera expresamente recogido. Y ello, para potenciar el funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho, la seguridad jurídica

de los gobernantes a la hora de tomar decisiones y las garantías de los derechos y de los intereses de los ciudadanos.

En definitiva, me parece importante llamar la atención sobre la relevancia de este tipo de competencias y otras relacionadas en la Ley Orgánica del Consejo de Estado que puedan estar recogidas en las leyes de los consejos consultivos, como las referentes a las transacciones sobre derechos de la Hacienda Pública y sometimiento a arbitraje de las contiendas que se susciten respecto a los mismos.

Si pasamos de la esfera de la actividad de la Administración a la del control, también aquí hay supuestos en que parece claro que debe haber un informe del Consejo Consultivo. En la revisión de actos nulos de pleno derecho está claro, porque se recoge en la Ley 30/1992 (art. 110), con lo cual ahí no hay discusión posible; pero podemos también pensar en otros supuestos, como son los recursos –muy excepcionales– ante el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma o los recursos extraordinarios de revisión.

No voy a decir nada en materia de responsabilidad patrimonial, puesto que el Presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana tratará esta cuestión en su ponencia.

4. Respeto a las Corporaciones Locales

Me gustaría terminar haciendo una referencia a las corporaciones locales, dado que la función consultiva tiene en su caso la misma importancia que en relación con las comunidades autónomas. Pues bien, volviendo al referido artículo 24 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el papel que históricamente ha correspondido al Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno y de todas las administraciones públicas, corresponde sustancialmente a los consejos consultivos respecto a los entes locales. Por lo tanto, en los mismos casos en que hubiera sido preceptivo el dictamen del Consejo de Estado para los entes locales, tiene que ser preceptivo el de los consejos consultivos de las comunidades autónomas.

Sin perjuicio de esta consideración general, voy a referirme a determinados supuestos que pueden presentar peculiaridades importantes.

Así, en relación a los planes de urbanismo creo que habría que distinguir entre la ordenación estructural y la pormenorizada.

La ordenación estructural está muy vinculada a las competencias de las comunidades autónomas por razón de la ordenación del territorio, pero, con independencia de ello, podría ser importante también que se pidiera dictamen al Consejo Consultivo respecto a esa ordenación estructural; en efecto, no se puede decir que un plan de urbanismo está aislado o sólo afecta al municipio al que se refiera, y sabemos que el modelo de ciudad preocupa incluso a la Comisión Europea como evidencia una comunicación de la Comisión del año 2004 que se refiere al urbanismo sostenible, el transporte sostenible, etc. Todo tiene que ser sostenible y es lógico que sea así.

Por lo tanto, sí parece lógico que los planes de urbanismo fueran informados por los consejos consultivos, en cuanto a la ordenación estructural, al menos siempre que se cuente con la referencia de un plan de ordenación territorial o de unas directrices de ordenación, como sucede en el caso de Canarias, debiendo dictaminarse si dicha ordenación estructural se ajusta a esas directrices o planes.

En conexión con lo anterior, debe recordarse que la modificación de las zonas verdes previstas en los planes se contempla como un supuesto de dictamen preceptivo en distintas leyes reguladoras de los consejos consultivos, lo que tiene su origen lejano en la Ley de 2 de diciembre de 1963, que establecía el dictamen del Consejo de Estado en esta materia con carácter preceptivo y vinculante en el sentido de que había de ser favorable para que pudiera aprobarse la modificación.

En otro orden de cosas, también creo que sería procedente que se emitiera dictamen por el Consejo Consultivo correspondiente, en el caso de que una actuación municipal precisara de una previa autorización o, en su caso, de aprobación de la Comunidad Autónoma (arts., entre otros, 99 T.R. de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local y 86 de L.R.B.R.L.).

VI. CONEXIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO Y LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

La Ley del Consejo de Estado del año 2003 ha puesto en conexión los consejos consultivos con el Consejo de Estado. Las personas que hayan sido miembros de los consejos consultivos u órganos equivalentes de las comunidades autónomas pueden ser actualmente consejeros permanentes de Estado, y en el Pleno del Consejo de Estado están reservadas dos plazas de consejeros electivos para Presidentes de Consejo Consultivo de Comunidad Autónoma que lo hayan sido durante ocho años.

Es decir, se ha creado una conexión que a mí me parece muy importante, dada la unidad del sistema jurídico y la necesidad de que, a pesar de su complejidad, existan conexiones entre sus partes.

VII. CONSIDERACIÓN FINAL

Las consideraciones expuestas ponen de relieve la trascendencia de la Función Consultiva en nuestro sistema jurídico, y la conveniencia de avanzar en la configuración de las competencias en los consejos Consultivos a partir de una reflexión común, dada la diversidad existente en sus leyes reguladoras.

Estas Jornadas sobre la Función Consultiva son sin duda un foro idóneo para ello, en el marco del programa elaborado por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, cuyo primer año de existencia celebramos con toda justicia.

PRIMERA MESA REDONDA.
TEORÍA Y PRÁCTICA DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS. PERSPECTIVAS DE
EVOLUCIÓN DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

I. PRESENTACIÓN

Rosario Laina Valenciano

Consejera electiva del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

Esta primera mesa redonda versa sobre la evolución del ámbito competencial de los consejos consultivos después de casi treinta años de experiencia en la Función Consultiva.

Haciendo un poco de historia, nos situamos en 1980. En aquella década surgen los primeros consejos consultivos: el Consejo Consultivo de la Comunidad Catalana y el Consejo Consultivo de la Comunidad Canaria. Aparecen con unas características bien diferenciadas de lo que era el Consejo de Estado, y ello con la finalidad de no colisionar con la ley orgánica que en aquel momento regulaba el Consejo de Estado. Efectivamente, su polémico artículo 23 parecía incompatible con la posibilidad de que las comunidades autónomas crearan consejos consultivos con características parecidas o semejantes a las que mantenía el Consejo de Estado.

La polémica estaba servida, y a esa situación de incertidumbre vino a poner fin una sentencia del Tribunal Constitucional, la sentencia 204 del año 1992, sobre la base de una cuestión de inconstitucionalidad que fue presentada contra dicho artículo 23 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

Esta sentencia es básica en el desarrollo y evolución de los consejos consultivos de las comunidades autónomas, porque les otorga el respaldo constitucional que se cuestionaba. A pocas sentencias se les puede atribuir un poder de resolución tan definitivo, superándose de una manera radical la polémica suscitada.

El Tribunal Constitucional se manifestó de forma rotunda a favor de las facultades de las comunidades autónomas en orden a la creación de sus propios con-

sejos consultivos con un funcionamiento exclusivo y sustitutorio respecto del Consejo de Estado, con fundamento en las facultades de auto-organización que la Constitución les otorga, fundamento este, que servirá de cara al futuro, desde un punto de vista interpretativo para la resolución de no pocos problemas.

Tras el impulso propiciado por la sentencia 204/1992, la descentralización de la Función Consultiva se generaliza, dando el primer paso la Comunidad Autónoma Balear, que en el año 1993 crea su primer consejo consultivo y el último, la Comunidad de Madrid, creando, mediante una Ley del año 2007, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Solamente queda para completar el mapa en España la Comunidad Autónoma Cántabra.

Digamos que hoy en día los distintos consejos consultivos de las diferentes comunidades autónomas presentan diferencias; tienen diferencias desde un punto de vista funcional y competencial, incluso de su previsión o no estatutaria y tampoco su denominación es uniforme.

Pero hay algo en lo que coinciden. Coinciden en el protagonismo que en su actividad tiene la responsabilidad patrimonial. Y ese protagonismo también configura una preocupación en el ámbito de todos los consejos consultivos. Se cuestionan estos consejos si efectivamente está justificada, desde un punto de vista de efectividad y de economía del gasto, esa actuación tan desmedida en este campo, en un momento en que la figura de la responsabilidad patrimonial cuenta con una doctrina absolutamente consolidada. Partiendo de esta premisa, que será abordada en profundidad en las siguientes ponencias, nos planteamos en esta mesa la evolución del ámbito competencial de los consejos consultivos en cuanto constituyen instituciones vivas, desde una doble perspectiva: la intensificación de las funciones tradicionales y la exploración de nuevos campos de actuación.

Desde la primera óptica de las funciones tradicionales de la Función Consultiva, indudablemente hay que profundizar en el papel clave que han desarrollado los consejos consultivos en la elaboración de normas, hay que resaltar su función clarificadora en la vigencia normativa en un panorama tan confuso como el actual tal y como ha expuesto nuestro primer ponente. Pero incluso se puede ir más allá, hay que tratar de superar esa frontera difusa que existe entre criterio de legalidad y criterio de oportunidad.

Desde la segunda perspectiva, se pueden abordar algunas funciones que no eran ya las clásicas funciones de los consejos consultivos. El artículo 24 de la nueva Ley Orgánica del Consejo de Estado nos da una posibilidad en la línea que ha establecido nuestro anterior ponente.

Incluso siendo un poco más intrépidos, como hace algún sector doctrinal, nos planteamos si es posible que la Función Consultiva vaya a aspectos o ámbitos competenciales que nunca han sido abordados por los consejos consultivos pero donde el interés general y el interés de los particulares está especialmente comprometido, por ejemplo el ámbito de ejecución de potestad sancionadora, expropiación forzosa, grandes concesiones, e incluso, ¿por qué no?, la función arbitral de los consejos consultivos.

Para ello tenemos a nuestros tres participantes. Tienen una importante experiencia en la Función Consultiva, y ellos son los que nos van a aportar ideas para abundar en un desarrollo eficaz de la función consultiva que redunde, tal y como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 204/1992, en una garantía del interés general, de la legalidad objetiva y a consecuencia de ello en los derechos e intereses legítimos de los administrados.

Tenemos con nosotros a la Ilma. Sra. D^a Rosa Collado, que es letrada del Consejo de Estado; al Excmo. Sr. D. Clemente Checa, que es Consejero electivo del Consejo Consultivo de Extremadura y catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Extremadura; y al Excmo. Sr. D. Enrique Belda, que es Consejero electivo del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y profesor titular de la Universidad de Castilla-La Mancha.

PRIMERA MESA REDONDA.
TEORÍA Y PRÁCTICA DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS. PERSPECTIVAS DE
EVOLUCIÓN DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

II. EL PAPEL DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS EN LA ELABORACIÓN
DE LAS NORMAS

Clemente Checa González

Consejero electivo del Consejo Consultivo de Extremadura y catedrático de
Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Extremadura

SUMARIO

I. ANOMALÍAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ELABORACIÓN DE LAS NORMAS Y ASPECTOS A MEJORAR EN TAL PROCEDIMIENTO.

II. INTERVENCIÓN DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN DE LAS NORMAS.

III. PARTICULAR MENCIÓN DE LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA TÉCNICA NORMATIVA.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

I. ANOMALÍAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ELABORACIÓN DE
LAS NORMAS Y ASPECTOS A MEJORAR EN TAL PROCEDIMIENTO

Siguiendo, entre otros autores, a Montoro Chiner (2004) y a Marcilla Córdoba (2005), la necesidad de dar respuesta a una sociedad compleja y técnicamente complicada, los múltiples frentes de intervención a los que tiene que atender el Estado social, la profusa liberalización de sectores que ha transformado los instrumentos jurídicos hasta ahora empleados, etc.- ha originado el surgimiento de una legislación caótica, fragmentaria, confusa y desordenada.

Así se observa en todos los ordenamientos, no siendo el español ninguna excepción, al ser el mismo, en palabras de Rubio Llorente (1988), «una fronda inextricable de preceptos de toda orden cuyo conocimiento y manejo es imposible no sólo para el ciudadano, sino para los más cualificados operadores jurídicos».

Ello es así hasta el punto de que García de Enterría (2000) ha escrito que el principio que formula el artículo 6.1 del Código Civil -«La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»-, se nos presenta en la actualidad casi como un sarcasmo, pues no hay persona alguna, incluyendo a los juristas más cualificados, que pueda pretender hoy conocer una minúscula fracción apenas de esa marea inundatoria e incesante de normas entre cuyas complejas mallas tenemos que vivir.

Es, pues, evidente el riesgo, hace mucho tiempo denunciado por Schmidt D'Avenstein, en su obra *Principes de la législation universelle*, y también apuntado en fecha más reciente, aunque también ya lejana, por Capograssi (1953), de inflación legislativa, y del deterioro de las cualidades de perdurabilidad, generalidad y abstracción que se consideraban propias de la Ley entendida en su sentido clásico y tradicional.

Esta inflación legislativa -“hipertrofia legislativa”, *legal polution*, “hipostenia legislativa”, en palabras de Pérez Luño (1993), o “activismo normativo”, en las de Díez Ripollés (2003)- presenta unas muy negativas consecuencias desde la perspectiva del conocimiento del derecho y del valor de la certeza, como ya denunció en su momento Carnelutti (1997), al escribir que:

«(...) los inconvenientes de la inflación legislativa no son menores que los debidos a la inflación monetaria: son como todos saben los inconvenientes de la desvalorización. Por desgracia, lo mismo que nuestra lira, también nuestras leyes valen hoy menos que las de otros tiempos... la producción de las leyes, como la producción de mercaderías en serie, se resuelve en un decaimiento del cuidado en su construcción. Pero lo más grave está en que al crecer su número no consiguen ya llenar su función ..., dar a los hombres la certeza del derecho ... El ordenamiento jurídico, cuyo mayor mérito debiera ser la simplicidad, ha venido a ser por desgracia un complicadísimo laberinto en el cual, a menudo, ni aquellos que debieran ser los guías, consiguen orientarse».

Así lo han puesto también de relieve, entre otros muchos autores, García de Enterría (2000), quien ha señalado que la crisis más grave de la Ley es la producida por la desvalorización que ha seguido a una inflación desmedida de las Leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible, que, además, ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias; Gascón Abellán (2006) y Rubio Llorente (2006), quien también ha afirmado que a mayor producción de nor-

mas –la famosa “legislación incontinente”, según Ortega y Gasset (1953), o “legislación motorizada”, según Schmitt (1982)–, menor calidad de las mismas.

Este fenómeno –que ha hecho exclamar a Carbonnier (1998) que «si el hombre es la medida de todas las cosas, ¿está su capacidad de conocimiento y de obediencia a la altura de tal diluvio de leyes?»– ha originado multitud de indeseables productos normativos, denominados de muy diversas formas según la imaginación de los autores, tales como, por ejemplo:

–“Leyes manifiesto”, aprobadas más para hacer una declaración política, o para cubrir la apariencia de que se ha cumplido algún aspecto de un programa político, que para contener mandatos que deban ser hechos efectivos: Muñoz Machado (1986).

–“Leyes especiales”, como sinónimo de particularistas si no singulares: García de Enterría (2000).

–“Leyes propósito”, destinadas más a aparentar que los ejecutivos se preocupan de un problema concreto que a adoptar soluciones solventes y eficaces sobre el mismo: Cano Bueso (2006).

–“Leyes intrusas”, que son las que contienen preceptos jurídicos que aparecen de pronto en una Ley cuyo objetivo no tiene nada que ver con tales normas: Laporta San Miguel (2006).

–“Leyes oropel, celofán o tribunicias”, que están plagadas de bellas intenciones y principios irreprochables, pero carentes de garantías e instrumentos eficaces para su cumplimiento en un plazo cercano: Martín Moreno (2007).

–Y, por supuesto, las muy conocidas en materia tributaria “Leyes ómnibus” (*Omnibus Bill*, en el Derecho norteamericano), de las que un clásico ejemplo han sido las denominadas Leyes “de medidas” o “de acompañamiento” a las de Presupuestos Generales, objeto de generalizada crítica por la doctrina. Véanse, entre otros muchos autores, Falcón y Tella (1997), Rodríguez Bereijo (1998), García de Enterría (2000), Moreno González (2004) y Cazorla Prieto (2007).

Bajo su ambiguo título se cobijaba un verdadero *totum revolutum*, donde todo cabía, constituyendo un magma de preceptos forzada y unidos de manera artificial, regulando materias dispares en un mismo texto normativo, que, impulsados por el Ministerio o Consejería correspondientes, subían al último tranvía, a la Ley escoba que todo lo recogía.

Esta nefasta práctica legislativa, también objeto de dura crítica en la Memoria del Consejo de Estado del año 1997, fue de manera formal abolida a raíz de la promulgación de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2005, en cuya Exposición de Motivos se reconoció de forma expresa que la utilización de la Ley de acompañamiento no contribuía a fortalecer el principio de seguridad jurídica.

Pese a ello, el problema no ha desaparecido, puesto que esta forma de proceder sigue, por desgracia, perviviendo en algunas Comunidades Autónomas.

Y, además, como bien ha señalado Falcón y Tella (2009), si bien en la esfera estatal ya no se usa la Ley de acompañamiento como tal, es habitual, sin embargo, que junto a la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado se promulgue una ley de “medidas fiscales”, aunque ya no se denomine así.

El último ejemplo de ello fue lo que sucedió en el año 2008, en el que además de la Ley presupuestaria, la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, se publicó la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprimió el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generalizó el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introdujeron otras modificaciones en la normativa tributaria, que fueron ciertamente muy numerosas, ya que afectaron al Impuesto sobre Sociedades, al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a los Impuestos Especiales de Fabricación, al Impuesto sobre las Primas de Seguros, al Impuesto General Indirecto Canario (y otros aspectos del Régimen Especial Fiscal canario) y al Impuesto sobre Actividades Económicas.

Esta proliferación desordenada de Leyes –calificadas por Fernández Rodríguez (2008), de oportunistas, banales, fugaces por coyunturales, y con claridad partidistas en muchas ocasiones, en cuanto destinadas a satisfacer reivindicaciones de colectivos con los que la mayoría gobernante se considera por una u otra razón en

deuda-, ocasiona que se resienta, como se manifestó en la Memoria del Consejo de Estado del año 2002, uno de los elementos tradicionales de la norma cual es su condición de regulación de carácter general pro futuro, cediendo en tales casos la deseable “generalidad” de la norma a una pretensión de ser “medida” de carácter coyuntural y efímero.

De forma despectiva se refiere a estas leyes Fernández Rodríguez (2008) motejándolas de Leyes desechables, de usar y tirar (*lois jetables*), de “neutrones legislativos”, porque con frecuencia muchos de sus preceptos carecen de carga jurídica, de textos *d’affichage, de droit mou* o *flou*, de derecho en estado gaseoso, de la Ley como instrumento de la política espectáculo, etc.

Citadas leyes, aparte de no responder, es evidente, al paradigma clásico de la ley, tampoco hacen mucho, más bien todo lo contrario, como ya se ha apuntado, por dotar de contenido a la estabilidad y a la certeza jurídicas, puesto que la improvisación con la que se dictan tiende a reforzar, por el contrario, su oscuridad y dificultad, como ya se indicó en la referida Memoria del Consejo de Estado del año 2002, en la que se afirmó:

«El apresuramiento en la redacción conduce a ello, padecen la gramática y la sintaxis, los preceptos son largos en exceso y contienen demasiados incisos de sentido no siempre claro, se abusa de los «en su caso» y de los «sin perjuicio» y de reglas generales que contienen no sólo su excepción sino acaso una excepción de la excepción misma. Además, se multiplican las remisiones de un precepto a otro, ora dentro de la propia disposición ora fuera de ella: su abundancia no añade precisión, sino que, por el contrario, hace la lectura de la norma difícil y enfadosa. Esta dificultad se torna imposibilidad de comprensión en las normas modificadoras de otras cuando las innovaciones se producen a retazos, por apartados o párrafos aislados carentes por sí solos de sentido.

De otro lado, las leyes, con frecuencia, adolecen de excesivo “reglamentismo”, en cuanto contienen supuestos demasiado numerosos y concretos con mengua de la claridad del principio normativo inspirador del precepto: el espíritu reglamentista tiende a colonizar la ley y es éste otro factor de inestabilidad de las leyes. La tendencia a multiplicar los supuestos de hecho singulares no sólo alarga los preceptos sino que paradójicamente propicia la existencia aparente de los llamados “vacíos legales”. La interpretación literalista y los efectos de

una aplicación mecánica del principio *inclusio unius, exclusio alterius* acrecientan la dificultad de la aplicación de las normas».

Y es grave que todo esto ocurra, puesto que como bien han escrito, entre otros muchos autores, Ferreiro Lapatz (1993), Tudela Aranda (1994), Villar Ezcurra (1997), Rodríguez Bereijo (2000), García Novoa (2000), Moreno González (2004) y Vega Gómez (2005), la certeza sobre el Derecho aplicable constituye la exigencia primaria del principio de seguridad jurídica.

Enlazando con ello, hay que señalar que el procedimiento administrativo de elaboración de las normas está muy precariamente diseñado, adoleciendo de una gran simplicidad y vaguedad, muy superior a bastantes otros de los dirigidos a dictar un acto administrativo cualquiera, cuando la lógica parece imponer que el mismo debiera ser mucho más minucioso, estructurado y articulado que todos los restantes que existen en la esfera administrativa, al tener aquél, obviamente, una importancia y alcance muy superiores.

Resulta en verdad difícil de justificar que los expedientes en que se plasma este procedimiento consten con frecuencia de unos pocos folios, desde luego mucho menores que lo que se contienen en un expediente sancionador, o ya no digamos nada de otro de responsabilidad patrimonial de la Administración que presente cierta complejidad.

No tendría que ser ello así, ya que la lógica parece demandar e imponer que este procedimiento debiera ser mucho más minucioso, estructurado y articulado que todos los restantes que existen en la esfera administrativa, al tener aquél, es obvio, una importancia y alcance muy superiores a cualquiera de éstos otros.

No obstante, como se puso de manifiesto en la Memoria del Consejo de Estado del año 1999, el deseo de los Gobiernos y de las distintas Administraciones de imprimir gran celeridad a la producción normativa lleva, en no pocas ocasiones, a un cumplimiento escaso y a veces rutinario, cuando no a una clara vulneración, de los requisitos establecidos y exigidos para la elaboración de las normas.

Esta falta de rigor en este procedimiento redundante, es evidente, en una mayor libertad de los poderes ejecutivos, que se ven así constreñidos tan sólo por unas li-

vianas normas procedimentales que le permiten, en el fondo, hacer lo que estimen más oportuno, eludiendo los controles que al respecto existen con el fácil ardid de cumplimentar aquéllas de manera formal.

En el procedimiento administrativo de elaboración normativa existente en la actualidad, en la fase primera de confección del borrador inicial de la norma se exige cumplimentar dos documentos: por una parte, un informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto, y, por otro, una memoria económica; documentos ambos que, en buen número de casos suelen redactarse de forma muy sumaria, como paso a exponer a continuación.

Informe de necesidad y oportunidad

El informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto se reduce, en buena parte de casos, a unas pocas páginas, destinadas, en general, a resumir de manera apresurada algunas de las ideas básicas que inspiran la propuesta de nueva regulación que se pretende efectuar; y dando por sentado, como un apriorismo categórico, la necesidad y oportunidad de la iniciativa, justificando con posterioridad las tesis que desde el inicio se han sustentado políticamente.

En palabras de Jover Presa (2006): «Se decide en primer lugar la aprobación de la norma, y luego se argumenta, a menudo de forma somera, su necesidad, factibilidad y efectividad».

Como bien ha escrito Santamaría Pastor (2004), las normas se redactan por impulso y mandato de la autoridad política responsable, por lo que la redacción, por parte del funcionario o profesional comisionados al efecto, de una memoria justificativa de la necesidad y oportunidad del proyecto se convierte en un ejercicio estilístico con frecuencia vano y que, en cuanto poco útil, ya que nadie lo lee en términos críticos, se elabora, por lo común, con muy poca convicción y entusiasmo.

A esta crítica se suma Rubio Llorente (2006) cuando afirma que este trámite se cumplimenta de forma rutinaria, limitándose a anticipar el contenido de lo que luego será el preámbulo de la norma, sin dar cumplida respuesta a estas dos preguntas cruciales, a las que también se aludía en la Memoria del

Consejo de Estado del año 1999: ¿por qué se necesita la nueva regulación? Y, ¿es el momento oportuno de acometerla?

De forma más exhaustiva se pronunció en esta misma línea la Memoria del Consejo de Estado del año 2002, al indicarse en ella que los estudios previos a la elaboración de las normas deberían contestar a preguntas como las siguientes:

¿Cuáles son las normas existentes? ¿Cómo se aplican en la práctica tales normas? ¿Cuáles son los intereses en presencia? ¿Por qué debe establecerse una nueva regulación? ¿Qué se pretende con la nueva regulación? ¿Puede esperarse otra oportunidad mejor o debe aprobarse precisamente ahora? ¿Qué impacto producirá? ¿Qué grado de cumplimiento se espera? ¿Qué debe añadirse para que se cumpla?

Como se denunció en referida Memoria, la inmensa mayoría de estas preguntas no se suelen plantear y su posible respuesta es una incógnita, añadiendo:

«Gran parte de las normas parecen prepararse sin conciencia precisa de su objeto y de sus efectos. Se redacta un anteproyecto (que parte de un funcionario o grupo de funcionarios o de una comisión ministerial o interministerial) y, tras obtener el visto bueno de principio por parte de la autoridad responsable, se extrae de él una exposición de motivos o un preámbulo, un resumen que, algo desarrollado, es la guía de la “memoria justificativa” que vuelve a recoger el contenido básico del anteproyecto».

Por el contrario, como con acierto ha puesto de relieve Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2007), este informe no debiera limitarse a explicitar el contenido de la disposición que se pretende implantar, sino a justificarla, lo que significa explicar la necesidad de la norma, sus objetivos y razones, y la proporcionalidad de los medios utilizados para alcanzar los fines buscados, exigencias en las que también insiste, considerándolas muy necesarias, Font i Llovet (2007).

Memoria económica

Lo propio ocurre con las memorias económicas que deben acompañarse a los proyectos legislativos, al ser lo más usual y frecuente, como han criticado, entre otros autores Jimena Quesada (2005) y Rubio Llorente (2006), que los Ejecutivos se limiten a consignar en ellas que los objetivos que se pretenden alcanzar con la disposición proyectada no comportan incremento alguno del gasto público, sin realizar estudios veraces y fiables que realmente corroboren, o desmientan, esta afirmación.

Así se denunció también en la Memoria del Consejo de Estado del año 1999, en la que se indicó que:

«(...) la exigencia de concretar “la estimación de coste a que dará lugar” el reglamento o la ley no se suele cumplir con la generalidad deseable o, al menos, se despacha con frecuencia en términos puramente negativos y a veces formularios, diciendo que el proyecto no supone incremento de gasto público. Es claro que la preocupación ampliamente compartida por los gobiernos y acentuada en los últimos años de controlar el gasto público sitúa en primer plano la cuestión del posible aumento de plantilla o de puestos de trabajo que puedan derivar de cada disposición. Sin embargo, el comprensible interés de los centros directivos en ver aprobadas sus iniciativas de carácter normativo les lleva, en ocasiones, a aceptar con facilidad que las normas que se proponen “no suponen incremento de gasto público”».

Tampoco en citadas memorias, y esto es aún más grave, es habitual certificar que las medidas que se buscan implantar van a poder ser asumidas y aplicadas.

Se desconoce con ello, en no pocas ocasiones de forma interesada, que la inmensa mayoría de las normas necesitan para su andadura de un soporte económico, a veces muy cuantioso y elevado, por lo que, cuando el mismo no se prevé de forma adecuada, se originan, como ha indicado Garrido Mayol (2006), unas normas ineficaces y vacías de contenido.

Con más énfasis aún se ha pronunciado Laporta San Miguel (2006) al afirmar que cuando el legislador promulga una norma para la que no presta apoyo económico está haciendo algo parecido a engañar al ciudadano.

Y, con alcance más general, Muñoz Machado (1986) ya había escrito:

«Los legisladores han sido hasta hoy muy proclives a desvincular su tarea de una evaluación previa de los medios disponibles para llevar a la práctica las normas que aprueba, de manera que, al no mediar la valoración dicha, se produce cada vez con más frecuencia el fenómeno de que determinadas leyes quedan sin aplicación porque la Administración ejecutora de la misma carece de los medios necesarios para cumplir semejante encargo. Una ley dictada careciendo de “cobertura administrativa” es por ello, estrictamente, una ley inútil, en cuanto que no se va a aplicar y ha requerido un esfuerzo de confección y debate que podría haberse ahorrado».

Añado, que ya Montesquieu, en su *L'Esprit des Lois*, había señalado que las leyes inútiles debilitan las necesarias; y que, en iguales términos, Mably, en *De la Législation ou Principes des Lois*, había recomendado que antes de publicar una ley el legislador debía preguntarse si era necesaria «porque toda ley inútil es innecesariamente perniciosa».

Por todo ello, en suma, considero imprescindible que se dote a dichas memorias de la importancia y trascendencia que las mismas, es indudable, tienen, sin que las mismas puedan, ni deban, concebirse como meras cláusulas de estilo, tal y como el Consejo de Estado ha reiterado en numerosas ocasiones.

Informe de la Secretaría General Técnica

Similares consideraciones cabe hacer de los informes de las Secretarías Generales Técnicas, a los que la normativa aplicable, tanto estatal como autonómica, aluden de forma lacónica, no señalando, por ejemplo, cuál deba de ser su contenido, y ni tan siquiera el momento en que deben emitirse.

Parece evidente, por lo demás, que la posibilidad de que el contenido de estos informes sea crítico con la redacción propuesta choca con graves dificultades, debido a la posición jerárquicamente subordinada del titular de este centro asesor y de su pertenencia al colectivo del personal de confianza política.

No es por ello realista esperar, como ha indicado Santamaría Pastor (2004), que este informe desautorice un texto redactado por iniciativa del Ministro o Consejero correspondiente.

Esto es lo que, con seguridad, justifica que estos informes sean también en bastantes ocasiones rutinarios, y no incluyan un análisis de fondo de la norma proyectada, tal como ha resaltado Rubio Llorente (2006), y la práctica demuestra de forma fehaciente, según ha sido denunciado por el Consejo de Estado en su Memoria del año 2002, en la que se puede leer:

«(...) es creciente el número de casos en que se advierte una mala práctica administrativa consistente en elaborar informes aparentemente rutinarios sin incluir análisis de fondo sobre el anteproyecto o proyecto. En tales informes sólo aparece una amplia reseña del contenido de la nueva norma, con un índice nuevo de títulos, capítulos, artículos, etc. Y terminando con la escueta expresión “no hay observaciones que formular”. Es este el informe que queda en el expediente, aunque no siempre refleje la intervención real de la Secretaría General Técnica que puede incluso haber tenido un papel relevante en la redacción del texto; sin embargo, para los organismos que informan posteriormente los proyectos (entre otros el Consejo de Estado) y para los propios tribunales en caso de impugnación, esta práctica puede privar de esenciales elementos de juicio».

Informe de impacto de género

Parecidas críticas cabe efectuar en relación con el denominado informe de impacto de género, palabra adoptada, en la conferencia de Pekín de 1995, del vocablo inglés *gender*, para combatir la *violence of gender* (la ejercida por los hombres sobre las mujeres) y la *gender equality* de mujeres y hombres, y que se reiteró en los documentos emanados de la reunión convocada en el año

2000 por Naciones Unidas denomina “Beijing+5”, constituyendo esta palabra una manifiesta incorrección, y un aberrante anglicismo.

Como ha señalado Lázaro Carreter en uno de sus famosos dardos en la palabra: «en rigor, los nombres en inglés carecen de género gramatical. Pero muchas lenguas sí lo poseen y, en la nuestra, cuentan con género (masculino o femenino) sólo las palabras; las personas tienen sexo (varón o hembra). A pesar de ello, los signatarios hispanohablantes aceptaron devotamente género por sexo en sus documentos, y, de tales y de otras reuniones internacionales, el término se ha esparcido como un infundio».

Citado informe es exigible en los proyectos de Ley y de normas reglamentarias desde que así lo dispuso la Ley 30/2003, de 13 de octubre, siguiendo orientaciones internacionales y comunitarias, para asegurar una efectiva política de transversalidad, cuyo propósito es promover la defensa y garantía del principio de igualdad entre hombres y mujeres en todas las actividades y políticas, a todos los niveles, y evaluando sus posibles efectos.

Tal como se puso de relieve en la Memoria del Consejo de Estado del año 2003, con el término “género” se designa primariamente una diferencia –biológica, natural-, pero se quiere subrayar, a renglón seguido, que de esa diferencia se deriva una asignación social desigual de responsabilidades y roles entre hombres y mujeres que condiciona el desarrollo de sus identidades respectivas por una división social de funciones a consecuencia de pautas culturales, hábitos y estereotipos que condicionan, definen y valoran las tareas y los papeles sociales de acuerdo al sexo de la persona, incidiendo y conformando las estructuras sociales y el desigual acceso a la disposición y control de los recursos económicos, culturales y sociales, por parte de los hombres y de las mujeres y en perjuicio de éstas.

Se entiende, así y por tanto, que las diferencias existentes en la posición relativa de hombres y mujeres son sobre todo de origen social, adquiridas, variables, contingentes, artificiales, y que, por ello, pueden modificarse mediante las correspondientes políticas correctoras.

Esta idea es la base de la llamada transversalidad de las políticas o *mainstreaming* de género, asumida por la Comisión de la Unión Europea en

su Comunicación “Integrar la política de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias” (COM (96), 67 final, de 21 de febrero de 1996), refrendada en los artículos 3 del Tratado de Ámsterdam y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y reiterada en la “Estrategia Marco sobre la igualdad entre hombres y mujeres” (Com. 2000, 335 final), en la que se justificó esta exigencia desde el punto de vista de los derechos humanos y del fortalecimiento de la democracia y de la propia Unión Europea.

Dicho informe suele presentar también, cuando se elabora, lo que no siempre ocurre, notorias carencias, al ser frecuente y habitual que se limite a recoger, de manera rutinaria y de forma apodíctica, sin análisis ni motivación alguna, la aseveración de que la disposición de que se trate no tiene un impacto desigual para hombres y mujeres.

Es difícil, por el contrario, encontrar la más mínima alusión a la previa identificación de las posibles diferencias existentes en la situación de hombres y mujeres, para así valorar a continuación los efectos de la norma en preparación sobre unos y otras.

Para ello habría que aportar datos estadísticos e indicadores relevantes desagregados por sexo, como bien ha señalado Rubio Llorente (2006), ya que sin ellos no es posible, como se indicó en la ya citada Memoria del Consejo de Estado del año 2003, que el informe de impacto de género responda al objetivo legalmente previsto.

Nada de esto se suele contener en citados informes, que de manera habitual aparecen redactados de forma muy convencional.

Y se ciñen, casi sin excepción, a requerir la exigencia de introducir en los textos normativos correspondientes los excesivos y cansinos desdoblamientos lingüísticos del tipo “el funcionario o la funcionaria”; “el/la Presidente/a”; o a postular la utilización de frases tales como, por ejemplo, “la persona titular del Ministerio, o de la Consejería”, en vez de “el Ministro” o “el Consejero”, etc.).

Y todo ello en aras de evitar lo que se ha dado en denominar “lenguaje sexista”.

El proceder de este modo, ocupándose de aspectos que con ser importantes son, en definitiva, formales, y no deteniéndose, ni por asomo, en examinar si en realidad existe un verdadero problema de discriminación entre hombres y mujeres en la norma que se pretende implantar –y que si así fuese debería corregirse de manera inmediata, ya que comparto sin la más mínima doblez la idea de Fernando Savater de que el elemento fundamental para medir la distancia de cada cultura respecto al ideal civilizatorio es, sin duda, el reconocimiento de la igualdad de derechos de la mujer-, equivale a quedarse en la superficie, observando en exclusiva la punta del iceberg.

Ello, como bien ha señalado Garrido Mayol (2006), no es más que un mero circunloquio, que a lo único que conduce es a crear un lenguaje artificioso y a un empobrecimiento de la lengua española.

Así se ha puesto de relieve, con total claridad y contundencia, en el “Informe emitido por la Real Academia Española relativo al uso genérico del masculino gramatical y la desdoblamiento genérico de los sustantivos”, emitido a instancias del Parlamento de Andalucía en febrero de 2006, que puede consultarse –y cuya lectura recomiendo por sus acertadas observaciones- en el número 6, año 2006, de la “Revista Española de la Función Consultiva”.

Participación de los interesados

Igual de defectuoso suele ser, asimismo, el sistema de participación de los interesados en el procedimiento de elaboración de las normas a que se refiere el artículo 105.a) de la Constitución, sobre cuyo alcance y contenido han tratado de forma monográfica, entre otros muchos autores, Ariño Ortiz (1978), Sánchez Morón (1980), Font i Llovet (1989) y Castellá Andreu (2001), habiéndose declarado en el Dictamen del Consejo de Estado 1.165/95, de 28 de septiembre, que:

«Las audiencias, consultas previas, etc. de organismos y entidades permiten obtener una más completa visión del sector social que se pretende regular, detectando mejor los plurales intereses en presencia desde las diversas perspectivas concurrentes».

Este trámite se cumplimenta en la mayoría de los casos remitiendo a las organizaciones y asociaciones más representativas tan sólo el texto inicial del proyecto -no haciéndose lo propio con el resultante de las posteriores reformas que en él se puedan haber introducido- para que éstas, en un breve plazo de tiempo, formulen alegaciones, que rara vez son atendidas salvo en aspectos marginales, y sin exponerse las razones por las que se aceptan algunas de las observaciones y sugerencias formuladas, y se rechazan, por el contrario, otras.

Considero por ello, que es éste un mecanismo de muy escasa utilidad, que tendría que perfeccionarse, consistiendo la evolución deseable, según se afirmó en el ya citado Dictamen del Consejo de Estado 1.165/95, de 28 de septiembre:

«(...) en reconocer toda la trascendencia que tiene esta fase previa de elaboración de las normas, aun a riesgo de que se alargue en el tiempo, pero con la contrapartida de dotar de la mayor estabilidad posible a las nuevas disposiciones, que deberían mantenerse en vigor -sin modificación- un tiempo suficiente para que arraiguen en la conducta de sus destinatarios y creen hábitos y pautas efectivas de comportamiento bien consolidadas».

A estos efectos, también Font i Llovet (2007) ha apuntado algunas vías con las que se conseguiría, o al menos se posibilitaría, alcanzar el objetivo de mejorar este trámite de audiencia a los afectados -permitiendo ponderar, como se manifestó en la memoria del Consejo de Estado del año 1999, los posibles contraefectos, inconvenientes o inadaptaciones de la regulación proyectada con una función profiláctica o preventiva en el proceso de producción normativa-, al señalar a este respecto:

«En el supuesto del trámite de audiencia a los interesados, debería anunciarse de manera que diera una amplia cobertura, no únicamente a los directamente afectados por ostentar derechos e intereses directos. En este sentido habría que motivar la elección de los consultados. (...) Los supuestos de excepción de los procedimientos de participación deberían ser tasados y adoptados también con motivación expresa del Gobierno, lo mismo que las modulaciones de los plazos mínimos fijados para la presentación de las aportaciones. Sería conveniente regular el supuesto de coincidencia entre sectores afectados y la existencia de órganos consultivos y asesores integrados

por los representantes de éstos. En cualquier caso, debería asegurarse la transparencia a lo largo de todo el trámite».

Otros aspectos a corregir

La intervención de los Departamentos ministeriales o Consejerías autonómicas -distintos de aquél, o de aquélla, en que el proyecto se ha gestado- en el proceso de elaboración de los borradores de normas, carece en la práctica en nuestro ordenamiento jurídico de toda regulación, al partirse de la premisa, criticada por Santamaría Pastor (2004), de que dichos proyectos son una especie de “propiedad” del Departamento o Consejería que adoptó la iniciativa para su elaboración.

Este proceder debe ser objeto de claro rechazo, puesto que referidos proyectos interesan, es evidente, a todos los organismos de la Administración respectiva, tanto en el orden político en abstracto como en el competencial, siendo muy difícil encontrar alguna norma que no afecte, de una u otra forma, y en mayor o menor grado, a las competencias o ámbito de intereses encomendados a otro Departamento o Consejería.

Por esto se torna imprescindible introducir el cauce que garantice y asegure de forma cierta e inequívoca una efectiva y real participación interdepartamental o interconsejerías en la elaboración de las normas.

Para ello tal vez lo más operativo sería que se constituyesen grupos de trabajo en los que se integrasen todos los Departamentos ministeriales o Consejerías afectados o incididos en potencia por dicha norma futura, para que en su seno se discutiesen de forma abierta todas las consecuencias que de ella se pudiesen derivar.

El vigente procedimiento administrativo de elaboración de las normas tampoco prevé la participación de otras Administraciones públicas territoriales en el procedimiento de elaboración de normas de cada una de ellas.

Esta circunstancia, también denunciada por Font i Llovet (2007), origina un importante grado de conflictividad, puesto que la ausencia de meca-

nismos efectivos de participación lleva a la proliferación de procesos impugnatorios.

Y, además, esta forma de actuar resulta incoherente, desde todo punto de vista, con la estructura plural del Estado, cuyos partes integrantes debieran actuar con arreglo a pautas de cooperación mutua y recíproca, conforme se expuso antes al tratar, en el seno del procedimiento legislativo de creación normativa, del contenido y alcance del principio de lealtad institucional, que está, como ha precisado Mosquera Pena (2008), ligado de manera indisoluble al principio de transparencia.

Como bien ha escrito Santamaría Pastor (2004), por utópico que hoy pueda parecer, habida cuenta de la práctica seguida hasta la fecha, parece imprescindible que todos los proyectos de normas elaborados por las instancias estatales sean sometidos, en un trámite específico, a la consideración de todas las comunidades autónomas (y quizá también, aunque la cuestión ofrece algunos perfiles singulares que pueden acarrear mayor dificultad, a las asociaciones representativas de las entidades locales), confiriendo a las mismas un plazo suficiente para darles la ocasión de emitir su opinión al respecto.

Y lo propio tendría también que hacerse, es obvio, en relación con los proyectos normativos de las comunidades autónomas, que asimismo deberían ser conocidos por el Estado, concediéndole plazo para alegaciones, con carácter previo a su aprobación.

En un ordenamiento jurídico en el que la casi totalidad de sus normas se encuentran afectadas por títulos competenciales cruzados, resulta indispensable esta forma de actuar, que se podría concretar en discutir de forma conjunta los respectivos borradores normativos, para que así el Gobierno estatal y los autonómicos afectados, así como también las respectivas Administraciones, tuviesen conciencia clara de cuáles son los problemas o las cuestiones litigiosas que puedan existir, y que de arbitrarse este cauce de diálogo podrían, quizá, ser subsanados con carácter previo.

Pese a la complejidad que ello introduce —y que, a veces, puede conllevar dificultades en elaborar un texto normativo coherente, como ya señaló López Guerra (2006)—, considero, sin embargo, siguiendo de nuevo a Santa-

maría Pastor (2004), que la participación efectiva no admite otra posibilidad que la discusión abierta y presencial de los textos entre todas las Administraciones afectadas por ellos.

II. INTERVENCIÓN DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN DE LAS NORMAS

Decisiva en ambos procedimientos, administrativo y legislativo, de formación de las normas debiera ser la intervención de los órganos consultivos: Consejo Económico y Social estatal y órganos similares de las comunidades autónomas, y, sobre todo, Consejo de Estado y órganos equivalentes de dichas comunidades.

A estas alturas a nadie se le oculta ya la decisiva y trascendental misión que el Consejo de Estado, como *adviser to government*, ha desempeñado en su importante tarea de contribuir, de manera muy destacada, a la depuración de nuestro ordenamiento jurídico, eliminando de él aquellos vicios que contribuían a enturbiar las relaciones que en un moderno Estado de Derecho deben mantenerse entre el poder político, considerado en abstracto, y los ciudadanos, vicios que por este órgano han sido denunciados en muchas ocasiones.

Véanse, por ejemplo, sus Memorias de los años 1983 y 1990, en las que se señaló que «sin perjuicio de reconocer la fluidez propia de la realidad social y las consiguientes necesidades de adaptación de las normas, es una aspiración razonable, al concebir y llevar a efecto los planes de producción normativa, la de conseguir el mayor grado posible de estabilidad en beneficio del conjunto del ordenamiento y de su más eficaz recepción social».

Sólo así, sigue diciendo, se evitarían: «Las perturbaciones que, para el funcionamiento de los servicios administrativos y la certidumbre de los administrados, se siguen del ritmo de cambio de las normas aplicables, sin dar tiempo, en ocasiones, a que las anteriores acrediten sus virtudes o sus defectos».

Y lo propio: esto es, esa misma defensa de la corrección del ordenamiento jurídico, cabe afirmar -ya en el presente y en especial para el futuro, ya que es presumible que cada vez sean más importantes las misiones que se les encomienden- de

los consejos consultivos creados, con esta u otra denominación (también se emplean las de comisiones jurídicas asesoras, consejos jurídicos o, simplemente, consejos), en el seno de los ordenamientos jurídicos autonómicos, que son, sin duda, los grandes desconocidos en este campo, pese a los muy importantes cometidos que realizan.

Todos los órganos consultivos autonómicos, incluidos tanto los que cuentan con una expresa previsión estatutaria como los que no, pueden ser considerados como piezas o elementos esenciales de la estructura política de las respectivas comunidades autónomas, derivando tal condición de las importantes funciones que tienen encomendadas, que, de forma sintética, se pueden cifrar en el desempeño de una tarea fiscalizadora preventiva en relación con la observancia de la Constitución, los Estatutos de Autonomía y, en general, las normas jurídicas que resulten aplicables a los distintos supuestos de los que conocen.

Con ello colaboran, como ha escrito Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2007), a la efectividad de lo que en la Carta de Niza se denominó el derecho a una buena administración, tanto en los actos administrativos como, en lo que ahora nos interesa, en la actividad normativa o de preparación de textos legales, participando con ello en lo que en la actualidad se ha convenido en llamar la buena gobernanza.

Para el cumplimiento de estas tareas estos órganos están dotados de plena autonomía orgánica y funcional, vedándose así su integración en la organización autonómica de forma tal que generen relaciones de dependencia del Legislativo o del Ejecutivo sobre cuyas actividades normativas son llamados a dictaminar, o bien de las Administraciones autonómicas, de cuyos actos también conocen en determinados supuestos.

Su autonomía orgánica se manifiesta en las potestades de las que dichos consejos están investidos, en el estatuto de sus miembros y en ciertos aspectos del régimen jurídico del personal a su servicio, así como en el carácter supremo que se prescribe de sus actuaciones en consonancia con la relevancia de sus funciones, de forma tal que emitido un dictamen sobre un asunto del que los consejos conozcan, de forma preceptiva o facultativa, ya no podrá informar en Derecho sobre él ningún otro cuerpo u órgano de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Y su autonomía funcional se pone de relieve en el hecho de que, dejando a salvo la circunstancia de que por razones de urgencia el órgano legitimado para re-

cabar los dictámenes solicite que éstos se emitan en un plazo menor al establecido con carácter general, en todos los restantes aspectos los consejos no sufren interferencia alguna, apreciándose que ello es así en cuestiones tales como la admisión o inadmisión a trámite de las solicitudes que se le formulen; la suspensión, o no, de su tramitación a los efectos de recabar información complementaria; y la declaración, en su caso, de incompetencia para la emisión de aquéllos.

De todo esto se desprende, pues, la posición de equidistancia institucional, básica para el correcto funcionamiento de órganos de estas características, que tienen como objetivo fundamental que la función legislativa, la potestad reglamentaria y la actividad de la Administración se ejerzan con el máximo respeto y ajuste a la Constitución, a los respectivos Estatutos de Autonomía, a la Ley y al Derecho, controlando que así suceda, y denunciando la situación cuando ello no se produzca.

Y dichos controles parece conveniente y oportuno, como ya expuse en un trabajo precedente (2006), que se realicen por parte de los consejos consultivos autonómicos.

Seguir entendiendo -en el marco de la sustitución del Estado centralista por un Estado autonómico fundado en la articulación de un sistema de poderes territoriales autónomos en el que los elementos institucionales del modelo anterior, cuando subsisten, han de experimentar las transformaciones que resulten necesarias para su acomodo al nuevo diseño político constitucional- que tales misiones tienen que seguir siendo desempeñadas por el Consejo de Estado carece de toda lógica, ya que ello sería tanto como afirmar que el ejercicio de la función consultiva ha sido inmune a las transformaciones constitucionales operadas.

Así fue avalado, por otra parte, por la STC 204/1992, de 26 de noviembre, en la que se reconoció de forma abierta la importancia de los consejos consultivos autonómicos -saliendo con ello al paso de determinados posicionamientos doctrinales reacios a admitir el importante papel que estos órganos vienen desempeñando-, y se afirmó, de forma expresa, que cuando las comunidades autónomas hubiesen creado órganos de características similares a las del Consejo de Estado, y se tratase de revisar actos de la propia Comunidad, el dictamen correspondía emitirlo a dichos órganos autonómicos.

Esto, como ya expuse en otra ocasión anterior (2006), es acertado no sólo desde la nueva visión del Estado descentralizado, sino, asimismo, desde la óptica de los principios de eficacia y de celeridad administrativa.

Y ello porque parece claro, y la experiencia así lo ha evidenciado de forma concluyente, que estos órganos autonómicos responden de una forma más rápida e inmediata a las necesidades de los ciudadanos, y de las instituciones políticas y administrativas de las comunidades autónomas, que el Consejo de Estado, cuyos dictámenes, en la época en que tenían que emitirlos por inexistencia de los consejos autonómicos, se solían demorar por largos períodos de tiempo, por carencia de medios personales –en cantidad, no en calidad- y materiales para poder actuar de otra forma, por mucha voluntad y empeño que se pusiese en elaborarlos.

Los órganos consultivos debieran ser por su especialización, su experiencia y la imparcialidad con que emiten sus dictámenes, elementos claves, como bien ha señalado Montoro Chiner (2004), en el procedimiento de elaboración de las normas.

Y debiera considerarse como relevante, decisiva y necesaria en especial esta intervención en aquellos casos frecuentes –en bastantes ocasiones de manera injustificada, como ha puesto de relieve Garrido Mayol (2006)-, en los que los anteproyectos de leyes se preparan por consultoras externas a los Gobiernos, ya que en casos así los dictámenes de los órganos consultivos vendrían a aportar, como bien ha indicado Meilán Gil (2007), un juicio independiente de origen público sobre lo que procedió en origen del ámbito privado.

Sin embargo, y por desgracia, los hechos, en la mayoría de los casos, nos vuelven a demostrar que también aquí esta afirmación es casi idílica, y que la misma, en la mayoría de las ocasiones, está alejada de la realidad.

Y ello porque las consultas a dichos órganos consultivos se suelen realizar las más de las veces, salvo honrosas excepciones, en cumplimiento de una enojosa obligación que no queda más remedio que cumplir, y para no arriesgarse a recibir de los tribunales contencioso-administrativos, en el caso de las normas reglamentarias, el varapalo en caso de ausencia de ellos, pero manteniendo, en lo profundo, la convicción –al margen de nuevo de significativas y elogiosas salvedades- de que poco, o ningún caso, se les piensa hacer.

Esto no deja de ser un contrasentido, ya que estos dictámenes, en la gran mayoría de supuestos, ofrecen un punto de vista coincidente o complementario con el de los redactores del texto sometido a consulta, y rara vez opuesto al mismo.

Esto es, por otra parte, lógico, si se tiene en cuenta que la intervención de los órganos consultivos sólo se suele producir, al menos en los autonómicos, para dilucidar cuestiones que sean de estricta legalidad, y no de oportunidad –a salvo de que de forma expresa así se les solicite–, que es donde podrían surgir más discrepancias, al incidir de manera directa en asuntos problemáticos en el debate político.

Al ser ello así, el dispensar más atención a los dictámenes debería ser mayor de lo que es, inclusive desde una posición interesada de quienes los solicitan, ya que éstos se verían así legitimados en su actuación por órganos imparciales, que “les dan la razón”, por emplear las palabras utilizadas por Granado Hijelmo (2004).

Debe tenerse presente a este respecto que la intervención de los órganos consultivos, como se indicó en la Memoria del Consejo de Estado de 1997: «...no cuestiona el poder de decisión, ni sustituye al Gobierno. Al contrario, le ilumina para hacerlo más eficaz aconsejando sólo sin obstaculizar en ningún caso el derecho y la responsabilidad del Gobierno de impulsar una determinada orientación política».

Y, por lo demás, se observa en la práctica la existencia de un amplio comedimiento cuando el dictamen se emite sobre un anteproyecto de ley, mayor que cuando se dictamina sobre un proyecto de norma reglamentaria, y más aún que cuando se emite un juicio sobre la legalidad de un acto administrativo, tal como ha puesto de relieve, desde su experiencia, Font i Llovet (2007).

III. PARTICULAR MENCIÓN DE LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA TÉCNICA NORMATIVA

Una significativa excepción al criticable modo de actuar antes apuntado, viene representado por los aspectos atinentes a las cuestiones de técnica normativa, esto es, como ha escrito Garrido Mayol (2006), al conjunto de reglas tendentes a lograr una mejora y perfeccionamiento en la configuración formal de las normas, a las que también ha prestado atención el Gobierno de España con la publicación del

Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprobaron las Directrices de técnica normativa, y que derogó el anterior Acuerdo de 18 de octubre de 1991.

En esta materia las recomendaciones realizadas por los órganos consultivos sí suelen ser, de manera habitual, aceptadas y tomadas en consideración.

En esta tarea de depuración de la técnica normativa, y de preconizar un uso adecuado y correcto de ella -mejorando la cognoscibilidad del Derecho, como se señaló en el dictamen del Consejo de Estado núm. 621/2004, de 20 de mayo, para con ello intentar frenar el “crepúsculo del arte legislativo”, como de forma poética lo denominó Viandier (1986), expresión ésta que ha tenido éxito, al haber sido luego empleada por otros autores, como, por ejemplo, Gascón Abellán (2006) y Cano Bueso (2006)- dichos órganos consultivos sí vienen prestando un buen servicio, que redundará, en definitiva, en la búsqueda de la plena consecución del principio de seguridad jurídica.

Dicho servicio, que va más allá de lo “instrumental”, como ha señalado Cazorla Prieto (2007), o de lo formal o “estético”, como ha afirmado Meseguer Yebra (2008), debe agradecerse aún más si se tiene presente que el Tribunal Constitucional -al margen de lo que afirmó en su Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, en cuyo F.J. 8º, en la que se manifestó lo importante que es el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas- poco ha hecho a este respecto.

Más bien todo lo contrario, como se comprueba, entre otras muchas que también podrían citarse, sus siguientes Sentencias:

-La 109/1987, de 29 de junio, en la que se declaró que el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa.

-La 226/1993, de 8 de julio, en la que se indicó que no corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes, ni puede aceptarse que la Constitución imponga en este extremo, suprimiendo por entero la libertad de configuración del legislador, una solución única y exclusiva.

-La 164/1995, de 13 de noviembre, en la que se manifestó que la imperfección técnica no es causa de invalidez.

-La 195/1996, de 28 de noviembre, en la que se afirmó que el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa, y que el control jurisdiccional de la Ley nada tiene que ver con su depuración técnica ni puede dar lugar, tampoco, a la constricción del ámbito de libre configuración del legislador.

-La 225/1998, de 23 de noviembre, en la que se señaló que no corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes, ni puede aceptarse que la Constitución (RCL 1978, 2836) imponga, en relación con la configuración como norma de derecho transitorio del precepto que ahora nos ocupa, una solución única y exclusiva, suprimiendo por entero la libertad del legislador.

-Y la 273/2000, de 15 de noviembre, en la que se declaró que no puede afirmarse que los defectos de técnica legislativa en que haya podido incurrir un precepto hayan redundado –si bien se precisaba “en la presente ocasión”, de donde puede desprenderse que en otras sí puede ocurrir-, en una merma de la vertiente objetiva de la seguridad jurídica o certeza del Derecho.

Citada salvaguarda de las cuestiones de técnica normativa realizada por los órganos consultivos si es con habitualidad valorada, como ya se ha dicho, por los destinatarios de los dictámenes, en el seno de los procedimientos normativos, ya sea de leyes, ya de disposiciones reglamentarias.

Y ello por apreciar que así disponen de una eficaz herramienta para corregir las muy numerosas imperfecciones formales que arrastran los anteproyectos o proyectos de normas que les son presentados por sus originarios redactores, que de forma muy frecuente ignoran por completo las sabias máximas que se recogía en textos como el Fuero Juzgo:

«El Fazedor de las leyes debe fablar poco e bien, e non debe dar juicio dubdoso, mas lano e abierto; que todo lo que saliere de la ley, que lo entiendan luego todos los que lo oyeren e que lo sepan sin toda dubda sin nenguna gravedumbre».

O en la Novísima Recopilación:

«(...) la ley (...) es también para los sabios como para los simples, y es así para poblados como para yermos; y es guarda del Rey y de los Pueblos. Y debe ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, y que ninguno por ello resciba engaño y que sea conveniente á la tierra y al tiempo, y honesta, derecha y provechosa».

Y no sólo es que las ignoren, es que, más bien, parecen actuar como ese filósofo de la conocida anécdota, que dictando un texto a su secretaria, al terminar le pregunta: ¿Le parece a usted que queda bastante claro? Y, ante la respuesta afirmativa de ésta, responde: Entonces oscurezcámoslo más.

Con todo, y pese a esta buena predisposición a reconocerse y a tomarse en consideración por parte de los receptores de los dictámenes las recomendaciones de los órganos consultivos en estos aspectos de técnica normativa, la tarea que aún resta por hacer, también en esta materia, es mucha.

Y ello porque es muy frecuente que sigamos encontrándonos con una multitud de normas que desconocen de forma palmaria los más mínimos criterios de racionalidad técnica a la hora de concebirlas y estructurarlas, así como las prudentes recomendaciones recogidas por Bentham en su obra *Tratados de legislación civil y penal*, lejanas en el tiempo pero aun siguen conservando su plena validez, de que:

«El fin de las leyes es dirigir la conducta del ciudadano y para que esto se verifique son necesarias dos cosas: primero, que la ley sea clara, esto es que ofrezca al entendimiento una idea que representa exactamente la voluntad del legislador; segundo, que la ley sea concisa para que se fije claramente en la memoria. Claridad y brevedad son pues las dos cualidades esenciales. Todo lo que contribuye a la brevedad contribuye también a la claridad».

Comparto la imprescindible necesidad de cumplimiento y acatamiento de estos principios, también auspiciados por Neumark (1974) desde la perspectiva tributaria, en aras a alcanzar unas normas que se entiendan, que sean eficaces y que, por ello, puedan ser cumplidas de forma efectiva.

Y mucho más estaría de acuerdo con dichas recomendaciones –aunque mi renuencia viene propiciada, sin duda, por otros intereses– si Bentham se hubiese de-

tenido en lo ya señalado y no hubiese añadido como conclusión que este proceder, al permitir que las leyes fuesen inteligibles para los ciudadanos, conduciría a que ya «no se necesitarán escuelas de derecho para explicarlo, ni catedráticos para comentarlo, ni glosarios particulares para entenderlo, ni casuistas para desatar sus sutilezas».

Esto al margen, estimo incluso que la brevedad debiera ser, en todo caso, la guía a seguir en la elaboración de las normas, de acuerdo con la cínica frase de un conocido humorista español que solía afirmar, parafraseando a Baltasar Gracián: «Sed breves. Lo malo si breve dos veces menos malo».

El desatender tan prudentes y sabios consejos, que es lo que sucede en la gran mayoría de los casos, es grave ya que, como bien ha escrito Martín Moreno (2004), la trascendencia de los buenos usos en el lenguaje jurídico rebasa el terreno de las formas para adentrarse en el de la sustancia, en el ser mismo del Derecho.

No en vano Laporta San Miguel (2006) ha escrito que la prioridad epistémica del lenguaje sobre el Derecho supone que una correcta redacción de las normas es la puerta de entrada al contenido de esas normas, debiendo reseñarse a este respecto que una correcta técnica normativa constituye un instrumento muy valioso al servicio del principio de seguridad jurídica, tal como también se ha señalado, entre otros autores, por López Guerra (2006) y Meseguer Yebra (2008) y por el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes, siendo muy ilustrativos en este sentido los núms. 621/2004, de 20 de mayo, y 803/2006, de 22 de junio

En esta labor los criterios o recomendaciones sobre la adecuada técnica normativa han incidido sobre múltiples aspectos, de los que aquí, por falta de tiempo, sólo incidiré en los siguientes: a) El título o denominación de las normas jurídicas; b) la parte expositiva de las mismas; c) los criterios para la redacción y estructura de las normas; d) la reproducción de preceptos legales en un reglamento; e) las remisiones normativas; f) la inconveniencia de desarrollar una Ley de forma fraccionada en regulaciones reglamentarias diversas; y g) la parte final de las normas.

a) El título o denominación de las normas jurídicas

Como se señaló en la regla 7 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2005 sobre buena técnica normativa «el nombre de la disposición es la parte

del título que indica el contenido y objeto de aquélla, la que permite identificarla y describir su contenido esencial. La redacción del nombre deberá ser clara y concisa y evitará la inclusión de descripciones propias de la parte dispositiva. Deberá reflejar con exactitud y precisión la materia regulada, de modo que permita hacerse una idea de su contenido y diferenciarlo del de cualquier otra disposición».

Es muy conveniente que los títulos de las Leyes (y de las disposiciones de carácter general), sean breves y reflejen con la mayor precisión su contenido. No son aconsejable títulos extensos y complejos que no facilitan ni la identificación de la norma, ni la singularización de su contenido, ni aun su inteligibilidad o comprensión. Deben, pues, elegirse títulos que permitan la singularización del contenido de las normas, como ha indicado Martín Moreno (2006), y debe buscarse, además, un compromiso entre longitud y exactitud, partiendo de la base de que los buenos títulos son siempre cortos, como ha resaltado Meseguer Yebra (2008).

Un ejemplo de mala técnica legislativa en esta materia viene constituido, por ejemplo, por la «Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea».

Las Leyes no están exclusivamente destinadas a los juristas ni a los especialistas, sino principalmente a los ciudadanos, sus verdaderos destinatarios, como se señaló, entre otros, en los Dictámenes del Consejo de Estado núm. 1546/1994, de 1 de agosto, núm. 4176/1996, de 12 de diciembre, y núm. 3024/1999, de 30 de septiembre, por lo que parece evidente que el título de esta Ley, además de ser muy extenso, utiliza una terminología con la que difícilmente puede familiarizarse el ciudadano “normal” o “medio”, que con tal denominación seguramente desconocerá completamente cuál es el contenido concreto de referida Ley.

En esta misma línea, e incidiendo directamente en nuestra materia, deben rechazarse las llamadas Leyes de “acompañamiento”, bajo cuyo ambi-

guo título se cobija un verdadero *totum revolutum*, donde todo cabe, constituyendo un magma de preceptos forzada y artificialmente unidos, regulando materias dispares en un mismo texto normativo, bajo un mismo título, que, impulsados por el Ministerio o Consejería correspondiente suben al último tranvía, a la Ley escoba que todo lo recoge. Afortunadamente, esta práctica legislativa se encuentra, como ya indiqué, en vías de extinción en la esfera estatal, aunque, por desgracia, aún se sigue empleando en algunas comunidades autónomas.

b) Parte expositiva de las normas

Es frecuente la confusión existente en muchas normas, sobre todo autonómicas, a la hora de titular su parte expositiva, que en unos casos, refiriéndose tanto a Leyes como a Reglamentos, recibe la denominación de “Exposición de Motivos” y en otras de “Preámbulo”, desconociendo con ello la tajante directriz 11 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, en la que se señala que en los anteproyectos de Ley, la parte expositiva se denominará “Exposición de motivos”, que deberá existir en todos ellos, mientras que en las restantes disposiciones no se titulará la parte expositiva.

En cualquier caso la parte expositiva –sin mengua del alcance que debe tener: describir el contenido, objeto y fin, y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta– debe ser breve y concisa, lo que no siempre, desde luego, ocurre, siendo ilustrativo de ello lo que se indica en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 55.303, de 8 de noviembre de 1990, en el que se señaló: «El Preámbulo de la norma resulta demasiado extenso y su contenido, más propio de una Memoria explicativa, es en gran parte innecesario. Ganará en claridad y técnica normativa el proyecto si se reduce sustancialmente la extensión del Preámbulo».

c) Criterios para la redacción y estructura de las normas

Como ya se ha indicado las normas deben dictarse para que puedan ser entendidas y comprendidas por el ciudadano “medio”, no deben ser, pues,

un producto destinado en exclusiva a especialistas: Dictámenes del Consejo de Estado núm. 1.546/1994, de 1 de agosto; núm. 4.176/1996, de 12 de diciembre; núm. 1.466/1999, de 1 de julio de 1999, y núm. 3024/1999, de 30 de septiembre. Véase en materia específicamente tributaria el Dictamen núm. 43.541, de 28 de julio de 1981, en el que se indicó que: «La claridad es otra cualidad indispensable de un buen Reglamento, y casi la única que justifica su existencia en un régimen político donde impera el principio de legalidad, pues de lo que se trata es de desarrollar los preceptos escuetos de la ley para descender al detalle, colmar las lagunas y eliminar las dudas. De ahí que los Reglamentos, y más los Reglamentos fiscales (...) deban redactarse –sin merma del rigor jurídico– con una terminología sencilla, fácilmente comprensible, pensando que el verdadero destinatario de la norma no es el inspector, sino el contribuyente».

Se ha de huir, por tanto, de términos y expresiones de difícil comprensión. Véanse, v. gr., los Dictámenes del Consejo de Estado núm. 44.426, de 30 de septiembre de 1982, núm. 6.270/1997, de 23 de diciembre, y núm. 4.490/1998, de 3 de diciembre, en el que se manifestó: «El proyecto que se dictamina ahora, es un caso arquetípico de confusión y falta de claridad por las continuas remisiones nominativas a las disposiciones comunitarias. En definitiva, todas las normas deben tener un componente de solidez y garantía que eviten su transformación en lo que se ha dado en llamar “derecho gaseoso, blando o borroso”, lo cual no deja de constituir un elemento de degradación de las normas. O dicho de otra forma, toda norma debe ser, en lo posible, un punto final de un proceso detenido de reflexión y análisis y en la que se utilice una técnica normativa depurada y limpia, evitando la confusión y la farragosidad», añadiéndose en el Dictamen núm. 1.016/2000, de 18 de mayo, que resulta del todo punto necesario que las normas tengan un significado preciso que sea fácilmente comprensible.

Y debe rechazarse asimismo la utilización abusiva de conceptos jurídicos indeterminados, etc., tal como se indicó en el Dictamen núm. 1.644/1999, de 3 de junio, en el que se señaló: «El Consejo de Estado, aun comprendiendo la dificultad de hacerlo, no puede dejar de apuntar la conveniencia de evitar, en la medida de lo posible, el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados».

Entre el lenguaje común y el lenguaje jurídico no deben existir diferencias sustanciales. El Derecho es esencialmente un fenómeno cultural y no una producción técnica. Por ello las normas han de ser redactadas con calidad semántica (utilizando un lenguaje próximo al lenguaje ordinario) y con claridad normativa (expresando con precisión su carácter de norma y su valor jurídico).

Es muy conveniente, en suma, cuidar la redacción de los preceptos, evitándose los defectos lingüísticos o comunicativos, y empleando un lenguaje preciso, comprensible y conciso, sin minusvalorar tampoco la necesaria pureza en la terminología jurídica, tarea ésta ciertamente difícil de armonizar en ocasiones. Así se puso de relieve en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 6.270/1997, de 23 de diciembre, en el que se puede leer: «El Consejo de Estado debe velar por la pureza de la terminología jurídica que no es lo mismo que la pureza del lenguaje- porque, según el artículo 3 del Código Civil, las normas se interpretarán en primer lugar, según el sentido propio de las palabras, lo que exige un gran rigor en empleo de vocablos. Pero ese rigor no debe llevarse al extremo de rechazar cualquier expresión o significado que no figure en el Diccionario, porque los significados cambian con el tiempo, y los operadores del Derecho deben utilizarlos y entenderlos de acuerdo con la realidad del tiempo en que deben aplicarse (Art. 3.1 del Código Civil)».

Por lo que se refiere a la extensión que haya de darse a los artículos, ésta debe ser lo más breve posible, sin que ello suponga merma de la necesaria claridad y densidad de la regulación de materias complejas. En cualquier caso, más que la extensión importa que cada artículo contenga la regla jurídica completa, y que su distribución interna sea correcta, siendo útiles a este respecto las reglas recogidas en el tantas veces mencionado ya Acuerdo sobre Directrices de Técnica Normativa, en el que se establece: a) que los criterios orientadores básicos en la redacción de un artículo son: cada artículo, un tema; cada párrafo, un enunciado; cada enunciado, una idea; b) que los artículos no deben contener motivaciones o explicaciones, cuyo lugar adecuado es la parte expositiva de la disposición, circunstancia ya resaltada en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 47.764, de 24 de julio de 1985, en el que se manifestó que: «Una norma jurídica, cualquiera que sea su rango, -a diferencia de una resolución administrativa o judicial- no tiene por qué apoyarse en fundamentos de Derecho, sino que lo correcto, incluso cuando define términos, es que adopte la forma de un mandato de un imperativo- condicionado a la realización de un

supuesto de hecho sin más»; c) que los artículos deben llevar un título que indique el contenido o la materia a la que se refieren (véase también el Dictamen del Consejo de Estado núm. 48.920, de 8 de mayo de 1986; y d) que los artículos no deben ser excesivamente largos, debiendo recoger cada uno de ellos un precepto, mandato, instrucción o regla, o varios de ellos, siempre que respondan a una misma unidad temática, no siendo conveniente que los artículos tengan más de cuatro apartados, dificultando el exceso de subdivisiones la comprensión del precepto, por lo que resulta más adecuado transformarlos en nuevos artículos, extremo al que también se alude en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 4.173/1996, de 12 de diciembre.

También este órgano se ha pronunciado en contra del exceso de sistemática fruto de la artificial separación y deslinde entre títulos, capítulos, secciones y artículos, en, por ejemplo, su Dictamen núm. 44.442, de 15 de julio de 1982, en el que se indicó: «Para un total de 13 artículos, se han separado 3 títulos y 7 capítulos, algunos de ellos con un solo artículo. Este exceso de sistemática es artificial, ya que las divisiones internas de las disposiciones generales tienen sentido cuando éstas son extensas, con el fin de facilitar su manejo, pero se convierten en inútiles y aun perturbadoras cuando su contenido es escaso».

d) Reproducción de preceptos legales en un reglamento

En relación con esta cuestión, en la regla 4^a de las Directrices de técnica normativa aprobadas por el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, se señala que «no es correcta la mera reproducción de preceptos legales, salvo en el caso de la delegación legislativa, en normas reglamentarias o su inclusión con algunas modificaciones concretas que, en determinados supuestos, pueden crear confusión en la aplicación de la norma, debiendo, por ello, evitarse, las incorporaciones de preceptos legales que resulten innecesarias (por limitarse a reproducir literalmente la Ley, sin contribuir a una mejor comprensión de la norma) o que induzcan a confusión (por reproducir con matices el precepto legal)», siendo también muy conveniente la lectura, entre otros, de los Dictámenes del Consejo de Estado núm. 44.119, de 25 de marzo de 1982, núm. 44.669, de 14 de octubre de 1982, núm. 47.764, de 24 de julio de 1985 y 998/1998, de 12 de marzo, de los que se desprende que deben reducirse las

reproducciones del texto legal, estrictamente, a aquellos supuestos en los que el reglamento proyectado pretende completar o desarrollar la Ley, prescindiendo de aquellos preceptos que suponen sin más una reiteración de la norma legal, y, de aquellos artículos que reproducen el contenido de un artículo de la Ley introduciendo algún término o expresión que la disposición legal reproducida no contiene.

e) Remisiones normativas

También las remisiones normativas deben manejarse con sumo cuidado, ya que aunque esta técnica confiere precisión y simplicidad al texto, y, evita las repeticiones, también es cierto que puede disminuir su claridad y comprensión, por lo que su utilización debe reducirse todo lo posible a fin evitar que la norma pierda su inteligibilidad.

Así se declaró en, por ejemplo, la STC 46/1990, de 15 de marzo, en la que se declaró: «La exigencia del artículo 9.3 (CE) relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las circunstancias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas».

Y así se ha indicado también por el Consejo de Estado en, v. gr., su Dictamen núm. 1.446/1999, de 1 de julio, en el que se afirmó, refiriéndose expresamente a la técnica normativa seguida en la Ley del IVA, que: «deberían reducirse en todo lo posible las remisiones normativas, tanto las externas como internas, y, en cualquier caso, hacerse con indicación de la materia de que se trate, mencionando correcta e íntegramente el título de la disposición a la que se remiten, y evitando las remisiones de segundo grado».

En esta misma línea deba anotarse igualmente que en el reseñado acuerdo del Consejo de Ministros recogiendo directrices de técnica normativa se señala que debe evitarse la proliferación de remisiones; que éstas sólo deben emplearse cuando simplifiquen el texto de la disposición y no perjudiquen su comprensión o reduzcan su claridad; que la remisión deberá indicarse mediante expresiones como “de acuerdo con”, “de conformidad con”; y que las remisiones no deben realizarse genéricamente a las disposiciones, sino, en lo posible, a su contenido textual, para que el principio de seguridad jurídica no se resienta.

f) Inconveniencia de desarrollar una Ley de forma fraccionada en regulaciones reglamentarias diversas

Aunque los argumentos a favor de reglamentar una Ley mediante un texto único, ni tienen validez general incondicionada, ni neutralizan la lógica jurídica que, a veces, puede hacer aconsejable e incluso necesaria la articulación de varios reglamentos, el Consejo de Estado siempre se ha pronunciado afirmando que lo más pertinente es el desarrollo integral de las Leyes en un solo texto reglamentario, para así garantizar mejor la seguridad jurídica y la coherencia interna de aquéllas, al ser más difícil que se realicen distorsiones y desviaciones en un reglamento único y completo que en una pluralidad de reglamentos parciales.

Así se ha pronunciado este órgano en, entre otros, sus Dictámenes núm. 42.750, de 26 de junio de 1980 —en el que se destacó la conveniencia de que la conveniencia de que los reglamentos constituyan un cuerpo normativo completo—; núm. 48.005, de 11 de julio de 1986 —en el que se indicó: «Estima el Consejo de Estado sumamente conveniente proceder a la regulación de la materia de modo uniforme, y con la conveniente reflexión, mejor garantizada con un reglamento único, que, además, coadyuva en la necesaria promoción de la seguridad jurídica, la cual, como ha proclamado el Tribunal Constitucional en Sentencia 49/1985, de 28 de marzo, “exige que los ciudadanos estén razonablemente seguros de la correcta interpretación de la legalidad y puedan ajustar a ella su comportamiento”»—; núm. 539/1992, de 9 de julio —en el que se señaló: «En la medida de lo posible, es conveniente que el desarrollo de una Ley no se fraccione, máxime cuando no se precisa cuáles

son las normas que se derogan»-; y núm. 4.776/1997, de 2 de octubre, en el que se afirmó: «La seguridad jurídica y la buena técnica aconsejan evitar la fragmentación normativa de una misma materia, y agrupar en una sola las regulaciones parciales existentes».

Véanse también, en idéntica línea, los Dictámenes de este órgano núms. 42.751, de 3 de julio de 1980; 43.541, de 28 de julio de 1981; 44.426, de 30 de septiembre de 1982; 45.284, de 15 de mayo de 1983; 53.138, de 9 da marzo de 1989; 1652/1995, de 27 de julio, y 2774/1995, de 14 de diciembre.

g) Parte final de las normas

Las principales cuestiones en relación con esta materia se suelen producir respecto a las Disposiciones derogatorias, por no ser las mismas lo suficientemente claras y precisas, debiendo tenerse en cuenta a este respecto que el Consejo de Estado ha declarado, en su Dictamen núm. 43.541, de 28 de julio de 1981, que las mismas han de ser expresas, completas y terminantes. «Expresa, porque se han de consignar las normas que quedan total o parcialmente derogadas; completa, porque no cabe dejar parcialmente vigente, sin citarla, una norma anterior sobre la misma materia, y terminante, es decir, no condicionada ni “en tanto en cuanto se oponga...»; y en su Dictamen núm. 3.445/1996, de 3 de octubre, que: «La técnica de dejar sin efecto determinadas normas, sin derogarlas, se considera inconveniente».

En esta misma línea se pronuncia también el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueban las Directrices de buena técnica normativa, al precisarse en él que las disposiciones derogatorias contendrán únicamente las cláusulas de derogación del derecho vigente, que deberán ser precisas y expresas, y, por ello, habrán de indicar tanto las normas o partes de ellas que se derogan como las que se mantienen en vigor; que en el caso de que se precisen las normas que mantienen su vigencia, deberá hacerse en un nuevo apartado de la misma disposición derogatoria; que se evitarán cláusulas genéricas de derogación del derecho vigente que en ningún caso pueden sustituir a la propia enunciación de las normas derogadas; y que debe evitarse que, mediante las cláusulas derogatorias, pervivan en el ordenamiento jurídico diversas normas con el mismo ámbito de aplicación.

Útil es también la recomendación del Consejo de Estado, recogida, entre otras, en sus Dictámenes 46.976, de 29 de noviembre de 1984, núm. 294/1993, de 8 de julio y núm. 497/1994, de 16 de mayo, relativa a la distinción que debe mantenerse entre un Reglamento y el Real Decreto por el que mismo se apruebe, habiéndose señalado que: «Llevando a sus últimas consecuencias la distinción entre el instrumento formal que aprueba una determinada regulación –el Decreto aprobatorio– y el contenido sustantivo de esta última –el Reglamento en cuestión– las disposiciones complementarias (adicionales, finales y transitorias) deben figurar en el Decreto aprobatorio».

También en relación con esta parte final de las normas, hay que indicar que se debiera ser cuidadoso con la determinación del momento de entrada en vigor de las normas, evitando, en lo posible, el disponer que ello se produzca en el mismo momento de su publicación, por lo que debe preverse, como regla general, una *vacatio legis* suficientemente amplia, sobre todo en las normas que contengan preceptos de carácter sancionador, para que se permita a los ciudadanos y operadores jurídicos conocer la nueva norma y adoptar las medidas necesarias para su aplicación y cumplimiento.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Ariño Ortiz: “Democracia y Administración. (Notas sobre participación ciudadana en los procesos de participación)”. En: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*. Madrid, 1978.

Cano Bueso: “Problemas constitucionales que condicionan la calidad de las normas”. *Revista española de la función consultiva*, núm. 6, 2006.

Capograssi: “L’ambiguità del diritto contemporáneo”. En: *La crisi del Diritto*, VV.AA. Cedam, Padova, 1953.

Carbonnier: *Ensayos sobre las leyes*. Civitas, Madrid, 1998.

Carnelutti: *Cómo nace el Derecho*, 3^a ed. Temis, Santa Fé de Bogotá, 1997.

Castellá Andreu: *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración pública*. Cedecs, Barcelona, 2001.

Cazorla Prieto: “Seguridad jurídica y legislación tributaria”. En: *Memorias de los Seminarios de Derecho Constitucional Tributario, 2005-2006, Tomo I*, VV.AA. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

Checa González: *La intervención del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos en materia tributaria. Responsabilidad patrimonial de la Administración tributaria. Procedimientos especiales de revisión. Recurso extraordinario de revisión*. Thomson & Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006.

Díez Ripollés: *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Trotta, Madrid, 2003.

Falcón y Tella: “Leyes de acompañamiento y técnica legislativa”. *Quincena Fiscal*, núm. 1, 1997.

Falcón y Tella: “El Guantánamo tributario. Una reflexión crítica sobre algunas medidas recientes y sobre la situación actual del sistema fiscal”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 2, 2009.

Fernández Rodríguez: “De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 0, 2008.

Ferreiro Lapatza: “El principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo”. *Crónica Tributaria*, núm. 68, 1993.

Font i Llovet: “Algunas funciones de la idea de participación”. *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 45, 1989.

Font i Llovet: “La función consultiva en la España actual”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 7, 2007.

García de Enterría: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.

García Novoa: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

Garrido Mayol: “Técnica normativa en la elaboración de los proyectos de ley”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, 2006.

Gascón Abellán: “Calidad de las normas y técnica normativa. A propósito del Cuestionario Previo”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, 2006.

Granado Hijelmo: “La función consultiva ante la reforma de la justicia”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 1, 2004.

Jimena Quesada: “Condicionamientos y límites de la potestad normativa del Gobierno valenciano: la problemática en torno a la factibilidad”. En: *Gobierno y Constitución. Actas del II Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, VV.AA. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Jover Presa: “El control de la técnica legislativa por parte de los Consejos Consultivos”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, 2006.

Laporta San Miguel: “El lenguaje y la ley”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, 2006.

López Guerra: “Pluralismo y técnica normativa”. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 29, 2006.

Marcilla Córdoba: *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Martín Moreno: “*Qualis erit lex*”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2, 2004.

Martín Moreno: “Título de las leyes y homogeneidad”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, 2006.

Martín Moreno: “Función consultiva en los procedimientos de creación del Derecho. Pérdida de oportunidad y daño moral”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 7, 2007.

Meilán Gil: “Los retos de la función consultiva”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 7, 2007.

Meseguer Yebra: *Guía práctica para la elaboración de textos normativos*. Bosch, Barcelona, 2008.

Montoro Chiner: “Técnica normativa y órganos consultivos. Perspectiva europea”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2, 2004.

Moreno González: *Constitución y Leyes de “Acompañamiento” Presupuestario*. Thomson & Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004.

Mosquera Pena: “La financiación autonómica en el nuevo Estatuto de las Illes Balears”. En: *La financiación autonómica en los Estatutos de Autonomía*, VV.AA. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

Muñoz Machado: “Las deformaciones del ordenamiento jurídico y la aplicación de las Leyes en el nuevo sistema constitucional”. En: *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*. Civitas, Madrid, 1986.

Neumark: *Principios de la imposición*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974.

Ortega y Gasset: “Individuo y organización”. Conferencia de Darmstaad, 1953.

Pérez Luño: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho. Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

Rodríguez Bereijo: “Jurisprudencia constitucional y principios de la imposición”. En: *Garantías constitucionales del contribuyente*, VV.AA. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Rodríguez Bereijo: “Seguridad judicial y ordenamiento tributario”. En: *El asesor fiscal ante el nuevo siglo*, VV.AA. Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2000.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer: “La función consultiva en la España actual”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 7, 2007.

Rubio Llorente: “Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes”. En: *Gobierno y Administración en la Constitución.*, Volumen I, VV.AA. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

Rubio Llorente: “El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, 2006.

Sánchez Morón: *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

Santamaría Pastor: “Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas”. *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2, 2004.

Schmitt: *Teoría de la Constitución*. Alianza, Madrid, 1982.

Tudela Aranda: “La legitimación competencial de las leyes y la técnica normativa”. En: *La técnica legislativa a debate*, VV.AA. Tecnos, Madrid, 1994.

Vega Gómez: “Seguridad jurídica e interpretación constitucional”. En: *Interpretación constitucional*, VV.AA. Editorial Porrúa, México, 2005.

Viandier: “La crise de la technique législative”. *Droits. Revue Française de théorie juridique*, núm. 4, 1986.

Villar Ezcurra: “La protección a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima frente a las reformas tributarias retroactivas: consideraciones en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el ‘gravamen complementario’ de las tasas de máquinas de azar”. *Quincena Fiscal*, núm. 6, 1997.

PRIMERA MESA REDONDA.
TEORÍA Y PRÁCTICA DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS. PERSPECTIVAS DE
EVOLUCIÓN DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

III. LA NATURALEZA ILIMITADA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL ÁMBITO
DE INTERVENCIÓN INSTITUCIONAL

Enrique Belda Pérez-Pedrero

Consejero electivo del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y profesor
titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

Como verán, en mi exposición voy a tratar asuntos que no han abordado mis compañeros de mesa, y que substancialmente son tres.

En primer lugar es necesaria una panorámica de cuál es la trayectoria general de los consejos en materia de competencia y su comportamiento.

En segundo lugar, procede que me pronuncie como miembro de esta mesa sobre problemas que afectan a los consejos consultivos, que por regla general son comunes en nuestro derecho autonómico.

Y en tercero, quiero apuntar alguna solución ante posibles nuevas competencias, que no haya sido ya expuesta por las dos personas que me han precedido en el uso de la palabra.

Esencialmente, caminamos en la misma línea la mayor parte de los consejos consultivos: todos hemos detectado el mismo tipo de problema, que es la acumulación de determinados asuntos, especialmente los relativos a la responsabilidad patrimonial (y dentro de ellos los de responsabilidad patrimonial sanitaria). El volumen de actividad de los consejos ha sido parejo. Yo me voy a atrever, y con el permiso de mis compañeros del Consejo de Castilla-La Mancha aquí presentes, a ponerles como ejemplo nuestro órgano consultivo, una vez se contrasta que sigue la regla común de recepción de asuntos que se observa en la mayoría de los consultivos de España.

Nosotros estamos funcionando desde 1996. El incremento de actividad ha sido grande, desde 54 dictámenes emitidos en esa fecha hasta los 281 que elaboramos el pasado año. Los dictámenes sobre disposiciones de carácter general no han variado por encima del aumento total. Sin embargo, aquellos que se refieren a la responsabilidad patrimonial oscilan entre 12 de 1996 y 192 del 2008. Poniendo como ejemplo los del último año, nos encontramos con 192 de responsabilidad patrimonial frente a sólo 8 referidos a anteproyectos de ley. Esto es algo en lo que no estamos descubriendo nada nuevo. Con la deformación de mi especialidad fuera del ámbito consultivo, desde el Derecho Constitucional, podría ofrecerles una similitud con lo que se percibe de nuestro tribunal de garantías, el Tribunal Constitucional, cuando nos encontramos el problema de la acumulación de ciertos asuntos relativos a la Tutela Judicial Efectiva. Ustedes saben que una gran parte de sentencias del Tribunal Constitucional van dirigidas a la resolución de recursos de amparo, y en ellos se da una notable concurrencia de aquellos que se interponen esgrimiendo el derecho fundamental del artículo 24 CE, y en ocasiones, según las temporadas, también los recursos de amparo electoral del artículo 23.2 CE. Eso ha generado que algunos profesionales del derecho creyeran que el Tribunal Constitucional era una especie de órgano destinado a enmendar la plana a nuestros tribunales de justicia, como si se tratase una última instancia. Evidentemente, hay ya reformas en la materia que han mejorado esta perspectiva.

Sin embargo, creo que eso no quiere decir que los magistrados del Tribunal Constitucional se dedicaran en sus sesiones o en el ámbito de sus competencias en las secciones, a ocupar la mayor parte de su tiempo en resolver este tipo de recursos.

Evidentemente, sus discusiones se centrarían la mayor parte del tiempo sobre cuestiones novedosas referidas a los derechos y las libertades (y por supuesto en cuestiones de inconstitucionalidad, recursos de inconstitucionalidad, etc.), pasando por encima de alegaciones de parte reiteradas durante lustros y ya resueltas con anterioridad. En el funcionamiento de los consejos consultivos —ustedes me corregirán si me equivoco—, los órganos competentes, habitualmente el Pleno en el tratamiento de la mayor parte de asuntos, no tiene que ocupar el tanto por ciento proporcional del tiempo de atención, en el volumen que nos generan las responsabilidades patrimoniales. Y, evidentemente, al haber ya una línea jurisprudencial, doctrinal y del Consejo de Estado creada, podemos dedicar nuestra atención a los asuntos que lo requieran dependiendo de la materia. Dentro del ámbito de la responsabilidad,

cuando se planteen supuestos nuevos sobre los que no haya que trasladar la doctrina anterior, surge el campo auténtico de reflexión y creatividad.

Por lo tanto, yo creo que la acumulación de expedientes es un problema de carácter menor, siempre que los consejos tengan capacidad de estar auxiliados por un cuerpo de letrados que haga que el órgano que tiene competencia para poder dar respuesta a los dictámenes sobre anteproyectos de ley, o proyectos de decretos, o problemas novedosos de responsabilidad patrimonial, sepa fijar sus prioridades. Y eso evidentemente todos los consejos consultivos lo saben. De tal manera que esa sobrecarga de trabajo se puede resolver con una buena infraestructura jurídica, absolutamente esencial, como la que constituye el cuerpo de letrados de cada institución. Ciertamente desde el legislador se puede ayudar en esta línea: sorprende, por ejemplo, pero por avanzar en sentido contrario, el precepto de la Ley de Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha que indica la posibilidad de conocimiento del consejo consultivo en materias de responsabilidad a partir de 601 euros. Tengan en cuenta que aunque somos una región pequeña, no en extensión pero sí en número de habitantes, ello nos incrementa el trabajo considerablemente en reclamaciones que, con directrices generales, se podrían resolver por la propia Administración y sus servicios jurídicos. Por lo tanto, el legislador tiene qué hacer, pero probablemente sean también cuestiones del funcionamiento interno de los propios consejos las que lleven a la posibilidad de solventar esos problemas. Problemas que, insisto, desde una muy modesta observación del panorama general, están siendo comunes a los consejos consultivos constituidos en el derecho autonómico español.

En otro orden de cosas, se me encomienda desde la mesa realizar sugerencias sobre algún campo propicio a la ampliación competencial. ¿Cuál puede ser una nueva línea de actuación para trabajar y para que la Función Consultiva en España contribuya más al mejor funcionamiento de la dinámica de nuestro Estado de Derecho y de nuestro sistema autonómico?

En este sentido, mis compañeros de mesa ya han apuntado algunos de los problemas, y yo, de común acuerdo con ellos y la coordinadora, me he animado a exponer como posible salida (no tanto para compartirla y defenderla, sino para reflexionar sobre ella) la posibilidad de que los consejos consultivos avanzaran más en la capacidad de emisión de informes-dictámenes referidos a cuestiones de oportunidad.

Mi impresión al respecto se somete a cautelas y reconoce diversos problemas de antemano. En nuestro país es necesario recordar a veces algo que no tenemos tan claro: si, por ejemplo, una persona va a ser médico tiene que estudiar Medicina. Si va a ser farmacéutico tiene que saber de medicamentos. Pero lo de las especialidades a veces se nos escapa: desde pequeños, por ejemplo, veíamos llegar a nuestros colegios públicos, a dar clase de educación física a quien era profesor de historia. O latín el profesor de francés. Al menos hace veinte años no se podían cubrir las plazas desde las especialidades. ¿Por qué digo esto? Porque a la hora de hablar de nuevas competencias para un órgano (y eso es en algo que me centro mucho en un estudio que está próximo a aparecer en torno a consejos consultivos y otro tipo de instituciones auxiliares o, como hemos dado en llamar algunos, “de menor capacidad decisora”¹), hay que hablar primero de consejos preparados para asumirlas.

Cuando se trata de competencias jurídicas, la inmensa tranquilidad que da un cuerpo de letrados en un consejo consultivo es suficiente. Pero cuando nosotros hablamos de incrementar nuestras competencias hacia el ámbito de un asesoramiento institucional previo a la actividad del Ejecutivo de turno, nos deslizamos en terreno ciertamente peligroso, profundizando en ciertos desajustes de nuestra normativa provisora, que en ningún caso exige especialidades jurídicas concretas. Bastante son ya las contradicciones que se dan en el hecho de la ausencia de exigencias al respecto. Para no ofender a nadie me pongo humildemente como caso denunciante: si soy profesor de derecho constitucional y lo que fundamentalmente he tratado son aspectos institucionales y territoriales, me he de sentir necesariamente desubicado hablando, en el noventa por ciento de mi tiempo, como consejero consultivo, de expedientes que se solventan utilizando en exclusiva el Derecho Administrativo.

A la inversa, razonemos lo que supone hablar de problemas de contenido institucional, desde personas que sólo tengan la capacidad estrictamente jurídica, o el conocimiento y la pericia técnica basada en el mundo del derecho. Lo hablo en un foro como es el del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que pudiera estar más preparado para dictaminar sobre aspectos de oportunidad, debido a sus previsiones legales de acceso, que admiten y potencian la combinación de conocimientos jurídicos y experiencia institucional previa. Pero esto no es la norma general del derecho autonómico comparado, y por tanto, cuando vamos a dar ese paso a emi-

¹ *Instituciones de apoyo a gobiernos y parlamentos -consejos, defensorías y cámaras de cuentas-. Sistema de designación y notas estatutarias.* Tirant lo Blanc, Valencia, 2009.

tir dictámenes o informes bajo criterios de oportunidad habría que pensar en incrementar el componente institucional, pero que a su vez no interfiriera, como es natural, en una labor (fundamentalmente, eminentemente) jurídica, que tendría que permanecer al retener la mayor parte de competencias que se tienen actualmente.

Esto es en cuanto al componente personal. Luego, también hay que tener en cuenta que el engranaje institucional nos sugiere una segunda reflexión no menos importante: dónde están posicionados los consejos consultivos o jurídicos consultivos. Es decir, están colocados (aunque formalmente pudieran ser presentados estatutariamente de otras formas) en el ámbito de actuación del Ejecutivo. Con carácter previo a la actuación del Ejecutivo y dirigidos a complementar esa labor de dirección política en la iniciativa legislativa o la responsabilidad. No son un servicio jurídico más; es evidente por qué no lo son. Pero de ello a desnaturalizar su sentido a costa de ese referente o incluso de la actuación del Legislativo, se abre un abismo. Hay que contemplar con toda la medida posible el ir más allá, cuando con carácter general quien tiene que decidir la oportunidad de una actuación no derivada del estricto cumplimiento de las normas jurídicas, según su competencia, es el Gobierno o la Asamblea Legislativa. La actuación de un consejo consultivo, ofreciendo ya al propio Gobierno un criterio de oportunidad cuando luego ese extremo va a ser evaluado por representantes públicos, administrativos o territoriales, es ciertamente aventurada.

Creo que un enfoque correcto nos lo enseña el Consejo de Estado en la incorporación de los responsables políticos de máximo nivel. Y entre ellos especialmente acertada la asunción de antiguos presidentes del Gobierno o de Comunidades Autónomas. En un país donde la mayor parte de ellos parecen despojarse del papel institucional que asumían con sus altas funciones, para volver a la confrontación política, esta llamada al órgano consultivo es una buena manera de sumarlos en una labor de servicio público, intrínsecamente unida, además, al poder u órgano del que han formado parte, al Ejecutivo o los gobiernos territoriales, respectivamente.

El profundizar en esta incorporación (lo hace el Consejo de Madrid, o lo permite el consultivo de Castilla-La Mancha, como buena parte de las Comunidades) sí que ayuda a tener la infraestructura orgánica necesaria para poder asumir estos criterios de asunción competencial. Pero creo que la línea fundamental de trabajo es, probablemente, siguiendo la línea del Consejo de Estado, mantener la necesaria

preeminencia de los factores de asesoría, de última consulta: la Función Consultiva referida a la calidad de las normas y a todo lo demás que digan las leyes y, eventualmente, a las acciones de responsabilidad patrimonial relevantes. Y siempre que se dé entrada a otro nuevo tipo de funciones, hacerlo valorando mucho que los propios consejos consultivos estén preparados para la respuesta en lo personal y material. He querido destacar que la mejor preparación vendría de la mano, en algunas ocasiones, de preguntarse por la propia composición del consejo, y de si es capaz de asumir ese nuevo reto que se le plantea.

SEGUNDA PONENCIA.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO OBJETO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA. ¿NECESIDAD DE UNA REFORMA?

Vicente Garrido Mayol

**Presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.
Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia**

SUMARIO

I. CONSIDERACIÓN PREVIA: ALGUNAS NOTAS SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA.

II. LAS RECLAMACIONES SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PÚBLICA COMO OBJETO DE LA COMPETENCIA DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS.

1. Breve nota sobre el reconocimiento normativo de la responsabilidad patrimonial.
2. Origen de la competencia de los consejos consultivos en relación con la responsabilidad patrimonial.
3. Sentido actual de la competencia: problemas que suscita.
4. ¿Qué soluciones caben al respecto?

III. REORDENACIÓN DEL SIGNIFICADO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PÚBLICA.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. CONSIDERACIÓN PREVIA: ALGUNAS NOTAS SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA

El Estado de Derecho está configurado como un ente garantizador de los derechos de los ciudadanos. Todas las notas que lo caracterizan cumplen la función de preservarlos y de proteger al ciudadano –elemento central del sistema–, frente a los ataques o abusos que pueda sufrir, especialmente, por parte de los poderes públicos.

En este ámbito de las garantías destaca la Función Consultiva, que comporta una muy especial, no solo para el administrado, sino, además, para el interés general, desarrollándose, fundamentalmente, dentro de estrictos parámetros jurídicos y con-

tribuyendo con una consolidada doctrina legal a perfeccionar el sistema de garantías del Estado de Derecho.

Lo ha dicho el Tribunal Constitucional en su Sentencia 204/92, de capital importancia en relación con la función consultiva, «la intervención preceptiva de un órgano consultivo..., 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»¹.

Ya sabemos que los órganos consultivos no “deciden”, sino que participan, mediante la emisión de dictámenes no vinculantes, en el previo proceso que desemboca en la decisión, que compete a los correspondientes órganos de la Administración activa².

Pero los consejos consultivos ejercen también una labor de control³, no en su acepción de dominio, mando o preponderancia, sino en tanto que comprobación de la adecuación a derecho de actuaciones administrativas y de proyectos normativos. Son por tanto órganos de “garantía” con el objetivo de que la decisión de la Administración se ajuste a la legalidad y de evitar, por tanto, su ulterior control jurisdiccional.

De ahí que los consejos consultivos se configuren como órganos colaboradores de la Administración en la conformación a derecho de todas sus actuaciones en asuntos de preceptiva consulta. Una colaboración que se presta desde la independencia y la objetividad que los caracteriza, teniendo en cuenta su especial naturaleza y el estatuto jurídico de sus respectivos miembros. Son órganos de cooperación ne-

¹ Fundamento Jurídico Cuarto. Sobre derechos e intereses legítimos de los ciudadanos e interés general, *vid.* R. Gómez-Ferrer Morant: “El Consejo de Estado y los derechos e intereses legítimos de los particulares”. *Documentación Administrativa*, nº 244-245. INAP, Madrid, 1996, pág. 211 y ss.

² Aunque, en ocasiones, la decisión del órgano consultivo impide que el órgano de la Administración activa “decida” como pretende. Tal ocurre en los expedientes sobre revisión de oficio de actos nulos o en los relativos a los instrumentos de planeamiento que conlleven una diferente zonificación de zonas verdes o espacios libres. Considero que tal intervención obstativa no es propia de la función consultiva.

³ “El control que supone el no poder algo sin oír el parecer de alguien”, como expresó T. de la Quadra-Salcedo: *El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho. Tomo I*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, pág. 215.

cesaria, de prevención de la actividad de la Administración que ha de resultar conforme a derecho, y que puede, por tanto, corregir por sí misma, la propuesta de resolución que se somete a consideración de los consejos consultivos, en aquellos supuestos en que, aún sin estar obligada a ello –habida cuenta el carácter no vinculante del dictamen–, considere la razonabilidad y acierto del criterio del órgano consultado. Por ello, el trabajo que desarrollan los órganos que tienen encomendado el ejercicio de la función jurídico-consultiva, ha de ser eficaz –rapidez en la respuesta y calidad de su dictamen–, y no debe consistir en poner trabas innecesarias sino en buscar soluciones se adecuen al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la Función Consultiva es un mecanismo que trata de garantizar los derechos del administrado y de preservar el interés público antes de que el acto administrativo se produzca, contrariamente a la función judicial que se ejerce “después” de que aquel se haya producido, controlando y corrigiendo, en su caso, la decisión de la Administración. Ambas funciones forman parte de ese, cada vez más completo, sistema de garantías propio de un Estado de Derecho. Para ello, también es propio de la Función Consultiva auxiliar al Gobierno proporcionándole interpretaciones jurídicas estables⁴, que marquen una senda que lleve al máximo acierto en la adopción de sus resoluciones.

Lo anteriormente expuesto justifica, a mi juicio, la bondad de la Función Consultiva ejercida hoy, además de por el Consejo de Estado, por los consejos consultivos de dieciséis comunidades autónomas⁵.

Sin duda alguna, inspirándose en la definición del Consejo de Estado en el art. 107 de la Constitución, como “supremo órgano consultivo del Gobierno”, inicialmente las comunidades autónomas también configuraron sus consejos consultivos como órganos supremos de sus respectivos gobiernos. Tal ocurrió, por ejemplo, en el caso de la Comunidad Valenciana, y sigue en la actualidad ocurriendo en Aragón, Galicia, Castilla-La Mancha, Castilla y León o Cataluña⁶

⁴ Vid. G. García Álvarez: *La función constitucional del Consejo de Estado*. CEDECS, Barcelona, 1996, pág. 31.

⁵ Solo Cantabria carece de Consejo Consultivo, aunque lo tiene previsto en su Estatuto.

⁶ Caso de la Comisión Jurídica Asesora, pues, como es sabido, en dicha Comunidad Autónoma la función consultiva se halla repartida entre aquella y el Consejo Consultivo, al que sustituirá, cuando se constituya, el Consejo de Garantías Estatutarias previsto en el nuevo Estatuto de 2006.

Y es que, no obstante la definición constitucional del Consejo de Estado, tanto del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional se apresuraron a matizar que tal previsión no quiere decir que ese órgano haya de quedar confinado al ejercicio de su función en relación exclusivamente con el Gobierno, pues su ámbito de actuación es mucho más amplio y se ha venido configurando históricamente como órgano consultivo de las Administraciones Públicas; en definitiva, del Estado concebido en sentido amplio.

Los consejos consultivos son, de hecho, algo más que órganos de asesoramiento y colaboración de los Gobiernos autonómicos, puesto que deben ser consultados preceptivamente por las corporaciones locales, por las universidades públicas y por otros entes públicos de carácter territorial, institucional o corporativo, en aquellos asuntos legalmente previstos⁷.

Por ello, algunos Estatutos de autonomía y las leyes más recientes sobre consejos consultivos ya se refieren a éstos como “órganos consultivos de la Comunidad Autónoma”, reflejando normativamente, lo que era una realidad. Y así podemos constatarlo en las normas reguladoras de varios consejos consultivos como los de Canarias, La Rioja o Baleares.

Los precedentes tres ejemplos sirven como muestra de cuanto he afirmado acerca de la configuración de los consejos consultivos como supremo órgano consultivo, no del Gobierno autonómico, sino de la Comunidad Autónoma.

Quizás sea el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana el primero que quedó perfilado en el sentido apuntado, al modificarse su Ley de creación en 2005 –a instancias del propio Consejo–, para, entre otras cuestiones, configurarlo como lo que en realidad era, superando su inicial definición como superior órgano consultivo del Gobierno valenciano. Sin embargo, el nuevo Estatuto de Autonomía de 2006 incorpora, en términos generales, la definición de la Ley de creación, menos comprensiva que la que contiene su vigente Ley reguladora:

⁷ Por ejemplo, en los procedimientos sobre revisión de oficio de actos nulos y en los relativos a recursos extraordinarios de revisión, tal y como viene establecido en los artículos 102.1 y 119.1, respectivamente, de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; o en diversos supuestos de contratos públicos con arreglo a lo dispuesto en la legislación sobre contratos públicos, entre otros.

«Estatuto⁸

Artículo 43. El Consell Jurídic Consultiu.

El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, institución de la Generalitat de carácter público, es el órgano consultivo supremo del Consell, de la Administración Autónoma y, en su caso, de las administraciones locales de la Comunitat Valenciana en materia jurídica.»

«Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de la Generalitat, de Creación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana⁹

Artículo 1. Carácter.

1. El Consell Jurídic Consultiu es el supremo órgano consultivo del Consell de La Generalitat y de su Administración, y, si procede, de las administraciones locales radicadas en la Comunitat Valenciana.

También lo es de las Universidades públicas de la Comunitat Valenciana, y de las otras Entidades y Corporaciones de Derecho Público de la Comunitat Valenciana no integradas en la administración autónoma.»

Pero sin duda alguna, a mi juicio, la definición más completa y más atinada, es la que contiene el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía:

«Nuevo Estuto de Autonomía de Andalucía

Artículo 129. Consejo Consultivo.

1. El Consejo Consultivo de Andalucía es el superior órgano consultivo del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Junta de Andalucía, incluidos sus organismos y entes sujetos a derecho público. Asimismo, es el supremo órgano de asesoramiento de las entidades locales y de los organismos y entes de derecho público de ellas dependientes, así como de las universidades públicas andaluzas. También lo es de las demás entidades y corporaciones de derecho público no integradas en la Administración de la Junta de Andalucía, cuando las leyes sectoriales así lo prescriban.»

⁸ Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. BOE 11-04-2006.

⁹ Según redacción dada por la Ley 5/2005, de 4 de agosto.

«Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía¹⁰

Artículo 1.

El Consejo Consultivo de Andalucía es el superior órgano consultivo del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Junta de Andalucía, incluidos los Organismos y Entes sujetos a Derecho Público de la Junta de Andalucía.

Asimismo, es el supremo órgano de asesoramiento de las Entidades Locales y de los Organismos y Entes de Derecho Público de ellas dependientes. También lo es de las Universidades Públicas andaluzas y de las demás Entidades y Corporaciones de Derecho Público no integradas en la Administración de la Junta de Andalucía, cuando las leyes sectoriales así lo prescriban.

En el ejercicio de su función, el Consejo Consultivo velará por la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía para Andalucía y el resto del ordenamiento jurídico.»

Como se ha visto, el Consejo Consultivo de Andalucía queda configurado como lo que en realidad es, no solo como órgano supremo del Gobierno autonómico y de su Administración, sino también de las corporaciones locales y de otros entes públicos que concreta.

Ligada a la cuestión de la configuración de los consejos consultivos está la de la legitimación para pedir dictamen. En general, ésta corresponde a la Presidencia de la Comunidad, al Gobierno y a sus miembros, de suerte tal que las corporaciones locales y las universidades públicas deben pedir dictamen en los supuestos en que éste es preceptivo, por medio del Consejero competente en la materia (Administraciones Públicas, universidades...). Considero que ello afecta de modo negativo a la autonomía tanto de las corporaciones locales como de las universidades (y en su caso, de determinados entes públicos que también están obligados a interesar el dictamen del órgano consultivo). Por ello, el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, con ocasión de la reforma de su Reglamento en 2005¹¹ propuso, y así se aprobó, una nueva redacción del art. 66, que dispone:

¹⁰(BOJA nº 74, de 18.04.2005). Sustituye a la Ley 8/1993, de 19 de octubre, de creación del Consejo Consultivo de Andalucía, salvo lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda de esta última norma, que permanece en vigor (BOJA nº 118, de 30.10.1993, y BOE nº 281, de 24.11.1993), modificada por la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras (BOJA nº 151, de 24.12.2002).

¹¹ Decreto 161/2005, de 4 de noviembre, del Gobierno Valenciano.

«El Consell Jurídic Consultiu emitirá dictamen en cuantos asuntos sometan a su consulta el President o la Presidenta de la Generalitat, el Consell o el Conseller correspondiente.

Las Administraciones locales, las universidades públicas y las demás entidades y corporaciones de derecho público radicadas en la Comunitat Valenciana solicitarán directamente el dictamen del Consell Jurídic Consultiu, en los casos en que éste fuera preceptivo conforme a ley».

Ahora bien, si las corporaciones locales desean formular una consulta facultativa, deberán hacerlo por medio del Conseller competente en Administraciones Públicas –tal como prescribe el art. 69 del Reglamento–, quien decidirá lo pertinente acerca de su remisión al Consell Jurídic Consultiu. Se trata de un importante filtro para evitar que al Consell Jurídic Consultiu lleguen consultas irrelevantes.

II. LAS RECLAMACIONES SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PÚBLICA COMO OBJETO DE LA COMPETENCIA DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

No somos los consejos consultivos los que decidimos cuáles han de ser nuestras competencias: algunas de ellas vienen determinadas por leyes estatales (contratos, revisión de oficio de actos nulos...) o por las respectivas leyes reguladoras de los consejos.

Ello no obstante, el debate de porqué tenemos asumidas determinadas competencias y porqué no otras, está abierto y ha sido objeto de frecuente consideración con la finalidad de conseguir la mayor utilidad posible de la función consultiva. Y por nuestra experiencia, estamos en condiciones de reflexionar al respecto y de hacer las sugerencias pertinentes resultado de tal reflexión.

No podemos obviar que esta cuestión, recurrente en las periódicas reuniones que solemos celebrar los consejos consultivos, suele venir propiciada por la competencia que tenemos asumida en relación con los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial pública (y no solo en ellos, sino en todos los que se instruyen como consecuencia de reclamaciones de daños y perjuicios, que incluye asuntos que exceden del ámbito de la responsabilidad patrimonial como, por ejemplo, las reclamaciones de funcionarios por daños sufridos en ejercicio de su función).

La explicación de tal planteamiento la encontramos en el ingente número de asuntos que, sobre tales reclamaciones, debemos dictaminar. Permítaseme ofrecer algunas cifras que resultan muy ilustrativas al respecto, referidas al ejercicio 2008:

CONSEJO	TOTAL DICTAMENES	DICTÁMENES . RESP. PATRIM	%DICTÁMENES RESP. PATRIM./TOTAL
Consejo de Estado	2191	1638	74,76%
CJA Cataluña	330	200	60,61%
Canarias ¹²	487	373	76,59%
Illes Balears	-	-	-
Andalucía	771	444	57,59%
Comunitat Valenciana	872	671	76,95%
CJA Aragón	214	143	66,82%
C. Consultivo Aragón	-	-	-
La Rioja	159	126	79,25%
Galicia	1702	1564	91,89%
Castilla-La Mancha	281	192	68,33%
Región de Murcia	218	147	67,43%
Navarra	51	8	15,69%
CJA Euskadi	266	174	65,41%
Extremadura	374	304	81,28%
Castilla y León	1130	997	88,23%
Principado de Asturias	143	110	76,92%
Comunidad de Madrid	297	271	91,25%

A la vista de tales datos, estimo conveniente detenerme en el análisis de una serie cuestiones ligadas a este tema:

1. Breve nota sobre el reconocimiento normativo de la responsabilidad patrimonial pública

El instituto de la responsabilidad patrimonial pública es hoy en día, uno de los pilares esenciales sobre los que descansa el imponente edificio del Estado de Derecho. Es sabido que el reconocimiento de la responsabilidad por daños de los poderes públicos se ha ido implantando paulatinamente, pero de forma fructífera,

¹² El período de memoria es de 01/09/2007 a 30/08/2008.

pues en menos de un siglo se ha pasado de una situación que bien podía calificarse de irresponsabilidad prácticamente absoluta de los entes públicos –se consideraba que era rasgo de la soberanía estatal imponerse a todos sin compensación–, a otra de cobertura general en la que se han superado ampliamente las cotas logradas incluso en el derecho privado¹³.

Se empezó por proteger al ciudadano frente a las inmisiones directas del poder público en su patrimonio, dando lugar a la regulación de la expropiación forzosa; se continuó hasta protegerlo también de las inmisiones indirectas, que dan lugar a la responsabilidad: el Estado debe indemnizar los daños causados a terceros por su actuación, y no solo cuando medie culpa o negligencia sino en todo caso en que haya habido una lesión resarcible como consecuencia de la prestación de sus servicios. De esta forma, la responsabilidad pública ha llegado a configurarse como puramente objetiva, con todas las matizaciones que más adelante veremos.

No voy a detenerme en la evolución normativa sobre la responsabilidad patrimonial pública en nuestro derecho patrio, que ha ido perfeccionándose hasta alcanzar su reconocimiento constitucional, aunque no faltan quienes defienden la necesidad de una ley específica que regule y reordene todo el sistema de esta clase de responsabilidad¹⁴, habida cuenta que la normativa en vigor, fundamentalmente la Ley 30/1992, no agota toda la regulación de la materia, que en gran medida se ha venido desarrollando jurisprudencialmente (baremos orientativos, compatibilidad con indemnizaciones por otros títulos y con otras prestaciones públicas, inmediatez y exclusividad de la relación causal, fuerza mayor... son cuestiones de construcción jurisprudencial).

2. Origen de la competencia de los consejos consultivos en relación con la responsabilidad patrimonial

Pero, ¿por qué los consejos consultivos tenemos la competencia de dictaminar preceptivamente en los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial? ¿Dónde se encuentra el origen de tal competencia?

¹³ Sobre la evolución de su configuración, vid. V. Garrido Mayol: “*La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 57 y ss.

¹⁴ D. Blanquer Criado: “*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*”. Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1977, pág. 28.

Hemos visto como el primer estadio en la protección de los bienes y derechos de los ciudadanos frente a inmisiones de los poderes públicos lo constituyó el instituto de la expropiación forzosa. En España, dejando aparte la legislación sobre régimen local, referida, desde luego, a las corporaciones locales (Leyes de 1950, 1954 y más tarde las de 1975 y 1985), fue la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 la que estableció el régimen jurídico aplicable al respecto. Pues bien, sus artículos 120 y 121 establecieron la procedencia de indemnizar a los ciudadanos por las lesiones que pudieran sufrir en sus bienes y derechos, consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y siempre que concurrieran los requisitos, como ahora, de efectividad, individualidad y evaluabilidad del daño. Pero no contenía previsiones procedimentales para articular las correspondientes reclamaciones.

Fue el Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, el que en sus artículos 133 y siguientes, –el primero de ellos, titulado “Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños”, incluía a las corporaciones locales y entidades institucionales–, el que concretó el procedimiento a seguir al respecto. Pues bien, el art. 134.3 de dicho Reglamento prescribía que el instructor del expediente incoado tras la oportuna reclamación, tras la emisión de los informes oportunos y la práctica de las pruebas que estimara necesarias, debía elaborar una propuesta «admitiendo, modificando o rechazando la reclamación del particular o su valoración», remitiendo a continuación el expediente al Consejo de Estado, que debía dictaminar en un mes, teniendo en cuenta, en lo posible, los criterios de valoración previstos en la Ley de Expropiación Forzosa y en el propio Reglamento. En este precepto, hoy derogado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprobó el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, encontramos el origen de esta competencia de los consejos consultivos.

Veintitrés años después, la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 1980, en su art. 22.13^a, estableció la preceptividad de su dictamen al reseñar como de su competencia «las reclamaciones que en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado»¹⁵.

¹⁵ Modificado por L.O. 3/2004, al adicionarle el inciso «...a partir de 6.000 euros o de la cuantía superior que establezcan las Leyes».

Es posible que aquella previsión del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa se debiera a la participación de ilustres letrados del Consejo de Estado en la elaboración de dicha norma, en el seno del Instituto de Estudios Políticos, que estimaron que la intervención del Alto Cuerpo consultivo, por su independencia de criterio y su cualificación jurídica, podía comportar una importante garantía, no solo para el interés particular del reclamante, sino también para el interés general.

A partir de ahí, las sucesivas leyes reguladoras de los consejos consultivos, con la excepción del Consejo Consultivo de Cataluña¹⁶, establecieron la preceptividad de la consulta en los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial (englobada en la más amplia sobre reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios).

No es posible hacer un estudio serio del instituto de la responsabilidad patrimonial sin atender lo que dicen los consejos consultivos al respecto. De ahí que quepa recordar las palabras de quien fue Consejero Permanente de Estado, Antonio Pérez-Tenessa, cuando indicaba que en materia de responsabilidad patrimonial, el Consejo de Estado es “la autoridad”, y lo mismo cabe postular hoy de los consejos consultivos autonómicos, pues aunque es abundante la literatura jurídica al respecto, y la jurisprudencia tanto menor como de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, por nuestras manos pasan prácticamente todos los expedientes sobre la materia, con la excepción de los de menor cuantía como ahora veremos, según la regulación establecida en cada consejo.

3. Sentido actual de la competencia: problemas que suscita

Tanto en la Ley Orgánica del Consejo de Estado como en las leyes reguladoras de los distintos Consejos Consultivos, la responsabilidad patrimonial es materia de preceptiva consulta. El efecto de la omisión de la consulta en los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial es el de la nulidad formal a partir del momento en que el dictamen debió ser solicitado, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, entre ellas, en las SSTS 27 de septiembre de 1984, 10 de junio de 1985, 15 de octubre de 1986 o 31 de enero de 1991.

¹⁶ Es sabido que en Cataluña la función consultiva la ejerce tanto el Consejo Consultivo, que será sustituido próximamente por el Consejo de Garantías Estatutarias, como por la Comisión Jurídica Asesora, correspondiendo a ésta última la facultad de dictaminar los asuntos sobre responsabilidad patrimonial.

No descubro nada nuevo si destaco la avalancha de asuntos sobre responsabilidad patrimonial a que tenemos que hacer frente los consejos consultivos. Cada vez es más extensa la esfera de actuación de la Administración y más amplio el catálogo de prestaciones públicas, como es lo propio en un Estado social y democrático de Derecho, lo que provoca un mayor número de incidencias y subsiguientes reclamaciones. Además, la constitucionalización del derecho a reclamar ha supuesto una utilización más frecuente, por los ciudadanos, de los medios que le brinda el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la estadística comparativa de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en la materia pone de manifiesto el efecto expansivo de este instituto jurídico que ha popularizado, además, la irrupción de asuntos que han calado profundamente en la sensibilidad de la opinión pública: los casos del aceite de colza, de la presa de Tous, o de Gescartera, son ilustrativos al efecto.

Y si bien es cierto que no cabe dudar de la rica problemática jurídica que tales asuntos pueden encerrar, y que se nos presentan día a día aun después de muchos años ejerciendo la Función Consultiva en relación con esta materia, no lo es menos que tal cúmulo de asuntos, del que he dejado constancia, provoca, con frecuencia, un colapso en el despacho temporáneo de los asuntos sometidos a nuestra consulta, y un obstáculo para la atención que debemos prestar a otros de mayor relevancia o enjundia, a esos que son más propios de la función de gobierno de la que la Función Consultiva es estrecha colaboradora. Téngase en cuenta que éstos últimos asuntos, como por ejemplo los anteproyectos de ley, los proyectos de normas reglamentarias, los recursos de inconstitucionalidad o las consultas facultativas, requieren en muchas ocasiones un esfuerzo documental y un estudio sosegado no siempre compatible con la premura de las consultas o con la ocupación que nos supone la ingente cantidad de expedientes sobre responsabilidad patrimonial que, ya en muchas ocasiones, no ofrecen el más mínimo interés jurídico.

En un momento dado, y por las circunstancias políticas concurrentes, la intervención del Consejo de Estado en los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial tuvo todo su sentido al poner el acento en la protección y justa reparación de las víctimas de daños consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos¹⁸.

Pero hoy, ¿es necesario tanto esfuerzo de los consejos consultivos cuando las circunstancias políticas son bien distintas? Téngase en cuenta que en la década de

¹⁸ Vid. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer: "La función consultiva en la España actual". *Revista Española de la Función Consultiva*, n^o 7, 2007, pág. 46.

los 50, 60 o 70, aún se percibía en los ciudadanos cierto temor a enfrentarse al Estado, a reclamar una indemnización denunciando el indebido funcionamiento de las Administraciones Públicas. Hoy las cosas han cambiado, y buena muestra de ello es la estadística de reclamaciones al respecto, –especialmente en el ámbito de la sanidad, la educación, o las vías públicas–, debido, fundamentalmente, a tres factores:

- 1.- La extensión de la esfera de actuación de la Administración, la amplitud del sector público y el cada vez mayor catálogo de prestaciones públicas.
- 2.- El hecho de que la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial ha creado las condiciones precisas para su mayor efectividad, pero generado, al propio tiempo, expectativas de resarcimiento no siempre legítimas ni justificadas.
- 3.- La idea de que de cualquier infortunio que nos ocurra, siempre hay alguien que deba responder. La concepción de “Papá Estado” se ha arraigado en la ciudadanía de forma tal que ha provocado un sinnúmero de reclamaciones inconsistentes o infundadas. Hoy se reclama por cualquier incidencia, por ínfima que sea la cuantía del daño: buen ejemplo de ello son muchas de las reclamaciones por sucesos en el ámbito escolar, o por caídas en las calles de nuestras ciudades y municipios.

Antes de plantear algunas soluciones a este problema a que debemos hacer frente los consejos consultivos, sí conviene destacar el hecho de que en una gran parte de los casos, el dictamen del órgano consultivo suele ser coincidente con la propuesta de resolución.

Me he entretenido en observar lo que ocurre en relación con las reclamaciones en el ámbito de la sanidad pública, tomando como referencia la actuación del Consejo que presido, durante 2007 y 2008:

Poco más de un 72% de los dictámenes se emitieron en sentido desestimatorio, coincidiendo con la propuesta de resolución. Y un 8%, aproximadamente, se emitieron en sentido estimatorio, pero también coincidente con la propuesta de resolución (en alguna ocasión, con discrepancia en cuanto a la cuantía, en más o en menos, de la indemnización). Lo que quiere decir que **en un 80% de los casos, el Consejo coincide con el criterio de la Administración**. Sólo en un 15%, aproximadamente, el Consejo ha estimado que debía declararse la responsabilidad patrimonial,

en contra del criterio de la Administración consultante. Y en algún supuesto ha ocurrido al revés: solo en dos ocasiones, la propuesta de resolución era favorable a indemnizar y el Consejo estimó que no procedía. En otros casos, –no llega al 4%–, se emitieron dictámenes de procedimiento a fin de que se completara el expediente o se incorporaran nuevos informes. Intuyo que algo parecido debe ocurrir en otras comunidades autónomas.

De ello cabe concluir que, en general, Consejo y Administración suelen coincidir en su criterio. Incluso el porcentaje puede ser mayor en algún Consejo. Por ejemplo, Rubio Llorente¹⁸ señaló en su conferencia de clausura de las VI Jornadas de la Función Consultiva, en octubre de 2004 en Valencia, que en el periodo comprendido entre septiembre de 2003 y septiembre de 2004, el grado de coincidencia fue en el Consejo de Estado de un 97%, y de un 99% en la Sección 6ª, que es la que tramita mayor número de consultas en la materia. Por ello se pregunta si vale la pena tanto esfuerzo, y si ese esfuerzo se traduce en algo tangible y en mayor protección al ciudadano.

Sin olvidar, como ya he dicho, que es rica e interesante la problemática jurídica que se presenta en materia de responsabilidad patrimonial, es lo cierto que el día a día de los consejos pasa por un análisis necesariamente casuístico de los asuntos que se nos someten a consulta. Tenemos elaborada ya, con la excepción de los consejos más jóvenes, una doctrina consolidada que la Administración conoce bien y que por tanto haría innecesaria la consulta en muchos casos.

A todo ello se une que, además de los procedimientos instruidos por la Administración autonómica, debemos dictaminar también –con la excepción de los consejos de La Rioja, Castilla-La Mancha, Murcia y Navarra–, los que provienen de las corporaciones locales, de las universidades públicas y de otros entes públicos, institucionales o corporativos, lo que provoca que la avalancha sea aún mayor. La necesidad de dictaminar también a instancias de estas Administraciones ha experimentado cierta evolución, que ha pasado desde la omisión de la consulta, a consultas por parte solo de algunos ayuntamientos o a consultas facultativas. La discrepancia acerca de si en relación con dichas Administraciones es o no preceptiva la consulta ha propiciado reformas en las normas reguladoras de los consejos para clarificar el panorama al respecto. Pero el resultado ha sido el de una mayor carga de trabajo para los consejos, especialmente en materia de responsabilidad patrimonial.

¹⁸ En “La función consultiva en el Estado de las Autonomías”, cit. pág. 104.

4. ¿Qué soluciones caben al respecto?

1ª.- Una solución, que no sé si es la más adecuada, es la de **establecer una cuantía tope** por debajo de la cual la consulta no es preceptiva. Digo que no sé si es la más adecuada porque presenta **ventajas e inconvenientes**.

De ellos me ocupo a continuación:

a) Si la Función Consultiva es esencialmente garantizadora y protectora de los derechos del ciudadano –y desde luego, del interés general–, se puede sostener que cuando más despliega esos efectos garantizadores es en las reclamaciones de menor cuantía, pues en las de mayor cuantía el ciudadano cuenta con la especial protección que le puede dispensar la jurisdicción contencioso-administrativa

Hablar de reclamaciones de mayor o menor cuantía nos lleva al terreno de los conceptos jurídicos indeterminados, pero con ello se quiere poner de manifiesto que en un asunto en el que el importe de la minuta del abogado, de la cuenta del Procurador de los Tribunales y, en su caso, del coste de informes periciales, puede llegar a ser mayor que la indemnización reclamada, es muy difícil que el interesado, ante una resolución administrativa desestimatoria de su pretensión, decida formular un recurso contencioso-administrativo. Si a ello se une la incerteza sobre el resultado del pleito, es más que probable que en un asunto de cuantía inferior a 2.000 o 3.000 euros se decida no litigar.

b) No por ser mayor la cuantía el asunto adquiere mayor relevancia desde el punto de vista jurídico. La experiencia nos pone de manifiesto que asuntos insignificantes en razón de su cuantía pueden engendrar problemas de enjundia jurídica que sirven para sentar doctrina. Por ello, desde esta perspectiva, la solución de excluir de la consulta preceptiva a determinadas reclamaciones no parece que sea acertada.

c) La disparidad en la fijación de dichos topes mínimos es francamente perturbadora, con lo cual la garantía no es igual en las distintas partes del territorio del Estado. Veamos los datos de la tabla que aparece a continuación:

CONSEJO	LÍMITE DE LA RECLAMACIÓN
Consejo de Estado	+6.000€
CJA Cataluña	=+50.000€
Canarias	N/C
Illes Balears	+3.000€
Andalucía ¹⁹	+60.000€ (+15.000€)
Comunitat Valenciana ²⁰	+3.000€
CJA Aragón	+1.000€
C. Consultivo de Aragón	+6.000€
La Rioja ²¹	Indet. ó +6.000€
Galicia ²²	+1.500€
Castilla-La Mancha	+601€
Región de Murcia	N/C
Navarra	+20.000.000 ptas.
CJA Euskadi	=+6.000€
Extremadura	N/C
Castilla y León	N/C
Principado de Asturias	+6.000€
Comunidad de Madrid	Indet.=+15.000€

Se observará la falta de homogeneidad en la determinación de la cuantía mínima por debajo de la cual no se ha de interesar, preceptivamente, la intervención de los consejos consultivos. Ello plantea, a su vez, dos cuestiones: a) La **conveniencia de fijar un límite común a todos**, para que la garantía sea igual en todas partes. b) **La necesidad o no de que dicho límite venga fijado en una ley básica estatal.**

a) No hay coincidencia en afirmar que la disparidad de estos topes comporte una desigualdad en la garantía. Para Rodríguez-Piñero²³ ello supone para el administrado diferencias sustanciales en el correspondiente procedimiento, por lo que en aras de la coordinación y de la coherencia

¹⁹ Administración no autonómica 15.000 (art. 17.4).

²⁰ En el Proyecto de Ley de Medidas Fiscales y Administrativas -Ley de "Acompañamiento"- a los Presupuestos para 2010, se propone aumentar la cuantía a 6.000 euros.

²¹ Antes, 600€. Introducida por Ley Acompañamiento de 2008.

²² Por Ley 16/2008, de 23/12 (Ley de Presupuestos), se eliminó el inciso "contra la Comunidad Autónoma" y se introdujo el límite de 1.500€. El CCG, no obstante ha venido dictaminando expedientes de RP de las Administraciones Locales en los últimos años y justificando su competencia en el art. 11.j) de la Ley 9/1995; en 2008, dictaminó 9 de estos expedientes (*Vid.* Dictamen 1317, de 3/11/08).

²³ *Op. cit.*, pág. 48.

del ordenamiento sugiere una mayor homogeneidad en la determinación de los límites cuantitativos establecidos para el conocimiento por los consejos consultivos de este tipo de asuntos.

Por su parte, la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña, en su ponencia presentada en las IX Jornadas de la Función Consultiva, organizadas en Madrid por el Consejo de Estado en 2007²⁴, considera que «el establecimiento de límites cuantitativos diversos en las diferentes comunidades autónomas y en relación a la Administración General del Estado no afecta al derecho de todos los ciudadanos a un tratamiento común en materia de responsabilidad patrimonial, como tampoco cabe considerar un trato desigual jurídicamente objetable entre las posibles víctimas de una misma Administración el hecho de fijar una cuantía mínima de la reclamación para la preceptividad de la consulta o que se posibiliten consultas potestativas». Ello parece encajar con naturalidad dentro de las especialidades procedimentales y organizativas de competencia de las comunidades autónomas.

El Consejo que presido sugirió, por el contrario, que sería conveniente establecer un mínimo común para todos los procedimientos de responsabilidad patrimonial a partir del cual la consulta sería preceptiva, sin perjuicio de que cada comunidad autónoma pudiera establecer una disminución de aquel mínimo cuantitativo, ampliando, de éste modo, la garantía que supone la intervención de los consejos consultivos en estos procedimientos. O sea, se trataría de homogeneizar la cuantía a la que nos referimos para que, con carácter general, la garantía se prestara de forma homogénea, con posibilidad de ampliarla, pero nunca de disminuirla²⁵.

Con la posición de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña coincide Rubio Llorente, para el que la competencia estatal consagrada en el art. 149.1.18^a de la CE no se extiende hasta privar a las comunidades autónomas de tal facultad de establecer topes mínimos, pues el legislador puede tratar de manera diferente lo que es diferente, y no estando en

²⁴ Puede consultarse en la *Revista Española de la Función Consultiva*, n° 7, 2007, pág. 59 y ss.

²⁵ *Vid.* la ponencia presentada a las IX Jornadas de la Función Consultiva, en la *Revista Española de la Función Consultiva*, n° 7, 2007, pág. 133.

cuestión un derecho fundamental se puede utilizar la cuantía de la reclamación como criterio diferenciador si con tal diferenciación se sirve una finalidad constitucionalmente protegida como es, por ejemplo, la de la eficacia de la Administración.

b) **¿Es necesario que tales topes mínimos queden establecidos en una ley básica estatal?**

Como es sabido, la CE en su art. 149.1.18^a dispone que es competencia exclusiva del Estado la legislación sobre «el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas».

Se ha defendido²⁶ que la referencia al “sistema” aludiría a la regulación de todo el régimen general de la responsabilidad, sin perjuicio de especialidades procedimentales, precisamente porque el precepto constitucional citado se refiere al sistema de “todas” las Administraciones Públicas.

Opina la Comisión Jurídica Asesora²⁷ citada que «no parece que se encuentre justificada una regulación básica que unifique estos criterios en todo el territorio nacional para las reclamaciones planteadas ante todas las Administraciones públicas», pues la propia intervención de los órganos consultivos no forma parte de las previsiones básicas sobre el procedimiento de reclamación de responsabilidad contenidas en la Ley 30/1992. Como es sabido tal preceptividad viene establecida en el art. 12 del Reglamento aprobado por R.D. 429/93.

Sin embargo no sería inoportuno -y no afectaría a la autonomía de las distintas comunidades- que, de consuno, Estado y comunidades autónomas reflexionaran al respecto y convinieran en establecer un tope común a todas las Administraciones por debajo del cual no sería preceptiva la intervención de los consejos consultivos. Ello dotaría de claridad y seguridad al ordenamiento jurídico y produciría el efecto de que en todas las Administraciones el ciudadano sería igualmente tratado.

²⁶ D. Blanquer Criado: op. cit., pág. 79-80.

²⁷ *Vid.* en la Ponencia citada.

Como se indica en la Ponencia que el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana presentó a las IX Jornadas sobre Función Consultiva²⁸, ««sería conveniente... que... se concretara en la correspondiente norma estatal (la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), no sólo, en su caso, la preceptividad de la consulta a los órganos consultivos en esta suerte de procedimientos, sino también, en su caso, el mínimo cuantitativo a partir del cual la consulta ha de ser preceptiva, sin perjuicio de que cada comunidad autónoma pudiera establecer una disminución de aquel mínimo cuantitativo, ampliando, de este modo, la garantía que supone la intervención de los consejos consultivos en los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial».

En relación con la fijación de cuantías límite, hay **otras propuestas**:

-**Solución La Rioja**: el art. 11.g de su Ley de creación, según redacción dada por la Ley 5/2008 de “Acompañamiento”, prescribe que debe dictaminar las «reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 6.000 euros que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública, incluidos los entes a que se refiere el apartado 2 del art. 10 de la presente Ley» (Administración Local y Corporativa). Y su art. 12.d, referido a las consultas facultativas dispone que se puede recabar consulta facultativa, en relación con las reclamaciones de cuantía igual o inferior a 6.000 euros, cuando el órgano que haya de resolver considere conveniente conocer la doctrina del Consejo.

Pero esta posibilidad -que aunque no está formulada en tales términos también se da en los demás consejos consultivos-, supone dejar en manos de la Administración la formulación de la consulta, lo que es difícil que ocurra si no es en relación con algún asunto jurídicamente complejo sobre el que no haya doctrina aplicable al caso.

-**Solución Rubio Llorente**²⁹: Constata que a pesar de haber establecido un tope de 6.000 euros, en la reforma que en 2004 se operó en Ley Or-

²⁸ Puede consultarse en la *Revista Española de la Función Consultiva*, n° 7, 2007, pág. 113 y ss.

²⁹ *Vid.* en el resumen de su conferencia de clausura de las IX Jornadas de la Función Consultiva, en la *Revista Española de la Función Consultiva*, n° 7, 2007, pág. 163-164.

gánica del Consejo de Estado, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial siguen representando un 76% de las consultas. Para él la posibilidad de elevación indefinida de esta cuantía lleva a preguntarse por la finalidad perseguida por una intervención que puede ser restringida sin más criterio que el de facilitar la tarea del órgano llamado a intervenir.

Para alcanzar ese objetivo, considera que más eficaz que la fijación de un dintel mínimo sería tal vez la fijación de un techo máximo, de manera que solo se solicitase el dictamen del órgano consultivo en el caso de que la reclamación no superase, por ejemplo, 5.000 euros, una solución que se apoyaría en el argumento de que es improbable que frente a la desestimación de tales reclamaciones de pequeña cuantía se acudiera a la vía jurisdiccional.

El riesgo de sustraer del conocimiento de los órganos consultivos las reclamaciones de mayor cuantía podría evitarse combinando el techo máximo con el dintel mínimo: estableciendo la preceptividad de la consulta cuando la reclamación no alcance los 5.000 euros o exceda los 100.000 euros.

De cualquier manera, el Presidente del Consejo de Estado considera estas soluciones como simples parches que no solucionan el problema, por lo que sigue preguntándose si los consejos consultivos han de seguir desempeñando alguna función en estos procedimientos de responsabilidad patrimonial.

2ª.- Otras soluciones diferentes al establecimiento de cuantía límite.

-Buscar **criterios cualitativos** para evitar la consulta sobre supuestos sustancialmente iguales donde existe doctrina clara y sólida del órgano consultivo que puede hacer innecesaria su intervención, salvo que la Administración consultante tenga alguna duda al respecto.

Pero el problema estriba en concretar cuales deben ser esos criterios cualitativos, que Rodríguez-Piñero, a quien se debe esta propuesta, no concreta.

-Que el órgano consultivo intervenga **cuando lo solicite el reclamante** si la propuesta de resolución es desestimatoria de su pretensión. Pero es fácil suponer que el administrado siempre interesaría la intervención del consejo consultivo con la esperanza de un cambio de criterio por la Administración.

-**No** intervención del órgano consultivo **si la propuesta de la Administración es estimatoria**: pero entonces no velamos por el interés general, a lo que también estamos llamados. No es extraño que el órgano consultivo discrepe de la propuesta estimatoria de la Administración y aconseje desestimar la reclamación.

-**El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial**: Es cada vez más frecuente que las Administraciones Públicas concierten seguros para cubrir su responsabilidad patrimonial (parece justificado en pequeños ayuntamientos, aunque la práctica nos pone de manifiesto que también las suscriben las comunidades autónomas)

Pero el caso es que cuando la Administración cuente con seguro, podría establecerse una negociación directa entre el perjudicado reclamante y la aseguradora. Téngase en cuenta que según el art. 76 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, el asegurado -en este caso, la Administración-, tiene la obligación de comunicar al perjudicado la existencia del seguro a fin de propiciar la negociación directa contra la compañía aseguradora.

Sería necesario para ello, coherente la legislación reguladora de la responsabilidad patrimonial -Ley 30/1992- y la del contrato de seguro -Ley 50/1980-, pues como señala parte de la doctrina solo procedería la indemnización con cargo al seguro si previamente la Administración ha declarado su propia responsabilidad, si bien es frecuente encontrar acuerdos previos. Esta discordancia podría solucionarse admitiendo la negociación directa, que podría dar como resultado, bien un acuerdo que la Administración debería admitir, previa renuncia -que no desistimiento-, del reclamante a la acción de responsabilidad ejercitada (con todas las cautelas que necesarias para preservar los derechos de menores o incapacitados); o bien una terminación convencional para los supuestos en que el seguro, debido a la existencia de una franquicia, no cubra la total indemnización del daño causado.

En estos casos, que no suelen ser hoy infrecuentes, se evitaría, no solo una prolongada instrucción del correspondiente procedimiento, sino también, en algunos supuestos, la necesidad de consulta al órgano consultivo, con lo que se reduciría el volumen de asuntos que debemos dictaminar.

Llegados a este punto podemos afirmar que, pese a sus inconvenientes, la fijación de un límite cuantitativo por debajo del cual la consulta no sea preceptiva es una opción válida que sirve para evitar que lleguen a los consejos asuntos de escasa importancia (cuantitativa) aunque, como ya he advertido, la envidia jurídica puede ser importante en estos procedimientos. En el debe cabe apuntar que en estos asuntos de escasa cuantía es donde la Función Consultiva puede tener más sentido, por su naturaleza garantizadora, pues es difícil que, precisamente por los gastos que ello supone, a veces superiores a la cantidad reclamada, los afectados acudan a la jurisdicción contencioso-administrativa, como ya ha quedado expuesto.

III. REORDENACIÓN DEL SIGNIFICADO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PÚBLICA

Desde distintos ámbitos jurídicos se ha pasado de saborear las posibilidades que la imputación de responsabilidad patrimonial al Estado proporciona, a propugnar cierto orden para evitar la dispersión de criterios jurisprudenciales y el desbordamiento de reclamaciones, no siempre justificadas.

Y es que se ha podido observar, en esta cuestión de la responsabilidad pública, un movimiento pendular que nos ha llevado de proclamar la inmunidad del poder público, a considerar un sistema de responsabilidad objetiva como mecanismo asegurador universal que obligue al Estado, a las comunidades autónomas o a las provincias y municipios, a indemnizar todo daño que se produzca en sus instalaciones, en sus infraestructuras o como consecuencia de la prestación de sus servicios.

Al parecer hay quienes piensan que siempre hay que buscar algún responsable de las adversidades e infortunios que podamos sufrir.

Otros, desde planteamientos también perversos, confunden responsabilidad patrimonial –cuya declaración es un acto de justicia–, con la compasión o con la ge-

nerosidad³⁰, pues hemos de ser conscientes de que las indemnizaciones correspondientes lo son con cargo a los caudales públicos.

Pero la configuración de la responsabilidad pública como objetiva, y el hecho de que proceda su declaración por daños consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, plantea no pocos problemas interpretativos.

El sistema de responsabilidad objetiva configurado por el ordenamiento español es, desde luego generoso y responde a la concepción constitucional de la Administración Pública al servicio de la ciudadanía, a la que debe ofrecer buenos servicios y bien gestionados, frente a cuyos defectos y debilidades el Estado debe responder.

Ahora bien, como ya he destacado en otro lugar³¹ desde la doctrina científica no son pocas las voces que han tratado de moderar la interpretación de la expresión “funcionamiento normal de los servicios públicos” que puede dar lugar a indemnización.

Entre los civilistas, Pantaleón³² considera erróneo parificar a efectos de responsabilidad de la Administración “funcionamiento normal” y “funcionamiento anormal” de los servicios públicos, en el sentido de que tanto el uno como el otro comporten, con carácter general, la indemnización de los daños que ocasionan, salvo que se incluya en la responsabilidad por “funcionamiento normal” la llamada responsabilidad por riesgo.

Entre los administrativistas, Garrido Falla y Parada también se han mostrado reacios a una aplicación indiscriminada o a una interpretación inadecuadamente extensiva del sistema de responsabilidad.

Parada considera que ello podría llevar a resultados excesivos, con la consiguiente paralización de la actividad administrativa, o a dedicar una excesiva y desproporcionada parte de los ingresos públicos a la satisfacción de sus necesidades³³.

³⁰ A. Pérez-Tenessa. *RAP*, nº 154, pág. 61.

³¹ “El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial y el funcionamiento normal de los servicios públicos”. *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 1, 2004, pág. 29 y ss.

³² F. Pantaleón Prieto: “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”. *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994, pág. 247.

³³ R. Parada Vázquez: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid, 1993, pág. 423.

Por su parte, Garrido Falla señaló que en materia de responsabilidad patrimonial la regla general es el “funcionamiento anormal”; la expresión “funcionamiento normal” cubre los supuestos de riesgo creado y el de aquellas actuaciones administrativas –en especial obras públicas–, que causan perjuicios singulares que, por simple aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas, justifica la obligación de reparar³⁴. Por ello, propone una reforma del art. 139.1 de la Ley 30/1992, para que en lugar de conectarse la responsabilidad al “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” se haga por referencia “al funcionamiento de los servicios públicos”, sin más, confiando en que, de esta manera, se haga más clara la dualidad de títulos fundamentales de la responsabilidad que él propugna.

Y es que, como se ha expuesto, la jurisprudencia funciona como si la expresión “funcionamiento normal” no existiera realmente, buscando casi siempre un signo de mal funcionamiento en el servicio como criterio con el que justificar la condena de la Administración.

Tanto el Consejo de Estado como los consejos consultivos autonómicos debemos desempeñar, y creo que así lo venimos haciendo, un papel importante en este terreno. Hemos destacado en repetidas ocasiones que el hecho de que la responsabilidad patrimonial del Estado haya sido calificada de objetiva, no quiere decir que este instituto jurídico comporte una obligación universal de resarcimiento a cargo del Estado –o de la Comunidad Autónoma–, de todo perjuicio sufrido por los particulares por la utilización de un servicio público: la responsabilidad patrimonial pública no puede derivar de todos los daños que puedan producirse en locales, instalaciones o bienes de titularidad pública³⁵.

Hay algunos supuestos en que no hay inconveniente en señalar que la responsabilidad es objetiva³⁶. Entre otros:

En el ámbito de la sanidad, los casos de daño desproporcionado, en que la actuación de los facultativos intervinientes ha sido correcta,

³⁴ F. Garrido Falla: “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 94, 1997, pág. 185.

³⁵ Dictamen del Consejo de Estado 1620/97 y Dictámenes del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana 265/97, 660/98 y 149/99, entre otros.

³⁶ *Vid.* más ampliamente en V. Garrido Mayol: “El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial y el funcionamiento normal de los servicios públicos”. *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 1, 2004, pág. 29 y ss.

se ha ajustado a la *lex Artis*, pero el resultado lesivo resulta inexplicable y desproporcionado. *Res ipsa loquitur* –la cosa habla por sí misma–, se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia aunque no la haya habido.

En la realización de obras públicas, que puedan provocar un daño singularizado que la colectividad, beneficiaria de tales obras, debe soportar. La Administración ha actuado correctamente, pero ha generado un daño que debe ser indemnizado.

En el ejercicio del *ius variandi* en el ámbito del urbanismo.

En relación con el riesgo creado, lo que puede darse en el ámbito escolar en supuestos de prácticas de laboratorio o de algunos deportes de riesgo para alumnos de corta edad. Como ha dicho el TS, el creador del riesgo debe asumir las consecuencias de su actividad (STS 20-5-93).

En la actividad de policía y situaciones de emergencia.

Lo que está fuera de toda duda es la importante tarea que, al respecto, estamos llamados a desempeñar los órganos consultivos: una labor didáctica dirigida no solo a la Administración, sino también, y sobre todo, a administrados y a juristas en general, sobre todo a abogados que se encargan del asesoramiento y defensa de los interesados.

IV. CONCLUSIONES

En fin, he tratado en esta exposición, de poner de manifiesto que, efectivamente, conviene poner un poco de orden, por razones de seguridad jurídica, en la conformación normativa de la responsabilidad patrimonial pública, para evitar aplicaciones e interpretaciones torcidas de lo que en realidad es.

Pero también, de destacar el sentido del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que despliegue sus efectos, especialmente, en supuestos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

¿Resulta imprescindible la garantía que representa la Función Consultiva como control previo de actos administrativos? ¿No tiene escaso valor añadido cuando el esfuerzo desplegado va en detrimento de la atención que debe prestarse al desempeño de otras competencias de mayor relevancia que se ajustan más al perfil de la institución? Si bien es cierto que el centro de gravedad de la Función Consultiva debería desplazarse al estudio en profundidad de proyectos normativos, por ejemplo³⁷ no lo es menos que la doctrina sentada en relación con los procedimientos de responsabilidad patrimonial, de contratación, de modificación de zonas verdes y espacios libres o de revisión de actos nulos, es de gran valor y puede seguir siéndolo.

Ello no empece a la posibilidad de ensanchar la Función Consultiva a temas que parecen fuera de ella, como recientemente ocurrió con el Consejo de Estado (reforma de su Ley Orgánica) mediante la elaboración de estudios y anteproyectos: régimen electoral, reforma de la Constitución Española, etc. También mediante el fomento de las consultas facultativas en relación con las cuales la Función Consultiva adquiere toda su significación.

Pero la posibilidad de nuevas competencias es tema recurrente en las periódicas reuniones que celebramos los consejos consultivos y que quizás requiera de un estudio profundo y sosegado.

³⁷ F. Rubio Llorente: "La Función Consultiva en el Estado de las Autonomías". *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 2, 2004, pág. 102.

SEGUNDA MESA REDONDA.
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
POR ACTUACIONES SANITARIAS Y SISTEMA NACIONAL DE SALUD

I. LA COORDINACIÓN EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD DE ESPAÑA¹

Pedro Sabando Suárez

Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

Con cierta frecuencia atendemos en el Consejo Consultivo problemas derivados de personas, pacientes, que provenientes de distintas comunidades autónomas acuden a Madrid, en busca de tratamiento; se producen problemas y observamos como las Administraciones autonómicas mantienen posiciones poco cooperativas; probablemente con independencia de la voluntad política de Consejeros y Presidente.

La protección sanitaria forma parte principal de los instrumentos de cohesión social de los que se han dotado las sociedades desarrolladas y constituye -junto con los sistemas de pensiones, la protección del desempleo, los servicios educativos y los de atención a la dependencia- el núcleo fundamental del Estado de Bienestar de la mayoría de los países desarrollados.

La característica peculiar de los servicios sanitarios es que contribuyen a la disminución de las desigualdades y a la cohesión social, no mediante prestaciones económicas, sino a través de su propia función.

Además, desde un punto de vista económico, los servicios sanitarios, como otros componentes del Estado de Bienestar, constituyen un instrumento de estabilidad, mediante mecanismos distintos. Por una parte, garantiza un nivel de demanda de bienes y servicios de distinta naturaleza que están en la base del desarrollo de sectores productivos muy pujantes, y, por otra, proporciona posibilidades de empleo a amplios grupos de población cualificada.

¹ Esta contribución del Consejero Sr. Sabando, que actuó también como moderador de esta mesa redonda, incluye la presentación del resto de los participantes en ella.

Aunque el sistema sanitario de cada país tiene características propias, algunos aspectos comunes a todos los sistemas sanitarios descentralizados incluyen:

Un funcionamiento coordinado de los sistemas a nivel de Estado de modo que, aunque las autoridades de nivel regional gestionen los servicios territoriales, el conjunto de ellos funciona como un sistema integrado. Esto es la base de la universalidad y la equidad de la protección sanitaria con independencia de las desigualdades económicas y sanitarias que puedan existir entre territorios distintos de un mismo país.

El mantenimiento de la coordinación requiere de la intervención estatal, en especial como garantía y control de la universalidad y equidad mencionadas en el artículo 3 de la Ley General de Sanidad y en el artículo 2 de la Ley de Cohesión y Calidad.

Buen ejemplo de ello es el esfuerzo del Tribunal Constitucional para hacer derivar de la solidaridad el deber de cooperación y colaboración de las comunidades entre sí y con el Estado, así como el del Estado con ellas (Sentencia T.C. 135/1992 de 5 de Octubre).

La coordinación, como una necesidad de nuestro sistema sanitario, es una consecuencia del proceso de constitución de las comunidades autónomas como nuevas entidades políticas con capacidad de asumir la gestión de diferentes responsabilidades de autoridad y gestión sanitarias.

Diciembre de 2001 marcó un hito en la evolución del sistema sanitario español. En ese mes tuvo lugar el cierre de los traspasos en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las diez comunidades autónomas que todavía estaban pendientes de ellos, a la vez que supuso el cierre de un nuevo sistema de financiación autonómica general (que, en consecuencia, no incluye la del País Vasco y Navarra), aplicado desde el mes siguiente.

Este sistema, que es el que todavía se encuentra en vigor a la espera del diseño de uno nuevo, incluye entre sus características principales la de haber supuesto el fin de una financiación sanitaria específica, que desde entonces se encuentra incluida de manera indiferenciada en el sistema de financiación autonómica general citado.

En la nueva situación la gestión de la totalidad los servicios sanitarios, con la excepción de los de Ceuta y Melilla, se lleva a cabo por los gobiernos autonómicos.

Para llevar a cabo esa gestión la casi totalidad de esos gobiernos se han dotado de servicios regionales de salud. El conjunto de éstos, por su parte, constituye el denominado por la Ley General de Sanidad como “Sistema” Nacional de Salud, concepto importante; pero que puede expresar una realidad virtual.

La precisión terminológica va precisamente dirigida a aclarar que, aunque los principios que rigen el Sistema (financiación pública por impuestos generales, cobertura universal vinculada, al menos teóricamente, a la condición de ciudadanía estatal y provisión fundamental mediante recursos propios constituidos como servicio público) son los característicos de los Servicios Nacionales de Salud, su gestión se lleva a cabo de manera descentralizada por los gobiernos regionales correspondientes.

Hay que resaltar en todo caso que, con el proceso de descentralización sanitaria hacia las comunidades autónomas que ha tenido lugar, el centro de la coordinación como problema se desplazó de manera cualitativa hacia otro campo: cual es el de cómo lograr una actuación por parte de las comunidades autónomas que permita mantener las características esenciales de universalidad y equidad de la protección sanitaria.

Tengo la sensación de que las comunidades autónomas han optado por abordar el ejercicio de sus competencias sanitarias, no tanto como su forma de contribuir a ese fin común, sino ante todo como un instrumento más de reforzar su propia naturaleza y el poder político autónomo que ejercen en su territorio.

La cuestión adicional es que, frente a esa actitud autonómica, no ha habido una posición clara desde los Gobiernos de España que pusiera el acento en el mantenimiento de las condiciones universales e igualitarias de la protección sanitaria y en la necesidad de establecer instrumentos formales y legales para mantener el funcionamiento coordinado del sistema sanitario en su conjunto.

Llegados a esta situación debemos considerar, desde el punto de vista de la experiencia comparada algunas conclusiones importantes, que se extraen de la realidad internacional:

- En el origen de la protección sanitaria universal en diferentes países, la acumulación de riesgos y capital necesarios para permitir el acceso a la protección sanitaria a toda la población ha tenido lugar a nivel estatal y no a otros niveles subcentrales de organización.
- La implicación estatal en el establecimiento y la organización de la protección sanitaria en países descentralizados constituye un instrumento de cohesión social relevante, y sus formas concretas de cobertura y organización proporcionan un elemento principal de diferenciación nacional frente a otros Estados.
- La implicación estatal en los países de estructura sanitaria descentralizada se realiza a través de mecanismos diversos, que ponen de relieve, en todo caso, el interés del Gobierno federal o central en disponer de una política sanitaria propia, como instrumento global de cohesión.
- Entre esos mecanismos, los de carácter legal y político, incluso los establecidos en las normas constitucionales, no son en general suficientes para hacer posible el papel federal o central en el mantenimiento de las condiciones de universalidad y equidad del sistema sanitario correspondiente. Por el contrario, el factor más importante para hacer posible la garantía de esas condiciones es la implicación económica del gobierno central en el sistema de financiación, condicionando una parte del mismo al mantenimiento de las condiciones expresadas por las regiones o niveles de gobiernos que realicen la gestión de los servicios sanitarios.
- La amplitud de los servicios cubiertos bajo el sistema público de protección sanitaria es mayor en los casos en los que la universalidad de la protección sanitaria fue anterior a la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios que en los casos en que se llegó a un acuerdo federal de universalización.
- La experiencia de diversos países sugiere que la coordinación entre servicios sanitarios de nivel regional o equivalente para hacer efectivo el mantenimiento de una protección sanitaria universal y homogénea requiere de una estructura federal o central, dotada de mecanismos adecuados, fundamentalmente de carácter económico, de intervención.
- Otro instrumento esencial para el mantenimiento de la universalidad y la equidad en sistemas sanitarios descentralizados es la existencia de un sistema de informa-

ción, sin el cual es imposible mantener un grado de funcionamiento coordinado de cualquier sistema sanitario.

Las características que hemos de considerar más significativas y problemáticas del proceso de descentralización sanitaria que ha tenido lugar en España en orden al mantenimiento de las condiciones de universalidad y equidad de la protección sanitaria son las siguientes:

- Una base constitucional abigarrada.
- Un proceso sin un modelo final definido.
- Un órgano de coordinación insuficiente.

Una base constitucional “abigarrada”

La protección sanitaria no tiene un tratamiento unívoco en la Constitución española, sino que a ella hacen referencia dos títulos diferentes, el de “Sanidad e Higiene” (que se refería originalmente a la “Salud Pública”), y el de “Seguridad Social”. Este último era el ámbito en el que se encontraba incluida la asistencia sanitaria cuando se aprobó la Constitución.

Una y otra materias han seguido caminos y ritmos independientes para su descentralización, hasta completarla con el traspaso de las competencias en asistencia sanitaria a diez comunidades autónomas en diciembre de 2001, lo que ha conducido a una diversidad administrativa y asistencial generadora de disfunciones.

Un proceso sin un modelo final definido

La Ley General de Sanidad, de 1986, no estableció un diseño acabado del sistema sanitario español en condiciones de descentralización completa que tampoco subsanó la Ley de Cohesión y Calidad.

La ausencia de ese diseño incluye la falta de definición de los instrumentos y formas de coordinación en tal situación.

Ese modelo final debería haberse cerrado tras culminar las transferencias a las comunidades autónomas del artículo 148 de la Constitución Española, que corrigiera los problemas intercomunitarios y los propios de cada Comunidad derivados del largo periodo de espera pretransferencial, utilizando las recomendaciones establecidas por el Consejo de Estado en su “Dictamen sobre modificaciones de la Constitución Española”, que avala y legitima el papel que el Gobierno de España debería jugar en el Consejo Interterritorial, a partir de un principio esencial en la Constitución y ya expresado por el Tribunal Constitucional, cual es el de la solidaridad del que dimanen deberes concretos cuya observancia puede ser exigida y asegurada con los medios que el Derecho ofrece.

Dice el Consejo de Estado, en su Dictamen de 16 de febrero de 2006, sobre reforma constitucional:

«En el artículo 2 de la C.E., la solidaridad recíproca de nacionalidades y regiones aparece más bien como un principio organizativo abstracto, funcionalmente análogo a los valores consagrados en el artículo 1. Naturaleza de principio es también la que le atribuye el artículo 138, que se remite directamente al 2. Pese a esta remisión directa, ni el ámbito en el que el principio opera ni su contenido son ya los mismos en el artículo 138 que en el 2. Mientras en este último es la Constitución la que garantiza la solidaridad entre nacionalidades y regiones, el artículo 138 atribuye esta función al Estado en su acepción restringida.

Cabría, quizá, superar esta discordancia entendiendo que lo que el Estado, en sentido estricto, ha de garantizar no es la solidaridad en cuanto “principio”, sino su “realización efectiva”, y que la tarea que la Constitución encomienda a las instituciones centrales del Estado es la de fomentar los comportamientos solidarios de las comunidades autónomas y combatir los que no lo sean».

Un órgano de coordinación insuficiente

El Consejo Interterritorial de Salud, que funciona desde el principio de la unanimidad, no es eficiente en el abordaje de las cuestiones centrales del

Sistema, y su misma dinámica pone de manifiesto la perentoriedad y el reto de mejorar la cohesión del sistema sanitario español.

Máxime después de la erosión sufrida por el Consejo Interterritorial de Salud tras la inadecuada utilización política del mismo por populares y socialistas.

Es ineludible reforzar el papel del Consejo Interterritorial de Salud, que debería abordarse modificando los artículos 70 a 72 de la Ley de Cohesión y Calidad para hacer posible la coordinación sanitaria tal como había señalado el Tribunal Constitucional en sentencia 32/1983 de 28 Abril, que dice con claridad:

«La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema.

En ese sentido hay que entender la competencia estatal de “coordinación general”, a propósito de la cual conviene señalar las siguientes precisiones:

- La competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las comunidades en materia de sanidad, competencias que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar, pues nunca ni la fijación de bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las comunidades.
- La competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado.
- En consecuencia, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias

en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario»

A este respecto señala el Consejo de Estado en el mismo dictamen: «El Estado y las comunidades autónomas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de colaboración, implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del poder que se implanta en la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1982, de 4 de mayo) y expresamente acogido en el ordenamiento jurídico (artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)».

En el actual escenario, las apelaciones a que los acuerdos del Consejo Interterritorial de Salud sean de obligado cumplimiento, de ampliar sus competencias o las propuestas de delegación de funciones de las comunidades autónomas al citado Consejo Interterritorial de Salud para que sus decisiones sean teóricamente vinculantes, no pasarán de ser bellos enunciados, cargados de buenas intenciones, sin virtualidad alguna, ya que en la actualidad ni siquiera se cumplen las resoluciones en materias de su competencia.

Por todo ello, la actual situación se caracteriza por una definición ambigua de las responsabilidades y competencias de las Administraciones central y autonómicas en relación con los servicios sanitarios. Esa definición se ha ido deslizando hacia un incremento del papel autonómico en la organización y gestión de los servicios sanitarios, a la vez que se reducía el papel central (en especial el del Ministerio de Sanidad), incluso en funciones de coordinación que tenía legalmente fijadas.

Es inaplazable, por tanto, regular las funciones del Ministerio de Sanidad para, aplicando el artículo 9.2 de la Constitución, que dispone una igualdad real y efectiva, garantizar los derechos de los ciudadanos independientemente de la comunidad autónoma donde vivan y producir una fórmula de gobernanza para el Sistema Nacional de Salud compatible con la descentralización completa de la gestión de los servicios públicos sanitarios.

Llegados aquí hay que subrayar la reducción, hasta casi su desaparición, de la participación estatal en la financiación de los servicios sanitarios en general, y de

instrumentos financieros específicos para intervenir en el mantenimiento de la universalidad y equidad de la protección sanitaria, tal como introdujo el Decreto regulador del Fondo de Cohesión.

La vida cotidiana nos ofrece la perspectiva de que en la práctica se esté ya funcionando no como un sistema integrado, sino como una suma de diecisiete sistemas cada vez más distintos, escasamente vinculados entre sí, a la vez que juegan a ser competidores.

Esa inquietud se ha puesto de manifiesto en relación con diferentes políticas, desde la del ámbito de la salud pública, a la de la gestión de los recursos humanos, de formación de especialistas, homologaciones de carrera profesional, movilidad, salarios o a la de la incorporación de nuevas prestaciones diferentes por distintas comunidades autónomas.

El gasto sanitario se muestra difícil de controlar, y la relación con los proveedores del sistema como responsables de una parte importante de dicho crecimiento ofrece curiosas peculiaridades, entre otras muchas cuestiones que ocupan a diario los medios de comunicación.

En último término, lo que se está poniendo en cuestión es si está en peligro el mantenimiento de la protección sanitaria en condiciones de equidad e igualdad para la población española.

Al plantearse la búsqueda de soluciones para esa situación, la respuesta más común e inmediata es la de invocar el mecanismo de la coordinación en nuestro sistema sanitario, mediante el que evitar el riesgo de su desintegración como tal.

Cualquier fórmula de coordinación propuesta, sea de carácter general o parcial, tiene que partir de la realidad de diecisiete servicios de salud diferentes, sin ninguna dependencia jerárquica que no sea la de sus propias autoridades autonómicas. Éstas, por otra parte, parecen seguir teniendo como valor superior el de la autonomía y la discrecionalidad de su gestión y, sin incentivos externos específicos para ello, no parecen comprometidos en el mantenimiento de la protección sanitaria universal e igualitaria para todos los ciudadanos españoles en todo el territorio como interés “común” que justifique una mayor coordinación de sus actuaciones.

El planteamiento de medidas de coordinación, generales o parciales, debe seguir un enfoque “funcional”, de instrumentación de aquellas fórmulas en cuya consecución estén interesados unos u otros agentes del sistema por encontrar dificultades en su gestión en ausencia de mecanismos de coordinación en cada caso.

Debe valorarse que cualquier medida de coordinación prevista resulta ineficaz si no se acompaña de un condicionante económico de su cumplimiento y, en ese sentido, cualquier medida de coordinación que se adopte debe acompañarse de una implementación económica que lleve a actuar como administraciones comprometidas en el acuerdo de su adopción.

Esta perspectiva se deduce tanto de la propia experiencia del funcionamiento de nuestro Estado autonómico, como del análisis del funcionamiento y la financiación de otros sistemas sanitarios federales o de gestión descentralizada.

De cara al futuro, también es necesario tener muy presente que el actual proceso de modificaciones estatutarias en distintas comunidades autónomas, puede profundizar en los rasgos diferenciales estratégicos de los distintos Servicios de Salud comunitarios, restando legitimidad al Sistema Nacional de Salud, a la vez que potencian sus lógicas limitaciones porque no podrían resolver aquellas cuestiones, siempre graves, que van más allá del ámbito autonómico y que solo pueden abordarse desde el Gobierno de la Nación.

Desde esta perspectiva, los asuntos que podrían ser objeto de coordinación son los siguientes:

- Plan de Calidad del Sistema Nacional de Salud y Servicios Autonómicos, con criterios de evaluación.
- Retribuciones del personal sanitario.
- Actualización de la cartera de servicios y prestaciones, que el que hay es de 2006.
- Definición de centros y servicios de referencia.
- Programas de innovación e investigación clínica.
- Servicio de compras unificado o globalizado, que incluya tecnología.
- Tarjeta sanitaria unificada, esto es accesible en todos los servicios autonómicos de salud, con incorporación digitalizada de la historia clínica.

En este marco, un tanto especial, debería utilizarse decididamente el Senado como espacio de diálogo y concertación permanente entre el Estado y las comunidades autónomas, dando forma parlamentaria, si fuera necesario a los acuerdos alcanzados en el Consejo Interterritorial de Salud y en todo caso orientando soluciones en la planificación de estructuras de interés general.

Ante esta situación no cabe la indiferencia porque los problemas antes señalados se agudizan.

O se trabaja con rigor en la coordinación del Sistema Nacional de Salud o bien pronto comenzarán a escucharse voces reclamando políticas de “devolución”, tal como está ocurriendo en algunos países donde tienden a aumentar el grado de implicación de sus gobiernos centrales para mantener la universalidad y equidad de sus sistemas sanitarios.

En todo caso será necesario desarrollar mecanismos externos a los servicios regionales de salud que permitan mantener la universalidad y la equidad del sistema sanitario, sin los cuales el Sistema Nacional de Salud se orientará lenta pero inexorablemente hacia su desaparición.

El déficit de la coordinación ha creado en España una situación sanitaria que recuerda a la existente en el periodo previo a la promulgación de la Ley General de Sanidad.

Será necesario un acuerdo en forma de ley compartido por Gobierno Central y comunidades autónomas que ofrezca una salida racional a esta situación. Es difícil, pero entiendo que es tarea central para quienes entienden que el Sistema Nacional de Salud es patrimonio de todos los españoles.

Finalmente, ya en el terreno de las presentaciones, para tratar la materia asignada a esta segunda mesa redonda —la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por actuaciones sanitarias y el Sistema Nacional de Salud— tenemos con nosotros al Excmo. Sr. D. Juan José Güemes Barrios, consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid, y al Excmo. Sr. D. Jesús Peces Morate, magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

SEGUNDA MESA REDONDA.
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
POR ACTUACIONES SANITARIAS Y SISTEMA NACIONAL DE SALUD

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA Y EL SISTEMA NACIONAL
DE SALUD EN LA COMUNIDAD DE MADRID

Juan José Güemes Barrios

Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid

Para mí es un honor participar en estas jornadas sobre la función consultiva que organiza el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, y que tienen como objetivo avanzar en el perfeccionamiento de la Administración Pública, y contribuir a la garantía de los derechos a los ciudadanos.

Por tanto, muchísimas gracias a su Presidente Mariano Zabía por su amable invitación, que me va a permitir exponer las líneas generales de la Consejería de Sanidad en materia de responsabilidad patrimonial, y comentar las garantías con las que cuentan los ciudadanos de nuestra comunidad en lo que se refiere al sistema sanitario.

Mi reconocimiento desde luego a las dos personalidades con las que comparto esta mesa, Pedro Sabando que ha tenido amplísimas responsabilidades en el ámbito de la sanidad, una larguísima y brillante trayectoria, de un extraordinario compromiso tanto en el terreno administrativo como en el terreno político, y Jesús Peces Morate, Magistrado del Tribunal Supremo, y por tanto una autoridad en la materia que hoy nos ocupa, y estoy convencido de que su docto conocimiento y experiencia serán de una gran utilidad en estas jornadas.

Antes de otras consideraciones quisiera manifestar que contamos con un gran sistema sanitario madrileño que es parte del Sistema Nacional de Salud, que tenemos que poner de relieve que está integrado por una importante red de centros de atención primaria, atención especializada y de urgencias, con unos extraordinarios profesionales, y un sistema que gracias precisamente a ellos mantiene un altísimo

nivel asistencial, y una vocación docente y un potencial investigador y de innovación, que es referenciado solo nacional sino internacionalmente.

En España tenemos un generoso y avanzado sistema de responsabilidad patrimonial por los daños que eventualmente se ocasionan como consecuencia del funcionamiento anormal, o incluso del funcionamiento normal, de las Administraciones Públicas, y un sistema que naturalmente incluye también los servicios sanitarios.

Digo que es un sistema generoso porque rige para todas las Administraciones Públicas -aunque como señalaré después tiene algunas particularidades en lo que se refiere a la administración sanitaria-, y que cubre íntegra y directamente y no de forma subsidiaria la actividad dañosa de sus autoridades y funcionarios. Y lo que es más relevante, que es de naturaleza objetiva, y que no es preciso demostrar la exigencia de culpa o de negligencia, sino únicamente demostrar la realidad de una lesión en el patrimonio o en los derechos de los ciudadanos que sea imputable a la Administración.

Y llegados a este punto, conviene preguntarse por la razón, por la justificación de un sistema tan amplio de responsabilidad patrimonial. Es verdad que existen razones de justicia y razones de solidaridad que justifican esta garantía pública, y así que los efectos perjudiciales indirectos de una actividad dirigida en última instancia a lograr beneficios para los ciudadanos deben ser asumidos por todos ellos mediante su resarcimiento a cargo de los impuestos que pagan.

El instituto de la responsabilidad patrimonial nos ofrece, además, a los responsables públicos una herramienta de medición de la calidad y de eficiencia de los servicios. Es obvio que la primera función de la responsabilidad patrimonial consiste en reparar un perjuicio, pero la responsabilidad debe condicionar el modo concreto de organización y actuación futura de la Administración, y debe contribuir a mejorar las gestiones en la prestación del servicio público.

Estamos por tanto no sólo ante una de las más importantes conquistas del Estado de Derecho, como acertadamente lo califica el Tribunal Supremo, sino también ante un correlato del principio de eficacia que debe presidir la actuación de las administraciones públicas, incluida desde luego la Administración sanitaria.

La responsabilidad apunta, por tanto, al corazón mismo de las dimensiones del Estado, a las pautas de calidad en la prestación de los servicios, a las exigencias de buen funcionamiento. Y de ahí que un sistema muy amplio de responsabilidad como el español presuponga también un alto estándar de calidad de los servicios públicos.

La responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario tiene además unas peculiaridades propias derivadas de la naturaleza de la actividad sanitaria, notas características que no se predicen en otros servicios públicos. En materia sanitaria la responsabilidad surge no sin más por la existencia del daño, sino por incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente a cargo de la administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande.

Así, por poner un ejemplo, los jueces deben decidir si hay o no responsabilidad de los servicios públicos de salud conforme a la *lex artis*, entendida como el estado del saber de la ciencia médica y la diligencia debida en cada caso concreto en función de ese estado del saber.

La existencia de ese criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia de que la obligación de los sistemas sanitarios y de sus profesionales es de medios y no de resultados. Por tanto en ausencia muchas veces de unos parámetros legales o normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta, la cota de calidad, el estándar de funcionamiento normal o anormal del servicio público sanitario, existe un elevado casuismo que actualmente impregna todo el sistema de responsabilidad en materia sanitaria y que desde luego es algo que nos invita a la reflexión.

Creo que es imprescindible hallar un equilibrio entre el sistema de responsabilidad, las posibilidades de gestión, las dimensiones de lo público, sus pautas de calidad, que invitan desde luego a recapacitar sobre las implicaciones de algunas previsiones normativas y líneas jurisprudenciales, entre ellas la propia amplitud del sistema.

Aspectos como el concepto cada vez más utilizado de la “pérdida de oportunidad asistencial” que adolece de perfiles claros, la utilización de la vía penal con el fin último de obtener la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, sin pararse a pensar las consecuencias que ello tiene de estigmatización sobre el profesional sanitario; la acreditación de la relación de causalidad entre el daño producido

y la prestación llevada a cabo, que si siempre es difícil, lo es más aún en el campo de la asistencia sanitaria, exigen sin lugar a dudas un estudio detallado por los profesionales del Derecho y de la Medicina, y desde luego yo creo que el Consejo Consultivo a través de estas Jornadas puede ser un buen punto de encuentro entre los profesionales sanitarios y los profesionales del Derecho.

Tenemos una sanidad pública, como decía antes, de una gran calidad. Los cerca de 80.000 profesionales sanitarios que día a día prestan sus servicios en la Comunidad de Madrid (en alguno de sus 423 centros de salud, 29 centros de especialidades y 33 hospitales públicos, o en el SUMMA 112), realizan al año más de 90 millones de actos sanitarios, y la incidencia de los procedimientos de responsabilidad patrimonial podemos afirmar que puesta en comparación a esa intensísima actividad es muy limitada.

Para que nos hagamos una idea, cada año tramita el Servicio Madrileño de Salud unas 600 reclamaciones patrimoniales por daños sanitarios. En el año 2008 se recibieron en el Servicio Madrileño de Salud 316 sentencias por reclamaciones patrimoniales, de las cuales debo decir que una buena parte, 230, fueron sentencias desestimatorias, y 86 sentencias condenatorias. Por tanto, hay una sentencia condenatoria aproximadamente por cada 1.200.000 actos sanitarios que se realizan por la Sanidad Pública de la Comunidad de Madrid.

Permítanme terminar con una referencia a un informe que se publicó ya hace casi diez años, del *Institute of Medicine of the National Academies*, denominado "*To Err is Human: Building a Safer Health System*", que además de cuantificar por primera vez lo que se denomina "sucesos adversos" derivados de la asistencia sanitaria en Estados Unidos en términos de costes económicos y pérdida de productividad, hacía —y esto creo es que es aún más importante— una reflexión constructiva respecto a la seguridad del paciente como núcleo esencial de la prestación sanitaria.

Desde nuestro punto de vista, lo relevante no es buscar culpables, lo verdaderamente importante es estudiar los fallos para después emitir alertas y recomendaciones sobre ellos para hacerlos visibles, mitigar sus efectos y proporcionar resultados útiles para evitar que se repitan los sucesos no deseados y reforzar así la confianza del paciente en su médico y en el sistema sanitario.

Para concluir, manifestar que trabajamos por aumentar la calidad y la eficiencia de los servicios sanitarios, buscando la satisfacción de los ciudadanos por las prestaciones que reciben.

Como hemos podido observar, el número de reclamaciones de responsabilidad patrimonial es muy pequeño en comparación con las magnitudes de actividad del sistema, aun así ello no supone ningún detrimento para cada uno de los casos que se acogen a este procedimiento, hacia los que como no puede ser de otra forma, dedicamos la máxima atención y consideración. Aún así todos estos casos nos siguen preocupando porque detrás de ellos en ocasiones hay un gran sufrimiento familiar.

Termino con una cita de la exposición de motivos de una ley aprobada en los años cincuenta, que sentó las bases de la responsabilidad patrimonial en la administración pública, pero que, como tantas otras de esa época, preconizaban el futuro modelo:

«todo lo que robustezca el principio de responsabilidad viene a consolidar el prestigio y eficacia de la administración y la leal colaboración de los administrados».

SEGUNDA MESA REDONDA.
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
POR ACTUACIONES SANITARIAS Y SISTEMA NACIONAL DE SALUD

III. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Jesús Ernesto Peces Morate

Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

SUMARIO

I. LA RAZÓN Y EL SENTIMIENTO EN LAS DECISIONES.

II. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS ACCIONES POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

III. EL PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA Y LA JURISPRUDENCIA CIVIL ACERCA DE LA “UNIDAD DE LA CULPA CIVI”.

IV. EL NEXO CAUSAL.

V. EL ERROR Y LA *LEX ARTIS*.

VI. LA CULPA COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

VII. LA CLÁUSULA DE LOS RIESGOS DEL PROGRESO EXCLUYENTE DEL DAÑO ANTIJURÍDICO SALVO PARA LOS MEDICAMENTOS.

VIII. LA SALUD Y LA INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.

IX. LA DISTINCIÓN ENTRE MEDICINA SATISFACTIVA Y ASISTENCIAL.

X. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

XI. EL DAÑO O PERJUICIO Y SU PLENA INDEMNIDAD.

XII. LAS TRANSFERENCIAS DE SERVICIOS Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

XIII. ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA EN CENTROS O POR SERVICIOS NO DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA QUE CUBRE DICHA ASISTENCIA.

I. LA RAZÓN Y EL SENTIMIENTO EN LAS DECISIONES

El oficio judicial se compone de cuatro elementos: el albedrío, la ley, la razón y el sentimiento. Todos ellos configuran siempre y con diferente intensidad la función de juzgar.

El albedrío y la ley representan los paradigmas.

La razón y el sentimiento son el método o camino para usar o aplicar aquéllos.

La ausencia total de cualquiera de las variables desnaturaliza la función judicial.

En cuanto a los paradigmas, la falta del albedrío arrumbaría la libertad en la decisión, la equidad, la proporcionalidad y haría desaparecer la responsabilidad del juez, mientras que sin reglas externas a las que ajustarse, el juez sería un déspota y el albedrío se convertiría en arbitrariedad, cuando la rectitud se ha asociado, de forma inmemorial, al ejercicio correcto del oficio judicial.

Si el método es irracional, ni el albedrío ni la ley pueden servir para la obtención de un resultado justo, o si el juez se despoja de cualquier proyección sentimental respecto de los intereses en liza, la respuesta resultará inadecuada para solucionar el conflicto, pues este elemento confiere a la técnica resolutoria, encarnada en la razón, la calidad de arte, dado que, para solucionar las disputas humanas, no basta el uso de la técnica correcta si no va acompañada de la emoción.

El singular dramatismo o vehemencia con que se suelen plantear los temas relacionados con la salud y su pérdida responde a la tensión entre las realidades opuestas de la vida y la muerte, cuya terrible confrontación no deja de ser un misterio, a pesar de haberse desvelado la composición del genoma humano.

Por más que el método racional sea un modelo de discurso lógico, la angustia ante la pérdida de la salud y de la vida puede dificultar el análisis sereno y objetivo que permita alcanzar la verdad y acertar con la solución justa.

El anhelo de vivir ha espoleado la mente, favoreciendo la evolución de la biología y la medicina hasta cotas insospechadas e impredecibles, como las que deparan las más recientes investigaciones, pero el temor ante lo desconocido continúa opriéndolo a los seres vivos.

Cualquier de éstos procura cuidar instintivamente su bien máspreciado, de aquí que el común sentir haya considerado la buena salud como sinónimo de bienestar y felicidad, situándola en el primer puesto de lo apetecible.

Este anhelo ha quedado plasmado en los textos legales, que tienden a preservar y garantizar desde todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, penal, civil, administrativo y laboral, la vida, la integridad y la salud en general.

Al juzgar las conductas o acontecimientos que atentan contra esos bienes, no es fácil despojarse del sentimiento que, junto con la razón, orientan la conducta humana, ante todo cuando de adoptar decisiones sobre valores fundamentantes se trata.

Nos refiere Platón en su obra “La República o de lo justo” (Libro Tercero) que, dialogando Sócrates y Glaucón sobre los buenos médicos y los buenos jueces, les parecía imprescindible que la edad hubiese madurado al juez y que hubiera aprendido tardíamente lo que es la injusticia, estudiándola largo tiempo, no en sí mismo sino en los demás, y siendo capaz de distinguir el bien del mal más por reflexión que por experiencia propia.

Recuerdo estas sabias opiniones porque, ciertamente, no es fácil juzgar cuando se ha sido víctima de la injusticia ni es posible apreciar la iniquidad cuando se ha sucumbido en ella. El sentimiento ofusca la razón, mientras que, como también afirmaba Sócrates en ese mismo diálogo, no hay mejores guías para juzgar bien que la reflexión y el razonamiento.

Es, pues, para una persona difícil y complejo sustraerse al sentimiento arraigado de proteger la vida, la integridad física y la salud cuando hay que juzgar hechos, conductas y actuaciones, que atentan contra esos bienes básicos, a pesar de lo cual resulta imprescindible evitar el lastre de experiencias propias y ahuyentar los temores de poder sufrir las ajenas, pero sin olvidar que la justicia humana constituye un difícil equilibrio entre la razón y el sentimiento.

Si analizamos la evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad sanitaria, se aprecia un cierto vaivén entre los confines de la razón y del sentimiento.

El juicio objetivo es un paradigma más inasequible en unas cuestiones que en otras. En grado extremo suele encontrarse un considerable número de supuestos de responsabilidad por acto médico, en que la línea entre el ser y el no ser es demasiado sutil e impone un desacostumbrado esfuerzo de ponderación y precisión.

II. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS ACCIONES POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Este conflicto tradicional se puede dar por concluido a partir de que la disposición adicional duodécima de la Ley 4/1999, de 13 de enero, afianza en materia sanitaria la orientación plasmada en el artículo 2 e) de la nueva Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, y en la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, que modificó el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, al establecer la primera que «la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y, las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso».

La regulación culmina con la redacción dada al artículo 2.e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, según el cual «el orden contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad»¹.

¹ Después de esta reforma tiene alguna justificación el optimismo de Jesús López-Medel Bascones cuando en su trabajo, publicado en el n.º 23, 3ª época, noviembre de 2002, páginas 191 a 197, del *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, asegura que «no hay ya matices o portillos en el Derecho español que permitan que escapen del ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las demandas de respon-

Tanto la citada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como la Ley Orgánica del Poder Judicial defieren el conocimiento de las acciones dimanantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, a la Jurisdicción del orden contencioso-administrativo, no pudiendo ser demandadas las Administraciones Públicas ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, de manera que si a la producción del daño hubiesen concurrido sujetos privados o aseguradores, el demandante deberá deducir también frente a estos su pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Las Sentencias de la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, de fecha 21 de noviembre de 2007 (recurso de casación 9881/2003) y 24 de febrero de 2009 (recurso de casación 8524/2004) dan por definitivamente zanjada la cuestión, declarando que «corresponde al orden contencioso-administrativo el enjuiciamiento de la cuestiones referentes a responsabilidad de la Administración pública y que, cuando ésta se articule en concurrencia con privados o compañías aseguradoras, todos ellos han de ser igualmente demandados ante el orden contencioso administrativo», añadiendo que «no es obstáculo para ello la circunstancia de que se excluya por los Tribunales de lo contencioso administrativo la responsabilidad de la Administración, ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquélla».

Sin embargo, en la última de las Sentencias citadas, la Sala Tercera rechaza el conocimiento de la acción de responsabilidad frente a los particulares cuando la acción contra la Administración estaba prescrita, expresando que «en tales circunstancias no sólo no concurren las razones y objetivos pretendidos por el legislador de unificar en la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad de la Administración en concurrencia con la de los sujetos privados que contribuyen a la producción del daño, sino que por la vía del ejercicio de acciones inviables frente a la Administración puede trasladarse fraudulentamente a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de acciones exclusivamente civiles».

sabilidad dirigidas a las Administraciones Públicas, cerrando de este modo una etapa que dio lugar a una confusión y merma de seguridad jurídica al crear criterios diferentes en orden a la procedencia de la responsabilidad y la valoración de los requisitos para que entre en funcionamiento esta institución que opera como una de las garantías del Estado de Derecho en la medida en que éste tiene una conexión profunda con el principio de legalidad o sujeción de los poderes públicos a la ley y el ordenamiento jurídico general».

A partir de la sentencia dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo con fecha 19 de abril de 1999 en un recurso de casación para unificación de doctrina, se ha reconocido por la jurisdicción social que, una vez que entró en vigor la Ley 29/1998, de 13 de julio, la jurisdicción competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial derivada de una defectuosa o negligente asistencia sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social es la jurisdicción contencioso-administrativa. El apartamiento de esta tesis, que pudiera representar la sentencia de la misma Sala de 6 de marzo de 2000, ha quedado definitivamente zanjado por la Sentencia de 29 de octubre de 2001 de la Sala Cuarta, en que se declara abiertamente que las instituciones y centros sanitarios de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, en las que éstas llevan a cabo las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social que les corresponde asumir, tienen la condición de entidades del Sistema Nacional de Salud y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por los daños causados por o con ocasión de tal asistencia sanitaria se ha de regir por lo que ordena la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común redactada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

La tesis de esta última sentencia ha sido mantenida en el párrafo final del fundamento jurídico sexto de la Sentencia de la misma Sala de fecha 24 de septiembre de 2003 (recurso 2347/2002), si bien resuelve el caso concreto a favor de la competencia del orden social por tratarse de una lesión sufrida por personal estatutario en el cumplimiento de sus funciones.

La razón de ser de esta doctrina jurisprudencial es que las Mutuas constituyen entidades del Sistema Nacional de Salud, por lo que los perjuicios causados por la asistencia sanitaria prestada en los centros dependientes de ellas sigue el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración y su conocimiento corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como establece la Disposición Adicional duodécima de la Ley 30/92, redactada por Ley 4/1999, 13 de enero.

En cuanto a si la decisión administrativa corresponde a la Administración del Estado o a la Autonómica, de una interesante sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 30 de julio de 2004, al conocer de una reclamación por asistencia prestada en un centro sanitario de la Mutua Fraternidad-Muprespa, Mutua 275, pudiera deducirse, indirectamente, que los daños o perjuicios causados en centros asisten-

ciales de las mutuas debe reclamarse en vía previa su reparación o indemnización a la Administración General del Estado y no a la Autonómica.

Sin embargo, al resolver sendas cuestiones de competencia entre dos Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y dos Salas del mismo orden jurisdiccional, la Sala Tercera (Sección Primera) del Tribunal Supremo, en sus Sentencias de fechas 9 de mayo de 2008 (cuestión 46/2007) y 10 de julio de 2009 (cuestión 21/2009), ha declarado que la competencia, para conocer de las reclamaciones por deficiente asistencia sanitaria formuladas ante las mutuas, corresponde a dichas Salas territoriales.

A pesar de lo expuesto, la jurisdicción civil viene conociendo de reclamaciones por deficiente prestación sanitaria a las mutuas. Para comprobarlo basta consultar la jurisprudencia de la Sala Primera.

También en los autos de la Sala de Conflictos de Competencia de 27 de marzo de 1998, 29 de junio de 1998, 11 de julio de 2000, 14 de junio de 2001 y 21 de diciembre de 2005 (37/2005) se atribuye la competencia para conocer de la indicada responsabilidad patrimonial a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo.

La derivación de responsabilidad patrimonial por la prestación del servicio público de salud hacía la jurisdicción contencioso-administrativa ha descargado tensión en el colectivo de profesionales que lo integra, dado que existe una diferencia sustancial entre el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y el tradicional régimen de responsabilidad civil contractual o extracontractual. Mientras éste se asienta en el principio de la culpabilidad, aquél prescinde de este elemento para destacar como requisitos fundamentales, el nexo de causalidad entre el servicio público y el daño producido, así como la antijuridicidad de éste.

Sin embargo, como acertadamente opina López Menudo² «el sistema de responsabilidad objetiva que rige para la Administración Pública, tan pretendidamente generoso en abstracto por el efecto deslumbrador que a primera vista produce el hecho de basarse en la pura relación causal, tiene la gran asignatura pendiente de

² “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: un paso adelante en la definición del sistema”. *Revista Andaluza de la Administración Pública*, nº 36, octubre, noviembre y diciembre de 1999.

afinar lo relativo a la carga de la prueba, porque a veces los pronunciamientos enfatizadores de la generosidad del sistema, que suelen lucir las sentencias de nuestros tribunales contencioso-administrativos, quedan en la nada o en muy poco si todo ello queda rebajado en la práctica con un desplazamiento del *onus probandi*, a veces materialmente imposible».

III. EL PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA Y LA JURISPRUDENCIA CIVIL ACERCA DE LA “UNIDAD DE LA CULPA CIVIL”

El precepto categórico, contenido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, acerca del plazo de prescripción de un año para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas no deja de suscitar problemas cuando se trata de daños o perjuicios derivados de la asistencia sanitaria, tanto respecto del día inicial del cómputo cuanto de su interrupción.

No cabe duda que el precepto contenido en el segundo inciso del artículo 142.5 de dicha Ley ha venido a clarificar la cuestión del *dies a quo*, pero, aun así, se continúan realizando interpretaciones divergentes.

La doctrina jurisprudencial es unánime al entender que el cómputo del año no se inicia sino cuando se han establecido o consolidado los daños y cuando se conocen definitivamente los efectos del quebranto, pero nunca en el momento del diagnóstico (Sentencias de la Sala Tercera de 7 de febrero y 11 de noviembre de 1997, 5 y 31 de octubre de 2000, 11 de mayo de 2001, 19 de junio de 2001, 17 de octubre de 2001 y 25 de enero de 2002), lo que tiene una gran trascendencia en el caso de secuelas de carácter permanente, pues dicha doctrina declara que el cómputo del año debe hacerse a partir de la determinación del alcance de las secuelas, lo que, clínicamente, resulta extremadamente difícil de fijar. La Sentencia de la Sala Tercera (Sección Sexta), de fecha 1 de diciembre de 2008 (recurso de casación 6961/2004), con cita de otros precedentes, distingue los daños permanentes de los continuados para fijar en aquéllos el día inicial al conocerse definitivamente el quebranto de la salud, mientras que en éstos queda abierto hasta tanto puedan determinarse sus consecuencias.

Cabe entender resuelta definitivamente la cuestión relativa a la interrupción del plazo de prescripción por la pendencia de un proceso penal o civil encaminados a depurar responsabilidades derivadas de los hechos que motivan la reclamación administrativa (Sentencias de la Sala Tercera, de fechas 12 de junio de 2008 – recurso de casación 7363/2004- 1 de diciembre de 2008 –recurso de casación 6961/2004- y 22 de abril de 2009 –recurso de casación 5533/2006-).

La regla general, impuesta por el carácter prejudicial de la jurisdicción penal, establecido por los artículos 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 4.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, es la de que el proceso penal interrumpe el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, que comienza a correr de nuevo cuando finaliza dicho proceso, y así se recoge, en entre otras, en Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1990, 21 de enero de 1991, 8 de junio de 1993, 4 de octubre de 1999, 23 de enero de 2001, 2 de octubre de 2001 (recurso de casación 6097/97) y 25 de enero de 2002 (recurso de casación 8212/97).

La Sala Primera del Tribunal Supremo viene sosteniendo, sin embargo, la aplicación del principio de la denominada “unidad de culpa civil” (Sentencias de dicha Sala de 15 de febrero de 1993, 1 de abril de 1994, 18 de febrero de 1997, 31 de diciembre de 1997, 6 de mayo de 1998 y 30 de diciembre de 1999), según el cual el perjudicado puede optar entre una u otra acción, cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otros. En la última de la Sentencias citadas se declara que «cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, y optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible», llegando a sostener que «no cabe duda que la relación existente entre una persona afiliada a la Seguridad Social y el centro hospitalario que, integrado en la misma, le presta asistencia médica, viene configurada como propiamente contractual, no obstante los matices y las peculiaridades que le caracterizan, por lo que es aplicable a la misma el artículo 1258 y demás concordantes del Código civil».

De esta doctrina jurisprudencial se han apartado otras Sentencias más recientes de la Sala Primera, como las de fechas 12 de febrero de 2000 y 11 de junio de 2001, en las que se considera que el vínculo que une al Servicio Público de Salud constituye una relación jurídico pública, distinta de la contractual, por lo que la prescripción anual es incontestable.

Cuando la acción no se dirija contra los servicios públicos de salud sino contra centros de la sanidad privada o quienes hubiesen prestado la asistencia sanitaria, de la que se derive el daño o perjuicio, cuya reparación se reclama, será aplicable el principio de la “unidad de la culpa civil”, según el cual existe «una yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales».

IV. EL NEXO CAUSAL

Es este el elemento o factor clave para declarar o no una responsabilidad extracontractual por el resultado.

Al haber desplazado este requisito al elemento culpabilístico en el régimen de responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria, el juzgador no tiene que inquirir si hubo negligencia del personal a su servicio sino que habrá de llegar a la convicción de si hay relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el resultado por más que para esa conclusión tenga relevancia si se incurrió o no en algún error y si la práctica se ajustó a la *lex artis*.

Tal régimen jurídico ha propiciado la errónea opinión de que cualquier daño o perjuicio derivado de la asistencia sanitaria pública está cubierto por un seguro, que garantiza, en cualquier caso, su adecuada reparación, con olvido de que la jurisprudencia ha repetido incansablemente que el instituto de la responsabilidad patrimonial no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (Sentencias de la Sala Tercera de 7 de febrero de 1998, 19 de junio de 2001, 26 de febrero de 2002 y 21 de octubre de 2002).

Requiere, pues, la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria un cuidadoso análisis de los hechos a fin de poder establecer la relación de causalidad entre la actuación del personal a su servicio y el resultado

producido, lo que no resulta fácil tratándose de la salud, en cuya estabilidad, restablecimiento o pérdida confluyen tantos y tan variados factores.

La valoración de las pruebas en la instancia es tan imprescindible como decisiva, pues, si bien es cierto que el artículo 88.3 de la nueva Ley Jurisdiccional, recogiendo lo declarado por la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa (Sentencias de la Sala Primera de 15 de julio de 1983, 3 de junio y 16 de septiembre de 1988, 11 de junio de 1991, 3 de octubre de 1991, 6 de octubre de 1993, 1 de junio de 1995 y 1 de diciembre de 1995, y de la Sala Tercera de 14, 23 y 29 de enero de 1998), permite la integración de los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia, no autoriza, sin embargo, a apartarse de ellos, habiendo establecido también la doctrina jurisprudencial que, por más que el nexo causal constituya una apreciación jurídica susceptible por ello de ser revisada en casación, se ha de partir de los hechos declarados probados por el Tribunal *a quo* (Sentencias de 14 de mayo de 1998, 13 de febrero, 13 de marzo, 26 de marzo, 6 de abril, 24 de mayo, 30 de octubre y 27 de diciembre de 1999, 26 de febrero, 9 de mayo de 2000, 22 de diciembre de 2001, 21 de octubre de 2002, 12 de julio de 2007 y 23 de febrero de 2009).

Está completamente superada la tesis de que la relación de causalidad debe ser directa, inmediata y exclusiva, habiendo declarado la jurisprudencia que la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, que, de existir, moderan proporcionalmente la responsabilidad a cargo de la Administración (Sentencias de 25 de enero, 26 de abril y 16 de diciembre de 1997, 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 13 de marzo de 1999, 26 de febrero y 15 de abril de 2000 y 21 de julio de 2001).

A pesar de que en los litigios sobre responsabilidad patrimonial con ocasión de la asistencia sanitaria se practican o aportan pruebas periciales, informes médicos, conclusiones de congresos u opiniones de expertos, y aunque difícilmente es posible llegar a un certera conclusión acerca de la relación de causalidad sin contar con esos pareceres, subsiste la tarea, estrictamente jurisdiccional, de definir si concurre o no el imprescindible nexo causal bajo cualquier de esas formas.

Por esta razón, ante la declaración por el Tribunal *a quo* de inexistencia de ese requisito por no haberse expresado categóricamente en el informe pericial prac-

ticado que el defecto o deficiencia física sobrevino como consecuencia de la actuación médica, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de octubre de 1999 (recurso de casación 5696/99) precisó que «si el informe médico hubiese llegado a las tajantes conclusiones que la Sala sentenciadora requiere, las meras suposiciones o hipótesis planteadas por el perito constituirían deducciones determinantes de la solución del pleito, pero en contadas ocasiones la técnica o arte de una profesión como la médica permite llegar a tanto, aunque con tales medios de prueba el juez viene obligado a decidir (artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución y 1.7 del Código civil), empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento civil) con el fin de zanjar el conflicto planteado».

Es, pues, el uso de la lógica o de la sana crítica el que ha de emplear el juzgador para llegar a la conclusión de si concurre o no la insustituible relación de causalidad entre la actuación del servicio sanitario y el resultado producido, lo que permitirá, dejando plena constancia del razonamiento o juicio realizado, al juez o tribunal de instancia aceptar o rechazar el resultado de la prueba pericial y al de casación enmendar o no las conclusiones sobre el nexo causal a que llegó la Sala sentenciadora, operación discursiva que en ocasiones lleva a aceptar las conclusiones acerca del nexo causal de la sentencia recurrida, como sucedió en la Sentencia de 6 de octubre de 2001 (recurso de casación 5097/97) o, por el contrario, a rechazarlas, como en la Sentencia anteriormente citada, de 30 de octubre de 1999, o en las más reciente de 14 de octubre de 2002 (recurso de casación 5294/98) y 23 de febrero de 2009 (recurso de casación 7840/2004), explicando siempre el juicio lógico que lleva a una u otra conclusión.

Así se procedió también en la Sentencia de 12 de marzo de 2002 (recurso de casación 3280/1997) para separarse, partiendo de los mismos hechos declarados probados en la sentencia recurrida, de la conclusión a que se llegaba sobre la inexistencia del nexo causal y considerar, por el contrario, que concurrió éste.

Las carencias del servicio de salud y la descoordinación entre los centros también han sido determinantes de responsabilidad para la Administración sanitaria, como en el caso contemplado por la Sentencia de 24 de septiembre de 2001 (recurso de casación 4596/97), en que no fue posible realizar una artrografía y no se remitió al enfermo para ser atendido en otro hospital, rechazando que tales circunstancias constituyan un supuesto de fuerza mayor.

Ni que decir tiene que la Administración sanitaria es responsable también ante el caso fortuito, como evento no ajeno al servicio, nota de ajenidad que lo diferencia de la fuerza mayor (Sentencias de 16 de febrero de 1999 –recurso de casación 6361/94, fundamento jurídico sexto– 25 de noviembre de 2000 –recurso de casación 7541/96– y 27 de enero de 2001 –recurso de casación 6360/96–).

En esta última se declara que la psicosis delirante de la fallecida, unida a la medicación que se le suministra para el tratamiento, no hacía imprevisible ni inevitable lo ocurrido de haber existido el control y vigilancia adecuados por el personal de enfermería, ni la conducta de la paciente, al decidir introducirse en la bañera evitando los controles del servicio sanitario, constituye una ruptura del nexo causal porque, debido a su enfermedad y al tratamiento farmacológico que se le suministraba, era previsible que se comportase creando riesgos que en condiciones de normalidad cualquier persona eludiría, mientras que el conocimiento de su personalidad y antecedentes en el servicio sanitario le imponía a éste el deber de vigilar cuidadosamente el comportamiento de la enferma, privada de la capacidad de juicio y discernimiento de una persona en condiciones y circunstancias normales. Supuesto análogo se contempla en la Sentencia de fecha 5 de febrero de 2007 (recurso de casación 4067/2003).

El incumplimiento por las Administraciones Públicas sanitarias de los deberes impuestos por la Ley 14/1986, de 25 de abril, de Sanidad, y de las disposiciones que la desarrollan, que tienen por objeto la regulación de las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución, determina que el funcionamiento del servicio público sanitario deba calificarse de anormal, pero esta circunstancia, de gran relevancia, no es definitiva en un sistema de responsabilidad objetiva o por el resultado, que gira en torno al nexo causal, aunque pueda tener influencia para decidir si el perjuicio causado ha tenido como causa la actuación de la Administración, pues no cabe duda que permitirá en algunos casos establecer judicialmente una presunción favorable al perjudicado, debido a que entre el incumplimiento de los deberes sanitarios y el resultado producido cabría establecer un enlace preciso y directo según las reglas de la lógica (artículo 386 de la Ley 1/2001, de Enjuiciamiento civil).

El requisito del nexo causal resulta igualmente exigible en la responsabilidad basada en la culpa y de ella se ha ocupado la doctrina y la jurisprudencia civil.

La complejidad en el establecimiento de la imprescindible relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño sufrido ha propiciado múltiples teorías que van desde la equivalencia de condiciones hasta la de la probabilidad estadística, pasando por la de la causalidad adecuada, la pérdida de oportunidad, los cursos causales no verificables y la creación culposa de un riesgo³.

La teoría de la probabilidad ha sido utilizada por la doctrina jurisprudencial para estimar existente el nexo causal, entre otras en las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 30 de octubre de 1999, 14 de julio y 22 de diciembre de 2001, las que examinaremos a estudiar el error y la *lex artis*, y en la de la Sala Primera del mismo Tribunal de fecha 23 de diciembre de 2002, según la cual, aun sin una prueba directa, se llega a la convicción de que existe una probabilidad determinante.

La pérdida de oportunidades de éxito en una intervención quirúrgica o en un tratamiento médico por la conducta del personal sanitario también ha sido tenida en cuenta para fijar la relación de causalidad y los perjuicios que deben ser indemnizados. Entre otras sentencias de la Sala Primera, acogiendo dicha teoría, puede citarse la de 10 de octubre de 1998, en la que se declaró que a la demandada no se le podía imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante, que no se sabe si, al final, hubiese dado resultado, por lo que sólo se le hace responsable de la pérdida de unas expectativas.

Por el contrario, con la teoría de la creación culposa de un riesgo se intenta evitar que la indemnización del perjudicado sea modulada en función de las expectativas perdidas, al considerar que es el personal sanitario quien ha creado el riesgo y quien debe asumirlo íntegramente, sin hacer recaer sobre el paciente ese grado de incertidumbre, que sólo debe perjudicar al facultativo, al haberlo generado con su actuación negligente o culposa.

A esta teoría le formulan algunos autores⁴ la objeción que deriva de la propia inexactitud de la ciencia médica, que comporta una especial peligrosidad en su ejercicio, realizado a favor del paciente, por lo que no parece razonable que las conse-

³ De Angel Yagüez: *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*. Editorial Civitas, Madrid, 1999. Galán Cortés, J.C.: "Responsabilidad civil médica". *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº VII, 2003, páginas 135 a 317.

⁴ Galán Cortés, J.C.: obra citada, página 256.

cuencias de la incertidumbre en la actuación del facultativo las asuma éste en su integridad.

Finalmente, la teoría de los cursos causales no verificables, usada por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, permite al facultativo aducir que no es seguro que, de haber sido correcto el diagnóstico, la decisión del interesado hubiese sido distinta, si bien en estos supuestos se hace recaer sobre el médico la carga de probar que tal decisión habría sido la misma con un diagnóstico acertado.

Esta teoría ha tenido distinta acogida en la jurisprudencia, de manera que, mientras fue seguida por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 6 de junio de 1997, fue abandonada en las dictadas con fechas 4 de febrero de 1999 y 7 de junio de 2002, en las que no se consideró probado que la madre, de conocer las malformaciones del feto, habría abortado.

En la primera se estimó la acción de responsabilidad derivada de una falta de información sobre una prueba practicada, por lo que se impidió a la madre haber interrumpido legalmente su embarazo.

En la segunda, por el contrario, se denegó la indemnización reclamada por el padre de una niña que nació con graves malformaciones congénitas, que no fueron detectadas con los estudios ecográficos, declarándose que la genética está fuera de las posibilidades de evitar el resultado y, además, es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, ésta habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo.

A esta sentencia se formuló un voto particular por entender que cualquiera que hubiese sido la actitud de la madre, el solo hecho de privarla del derecho a tomar una decisión al respecto afrenta y menoscaba una de las atribuciones incluidas en su fuero personal.

Finalmente, la Sentencia de 7 de junio de 2002 absuelve al médico demandado, que no había facilitado a la gestante información sobre la posibilidad de detectar las anomalías del feto mediante diagnóstico prenatal, y a su aseguradora, a pesar de que la embarazada había señalado al ginecólogo sus dudas sobre el riesgo de malformaciones en el feto, por considerar que no había prueba alguna de que la

embarazada, de haber conocido la existencia de malformaciones en el feto, hubiese abortado.

Comentando esta sentencia, Bercovitz señala⁵, en abierto desacuerdo con ella, que lo único que cabría aceptar es la prueba que acreditase de forma indubitada que la intención de la madre habría sido en cualquier caso la de no abortar, pues la exigencia de una prueba sobre la intención de abortar supone desvirtuar el derecho o la facultad de opción de la madre.

Otro tanto hacen Martín Casals y Solé Feliu⁶, para quienes la alegación de que, en el supuesto de haberse actuado por el médico de forma correcta, el resultado hubiese sido el mismo, implica que ha de ser el propio facultativo quien debe probar tal aseveración.

De la anterior exposición de teorías para establecer la relación de causalidad y su aplicación jurisprudencial una conclusión podemos obtener, cual es la de que cualquiera de ellas puede ser válida siempre que permita llegar a una decisión razonada y razonable, y por consiguiente, justa.

V. EL ERROR Y LA *LEX ARTIS*

Aunque el error médico y el correcto empleo de las técnicas de diagnóstico, valoración y tratamiento se circunscriben a la actuación del servicio sanitario y, por consiguiente, resultarían, en principio, irrelevantes para declarar la responsabilidad objetiva, mientras que han de ser inexcusablemente valoradas para derivar una responsabilidad culposa, sin embargo, también tienen trascendencia, como voy a intentar explicar, en orden a una conclusión sobre el nexo de causalidad que, como acabamos de exponer, se erige como requisito clave de la responsabilidad objetiva o por el resultado.

Esta apreciación del empleo correcto de la técnica para definir el nexo causal, sin entrar en si tal uso fue o no negligente, es extremadamente delicada, pues la me-

⁵ “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 59, abril-septiembre 2002, páginas 857-867.

⁶ “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 60, octubre-diciembre 2002, páginas 1097-1121.

dicina, como ciencia experimental, no suele presentar un único método, por más que la protocolización de los actos médicos permita llegar a unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico, a pesar de que caben otros, igual o más correctos, aunque no tengan un uso tan generalizado, y no se puede negar que la existencia de estas alternativas favorece el progreso científico.

Esa apreciación, realizada por los jueces y tribunales con base en los informes periciales o documentación aportados al proceso suele ser extremadamente arriesgada porque, salvo casos evidentes de actuación negligente, la metodología ni es única ni pacífica la aceptación de la más usada, como hemos podido observar recientemente con la mamografía para detectar precozmente el cáncer de mama, en lo que no parecen ponerse de acuerdo los investigadores y los médicos.

Normalmente, las conclusiones a que se llega en las sentencias en cuanto a si la praxis fue o no correcta no es del agrado de los profesionales de la medicina, a pesar de que carezca de connotaciones culpabilísticas, que normalmente no será necesario hacer.

Recuerdo también, a este respecto, la abundantísima documentación que remitió a la Sala Tercera del Tribunal Supremo el jefe clínico de un hospital, en cuyo departamento se había llevado a cabo la actuación, de la que la Sala derivó, apreciando un dictamen pericial, la responsabilidad patrimonial del servicio sanitario, por estar en radical desacuerdo con la afirmación, contenida en la sentencia, de que fue incorrecta la técnica empleada en el tratamiento, al mismo tiempo que informaba del propósito de su departamento de llevar la cuestión a un próximo congreso médico para examinar si resultaba razonable que un tribunal, a la vista de unos informes de compleja interpretación, se pronunciase acerca de la corrección o incorrección en el empleo de la *lex artis*.

No le faltaba razón a este médico, pero lo cierto es que el ineludible deber de juzgar exige valorar todos aquellos hechos y circunstancias que sean imprescindibles para solucionar el pleito sustanciado y, aunque en el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tiene una importancia secundaria si la actuación del servicio médico ha sido correcta o incorrecta, lo cierto es que tal apreciación permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo,

ya que, conforme a lo ahora expresamente establecido por el artículo 141.1 de la ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, redactado por Ley 4/1999, no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquéllos, de lo que trataremos más detenidamente en el próximo capítulo.

Parece razonable que, ante la duda sobre el nexo causal, si la técnica utilizada fue incorrecta, se pueda inferir que el resultado no hubiese sido el producido de haberse empleado el método adecuado, aunque, en la más pura lógica, habría que concluir, como hizo una Sala de instancia, que, por más que una operación cesárea estuviese aconsejada, de ello no se deduce que, si la hubiesen practicado, la criatura habría nacido sana.

Aun sin poderse negar la corrección formal de ese silogismo, lo cierto es que parece razonable que una lesión del plexo braquial (hecho demostrado) puede derivarse de una distocia de hombros por feto grande (hecho también comprobado), producida en el periodo expulsivo, por lo que es también correcto, dentro de la lógica, presumir que no se habría producido la aludida lesión de haberse practicado la cesárea, de manera que, aunque la valoración por el tribunal de la técnica médica utilizada no sea imprescindible por encontrarse ante una responsabilidad objetiva, no cabe duda que tal apreciación ayuda a despejar dudas, y, en definitiva, a tomar una decisión en cuanto a la concurrencia o no del imprescindible nexo causal, y de este modo se procedió, entre otras, en la sentencia, ya referida, de 30 de octubre de 1999, pronunciada por la Sala Tercera (Sección Sexta) en el recurso de casación 5696/1995.

Este planteamiento, como metodología para resolver, aparece recogido en la sentencia de 22 de diciembre de 2001 (recurso de casación 8406/97), en que la recurrente invocaba como infringidos por el Tribunal *a quo* los artículos 106.2 de la Constitución, 139.1 de la Ley de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, por haber prescindido de que la responsabilidad era objetiva o por el resultado con abstracción del concepto de culpa, de manera que el perjudicado no tenía que probar que la actuación médica fue incorrecta, mientras que de los propios hechos declarados como probados en la sentencia se deduce que las secuelas y padecimientos

de la recurrente tuvieron su causa en la intervención quirúrgica que fue practicada en un centro hospitalario dependiente de la Administración sanitaria demandada.

El Tribunal de casación, después de rebatir que en la sentencia recurrida se prescindiese del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial para desplazarlo al campo de la culpa o de la negligencia médica, declara que en el instituto de la responsabilidad patrimonial, ciertamente, el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente.

En esa misma sentencia se extraen consecuencias en orden a la relevancia que el correcto empleo de la técnica tienen para considerar o no antijurídico el perjuicio sufrido, y así se declara que, aun aceptando que las secuelas padecidas por la recurrente tuviesen su causa en la intervención quirúrgica a que fue sometida, se deduce del informe pericial que esta intervención se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también resuelta correctamente la incidencia postoperatoria, de modo que se estaría ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, recogida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto.

En la Sentencia de 14 de julio de 2001 (recurso de casación 2280/97) se rechaza la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria porque, de acuerdo con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, las lesiones no tenían su origen en la forma en que se prestó la asistencia sanitaria, la cual fue correcta y conforme a las reglas de la *lex artis*, sino inherentes o derivadas de la propia patología del enfermo.

Con idéntica orientación en las Sentencias de 3 y 10 de octubre de 2000 y 7 de junio de 2001 (recurso de casación 538/97) se considera que concurre relación

de causalidad por la inadecuada actuación médica con incumplimiento de las pautas de la *lex artis*, de modo que los defectos en el uso de la técnica son considerados determinantes de la responsabilidad.

El elemento culpabilístico continúa siendo, pues, de gran trascendencia para declarar la responsabilidad por mucho que ésta venga anudada al resultado y no sea preciso teóricamente investigar si fue correcto el empleo de la técnica, aunque, como examinaremos seguidamente, ésta tiene relevancia para definir si el daño fue o no antijurídico.

En conclusión, la *lex artis* no es sólo relevante para establecer si hubo nexo causal, sino también para definir el daño.

La doctrina expuesta aparece recogida en las más recientes Sentencias de la Sala Tercera (Sección Sexta) de 23 de febrero de 2009 (recurso de casación 7840/2004) y 31 de marzo de 2009 (recurso de casación 9733/2004).

VI. LA CULPA COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Cabe señalar, como principio general, que, para apreciar responsabilidad civil por la actuación del personal médico-sanitario, debe concurrir culpa o negligencia, sin que opere la presunción de culpa ni la inversión de la carga de la prueba, como manifestaciones de una responsabilidad objetiva. Así lo declaró, sintetizando la doctrina jurisprudencial, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1995, al expresar que «la doctrina de esta Sala es contraria a la objetividad de la responsabilidad de los profesionales médicos y a la inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que deban probar la diligencia con que actuaron». El actor debe, por consiguiente, probar la culpa del profesional médico, el daño o perjuicio causado y su relación de causalidad (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1996, 10 de noviembre de 1997, 19 de febrero de 1998, 23 de octubre de 2000 y 23 de marzo de 2001).

Este principio, como veremos después, admite excepciones en los supuestos de resultados desproporcionados y en la medicina voluntaria o satisfactiva (Senten-

cias de 4 de febrero de 2002 y 31 de enero de 2003) y para las instituciones sanitarias en virtud de la aplicación del artículo 28 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios 26/1984, de 19 de julio, y de la Ley de responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos 22/1994, de 6 de julio.

La jurisprudencia, salvo para estos casos, es la misma que ya quedó recogida en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1987, al declarar que «en la conducta de profesionales sanitarios queda, en general, descartada en su actuación personal toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso, sin que se les pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de imputación, máxime cuando en los tratamientos u operaciones quirúrgicas aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación y práctica».

Dicha actuación culposa y la relación de causalidad entre ella y el daño o perjuicio, tanto cuando se trate de responsabilidad contractual como extracontractual, ha de probarla el actor (Sentencias de la Sala Primera de fechas 10 de febrero de 1996, 8 de abril de 1996, 1 de junio de 1996, 23 de septiembre de 1996, 25 de julio de 1996, 31 de julio de 1996, 10 de diciembre de 1996, 20 de julio de 1997, 10 de noviembre de 1997 y 16 de diciembre de 1997, entre otras muchas).

La indicada jurisprudencia se ha seguido manteniendo por la misma Sala Primera, como se deduce de sus Sentencias de 23 de enero de 2009 (recurso de casación 2550/2003), 30 de junio de 2009 (recurso de casación 137/2002) y 8 de julio de 2009 (recurso de casación 2508/2004).

La doctrina jurisprudencial ha establecido que, si bien debe acreditarse la culpa o negligencia en la actuación médico-sanitaria para declarar la responsabilidad, no es imprescindible su determinación o individualización (Sentencias de 16 de diciembre de 1987, 27 de enero de 1997, 9 de junio de 1998, 17 de mayo de 2002 y 10 de noviembre de 2002), dado que aquélla se produjo en el círculo de actividades del centro o institución sanitaria, que será la responsable junto con su aseguradora. En estas dos últimas sentencias se alude al “conjunto de deficiencias asistenciales”, que la doctrina ha denominado “culpa anónima” o “culpa indeterminada”.

La jurisprudencia ha relativizado, en materia de responsabilidad civil médica, el principio de la carga de la prueba de las obligaciones, de manera que dicha carga debe conjugarse con el principio de la facilidad para probar, y así exige que quien dispone de las pruebas (análisis, historia clínica) es el que tiene el deber de aportarlas (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1991, de 2 de diciembre de 1996, 14 de septiembre de 1998 y 23 de diciembre de 2002), con lo que se sigue idéntico criterio al sentado por las Sentencias 227/1991, de 28 de noviembre, y 7/1994, de 17 de enero, del Tribunal Constitucional, en las que se declaró que «cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad».

El principio *favor probationis* ha sido incorporado al artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al establecer que «el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio».

En las Sentencias de 5 de junio de 1998, de 24 de mayo de 1999 y de 11 de abril de 2002, se confiere a la historia clínica un valor trascendental para acreditar la actuación del profesional médico y la relación de causalidad, aunque, como se matiza en las primeras, no constituye una verdad irrefutable y absoluta, sino que debe evaluarse con los demás elementos probatorios.

Como apunté antes, son numerosas las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencias de 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999, 21 de diciembre de 1999, 14 de mayo de 2001, 19 de julio de 2001, 29 de noviembre de 2002, 18 de diciembre de 2002, 23 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2003 y 31 de enero de 2003, entre otras), en las que se recoge la teoría del “daño desproporcionado”, como manifestación de responsabilidad objetiva, al declarar que cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que, según el estado de la ciencia y técnica médicas, es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, que ha de desvirtuar el facultativo demandado y no el paciente, si bien, como señala la Sentencia de 31 de enero de 2003, no es un supuesto de responsabilidad objetiva sino de inversión de la carga de la prueba, que, en los supuestos de daños desproporcionados, pesa sobre el demandado.

Finalmente, la jurisprudencia civil ha establecido un régimen de responsabilidad objetiva para las instituciones sanitarias al aplicar a éstas, que no a los médicos, facultativos o personal sanitario, lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Este criterio jurisprudencial se ha utilizado también por la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, lo que constituye una quiebra del sistema legalmente establecido en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la jurisprudencia emanada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ya que no aplica, como exige aquel precepto, la cláusula de los “riesgos del progreso”.

A partir de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 1 de julio de 1997, se ha considerado por la jurisprudencia civil al paciente como un verdadero usuario de servicios, legitimado, por tanto, para exigir de la correspondiente organización o institución sanitaria una indemnización basada en criterios de responsabilidad objetiva, sólo descartable cuando concurren circunstancias calificables como caso fortuito o fuerza mayor, de modo que se responde con abstracción de que haya concurrido o no culpa en la conducta enjuiciada, careciendo por ello de sentido la prueba de la culpa.

A partir de la referida Sentencia se han dictado, entre otras, por la misma Sala en idéntico sentido las Sentencias de 21 de julio de 1997, 11 de febrero de 1998, 6 de mayo de 1998, 9 de junio de 1998, 18 de junio de 1998, 9 de diciembre de 1998, 28 de diciembre de 1998, 9 de marzo de 1999, 29 de junio de 1999, 24 de septiembre de 1999, 5 de octubre de 1999, 10 de noviembre de 1999, 22 de noviembre de 1999, 3 de diciembre de 1999, 9 de diciembre de 1999, 30 de diciembre de 1999, 15 de diciembre de 2000, 19 de junio de 2001, 29 de noviembre de 2002, 18 de diciembre de 2002 y 31 de enero de 2003, en las que se declara expresamente la aplicabilidad del artículo 28.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para exigir responsabilidad al centro sanitario (público o privado) por los servicios prestados, orientación jurisprudencial completamente divergente, en cuanto a la responsabilidad de la Administración sanitaria, de la mantenida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que examinaremos en el capítulo siguiente.

Una excepción a esa doctrina jurisprudencial civil pudiera encontrarse en la Sentencia de la Sala Primera de fecha 5 de febrero de 2001.

La misma Sala Primera ha entendido que lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos, abunda en la justificación de su tesis sobre la responsabilidad objetiva derivada de la aplicación del artículo 28.2 de la Ley 26/1984.

La mencionada Ley 22/1994, de 6 de julio, lleva a cabo la transposición de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, según la cual «en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo». La norma a la que este precepto se remite contempla la típica cláusula de justificación derivada de los riesgos del desarrollo, al establecer «e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permita apreciar la existencia del defecto».

Hemos de admitir que el legislador español, al transponer la aludida Directiva al ordenamiento interno, ha utilizado un rasero distinto al que emplea para exonerar a los servicios públicos sanitarios con la exclusión de responsabilidad atendiendo al estado del saber, pero no es menos chocante que la Sala Primera del Tribunal Supremo, a pesar de estar incorporada expresamente la mentada cláusula de los riesgos del progreso al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas mediante Ley 4/1999, de 13 de enero, no la aplicase en los casos resueltos por las sentencias antes citadas, sino que sostiene su tesis, contraria al artículo 141.1 modificado por Ley 4/99, utilizando la norma de exclusión de dicha cláusula contenida en el citado artículo 6.3 de la Ley 22/1994, sobre responsabilidad civil del fabricante de productos defectuosos, a todas luces inaplicable a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Nos parece que en esos supuestos la jurisdicción civil se aproximó a lo que denominábamos en capítulo segundo los confines del sentimiento, alejándose de los de la razón, para solucionar conflictos en que la situación del perjudicado era lacerante y la obligación de indemnizar recaía, dado el nexo causal, sobre la Administración pública sanitaria, que, en definitiva, permite la socialización del riesgo.

Tampoco es muy explicable que en la Sentencia de la propia Sala Primera de 17 de octubre de 2001 (recurso 867/2000) no se utilice la indicada cláusula para confirmar el deber de reparar el perjuicio causado con una transfusión de sangre ocurrida en el año 1985, en la que se inoculó el VIH, a pesar de que éste se había aislado en 1983, siguiendo, sin embargo, la doctrina de la previa Sentencia de la misma Sala de 18 de febrero de 1997, en que la razón de declarar la responsabilidad del Instituto Catalán de la Salud fue que se realizó la transfusión sin ser absolutamente necesaria y sin advertir previamente al paciente del riesgo, razón ésta que la referida sentencia de 17 de octubre de 2001 destaca como motivo fundamental de la condena al haberse incumplido el primordial deber de informar al paciente de los riesgos de contagio, por lo que no prestó un consentimiento válido.

Es de esperar que en los supuestos en que la jurisdicción civil siga conociendo de pleitos en los que se dirima la responsabilidad de la sanidad pública por razón de evitar el peregrinaje jurisdiccional, como se reconoce expresamente en la sentencia de la Sala Primera de 28 de diciembre de 1998, se haga uso del precepto contenido en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por Ley 4/1999, de 13 enero, y no del artículo 6.3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, que llevó a cabo la transposición de la Directiva 85/374/CEE, utilizando el legislador español la facultad que el artículo 15.1 de la propia Directiva permitía a cada Estado miembro de introducir en su legislación la regla de responsabilidad del productor aunque éste pruebe que en el momento de puesta en circulación del producto el estado del conocimiento no permitía detectar el defecto, pues no parece que la Administración pública sanitaria deba regirse por una norma sobre responsabilidad civil del fabricante de productos defectuosos.

VII. LA CLÁUSULA DE LOS RIESGOS DEL PROGRESO EXCLUYENTE DEL DAÑO ANTIJURÍDICO SALVO PARA LOS MEDICAMENTOS

La jurisprudencia ha precisado más de una vez que lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas no es el proceder antijurídico de la Administración, dado que tanto responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo, 24 de mayo, 30 de octubre de 1999, 5 de febrero y 12 de julio de 2007).

La antijuridicidad de la lesión no concurre cuando el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquél, según dispone el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, reformada por Ley 4/1999. El ordenamiento jurídico viene así a considerar como una causa de justificación los riesgos del progreso.

Esta ha sido la solución adoptada por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al enjuiciar, entre otras, las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria derivada del contagio del virus del sida (VIH) o de la hepatitis C (VHC) mediante transfusiones de sangre contaminada con dichos virus antes de descubrirse éstos y los marcadores para detectarlos (Sentencias de la Sala Tercera de 25 de noviembre de 2000, 10 de febrero, 19 de abril, 11 de mayo, 19, 21 de junio, 1 de diciembre de 2001 –recurso de casación 6553/97–, 7 de octubre de 2002, 21 de octubre de 2001 –recurso de casación 5748/98– y 25 de enero de 2003 –recurso de casación 7926/98–).

La Sala Tercera corrigió su anterior orientación jurisprudencial, marcada en sentencias de 31 de mayo de 1999 y 19 de octubre de 2000, para acomodarse a lo resuelto por la Sala Cuarta del mismo Tribunal (Sentencias de 22 de diciembre de 1997, 3 de diciembre de 1999, 5 de abril y 9 de octubre de 2000), si bien ésta basaba su decisión en que, al desconocerse la existencia del virus, se estaba en presencia de una fuerza mayor excluyente de la responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones, dado que se trataba de un hecho ajeno al servicio sanitario al ignorarse el medio para detectar la posible infección.

No carece de razón la tesis de la Sala Cuarta al incardinarlo como fuerza mayor, pero esto no tiene trascendencia porque el ordenamiento jurídico lo califica de causa de justificación, excluyente de la antijuridicidad del daño.

Con anterioridad, la Sala Tercera (Sentencia de 4 de julio de 1998 –recurso de casación 1612/94, fundamentos quinto y sexto–) había denegado la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada por las empresas que fueron obligadas a destruir los bancos de sangre contaminada por VIH y que había sido adquirida de los bancos públicos de sangre cuando el plasma estaba ya contaminado, dado que entonces se desconocía la existencia de las pruebas para detectar el virus, por lo que la indudable contaminación del plasma entregado por la Administración no había modo de conocerla.

Las sentencias antes aludidas de la Sala Tercera han considerado, sin embargo, irrelevante que el contagio se haya producido con anterioridad a que se hubiese impuesto reglamentariamente el deber de analizar la sangre destinada a transfusiones, siempre que hubiese tenido lugar una vez aislado el virus y comercializados los marcadores para detectarlo, dada la posibilidad científica y técnica de efectuar las comprobaciones para descubrirlo en la sangre.

En la citada sentencia de 25 de enero de 2003 (recurso de casación 7926/1998), la Sala Tercera del Tribunal Supremo, haciéndose eco de la doctrina recogida en sus previas sentencias de 25 de noviembre de 2000, 10 de febrero, 19 de abril, 11 de mayo, 19 y 21 de junio y 1 de diciembre de 2001, declara que, a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria lo relevante es el “estado de la ciencia”, y no el “estado de la legislación o de la norma”, y por ello considera irrelevante que un contagio con sangre contaminada del VIH se haya producido con anterioridad a que se hubiese impuesto reglamentariamente el deber de analizar la sangre, siempre que dicho contagio hubiera tenido lugar una vez aislado ese virus y comercializados los marcadores para detectarlo.

Una cuestión no resuelta es la de la carga de la prueba del estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica. En la sentencia de la Sala Tercera de 31 de mayo de 1999 (recurso 2132/95) se afirma que corresponde en todo caso a la Administración acreditar que, según el estado del saber, no era posible prever o evitar el daño. En el voto particular que se formuló a dicha sentencia se considera que la situación científica y técnica era evidente, de modo que no es necesario imponer a la Administración la carga de probar un hecho notorio⁷.

En los casos del aislamiento del VIH y VHC, publicaciones médicas informaron de la clonación del gen de ambos virus y en los procesos resueltos por las aludidas sentencias tal circunstancia estaba acreditada.

El perjudicado ha de soportar la carga de probar el perjuicio y la relación de causalidad entre éste y la actuación de la Administración, pero la jurisprudencia de la Sala Tercera no ha fijado un criterio definitivo en relación con el deber de probar el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica.

⁷ Esta cuestión es abordada por López Menudo en su trabajo, ya citado, “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: un paso adelante en la definición del sistema” (*Revista Andaluza de la Administración Pública*, nº 36, octubre, noviembre y diciembre de 1999).

El estado de los conocimientos científicos se refiere al nivel más avanzado de las investigaciones y comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.

No se trata de la prueba de un hecho negativo, cual sería la inexistencia de conocimientos en la ciencia y la técnica, pues resulta imposible probar un hecho de tal naturaleza, sino meramente de expresar y demostrar el estado de los conocimientos disponibles, y desde esta perspectiva el *onus probandi* recae sobre la Administración (Sentencias de la Sala Tercera de 31 de mayo de 1999 (recurso 2132/95), 14 de octubre de 2002 (recurso de casación 5294/98, fundamento jurídico séptimo) y 25 de enero de 2003 (recurso de casación 7926/98, fundamento jurídico octavo).

Este planteamiento podría encontrar su apoyo también en el artículo 7.e) de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, según el cual «el productor no será responsable si prueba que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto».

Hemos de admitir que el legislador español, al transponer esa Directiva al ordenamiento interno, ha utilizado un rasero distinto al que emplea para exonerar a los servicios públicos sanitarios con la exclusión de la responsabilidad atendiendo al estado del saber.

Utilizando la facultad que el artículo 15.1 de la propia Directiva permite a los Estados miembros, según la cual en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano cabe excluir la cláusula de los riesgos del desarrollo, el artículo 6.3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos (en la que se efectúa la transposición de la aludida Directiva), establece que «en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo», en la que se contiene la referida cláusula de justificación derivada de los riesgos del desarrollo.

La explicación del diferente trato puede estar en que no parece lógico que la Administración pública sanitaria deba regirse por una norma sobre responsabilidad civil del fabricante de productos defectuosos.

En la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002 (recurso de casación 5294/98), se declaró que el daño neurológico, sufrido como resultado de una correcta intervención quirúrgica, no puede calificarse de antijurídico dado que no se pudo evitar según el estado de los conocimientos de la técnica quirúrgica en el momento de la producción de aquél, lo que demuestra, según indicamos anteriormente, la trascendencia que el correcto uso de la *lex artis* tiene para definir si el daño es o no antijurídico y, por consiguiente, si debe o no soportarlo el propio perjudicado, pues, como en esa misma sentencia se expresa, «la antijuridicidad del daño no deriva de que el perjudicado no se colocase voluntariamente en la situación de riesgo por cuanto fuese imprescindible someterse a la intervención quirúrgica para lograr la curación, sino que viene determinada porque no tenga el perjudicado el deber jurídico de soportar el daño, cuyo deber concurre cuando el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, existentes en el momento de producirse, no permiten evitarlo».

Es de esperar, como hemos dicho, que en los supuestos de los que aun pueda conocer la jurisdicción civil, por haberse sometido a su conocimiento antes de la entrada en vigor de la nueva redacción dada al artículo 2.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, se haga uso de la cláusula de la riesgos del progreso contenida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, y no de los artículos 28.2 de la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 6.3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, que llevó a cabo la transposición de la Directiva 85/374/CEE.

VIII. LA SALUD Y LA INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Como resumen de la doctrina jurisprudencial, se puede afirmar que el principio de precaución o de cautela tiene su razón de ser cuando existen indicios razonablemente suficientes de la existencia potencial de un peligro grave derivable de

un fenómeno, de un producto o de un proceso y, además, existe incertidumbre científica sobre su realidad o alcance, es decir, concurre con la eventualidad de daños graves en un contexto de incertidumbre científica, que impone el deber de no esperar a disponer de una evidencia científica para adoptar las medidas que eviten o prevengan un peligro no aceptable, no tolerable, pues, de lo contrario, podría resultar demasiado tarde, de manera que las medidas sean urgentes y proporcionadas al riesgo que se trata de prevenir, no discriminatorias, coherentes con las adoptadas en ámbitos equivalentes en los que se dispone de datos científicos, basadas en el examen de los posibles beneficios y costes, que no han de ser sólo ni prioritariamente de carácter económico, susceptibles de revisión, lo que implica tanto como afirmar la transitoriedad o provisionalidad de su naturaleza jurídica, ya que tales medidas vendrán condicionadas o dependientes, bien para modificarlas bien para confirmarlas, de la evolución del conocimiento científico y que, si así es necesario, pueden llegar a excepcionar el régimen legal aplicable e, incluso, la firmeza de las situaciones jurídicas obtenidas en base a esa legalidad.

La doctrina del Tribunal de la Comunidad Europea, recogida en las sentencias Reino Unido/Comisión, de 5 de mayo de 1998, Bergaderm y Goupil/Comisión, de 16 de julio de 1998 (Asunto T-199/96) del Tribunal de Primera Instancia, ratificada por el Tribunal de Justicia en fecha 4 de julio de 2000 (Asunto C-352/98), Briet Internacional/Consejo, de 11 de enero de 2002 (Asunto T 210/00) del Tribunal de Primera Instancia, ratificada por el Tribunal de Justicia en sentencia de fecha 30 de septiembre de 2003 (Asunto C-94/02 P), Francia/Comisión, de 22 de mayo de 2003 (Asunto C-393/01), Bellio Fratelli, de 1 de abril de 2004 (Asunto C-286/02), Monsanto Agricultura Italia y otros, de 9 de septiembre de 2003 (Asunto C-236/01), Comisión/Dinamarca, de 23 de septiembre de 2003 (Asunto C-192/01), Comisión/Francia, de 5 de febrero de 2004 (Asunto C-24/00), Greenham y Abel, de 5 de febrero de 2004 (Asunto C-95/01), es un reflejo de que el principio de precaución o de cautela ha evolucionado en el derecho comunitario hasta convertirse en un verdadero principio general de ese ordenamiento jurídico, ceñido a sectores restringidos, como el de la protección del medio ambiente o de la salud humana, pero con una fuerza expansiva considerable, debido a la existencia de abundantes riesgos imprevisibles con unos conocimientos científicos que, junto a un progreso imparable, abren continuas incertidumbres a cada paso.

IX. LA DISTINCIÓN ENTRE MEDICINA SATISFACTIVA Y ASISTENCIAL

Esta diferenciación, proveniente de la jurisprudencia civil, entre medicina satisfactiva y asistencial penetró en la doctrina sobre responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria para explicar el distinto contenido que en una y en otra habría de tener la información y su falta (Sentencia de la Sala Tercera de 3 de octubre de 2000-recurso 3905/96).

A la medicina curativa o asistencial se la define como una medicina de medios que persigue la curación y a la segunda como una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo. En la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional, lo que acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos o pormenores de la intervención.

Esta distinción llevó a la jurisdicción civil a identificar la cirugía asistencial con la *locatio operarum*, y a la cirugía satisfactiva con la *locatio operis* con el consiguiente reconocimiento en este caso de la responsabilidad que comporta la obtención de un buen resultado, o, en palabras de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencia de 11 de febrero de 1997), de un cumplimiento exacto del contrato en vez de un cumplimiento defectuoso.

El resultado, en la cirugía satisfactiva, opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal suerte que su consecución es el principal criterio normativo de la intervención. Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone una concatenación de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud y conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. El criterio normativo aplicable se centra entonces en la diligencia y adecuación en la instrumentación de aquéllos, teniendo en consideración las circunstancias.

Las consecuencias que la citada Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 (recurso 3905/96) derivó de esa diferencia fue-

ron que el carácter satisfactivo del acto médico quirúrgico, consistente en una vasectomía, requería una intensificación de la obligación de informar al paciente tanto del posible riesgo inherente a la intervención como de las posibilidades de que la misma comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención, de modo que en estos casos la ausencia de información, que vicia el consentimiento, no es sólo la del riesgo de fracaso, sino también la de posibles consecuencias negativas que el abandono del tratamiento postoperatorio del paciente, hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, puede tener, así como la necesidad o conveniencia de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para advertir a tiempo, en la medida de lo posible, el fracaso tardío que pueda existir y conducir a la necesidad de una nueva intervención o de atenerse en la conducta personal a las consecuencias de haber recuperado la capacidad reproductora.

La doctrina recogida en esta Sentencia acerca de la naturaleza del acto médico se inicia con la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 25 de abril de 1994, seguida, entre otras, por la ya citada de 11 de febrero de 1997 y las de fechas de 28 de junio y 11 de diciembre del mismo año, 19 de febrero de 1998, 28 de junio de 1999, 5 de febrero de 2001, 11 de diciembre de 2001 y 4 de febrero de 2002.

En esta última se reafirma una vez más el rechazo de las tendencias objetivadoras en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, incluida la inversión de la carga de la prueba, con las excepciones para los casos de resultado desproporcionado y en la medicina satisfactiva o voluntaria.

No obstante la distinción entre medicina curativa o asistencial y satisfactiva o voluntaria, basada aquélla en un contrato de arrendamiento de servicios y la segunda en uno de obra, no puede tener un tratamiento equivalente en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Servicio Público de Salud por cuanto, como expusimos al examinar la prescripción de la acción, dicho Servicio constituye una relación jurídico pública distinta de la contractual, si bien resulta útil para obtener de ella otras consecuencias en cuanto al deber de informar al paciente, como hizo la aludida sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 3 de octubre de 2000.

En el ámbito de la responsabilidad civil por acto médico, la jurisprudencia de la Sala Primera (Sentencia de 5 de febrero de 2001) se considera, entre los supuestos de obligación de resultado (*locatio operis*), la cirugía plástica satisfactiva y las técnicas odontológicas no estrictamente curativas, pero en la ulterior Sentencia de 11 de diciembre de 2001 se afirma que se da un paso más al incluir como arrendamiento de obra la denominada medicina voluntaria curativa, en que la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso.

En las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007 y 22 de noviembre de 2007 (recurso de casación 4358/2000) se ha declarado que «los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida».

De alguna forma se puede decir que esta última orientación jurisprudencial ha sido sensible a las críticas vertidas por alguna doctrina, que puso de manifiesto que el componente aleatorio y el factor reaccional individual imposibilitan clasificar la obligación en esos casos como propia de las de resultado, de manera que en los supuestos de información correcta y completa, advirtiendo incluso del eventual mal resultado, se podría calificar como obligación de medios acentuada⁸.

X. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La exigencia de consentimiento informado se estableció en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que en catorce apartados señaló los derechos que todos tienen con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, dedicando a aquél los apartados 5 y 6⁹.

⁸ Galán Cortés, J.C.: “Responsabilidad civil médica”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, n^o VII, 2003, página 188.

⁹ Esta materia fue perfectamente desarrollada y sistematizada por Xiol Ríos, magistrado ponente en varias sentencias que abordaron cuestiones relacionadas con tal deber, en el *VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, cuyos contenidos han sido publicados por Fundación MAPFRE Medicina en el año 2001, páginas 185 a 203. Guerrero Zaplana, José: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*. Lex Nova, Abril 2004. Galán Cortés, J.C.: “Responsabilidad civil médica”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, n^o VII, 2003, páginas 271 a 297.

En el primero se impone la obligación de informar, de forma completa y continuada, ya sea verbal o escrita, al interesado o a sus familiares o allegados sobre su enfermedad, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

En el segundo se exige el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, salvo los tres casos que a continuación enumera: a) riesgo para la salud pública por la no intervención; b) incapacidad para adoptar decisiones; y c) urgencia que no permite demoras.

El fundamento de estos deberes se recoge en el propio apartado 1 del indicado artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y está en el respeto a la personalidad, la dignidad humana e intimidad sin discriminación por razones de raza ni de tipo social, sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, ha desarrollado con mayor precisión, bajo la rúbrica de “respeto a la autonomía del paciente”, en su capítulo IV, los requisitos y condiciones del consentimiento informado, que, como regla general, será verbal, si bien se determinan aquellos supuestos en que se ha de prestar por escrito: intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, y puede ser revocado libremente por escrito en cualquier momento.

El artículo 9 de dicha Ley contempla la renuncia del paciente a la información, que deberá hacer constar por escrito, sin perjuicio de obtener su consentimiento previo a la intervención, permitiéndose las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su consentimiento cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, siendo imprescindible cuando se disponga el internamiento dar cuenta a la autoridad judicial en el plazo de veinticuatro horas, y cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculada de hecho a él.

Seguidamente el mismo precepto establece los supuestos en que el consentimiento se otorga por representación, que se circunscribe a las diferentes situaciones de incapacidad de hecho, incapacitación declarada y minoría de edad que impida comprender el alcance de la intervención, teniendo en cuenta siempre la adecuación a las circunstancias y la proporcionalidad de las necesidades que atender.

En el artículo 10 se define el contenido de la información previa al consentimiento por escrito, que comprende las consecuencias, los riesgos y las contradicciones con la advertencia al médico de que cuanto más dudoso sea el resultado más necesario resulta el consentimiento previo del paciente.

Desde la promulgación de la Ley General de Sanidad la doctrina jurisprudencial puede resumirse o sistematizarse de la siguiente forma:

A) En cuanto a la prueba del consentimiento informado, la orientación jurisprudencial es la de que no es exigible a la parte demandante la justificación de que no se produjo la información por tratarse de un hecho negativo (Sentencia de 4 de abril de 2000 –recurso 8065/95, fundamento tercero–), con lo que se invierte la carga de la prueba, que había sido, sin embargo, requerida en la previa Sentencia de 12 de julio de 1994 (recurso 2387/91, fundamento jurídico primero).

B) Por lo que respecta a la forma escrita, las Sentencias de 3 de octubre de 1997, 14 de octubre de 2002 y 26 de noviembre de 2008 (recurso de casación 7856/2004) consideran que no resulta imprescindible si consta que efectivamente que se ha prestado.

C) El defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario (Sentencias de la Sala Tercera de 2 de octubre de 1997 –recurso de casación 1104/93 fundamento jurídico primero–, 3 de octubre de 2000 –recurso 3905/96, fundamento jurídico undécimo–, y 14 de octubre de 2002 –recurso de casación 5294/98, fundamento jurídico octavo–, y de la Sala Primera de 2 octubre de 1997, 24 de mayo de 1999, 26 de septiembre de 2000, 1 de febrero de 2008 –recurso de casación 2033/2003– y 19 de junio de 2008 –recurso de casación 4415/2004–).

D) Las consecuencias de la falta de consentimiento informado pueden resumirse:

1º El consentimiento informado no supone, por sí solo, la ausencia de responsabilidad (Sentencia de la Sala Tercera de 10 de octubre de 2000 –recurso 5078/97, fundamento jurídico 6-, y Sentencia de la Sala Primera de 28 de julio de 1997).

2º Se considera un elemento relevante para justificar o no el nexo causal.

3º Impide al paciente evitar un tratamiento agresivo innecesario (Sentencia de 31 de diciembre de 1997 –recurso de casación 90/1994, fundamento jurídico 1-).

4º Impide conocer el alcance de los riesgos de una intervención conveniente, pero no necesaria, que son de este modo asumidos por el médico (Sentencia de 26 de septiembre de 2000 –recurso de casación 4448/97, fundamento jurídico primero-).

5º Modificaciones no deseadas en el organismo, aun siendo el tratamiento necesario (Sentencia de 24 de mayo de 1995 –recurso 822/1992, fundamento jurídico séptimo-).

6º Sometimiento a una arriesgada intervención quirúrgica sin conciencia de ello, aun siendo necesaria (Sentencia de 4 de abril de 2000 –recurso 8065/95, fundamento jurídico quinto-).

7º Sometimiento a tratamientos médicos no deseados por razones ideológicas (Sentencias de la Sala Segunda de 27 de marzo de 1990 y auto del Tribunal Constitucional 369/1984, de 20 de junio, en que se aborda la autorización judicial para transfusiones de sangre a Testigos de Jehová). Doctrina inicial corregida después por considerar que una asistencia médica coactiva constituye una limitación vulneradora del derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1996, de 28 de octubre) o que la realización coactiva de la transfusión de sangre supone una vulneración flagrante del derecho de li-

bertad religiosa (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1993 –recurso para unificación de doctrina 1446/92-).

8º Consecuencias de una paternidad no querida en que se indemniza sólo el perjuicio moral de haber privado a la persona de su derecho a autodeterminarse (Sentencia de 3 de octubre de 2000 -recurso 3905/96, fundamento jurídico quinto-).

9º En el recurso de casación para unificación de doctrina 890/2001 se aportó como sentencia de contraste la dictada por la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo con fecha 4 de abril de 2000, en la que se había declarado que, al omitirse el consentimiento informado, se privó de la posibilidad de ponderar la consecuencia de sus traerse a la intervención quirúrgica evitando sus riesgos o de asegurarse y reafirmarse en su necesidad, impidiendo al paciente y a su familia el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la operación, lo que constituye por sí un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención, que se indemniza en la cuantía que se considera justa.

Pues bien, al haberse desvinculado en dicha Sentencia el perjuicio moral del buen o mal éxito de la intervención quirúrgica, la recurrente para unificación de doctrina, ante la desestimación de su demanda por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, pretendía que por el mero hecho de faltar el consentimiento informado tenía derecho a ser indemnizada.

En la Sentencia de 26 de marzo de 2002 (recurso de casación para unificación de doctrina 890/2001) la Sala Tercera (Sección Sexta) precisó que para que haya derecho a esa indemnización es imprescindible que las lesiones o secuelas padecidas deriven de la intervención quirúrgica en que faltó el consentimiento informado, lo que no ocurría en el caso enjuiciado, dado que no se había acreditado, ni por vía indiciaria, que los dolores padecidos por la recurrente derivasen de la intervención quirúrgica practicada.

E) En cuanto a los medios de prueba, el consentimiento informado no es imprescindible que se acredite documentalmente sino que puede demostrarse la información y el consentimiento por cualquier otro medio de prueba (Sentencias de 26 de octubre de 2000 –recurso de casación 4448/97, fundamento jurídico primero– 3 de octubre de 2000 –recurso de casación 3905/96, fundamentos jurídicos segundo y décimo–, y 14 de octubre de 2002 –recurso de casación 5294/98, fundamento jurídico octavo–). En esta última sentencia se da por acreditado en virtud de una presunción lógica, pues, al haber sido los padres del menor informados el día antes de la intervención quirúrgica de los riesgos que ésta comportaba, el efectivo sometimiento del hijo menor a ella demuestra que consintieron su práctica.

La carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento informado recae sobre el médico o la institución sanitaria (Sentencias de la Sala Primera de 25 de abril de 1994, 31 de julio de 1996, 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, 26 de septiembre de 2000 y 12 de enero de 2001, entre otras).

La jurisprudencia ha declarado que, a pesar del defecto de consentimiento informado, no existe daño cuando el tratamiento o intervención conduce a la curación (Sentencia de la Sala Tercera de fecha 10 de febrero de 2009 –recurso de casación 6997/2004–).

La regulación legal del consentimiento informado, aunque tenga como finalidad conseguir mayor seguridad jurídica en las relaciones de los ciudadanos con la institución sanitaria, no eliminará los conflictos, que, en ocasiones, se multiplican por excesos reglamentistas, lo que, en definitiva, reconduce a las soluciones jurisprudenciales, que contemplan cada caso concreto.

XI. EL DAÑO O PERJUICIO Y SU PLENA INDEMNIDAD

La reparación debe ser integral, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante salvo meras expectativas, ganancias dudosas o contingentes, y, por supuesto, la reposición o restablecimiento de ser posibles.

El *pretium doloris* es un componente permanente de las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

La Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina que ya se recogiera en la Sentencia de 24 de enero de 1997, declaró en su Sentencia de 20 de enero de 1998 (recurso de casación 5284/93) que «para acreditar el daño moral basta con la prueba de los hechos básicos en que se concreta la pérdida de salud o el daño fisiológico», al mismo tiempo que expresó que el perjuicio moral «por su carácter afectivo y de *pretium doloris* carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo».

Esta doctrina ha sido reiterada por la reciente Sentencia de 16 de marzo de 2002, pronunciada por la misma Sala y Sección al resolver un recurso de casación para unificación de doctrina, en que la Sala de instancia, a pesar de admitir que se produjeron determinadas lesiones que precisaron de dos intervenciones quirúrgicas, deniega indemnización alguna por *pretium doloris* porque los daños morales no fueron «más allá de los inherentes a la lesión».

El principio número uno de la Resolución 75/7, relativa a la reparación de los daños en caso de lesiones corporales y de muerte, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 14 de marzo de 1975, dispone lo siguiente: «Teniendo en consideración las normas referentes a la responsabilidad, la persona que ha sufrido un perjuicio tiene derecho al resarcimiento del mismo, en el sentido de que debe ser reintegrada a una situación lo más semejante posible a aquélla en que se habría encontrado, si el hecho dañoso no se hubiese producido».

La Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de abril de 2000 hizo uso, para indemnizar los daños personales, de los baremos establecidos para resarcir los sufridos con ocasión de la circulación de vehículos a motor, pero ha declarado que éstos son puramente orientativos o como punto de referencia (Sentencias de la misma Sala y Sección de 25 de junio de 2007 –recurso de casación 1298/2003–, 23 de octubre de 2007 –recurso de casación 2094/2004– y 12 de septiembre de 2008 –recurso de casación 7807/2004–).

El *quantum* indemnizatorio se ha determinado atendiendo a los diversos factores que concurran en su producción y no sólo al daño o perjuicio en sí, lo que ha

conducido, en ocasiones, a una indemnización simbólica, como en la Sentencia de la Sala Primera de fecha 10 de octubre de 1998, en función de las expectativas reales perdidas en el caso en cuestión.

La falta de consentimiento informado o sus deficiencias han tenido relevancia para fijar la reparación, que se modera en función de la existencia o no de alternativas, del estado clínico previo, de la previsible evolución del proceso, de las circunstancias personales, sociales o profesionales, las que, sin embargo, se valoran otras veces para otorgar una reparación íntegra, y así se procedió en las Sentencias de la Sala Primera de 23 de abril de 1992, 13 de abril de 1999, 26 de septiembre de 2000 y 2 de julio de 2002.

La Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de abril de 2000, declaró que la circunstancia de no haberse informado debidamente de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, si bien, al omitirse el consentimiento informado, se privó de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación, evitando los riesgos, y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica, y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. La situación de inconsciencia provocada por falta de información, imputable a la Administración sanitaria, del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación, que no es imputable causalmente a dicha falta de información, o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención. Dicha sentencia termina por conceder una indemnización en cuantía sensiblemente inferior a la que sería la natural valoración del daño experimentado por el paciente, que se justifica en las mínimas expectativas reales perdidas en el caso enjuiciado.

No es infrecuente que se deniegue actualizar la cantidad reparatoria de los perjuicios con el argumento de que la cantidad resulta líquida solamente a partir de su fijación en la sentencia.

Esta tesis ha sido rotundamente desautorizada por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que ha declarado insistentemente la necesidad de alcanzar la plena indemnidad del perjuicio causado, lo que puede lograrse por

diversos modos, cual son el abono del interés legal de la suma adeudada desde que se formuló la reclamación en vía previa, la actualización con cualquier índice o cláusula estabilizadores, como los de precios o depreciación de la moneda, o la fijación de una cantidad indemnizatoria en atención al momento en que se resuelve el pleito (Sentencias de 24 de enero, 19 de abril y 31 de mayo de 1997, 14 de febrero, 14 de marzo, 30 de junio, 10 y 28 de noviembre de 1998, 13 y 20 de febrero, 13 y 29 de marzo, 29 de mayo, 12 y 26 junio, 17 y 24 de julio, 30 de octubre y 27 de diciembre de 1999, 5 de febrero, 18 de marzo y 13 de noviembre de 2000, 27 de octubre y 31 de diciembre de 2001, 9 de febrero de 2002 y 5 de febrero de 2007).

A pesar de ser tan unánime y copiosa la doctrina jurisprudencial en esta materia, algunos Tribunales de instancia siguen aferrados a la aludida tesis de denegar cualquier forma de actualización de la indemnización procedente, lo que llevó al Tribunal de Casación, en la citada sentencia de 9 de febrero de 2002, a calificar tal modo de proceder de subterfugio o pretexto para apartarse, sin justificación razonable, del criterio seguido por el Tribunal Supremo.

La Sala de instancia había dado como argumentos para no seguir la doctrina jurisprudencial, recogida en las Sentencias invocadas por el demandante, que dicha doctrina se había construido sobre «casos especialmente sensibles desde el punto de vista humano y social», lo que «denotaba que el criterio en ellas adoptado no pretendía adquirir rango de doctrina general en la materia, sino responder a hipótesis concretas».

De la lectura de cualquiera de las Sentencias de la Sala Tercera, anteriormente citadas, se deduce que la doctrina en ellas recogida tiene, por el contrario, un alcance tan general que abarca cualquier supuesto de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas.

XII. LAS TRANSFERENCIAS DE SERVICIOS Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado en sus Sentencias de 6 de mayo de 1997 (recurso de apelación 9013/92) y 10 de febrero de 2001 (recurso

de casación 6806/96) que «al haberse transferido a la Comunidad Autónoma los bienes, derechos y obligaciones del Instituto Nacional de la Salud, en uno de cuyos Centros hospitalarios ocurrió el hecho del que se pretende derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración, las obligaciones nacidas de la asistencia prestada en ese Centro hospitalario, entre las que lógicamente está el hacer frente a la responsabilidad patrimonial emanada de dicha asistencia sanitaria, deben ser asumidas por la Administración a la que fue traspasado el servicio».

Continúa expresando esta última Sentencia que «la obligación de reparar el perjuicio causado, si concurrese responsabilidad patrimonial de la Administración, nace del funcionamiento normal o anormal del servicio público, de manera que, haya o no sido declarada en vía administrativa o en sede jurisdiccional tal responsabilidad patrimonial, la obligación se transfiere juntamente con el servicio», rechazando expresamente la Sala de Casación el argumento del Tribunal *a quo*, que había declarado que la Administración receptora no asumió consecuencias derivadas de hechos acontecidos con anterioridad a la transferencia por no estar fijada en tal momento la deuda correspondiente.

XIII. ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA EN CENTROS O POR SERVICIOS NO DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA QUE CUBRE DICHA ASISTENCIA

La inexistencia, por el momento, de precedentes jurisprudenciales permite sostener razonablemente tanto la tesis de la responsabilidad de la Administración sanitaria de la que depende el centro o servicio como la contraria, es decir que responde patrimonialmente la Administración que viene obligada a prestar la cobertura sanitaria.

En la Sentencia de la Sala Tercera (Sección Sexta), de fecha 20 de febrero de 2007 (recurso de casación 5791/2002), se accede, con estimación de los motivos invocados, a declarar la responsabilidad de la Administración que tenía celebrado concierto con una entidad que prestó la asistencia sanitaria, en la que se dice seguir el mismo criterio mantenido en la anterior de fecha 3 de julio de 2003 (recurso de casación para unificación de doctrina 128/2002).

Sin embargo, la mayoría de mis colegas, consultados al respecto, opina que resulta más acorde con el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria atribuirle a aquélla de la que dependa el centro o servicio que haya prestado la asistencia, parecer de carácter doctrinal, que no implica que el criterio de la Sala, que en su día tenga que resolver tal cuestión, sea diferente.

TERCERA MESA REDONDA.
FUNCIÓN CONSULTIVA Y CORPORACIONES LOCALES

I. PRESENTACIÓN

Jesús Galera Sanz

Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

Esta tercera y última mesa redonda de las Jornadas sobre la Función Consultiva tiene como título “Función Consultiva y Corporaciones Locales”. En ella pretendemos analizar la Función Consultiva desde la óptica de los ayuntamientos, de la administración autonómica y del mundo académico. Para ello van a participar el Excmo. Sr. D. Bartolomé González Jiménez, Alcalde de Alcalá de Henares y Presidente de la Federación Madrileña de Municipios, la doctora D^a Eloísa Carbonell Porras, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense y el Ilmo. Sr. D. Jaime González Taboada, Director General de Cooperación con la Administración Local de la Comunidad de Madrid.

Antes de entrar en las intervenciones, es preciso recordar que el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid dictamina preceptivamente en los expedientes tramitados por las corporaciones locales de las siguientes materias:

- 1) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada. (Artículo 139 y ss. de la Ley 30/92, de 26 de diciembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC) y Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en aplicación del artículo 13.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.
- 2) Revisión de oficio de actos administrativos (Artículo 102 y ss. de la LRJAP-PAC en aplicación del artículo 13.f) 2º de la Ley 6/2007).

- 3) Recursos extraordinarios de revisión (Artículos 118 y ss. de la LRJAP-PAC en aplicación del artículo 13.f) 3º de la Ley 6/2007).
- 4) Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos (Artículos 98.3, 195.3 y 197 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en aplicación del artículo 13.f) 4º de la Ley 6/2007).
- 5) Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario (Artículo 232 de la Ley 30/2007 en virtud del artículo 13.f) 5º de la Ley 6/2007).
- 6) Creación o supresión de municipios, así como la alteración de los términos municipales (Artículo 13.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local en aplicación del artículo 13.f) 6º de la Ley 6/2007).
- 7) Revisión de actos en materia tributaria (Artículo 217 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).
- 8) Aprobación de Ordenanzas Locales especiales de aprovechamiento de bienes comunales (Artículo 75.4. del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Generales Vigentes en Materia de Régimen Local).
- 9) Conflictos en defensa de la autonomía local (Artículo 75.ter.3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

En la jornada de ayer D. Vicente Garrido, Presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, en una espléndida ponencia, hizo un riguroso análisis sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, apuntando una serie de ideas de *lege ferenda*.

Sin embargo, el carácter preceptivo del dictamen en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las corporaciones locales no está establecido expresamente en todas las leyes reguladoras de los órganos consultivos autonómicos, aunque sí en su gran mayoría, y lo está bien por modificaciones de las leyes constitutivas realizadas a partir del año 2000, o por recogerlo entre las materias objeto de dictamen en los órganos consultivos creados a partir de esa fecha.

El pionero fue el Consejo Consultivo de las Illes Balears en virtud de la modificación de su ley constitutiva, la Ley 5/1993, de 15 de junio, operada por la Disposición adicional segunda de la Ley 6/2000, de 31 de mayo, siendo preceptivo el dictamen cuando la cuantía sea de 3000 euros o superior.

Siguiendo el orden cronológico de constitución, dictamina preceptivamente la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, en virtud de la Ley 5/2005, de 2 de mayo, que derogó el Decreto Legislativo 1/1991, de 25 de marzo, siempre que la cuantía sea superior a 50.000 euros. El Consejo Consultivo de Canarias, sin establecer una cuantía mínima, según la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias que derogó su ley constitutiva (Ley 4/1984, de 6 de julio, creadora del órgano) y la Ley 13/1986, de 6 de julio, que modificó parcialmente la precitada norma.

En los órganos consultivos creados a partir de la Sentencia de Tribunal Constitucional 204/1992, de 26 de noviembre, está expresamente establecido, además de en las Illes Balears, en Andalucía, según la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo, que recogiendo las sugerencias que el órgano consultivo hizo en sus Memorias, modificó la ley constitutiva, Ley 8/1993, de 19 de octubre, de creación del órgano, dictaminando en cuantía superior a los 15.000 euros.

En la Comunidad Valenciana son preceptivos los dictámenes sobre responsabilidad patrimonial de las corporaciones locales a partir de la entrada en vigor de la Ley 10/2006, de 26 de diciembre, que modificó la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de la *Generalitat*, de creación del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*, y lo hace a partir de una cuantía de 3.000 euros.

El Consejo Consultivo de La Rioja dictamina preceptivamente en virtud de la reforma operada en la ley constitutiva, Ley 3/2001 de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de la Rioja, por la Disposición adicional segunda de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Rioja, cuando la cuantía es indeterminada o superior a 600 euros. Es de señalar que, sin embargo, el artículo 11 g) de la ley reguladora no se refiere expresamente a las entidades locales sino que lo hace con el genérico de Administración Pública.

También dictamina preceptivamente la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones incluidas en el ámbito de actuación de la Comisión en cuantía igual o superior a 6.000 euros en virtud de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi; el Consejo Consultivo de Extremadura, sin especificar cuantía mínima, en aplicación de su ley constitutiva, Ley 16/2001, de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura, y el Consejo Consultivo de Castilla-León, también sin cuantía mínima, en virtud de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León. Por último, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, dictamina preceptivamente siempre que la cuantía sea de 6.000 euros o superior, en aplicación de la Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo.

Por el contrario la antigua Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón en su doctrina consideraba que el dictamen sobre las reclamaciones patrimoniales entabladas contra los entes locales tenía el carácter de facultativo. En la muy reciente Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón, dictada al amparo del nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, en su artículo 15, bajo la rúbrica “Dictámenes preceptivos”, en su apartado 10, se refiere de forma muy indeterminada a “Reclamaciones administrativas de indemnización de daños y perjuicios de cuantía superior a 6.000 euros”, sin especificar contra qué Administraciones van dirigidas.

No está contemplada la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo de Galicia, según su norma reguladora la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, aunque el Pleno de este órgano consultivo ha considerado el carácter preceptivo del dictamen. También el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sus Memorias, considera preceptivo el dictamen de los expedientes de responsabilidad patrimonial provenientes de las corporaciones locales, ya que no está expresamente recogido en su Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Solo los órganos consultivos de dos comunidades autónomas no dictaminan preceptivamente sobre los expedientes de responsabilidad patrimonial de las corporaciones locales. Navarra, que no recoge el carácter preceptivo del dictamen en la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, de creación y regulación del Consejo de Navarra, considerando ese Consejo en su dictamen 64/2002, de 15 de octubre, que los ayuntamientos, en este caso concreto el de Tudela, como administraciones locales

no forman parte de la Administración de la Comunidad Foral, lo que queda fuera de la previsión normativa, por lo que el dictamen no es preceptivo. Y Castilla-La Mancha, según la Ley 11/ 2003 de 26 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que se refiere exclusivamente a los expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Como hemos visto, las comunidades autónomas, siguiendo el camino iniciado por las Illes Balears en el año 2000, han ido modificando sus leyes para introducir el carácter preceptivo de los dictámenes sobre responsabilidad patrimonial de los entes locales.

La Comunidad de Madrid, conociendo las experiencias de los demás órganos consultivos autonómicos, lo recoge en su Ley 6/2007, reguladora de su Consejo Consultivo, cuando la cuantía reclamada es superior a 15.000 euros o indeterminada.

Para terminar, planteo unas cuestiones que pueden ser objeto de estudio y debate en esta mesa redonda, tales como si habría que ampliar las materias objeto de dictamen preceptivo del Consejo Consultivo en relación con las corporaciones locales, o si las ya recogidas en la Ley son las adecuadas, como primer tema. En segundo lugar, si sería conveniente que los Alcaldes-Presidentes pudieran dirigirse directamente al Consejo Consultivo para recabar los dictámenes preceptivos sin necesidad que sean cursadas las peticiones por el conducto del Consejero competente en relaciones con la Administración Local. Y por último, si sería conveniente que los Alcaldes-Presidentes estuvieran legitimados para consultar facultativamente al Consejo Consultivo.

TERCERA MESA REDONDA.
FUNCIÓN CONSULTIVA Y CORPORACIONES LOCALES

II. CONSEJO CONSULTIVO Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

Bartolomé González Jiménez

**Presidente de la Federación Madrileña de Municipios y
Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alcalá de Henares**

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. JUSTIFICACIÓN DEL CONSEJO CONSULTIVO.

III. BREVE ANÁLISIS DE LAS COMPETENCIAS DEL CONSEJO CONSULTIVO RELATIVAS A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid es el superior órgano consultivo del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Madrid, así como de los organismos autónomos y entidades de derecho público dependientes de la misma.

El Consejo Consultivo, con su labor de asesoramiento, completa de este modo la labor de control desempeñada por la Cámara de Cuentas y la de participación que lleva a cabo el Consejo Económico y Social.

A nadie se le oculta la importancia que la creación del Consejo Consultivo tiene para la Comunidad de Madrid, a la que ya ha servido en estos doce meses de importante apoyo y soporte jurídico.

Para el mundo local sin embargo puede tener una importancia si cabe aún mayor en determinadas circunstancias, sobre todo para municipios de pequeño o

mediano tamaño que hayan de enfrentarse a situaciones complicadas derivadas de peticiones de responsabilidad patrimonial o contratos especialmente complejos en su desarrollo.

Creo que de cara al complejo universo municipal, a la vida y al desarrollo cotidiano de los ayuntamientos, el Consejo Consultivo puede cumplir dos importantes funciones:

Apoyo jurídico en decisiones complicadas.

Aval de un órgano jurídico externo para la resolución de determinados conflictos.

Por supuesto que la rapidez en la gestión, el cumplimiento de los plazos, serán condiciones necesarias para lograr la eficacia precisa que la vida municipal – tan pegada a la realidad– requiere.

II. JUSTIFICACIÓN DEL CONSEJO CONSULTIVO

La ayuda prestada por los órganos consultivos a la Administración Local tiene por objeto contribuir a la mejora de sus decisiones, a las que han de aportar el reposo de la deliberación y la objetividad de una visión exenta de la urgencia de la actuación cotidiana.

Este es el núcleo y la idea clave: serenidad y análisis en un escenario frecuente de urgencias que todos los que vivimos el mundo local conocemos perfectamente.

Los órganos consultivos no tienen por objeto –en mi opinión– controlar la actividad de las administraciones públicas, sino contribuir a su perfeccionamiento en la fase previa de elaboración de la decisión. Y, por supuesto, garantizar la seguridad jurídica y evitar la posible conflictividad en materias importantes y delicadas.

Pero los órganos consultivos, en cuanto contribuyen a garantizar la legalidad y el acierto de la actuación administrativa, coadyuvan también a la mejor protección de los derechos de los ciudadanos y a la consolidación de su posición jurídica.

En definitiva se trata de contar con ese importante apoyo jurídico de alta solvencia técnica e independiente de los avatares de la vida local a la hora de tomar decisiones de relevancia.

El Ayuntamiento es la entidad más cercana al ciudadano y a menudo se ve zarandeada por la urgencia de los temas. Sin embargo existen decisiones de fondo que precisan de un análisis reposado que no siempre permite el día a día local. En este sentido la intervención del Consejo Consultivo ayuda a tomar decisiones de calidad, eficaces y justificadas.

III. BREVE ANÁLISIS DE LAS COMPETENCIAS DEL CONSEJO CONSULTIVO RELATIVAS A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Es preciso realizar aunque sea un bosquejo del escenario en el que nos encontramos. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos que afecten a entidades locales:

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial son uno de los elementos más destacables, por cuanto afectan a la gestión cotidiana de un ayuntamiento.

Es importante el cumplimiento de los plazos para no alargar los expedientes municipales. En este sentido la expresión del plazo y la previsión de la urgencia pueden resultar de gran utilidad.

Las reclamaciones de responsabilidad son frecuentes en la vida de un Ayuntamiento (defectos en el funcionamiento de los servicios municipales, accidentes de diverso tipo...). En ocasiones el esfuerzo económico es muy gravoso para las arcas locales.

Creo que si el Consejo Consultivo marca unos criterios bien fundados técnicamente y de forma clara, pueden facilitar no poco las decisiones que los ayuntamientos hemos de tomar sobre asuntos de responsabilidad patrimonial donde se trata de conjugar el derecho que posee el particular que reclama con el bien común y el interés general.

Sin duda es uno de los elementos competenciales del Consejo Consultivo de mayor utilidad práctica por su frecuencia y por las derivaciones económicas que produce.

Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes. Las corporaciones locales podrán valorar en una primera fase de admisión a trámite, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo Consultivo, si la solicitud de declaración de nulidad carece manifiestamente de fundamento o no está basada en causa de nulidad radical, así como cuando se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otras reclamaciones en asuntos sustancialmente iguales. En tales casos, no es necesario acudir al órgano consultivo.

Los servicios jurídicos municipales tendrán que analizar caso a caso y en municipios con menos medios, el asesoramiento de la Dirección General de Cooperación con la Administración Local puede jugar un papel de gran importancia.

Recursos extraordinarios de revisión. El dictamen será preceptivo.

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 de las Administraciones públicas. Es la otra gran competencia nuclear que, como decía al principio, entra de lleno en la vida local.

La contratación y los problemas derivados de la ejecución de los contratos son elementos decisivos en la vida local, y este carácter no es teórico, sino vivo y práctico; esos contratos pueden ser obras de nuestras calles, colegios, alumbrado... es decir, instrumentos de la vida cotidiana.

De nuevo la claridad en los dictámenes será importante para servir de eficaz solución a los problemas planteados. Y junto a la claridad, la unidad de criterio ante los problemas que se hayan de formular. El coste de una rescisión contractual para un ayuntamiento puede ser grave, de ahí la importancia de la intervención y del buen juicio del Consejo Consultivo.

Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario.

Una competencia también relevante, que afectará a sobre todo a municipios con gestión compleja y elevado número de habitantes.

Creación o supresión de municipios, así como la alteración de los términos municipales.

Todos aquellos asuntos en que así lo disponga una Ley.

Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local.

La presencia en esta mesa del director general de Cooperación con la Administración Local y de la profesora Carbonell, especialista en derecho administrativo, me lleva a formular algunas cuestiones que pueden ser importantes para el debate y para analizar la experiencia de estos meses de funcionamiento. Y destaco desde luego la posición de la Dirección General competente en materia de Administración Local, de extraordinaria relevancia, pues puede servir de órgano de conexión entre el Consejo Consultivo y los ayuntamientos, aparte de transmitir de forma nítida las decisiones jurídicas que los sucesivos dictámenes vayan señalando.

1º ¿Sería conveniente que los Alcaldes-Presidentes pudieran dirigirse directamente al Consejo Consultivo para recabar los dictámenes preceptivos sin necesidad que sean cursadas las peticiones por el conducto del Consejero competente en relaciones con la Administración Local?

Creo que es una propuesta interesante para el debate.

La relación entre la institución y el ayuntamiento sería más directa, y seguramente los plazos y la burocracia se reducirían, aparte de propiciarse un acercamiento entre el Consejo y la vida local. El hecho de precisar un intermediario parece hacer que consideremos a la Administración Local en una segunda categoría, incapaz de acudir directamente a los órganos institucionales de forma directa.

Sin embargo, somos conscientes de que en pequeños ayuntamientos que puedan precisar la petición de los dictámenes preceptivos, la relación directa con un organismo nuevo es una obligación más. En este sentido, la Dirección General competente en Administración Local, que suele estar muy cerca de la vida municipal, tal vez pueda ejercer mejor su labor de cierta tutela.

Pero no podemos obviar la experiencia de estos doce meses de funcionamiento y la propia redacción de la normativa, que apenas concede a la Comunidad de Madrid otra función que la de hacer de puente o de mensajero entre la petición municipal y el traslado al Consejo Consultivo.

En este escenario es donde cobra mayor fuerza la propuesta del debate; si el Consejero competente en Administración Local no posee otras funciones que las de ejercer de mensajero de las peticiones de los ayuntamientos, no parece coherente que este trámite sea obligatorio.

Tal vez la mejor solución sea la apuntada. Los alcaldes-presidentes deberían tener la facultad de dirigirse de forma directa al Consejo Consultivo para solicitar los dictámenes preceptivos, pero manteniendo la posibilidad de que los alcaldes que lo deseen puedan acudir a la vía de la Comunidad de Madrid para que sea ésta la que se encargue de la petición.

Y parece claro que la Consejería competente adquiriría desde luego una función en este caso y es la de examinar la petición local –estoy pensando en pequeños municipios que pudieran tener dudas en algún dictamen– para comprobar si se encuentra o no entre los supuestos de la normativa del Consejo Consultivo.

2º ¿Deberían estar legitimados los Alcaldes-Presidentes para consultar facultativamente al Consejo Consultivo? Si así fuere, ¿lo podrán hacer directamente o debería ser por conducto del Consejero competente en relaciones con la Administración Local? En este caso, ¿podría el Consejero decidir sobre las consultas facultativas de los Ayuntamientos que deben cursarse al Consejo Consultivo y las que no?

La propuesta tiene que ver sin duda con la anterior. Sus núcleos de justificación son similares:

a) Procurar una mayor competencia de la Administración Local tanto para acudir directamente al Consejo, o –como en este caso que ahora describimos– para realizar una consulta sobre la normativa, los dictámenes o los casos dudosos que en algún momento se puedan presentar.

b) Otorgar a la Consejería competente en materia de Administración Local alguna competencia real más allá de la de simple mensajero de las peticiones.

Hay que recordar que la Ley 6/2007 ya prevé en su artículo 3 que «El Consejo Consultivo emitirá dictamen en cuantos asuntos le sean consultados por el Gobierno de la Comunidad de Madrid».

¿Podría abrirse la posibilidad de una consulta también por la Administración Local? ¿O limitando el ámbito por aquellos municipios que tengan la consideración de “gran ciudad”?

La complejidad de la vida municipal (pensemos no sólo en el Ayuntamiento de Madrid, sino en Alcalá de Henares, Móstoles o cualquiera de los que en nuestra región son “gran ciudad”) pudiera hacer aconsejable esta posibilidad, sin merma desde luego de las competencias autonómicas sobre Administración Local.

Creo que la posibilidad de una consulta facultativa de un Ayuntamiento al Consejo Consultivo es una iniciativa interesante que redundaría en el mayor apoyo jurídico para expedientes de gran complejidad. Sin embargo, tal vez no sea prudente abrir completamente la puerta a todo tipo de consultas, de tal modo que

el Consejo se convirtiera en un órgano de asesoramiento jurídico, competencia que por cierto tiene la Comunidad de Madrid en materia de Administración Local.

En mi opinión las líneas de trabajo podrían ser las siguientes:

El Alcalde Presidente podría tener la posibilidad de dirigirse de forma directa al Consejo Consultivo para solicitar consultas facultativas. Se exigirían dos requisitos: en primer término, que el asunto tuviera relación con las materias que la ley 6/2007 señala como objeto de dictámenes. Y en segundo lugar, que previamente se haya realizado la consulta a la Consejería competente de la Comunidad de Madrid en materia de Administración Local.

De este modo, la necesidad del ayuntamiento se garantiza pero queda tamizada por dos obligaciones lógicas, como es la entidad del asunto y el previo análisis de la Comunidad de Madrid, que como he señalado antes, posee competencias de asesoramiento jurídico a los ayuntamientos.

La Consejería competente habría de decidir, en este caso, si la consulta se eleva al Consejo Consultivo o puede quedar resuelta en el ámbito de la Dirección General de Cooperación con la Administración Local. Es una hipótesis razonable y, desde luego, coherente con las competencias de la Comunidad de Madrid.

Podría dejarse abierta la puerta para el análisis de que el artículo 3.1 de la Ley 6/2007, antes mencionado, incluyera a las grandes ciudades y éstas tuvieran la capacidad de solicitar dictámenes al Consejo sobre asuntos muy relevantes.

Hay que tener en cuenta que la propia Ley que regula el Consejo señala que las cuestiones sobre las que se puede recabar dictamen no constituyen un *numerus clausus*. Al contrario, la relación puede ser ampliada merced a lo establecido en otras leyes que puedan contemplar la petición de dictamen.

IV. CONCLUSIONES

En definitiva, creo que las reflexiones anteriores y la propia experiencia como alcalde de una gran ciudad y como presidente de la Federación de Municipios de Madrid, nos conducen a dos conclusiones importantes que durante mi intervención he intentado justificar:

Sería de enorme utilidad abrir la posibilidad a los municipios de solicitar de forma directa consultas de índole jurídica al Consejo sobre determinadas materias relevantes. Creo que el conocimiento de una opinión autorizada e independiente puede ayudar a la correcta toma de decisiones en expedientes de gran complejidad técnica.

Creo que es una necesidad práctica y una consecuencia efectiva además de la autonomía municipal, que los municipios puedan dirigirse de forma directa al Consejo Consultivo para solicitar los dictámenes preceptivos que la normativa exige. Con independencia de las competencias de la Comunidad de Madrid en Administración Local, parece lógico que esta posibilidad de acceso directo se abra para los ayuntamientos. De lo contrario, podría parecer que su autonomía es de segundo orden, lo que contradice desde luego el espíritu de la Carta Europea de Autonomía Local.

Los Ayuntamientos debemos confiar en el Consejo Consultivo como organismo de enorme solvencia jurídica; no se trata, como ya se ha comentado antes, de controlar a los ayuntamientos en decisiones de su competencia, sino de ofrecer una indispensable ayuda jurídica para la óptima gestión de sus obligaciones.

En todo caso, debates como los que están acogiendo estas Jornadas pueden servir de cauce extraordinario, no sólo para poner en común las experiencias, sino para analizar las nuevas propuestas que ponemos sobre la mesa.

La Administración municipal se caracteriza por su enorme viveza, su variedad y su profunda raíz con la realidad de las personas; cuanto hagamos desde las distintas Administraciones Públicas para facilitar su labor, redundará en definitiva en una mejor calidad de los servicios que prestamos a los ciudadanos.

**TERCERA MESA REDONDA.
FUNCIÓN CONSULTIVA Y CORPORACIONES LOCALES**

**III. EL PAPEL DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COOPERACIÓN
CON LAS ADMINISTRACIONES LOCALES EN LA RELACIÓN ENTRE ÉSTAS
Y EL CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

Jaime González Taboada

**Director General de Cooperación con la Administración Local de la Comunidad
de Madrid**

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. ACTIVIDAD DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COOPERACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN RELACIÓN CON EL CONSEJO CONSULTIVO Y LA ADMINISTRACIÓN LOCAL DE MADRID.

III. NECESIDADES DEL SECTOR LOCAL MADRILEÑO EN MATERIA DE CONSULTAS. OTRAS COMPETENCIAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COOPERACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

IV. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Es un honor para mí intervenir en esta mesa cuyo objeto es debatir acerca de la actividad del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid respecto de la Administración Local.

Estoy seguro de que esta jornada será de la máxima utilidad para conocer mejor el relevante papel que atañe al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, como Administración Consultiva respecto de determinadas actividades, competencias, funciones y expedientes en el devenir de la prestación de los servicios públicos municipales.

Al aceptar gustosamente la invitación del Presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, D. Mariano Zabía, a participar en esta mesa redonda,

me invadieron ciertas dudas acerca de cual debía ser la delimitación de mis palabras. Esta duda inicial se encontraba cualificada a la vista de mis acompañantes de mesa:

Por un lado, la visión municipalista fue acreditada por una representación exponencial en la persona de Bartolomé González, que aúna su condición de alcalde de un municipio tan singular como el de Alcalá de Henares, con el de Presidente de la Federación de Municipios de Madrid. Difícilmente pudiera yo enfocar mi intervención, así pues, desde la vertiente municipal.

Por otra parte, los aspectos legales así como doctrinales necesariamente reposan en la autoridad académica de Eloisa Carbonell quien, por la responsabilidad de su puesto y experiencia, se encuentra en posición inmejorable para desentrañar todos los aspectos de esta materia bajo esa perspectiva jurídico-doctrinal.

En consecuencia, parecía estrecharse el posible camino de mi ponencia.

Consideré por tanto, que debía centrar mi intervención en contar el quehacer de mi Dirección General relacionado con esta materia que fundamentalmente tiene por objeto, la remisión documental de los expedientes tramitados por los Ayuntamientos con destino al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. No obstante, creo que esta exposición admite una cierta ampliación dentro del objeto de esta mesa redonda, que puede estructurarse en tres apartados diferentes:

- En primer lugar, detallar las competencias que me atañen en esta materia, con una cierta pormenorización de los expedientes tramitados que nos dé una idea de cuales son las principales solicitudes y ayuntamientos solicitantes.

- En segundo término, ampliar un cierto diagnóstico de las necesidades consultivas de los municipios de nuestra región, al hilo de otras competencias de la Consejería, no estrictamente relacionadas con el Consejo Consultivo.

- Como tercera consideración, quizás porque en mí sobresale una vocación municipalista, se me permitirá invadir amistosamente aquellas parcelas propias de otros ponentes, siquiera para realizar alguna reflexión acerca de la percepción local de la administración consultiva autonómica.

II. ACTIVIDAD DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COOPERACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN RELACIÓN CON EL CONSEJO CONSULTIVO Y LA ADMINISTRACIÓN LOCAL DE MADRID

Como ya ha quedado expuesto a lo largo de la intervención de los ponentes que me han precedido en el uso de la palabra, la Comunidad de Madrid creó el Consejo Consultivo mediante su ley específica y reguló su funcionamiento a través de Reglamento Orgánico que determinó el comienzo de su actividad a partir del 1 de septiembre de 2008.

Como idea preliminar al enfoque de la actividad de la Dirección General de Cooperación con la Administración Local, dependiente de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, me gustaría incidir en que con carácter general, sus competencias absorben prácticamente todas aquellas funciones que estatutariamente, por legislación específica, sectorial y normativa reglamentaria corresponden a la Comunidad de Madrid en materia de Administración Local.

Desde esta plataforma competencial, el día a día se materializa en un cuadro de actividades que supera las ciento cincuenta competencias que nos brindan una gran posibilidad de diagnóstico sobre la realidad local madrileña. Esta posición, en la que se conjugan competencias de gestión, de planificación, asesoramiento, análisis y estudio, proporciona elementos de reflexión que pueden resultar útiles en una previsión de futuro de la actividad del Consejo Consultivo concertada con las expectativas municipales.

Las competencias de la Consejería en relación con el Consejo Consultivo suelen denominarse de intermediación, aunque yo creo que probablemente sea más apropiado decir que son de conexión.

Por lo que se refiere a la competencia para cursar las solicitudes de dictamen de las entidades locales, el artículo 14.3 de la Ley y el artículo 32 del Reglamento, establecen que «las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuará por sus Presidentes y se cursará a través del Consejero competente con la Administración Local», correspondiendo, dicha competencia, al Consejero de Presidencia, Justicia e Interior.

Por razón de la materia, la Dirección General de Cooperación con la Administración Local será la encargada de recibir las solicitudes de dictamen procedentes de las entidades locales y dar traslado de las mismas a la unidad de la Consejería que tiene atribuidas las funciones para tramitar dichas solicitudes.

Como ustedes saben, los dictámenes serán emitidos en el plazo de treinta días hábiles desde la recepción del expediente, pero, cuando por razones de urgencia así se solicite, el plazo para la emisión del dictamen será de quince días. Excepcionalmente, el Presidente de la Comunidad o el Consejo de Gobierno podrán fijar un plazo inferior, según dispone el artículo 16.1 de la Ley. A este respecto, se detecta en nuestros Ayuntamientos una gran satisfacción por el cumplimiento escrupuloso de los plazos que permite una mayor agilización en la tramitación de los expedientes, desde la entrada en funcionamiento del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

La consulta al Consejo Consultivo será preceptiva cuando así se establezca en las leyes, y facultativa en los demás casos, siendo no vinculantes como regla general, salvo en los casos previstos en la legislación aplicable (artículo 3 de la Ley 6/2007 y artículo 3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid).

No voy a hacer mención a los expedientes que han de ser sometidos a dictamen preceptivo porque entiendo que ya han sido detallados en las ponencias precedentes. En cualquier caso, sí me gustaría subrayar que además de las previsiones que en este sentido contiene la Ley reguladora del Consejo Consultivo, existen dos previsiones específicas en la Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid que se refieren a:

- La creación o supresión de municipios, así como la alteración de términos municipales (artículo 16.e).
- El deslinde de términos municipales. La Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, dispone en su artículo 18.3 que corresponde al Gobierno de la Comunidad de Madrid resolver las discrepancias que se susciten entre los municipios afectados por el deslinde y amojonamiento de sus términos municipales, previo informe del Instituto Geográfico Nacional y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo superior de la Comunidad de Madrid.

Las conclusiones de nuestra labor pueden resumirse casi a modo de *memorandum*, necesariamente escueto, a la vista del todavía corto período de la trayectoria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, desde el inicio de su funcionamiento, de la siguiente forma:

* Se han solicitado a través de la Consejería, 23 dictámenes, desde la entrada el 1 de septiembre de 2008, fecha en la que comienza la tramitación de expedientes destinados al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

* Predominan entre ellos los relativos a responsabilidad patrimonial, que ascienden a 10 solicitudes.

* 7 Se han referido a materia contractual.

* 4 a revisiones de actos administrativos.

* 2 Referidos a otros asuntos como solventar dudas acerca de titularidades de parcelas.

* No existe una tendencia que marque trayectoria respecto del tipo de ayuntamientos que solicitan el envío de expediente a dictaminar. Así, se observa que:

. 5 Han sido solicitados por municipios de gran población. En este supuesto se encuentran las solicitudes de dictámenes por Leganés sobre responsabilidad patrimonial o de Getafe sobre la resolución de contrato de explotación de bar del Centro Cívico.

. 6 por municipios de más de 20.000 habitantes sin que sean de gran población, entre los que se pueden citar, a título de ejemplo, sobre responsabilidad patrimonial en San Sebastián de los Reyes y Parla, o resolución contractual en Arganda.

. 4 por municipios con población entre 10.000 y 20.000 habitantes. Valga el ejemplo de Villanueva del Pardillo en relación con responsabilidad patrimonial.

. 8 con población de menos de 10.000. En este grupo, cabe destacar la petición de algunos dictámenes por Ayuntamientos de menos de 1.000 habitantes como Valdemanco y Alameda del Valle, respecto de revisión de oficio de acto administrativo, o Piñuecar-Gandullas a propósito de resolución contractual.

* Se detecta un aumento significativo de solicitudes desde la entrada en funcionamiento del Consejo Consultivo, con una entrada de 18 expedientes en lo que va de ejercicio. Esto supone un aumento apreciable de actividad respecto de la etapa precedente, con indicadores muy significativos. Por ejemplo, en el 2006 se pidió un solo dictamen; en el 2007 y 2008, se tramitaron 3 solicitudes.

III. NECESIDADES DEL SECTOR LOCAL MADRILEÑO EN MATERIA DE CONSULTAS. OTRAS COMPETENCIAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COOPERACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

En este punto, me gustaría aportar sobre esta mesa una experiencia que juzgo de utilidad en consideración a alguna de las competencias que desarrolla la Dirección General y que, desde mi punto de vista, presentan ciertas similitudes con la administración consultiva. Obviamente, no me refiero a que mi centro directivo compita con el Consejo Consultivo, ya que el enorme caudal de dictámenes que corresponde a dicho órgano, viene asignado por su posición institucional, por el papel ineludible que su labor cumple en la tramitación de expedientes y por la autoridad conferida a sus miembros.

Me refiero más bien a que corresponde a este centro gestor una función de asesoramiento fijada en el Decreto 25/2008, de 10 de abril, adaptado por el Decreto 102/2008, de 17 de julio, a la nueva estructura del Gobierno Regional que literalmente expresa:

«El asesoramiento y la asistencia técnica a los Ayuntamientos en los campos jurídico, administrativo, económico, financiero, contable, informático y cartográfico, así como en el de la realización de obras y servicios de su competencia».

Esta actividad se desarrolla por los mas variados medios, ya sean verbales, telefónicos, presenciales, por escrito, por vía telemática, tanto en cuanto a la solicitud como en cuanto a los informes en que se sustancian las respuestas.

Si partimos de la base de los indicadores que les voy a exponer, concluiremos que las necesidades de asesoramiento de nuestra administración local son importantes. Es decir, tienen una vocación consultante que acaso, como diré más adelante, demande un esfuerzo de pedagogía a propósito de la percepción de la labor del Consejo Consultivo, que es precisamente la de resolver consultas para que más allá del ámbito de lo preceptivo, pudieran encontrar encaje estas inquietudes con la actividad cotidiana del Consejo.

Por otra parte, habitualmente las entidades locales, especialmente las que cuentan con menos medios, con carácter previo a la solicitud de dictamen, cuando albergan alguna duda de tramitación, nos consultan sobre la necesidad y forma de tramitación. Esto supone que en no pocas ocasiones, se eviten ciertas disfunciones en el planteamiento de estas cuestiones.

Los indicadores en que se concreta la labor de asesoramiento son los siguientes:

- Informes: media de tres informes escritos mensuales.
- Consultas verbales: entre 20 y 30 diarias con un promedio anual de 4.000.

Por último en cuanto a este apartado, me gustaría indicar que todos los ejercicios ponemos en marcha cursos de capacitación, a través de un programa de formación dirigido a personal de las corporaciones locales y cargos electivos que, de alguna manera, ha de tener incidencia en la labor del Consejo Consultivo desde una doble perspectiva:

- * La mayor diligencia y preparación de los expedientes.
- * La menor necesidad de consulta externa no preceptiva.

Los indicadores de cursos referidos a la anualidad 2009, son los siguientes:

- * Número de cursos: 31
- * Número de solicitudes: 3.060
- * Número de participantes: 760

IV. REFLEXIONES FINALES

Mi exposición precedente ha gravitado en torno a la premisa de ceñirme a los cometidos de la Dirección General de Cooperación con la Administración Local. No obstante, ya indiqué al principio de mi intervención que para finalizar la misma intentaría poner en común en la mesa de debate alguna reflexión derivada de la experiencia de la gestión cotidiana de mi centro directivo, que pudiera encontrar proyección en el asunto de debate.

Efectivamente, estimo que el comienzo de la actividad del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ha tenido un efecto beneficioso muy detectable en lo que concierne a su actividad respecto de la Administración Local. Dicho beneficio se observa fundamentalmente en la agilización de los trámites y en el mayor volumen de solicitudes a cuya tramitación ha tenido acceso esta Dirección General.

Con independencia de lo anterior, se observa que sigue existiendo una cierta percepción equivocada o, al menos, confusa de la labor consultiva por parte de nuestros municipios. Efectivamente, en muchas ocasiones se percibe la actividad de estos órganos más como una actividad de control que como una actividad de consulta.

Es necesario, por tanto, transmitir la realidad de la Función Consultiva a los destinatarios como una garantía procedimental y de fondo en la tramitación de expedientes y en la toma de decisiones que corresponden a los gestores municipales.

Iniciativas como la que hoy nos reúne aquí redundan particularmente en este objetivo, tanto por la explicación detallada del cometido de la Administración Con-

sultiva, como por la recepción de las sugerencias realizadas por los responsables de la Administración Local.

A modo de conclusión, creo por tanto que todos los intervinientes en esta actividad -consultados, consultantes y tramitadores- debemos hacer un esfuerzo para que se interiorice la necesidad y la concurrencia de esta actividad.

Por una parte, los consultantes deberán entender que es esencial la función del Consejo Consultivo como apoyo en asuntos de especial complejidad jurídica. Por otra, los consultados y tramitadores debemos hacer un esfuerzo en que la ejecución de sus cometidos no implique una ralentización del procedimiento administrativo sino, al contrario, una garantía de dinamización de la vida municipal.

TERCERA MESA REDONDA.
FUNCIÓN CONSULTIVA Y CORPORACIONES LOCALES

IV. ENTIDADES LOCALES Y FUNCIÓN CONSULTIVA

Eloisa Carbonell Porras

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense

Como aportación a esta mesa redonda sobre la Función Consultiva y las entidades locales, intentaré ofrecer una perspectiva académica a las diversas cuestiones de intereses que han suscitado quienes me han precedido en el uso de la palabra.

Dos son los principales temas que los consejos consultivos autonómicos en general y el de la Comunidad de Madrid en particular y sus relaciones con las corporaciones locales plantean: por un lado, la posibilidad de ampliar la necesaria intervención del superior órgano consultivo en otros supuestos diferentes de los que la legislación actualmente vigente exige con carácter preceptivo; y, por otro lado, la posibilidad de que las entidades locales formulen facultativamente consultas y, en su caso, las condiciones para ello. Una cuestión común a las dos es la exigencia de que, antes de acudir al órgano consultivo, deba intervenir la Consejería competente en materia de Administración Local, que es lo que prevé la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Para afrontar con seriedad el alcance de la función consultiva respecto de las administraciones locales, parece necesario subrayar cuál es el fundamento de la intervención de los órganos consultivos superiores y su compatibilidad con la autonomía local constitucionalmente garantizada. Precisamente, en este punto me ha sorprendido que el Presidente de la Federación Madrileña de Municipios invoque la autonomía local para reivindicar una mayor presencia del Consejo Consultivo en el ámbito municipal porque, en otros foros, se ha mantenido el razonamiento inverso; es decir, se ha invocado la autonomía municipal constitucionalmente garantizada para cuestionar que, en los procedimientos que instruyen y resuelven las corporaciones locales, deban intervenir los superiores órganos consultivos autonómicos, ya que, como su denominación indica, son órganos de las Comunidades Autónomas.

Cualquier análisis de estas cuestiones tiene que partir de las consideraciones sentadas por el Tribunal Constitucional a propósito del artículo 107 de la Constitución y la configuración constitucional del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno de la Nación. Al respecto es clave su sentencia 204/1992, de 26 noviembre, a la que ayer tuvo ocasión de referirse el Profesor Rafael Gómez-Ferrer. Debe notarse que esta sentencia no resuelve un problema relativo a la Administración local, sino a la autonómica. En concreto, se trata de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en relación con la preceptiva intervención del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de los reglamentos ejecutivos en materias de competencia de la Comunidad Autónoma.

De la jurisprudencia constitucional cabe deducir una serie de consideraciones generales: el Consejo de Estado es el órgano consultivo superior del Gobierno de la Nación, pero no es un órgano de la Administración activa, sino que está «al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece», y no forma parte de la Administración activa, sino que «actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia». Su actuación no supone, pues, dependencia alguna del Gobierno y la Administración autonómica respecto del Gobierno y la Administración del Estado, y ello aunque se trate de un órgano centralizado, con competencia sobre todo el territorio nacional -idea que ya había sentado en la STC 56/1990, de 29 de marzo-; además, el Tribunal Constitucional ha subrayado que la intervención de un órgano consultivo de estas características aporta una garantía del cumplimiento del principio de legalidad, de la objetividad en el servicio de los intereses generales, garantizando, de este modo, los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas.

Por esta razón, está plenamente justificado que el Estado, en el ejercicio de las competencias que le reconoce el artículo 149. 1. 18º de la Constitución, exija en ciertos procedimientos instruidos por las Administraciones autonómicas el dictamen preceptivo del Consejo de Estado. No obstante, si las comunidades autónomas deciden crear órganos de características similares a las del Consejo de Estado al amparo de su potestad de auto-organización, podrá sustituirse la intervención del supremo órgano consultivo nacional por la de los órganos consultivos superiores autonómicos.

Estas consideraciones generales permiten afrontar cualquier duda que, para la garantía constitucional de la autonomía local, pueda suscitar la participación de los órganos consultivos superiores en la actividad de las administraciones locales. Si el Tribunal Constitucional ha sostenido que la intervención del Consejo de Estado no vulnera la autonomía constitucionalmente garantizada a las nacionalidades y regiones, que es la expresión que utiliza el art. 2 de nuestra Constitución, con menores motivos cabe considerar que exigir un dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico pueda constituir una ilegítima intromisión en la autonomía local.

Además, hay que poner de manifiesto que la mayoría de los supuestos en los que las leyes reguladoras de los consejos consultivos autonómicos prevén su dictamen preceptivo en procedimientos que instruyen y resuelven las corporaciones locales, se limitan a recoger una exigencia del legislador estatal básico o pleno. Y esta exigencia tiene como finalidad garantizar el acierto y la legalidad de la resolución y, consecuentemente, de garantía para los ciudadanos afectados.

Así ocurre, sin duda, con el art. 13 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que enumera los asuntos en los que debe elevarse la consulta y, en concreto en los expedientes tramitados por las entidades locales, reitera lo previsto en la legislación dictada por el Estado al amparo del artículo 149. 1. 18º de la Constitución, como son la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público.

También debe tenerse en cuenta la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, que se refiere, en su artículo 13, al dictamen preceptivo del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico en los procedimientos de creación y supresión de municipios y cualquier alteración de los términos municipales. Este último precepto de la legislación estatal básica merece especial atención pues ofrece una perspectiva distinta de lo que la superior función consultiva pretende garantizar.

En efecto, debe advertirse que, a diferencia de otros asuntos sujetos a dictamen preceptivo, los procedimientos de creación y supresión de municipios o de alteración en general de los términos municipales no son realmente tramitados y

resueltos por las administraciones locales, pues la competencia resolutoria corresponde a la Comunidad Autónoma, previa audiencia, en todo caso, de los municipios afectados. En estos supuestos, la exigencia del dictamen del Consejo de Estado –o del órgano consultivo autonómico– no persigue garantizar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos afectados por la resolución, sino de los propios municipios. Se trata de asegurar que las alteraciones de los términos municipales respondan a unos mínimos criterios de objetividad, de legalidad y de respeto a la legislación aplicable y, de este modo, proteger uno de los elementos definidores de los municipios como es su territorio.

Esta misma idea está presente en otros supuestos en los que resulta preceptivo el dictamen del Consejo de Estado –o del consejo consultivo autonómico– que recoge el Texto Refundido de Régimen Local de 1986 y que han incorporado las legislaciones autonómicas de régimen local. Así, en los procedimientos de deslinde y amojonamiento (art. 10 del Texto Refundido de Régimen Local y 18 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de Madrid) o en los destinados a la modificación o la supresión de entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio (art. 44 del Texto Refundido de Régimen Local y 87 de la Ley Administración Local).

Me parece interesante este planteamiento, pues la intervención de los órganos consultivos en procedimientos que instruyen las comunidades autónomas pero que tienen una especial trascendencia para los municipios también tiene una perspectiva garantista, pero no tanto de los ciudadanos como de la entidad local afectada, siempre naturalmente que el órgano consultivo autonómico responda a esas características de autonomía funcional y de gestión, y de emisión de un juicio técnico ajustado a la legalidad. Esta idea se acoge en otras materias especialmente relevantes.

En concreto, me voy referir a dos supuestos de la legislación madrileña, pero que son extrapolables a otras comunidades autónomas que también los acogen en sus propias normativas.

El primer supuesto lo ofrece la legislación de régimen local que, al regular el procedimiento de alteración de los términos municipales, exige el dictamen preceptivo del consejo consultivo, como ha previsto la Ley de Bases del Régimen Local. Ahora bien, es posible que sea necesario introducir una alteración de términos mu-

nicipales incluso con la oposición del municipio y en esta hipótesis, la ley autonómica requiere la autorización de la Asamblea, y también el dictamen del Consejo de Estado, que hay que entender en la actualidad sustituido por el del consejo consultivo autonómico (artículo 16 de la Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid).

Un segundo supuesto afecta a un tema siempre conflictivo, como es el urbanismo. En concreto, si un municipio incumple gravemente sus obligaciones en esta materia, afectando significativamente a las competencias de la Comunidad de Madrid en urbanismo y ordenación del territorio, cabe que la Comunidad asuma las competencias municipales en materia de urbanismo, con dictamen preceptivo del Consejo Consultivo (artículo 63 *bis* de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid).

En estos casos se trata de procedimientos de indudable relevancia local pero de competencia resolutoria de la comunidad autónoma, y ningún obstáculo existe para que las leyes autonómicas prevean el dictamen del consejo consultivo. Al contrario, si el órgano consultivo autonómico goza de un estatuto jurídico que asegure su objetividad, imparcialidad y capacidad técnica, su intervención preceptiva contribuye a garantizar el control y acierto de la decisión y, de esta forma, los intereses públicos en presencia. El dictamen del órgano consultivo tiene naturaleza preventiva y siempre es mejor un control de legalidad previo a la adopción de una decisión que *a posteriori*, como ayer se planteó respecto de la intervención del Tribunal Constitucional en relación con el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Afrontemos ahora el segundo tema objeto de debate: ¿cabe ampliar los supuestos en los que las corporaciones locales pueden acudir a los órganos consultivos autonómicos? Esta posibilidad está expresamente prevista en algunas leyes autonómicas (por ejemplo, el artículo 18 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, fue modificado expresamente en 2001 para permitirlo; también lo admite la Ley 1/2004, de 21 de octubre del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, «cuando por su especial trascendencia o repercusión» se estime conveniente), e incluso lo contempla alguno de los nuevos Estatutos de Autonomía (así, el artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que se refiere al Consejo Consultivo como el «supremo órgano de asesoramiento de las entidades locales»).

En el análisis de esta cuestión creo que debe actuarse con cautela y valorar las ventajas e inconvenientes que suscita el hecho de que las corporaciones locales puedan elevar consultas a los órganos consultivos autonómicos al margen de los asuntos legalmente exigidos.

Por un lado, posibilitar que las entidades locales formulen consultas facultativas a los órganos consultivos autonómicos permitiría optimizar el rendimiento de una institución que cuenta con los medios adecuados para formular un juicio de legalidad, objetivo, técnico... Se “aprovecharía”, si se me permite la expresión, ese órgano.

Pero, en contra, puede argumentarse que si los municipios acudieran masivamente a los órganos consultivos autonómicos aumentaría significativamente su carga de trabajo y probablemente se incumplirían los plazos para evacuar los dictámenes preceptivos. Además, debe cuidarse por que no se produzca un solapamiento con las funciones de asistencia y cooperación jurídica a los municipios que la legislación básica de régimen local atribuye a las diputaciones provinciales y a las comunidades autónomas uniprovinciales, como ha notado el director general de Cooperación con la Administración Local de la Comunidad de Madrid.

Por esta razón, a mi juicio, deben articularse mecanismos que integren ambos puntos de vista y alguna sugerencia ya ha sido realizada en esta jornada. Así, a propósito del artículo 14.3 de la Ley del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que dispone que las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectúan por los Presidentes, y se cursan a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local, y que ha criticado el Presidente de la Federación Madrileña de Municipios. En efecto, no hay razones que justifiquen esta intermediación de la Administración autonómica, que impidan que el Alcalde se dirija directamente al Consejo Consultivo, cuando se trata de asuntos en los que el dictamen del órgano consultivo es preceptivo. En tales casos, la intervención de la Consejería poco tiene que añadir y, en su caso, entorpece el cumplimiento de los plazos para evacuar el dictamen. Por eso, la mayoría de las leyes, como la Ley 1/2004, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, o la Ley 9/1995, del Consejo Consultivo de Galicia, han previsto que los Presidentes de las Corporaciones Locales acudan directamente al órgano consultivo autonómico.

Las circunstancias, no obstante, son diversas si una entidad local desea solicitar facultativamente un informe del Consejo Consultivo. En este supuesto, la previa

intervención de la Consejería competente en materia de régimen local permitiría una criba de aquellas cuestiones que entran de lleno en las funciones autonómicas de asesoramiento legal a los municipios de aquellas otras que, por su naturaleza o entidad, serían susceptibles de remitirse al superior órgano consultivo autonómico. Esta es la solución que ofrecen algunas leyes autonómicas, como la Ley 10/1994, de 19 diciembre, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad de Valencia, o la Ley 11/2003, de 25 septiembre, respecto del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que diferencian los dictámenes preceptivos, que se solicitan directamente por el Presidente de la entidad local, de los de naturaleza facultativa, que se solicitan por conducto de la Consejería competente en materia de Administración Local.

Otra de las sugerencias que se han efectuado esta mañana defiende la posibilidad de dar un tratamiento diferenciado a las grandes ciudades y permitirles acudir facultativamente al Consejo Consultivo. Sin embargo, a mí me parece un criterio discutible, pues precisamente los municipios considerados como de “gran población” son los que cuentan con unos servicios municipales con la suficiente capacidad técnica como para afrontar con solvencia la gran mayoría de los problemas de legalidad, por complejos que sean. Y esta capacidad es sensiblemente inferior en los municipios de menor tamaño, que no deberían excluirse por esta simple razón de la posibilidad de formular consultas al supremo órgano consultivo.

Para finalizar, quiero referirme muy sintéticamente a un dato que no debemos pasar por alto: el hecho de que las comunidades autónomas cuenten con sus propios consejos consultivos que, como se ha señalado, son los que intervienen en régimen local, no impide que subsistan supuestos en los que es preceptiva la intervención del Consejo de Estado.

Así, cabe referirse a algún ejemplo como es el procedimiento de deslinde entre términos municipales pertenecientes a distintas comunidades autónomas, que se resuelve por la Administración General del Estado, previo dictamen del Consejo de Estado (artículo 50 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local) o el dictamen preceptivo del Consejo de Estado que se exige en el artículo 75 ter de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para suscitar el conflicto en defensa de la autonomía local contra las leyes y normas con rango de Ley estatales.

También será necesaria la intervención del Consejo de Estado en todos aquellos supuestos en los que no puede intervenir un órgano consultivo autonómico por

estar presentes entidades locales de diferentes comunidades autónomas. Al respecto destaca la posibilidad -que contempla la legislación básica de régimen local desde la modificación llevada a cabo por la Ley 57/2003- de que se constituyan mancomunidades de municipios con municipios de distintas comunidades autónomas si lo permite la legislación autonómica de régimen local. En la hipótesis de que se creen estas mancomunidades, y procedan a revisar de oficio alguno de sus actos viciados con nulidad de pleno derecho, tengan que resolver un recurso extraordinario de revisión, se ejercite contra ellas la acción de responsabilidad patrimonial o se susciten algunos de los asuntos relativos a la contratación administrativa que exigen la intervención del órgano consultivo superior, tendrán que acudir al Consejo de Estado, puesto que los municipios de una comunidad autónoma no se podrán sentir vinculados (principio de territorialidad) por el dictamen del órgano consultivo superior de otra comunidad autónoma.

En todos estos supuestos, y con ello termino, continúa siendo de aplicación el artículo 48 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local que, en su apartado segundo, dispone que el dictamen del Consejo de Estado «se cursará por conducto del Ministerio de Administraciones públicas, a petición de la Entidad de mayor población».

TERCERA PONENCIA.
EL FUTURO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN ESPAÑA

Ángel J. Sánchez Navarro

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. PERFILES DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA.

III. LA TRANSFORMACIÓN DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL.

1. La proliferación de nuevos órganos consultivos en el ámbito de la organización estatal.
2. La descentralización de la función consultiva: los consejos consultivos autonómicos.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando los coordinadores de esta obra me invitaron a participar en estas jornadas, dentro de un programa que incluye a expertos de primera fila en la materia y dirigido a un público igualmente conocedor de la misma, no puedo dejar de admitir que lo consideraré un auténtico privilegio, que obviamente agradezco. Pero, al mismo tiempo, fui igualmente consciente de que la tarea encomendada era enormemente ambiciosa, como resulta ya con toda claridad de la mera enunciación del título que la encabeza, y que planteaba riesgos evidentes, sólo en parte susceptibles de verse compensados por ventajas no menos obvias.

En cuanto a los riesgos, resulta claro que hablar sobre el futuro en cualquier ámbito de la vida humana supone siempre, por decirlo de alguna manera, un ejercicio de profecía, algo que siempre es difícil, y para lo que los juristas no estamos especialmente preparados. Obviamente, el futuro no está escrito, y tratar de avanzar, de adivinarlo, implica siempre asumir el riesgo de equivocarse. Tanto más, por su-

puesto, cuanto las palabras se las lleva el viento... si se lanzan al viento, pero si se plasman por escrito permanecen a la espera de que cualquier futuro lector pueda confrontarlas, poniendo de manifiesto la osadía de quien ignoraba los hechos por venir.

En todo caso, y como apuntaba antes, ese inconveniente —que no puede dejar de destacarse como marco general de la exposición— puede verse de alguna manera paliado o contrarrestado por otros factores. Entre los cuales hay que situar, en primer lugar, la confesada —e inevitable— humildad de su planteamiento: se trata, simplemente, de hacer un ejercicio de prospectiva, imaginando escenarios posibles, planteando algunas ideas generales, con una orientación igualmente global. No se trata, en definitiva, de examinar concretamente cuáles pueden ser los desarrollos imaginables en cada una de las múltiples funciones o perspectivas que pueden diferenciarse dentro de la noción de Función Consultiva, porque eso es algo que excede de mis posibilidades, del marco de estas páginas, y que de alguna manera ha estado ya presente, por lo demás de forma brillante, en las aportaciones de los demás participantes en estas jornadas. A mi juicio, se trataría —nada más y nada menos— de situar la cuestión en el contexto más amplio del sistema político y constitucional español.

Y, en esa labor más delimitada, no cabe duda de que mi exposición goza de una segunda, e impagable, ventaja, como es la de haber conocido antes las mencionadas aportaciones de los demás participantes, cuyas intervenciones proporcionan múltiples y valiosas pistas acerca de cuáles pueden ser las cuestiones que actualmente se plantean en esta área, comenzando por las relativas a la propia razón de ser de la Función Consultiva, brillantemente expuestas por el Profesor Gómez-Ferrer; o las funciones que podrían comprenderse dentro de la misma.

Así las cosas, permítaseme la osadía de recordar aquí una cita que me parece especialmente oportuna: decía Rousseau, en las primeras líneas del Libro I de “El contrato Social”, que precisamente por no ser político escribía sobre política, añadiendo que «si fuera príncipe o legislador no perdería mi tiempo en decir lo que hay que hacer, lo haría o me callaría». Pues bien: salvando todas las distancias, que evidentemente son muchas, debo subrayar que quien esto firma no sólo no es príncipe ni legislador, sino que tampoco es, ni ha sido siquiera, consejero o letrado en ningún órgano consultivo. Y es, pues, a partir de esa condición o, si se quiere, de esa visión desde fuera, desde donde trataré de ensayar algunas consideraciones personales y necesariamente generales sobre este tema que se me ha encargado.

A tal efecto, me referiré primero, y de manera muy breve, a los perfiles de la Función Consultiva; a continuación, y de forma igualmente somera, trataré de describir algunas de las transformaciones) del régimen político, del contexto político institucional y por tanto de la Función Consultiva que, por más que puedan ser perfectamente conocidas, pueden resultar más relevantes a los efectos que ahora nos ocupan; y, finalmente, trataré de esbozar algunas pinceladas sobre unas perspectivas de futuro necesariamente discutibles y que podrán ser discutidas.

II. PERFILES DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA

Así pues, y de acuerdo con el esquema anunciado, parece oportuno comenzar esta reflexión tratando de fijar cuáles son, a mi juicio, los perfiles constitucionales de la Función Consultiva en la España contemporánea. Un aspecto que ya he desarrollado, con mucha mayor extensión, en otro lugar, al hilo de la reforma de la ley del 2004 del Consejo de Estado¹.

Señalaba allí, en primer lugar, un dato que me resultó sorprendente, como es la escasez de estudios del Consejo de Estado desde una perspectiva constitucional. Lo cual, sin duda se puede explicar por muchas razones: evidentemente, a nadie se le escapa que el Consejo de Estado aparece, por una parte, vinculado al Gobierno y, por lo tanto, en la esfera que podríamos definir como propia del ejecutivo; por otra, no es menos relevante que este órgano se encuentre en los orígenes mismos del Derecho Administrativo. Todo ello aporta unas razones generales, pero aparte de ellas cabe apuntar otras, algunas específicas de España y otras más genéricas.

Así, en cuanto a España, cabe añadir una primera razón adicional, ligada a la indefinición constitucional de la Función Consultiva. Aunque la doctrina haya resaltado este punto, no creo que esté de más recordar que la Constitución española define de manera precisa, por ejemplo, cuál es la función del Jefe del Estado, qué simboliza, qué arbitra, qué modera, qué hace. De la misma forma que define las funciones que desempeñan unas Cortes Generales que representan al pueblo, legislan, ejercen la función legislativa y controlan al Gobierno. Y define lo que hace el Gobierno, que dirige la política, etcétera. Igualmente, la Constitución señala cuáles son

¹ *Vide: Consejo de Estado, Función Consultiva y reforma constitucional*. Madrid, Reus, 2007.

las funciones del Poder Judicial, que juzga y hace ejecutar lo juzgado, etc. De este modo, y de manera más o menos precisa, se definen las funciones de los partidos políticos, del Defensor del Pueblo, del Tribunal de Cuentas, del Ministerio Fiscal..., pero no se dice en qué consiste la función consultiva atribuida al Consejo de Estado.

Como es bien, sabido, el artículo 107 de la Constitución es la única referencia que se hace a la Función Consultiva, al Consejo de Estado. Éste aparece como el supremo organismo consultivo del Gobierno, pero sin que se defina cuál es el contenido constitucional, cuáles son los perfiles de esa función consultiva. Un aspecto en el cual nuestro texto constitucional se diferencia, por ejemplo, del italiano, que habla de un órgano de consulta jurídico-administrativa, lo cual aporta ya una pista adicional.

En todo caso, hay que reconocer que esa indefinición resulta lógica si se tiene en cuenta que esos perfiles se han ido configurando, no sólo en España sino también en otros países como Francia, al hilo de la evolución del Consejo de Estado, por lo que no puede extrañar que así aparezcan en la Constitución. Históricamente, las funciones del Consejo de Estado han variado mucho, de modo que en esa evolución cabe encontrar que, junto a la función estrictamente consultiva, ha ejercido otras jurisdiccionales (que mantiene en los casos francés e italiano), y otras más o menos políticas, o relativas a la integración de órganos, como los judiciales, según muestra la historia española.

De cualquier modo, lo que me interesa resaltar ahora es la clara vinculación que la Constitución establece entre la Función Consultiva y el órgano que tradicionalmente la ha ejercido. Un dato que convierte a dicha función consultiva en algo muy dependiente de la evolución del Consejo de Estado, por lo menos a mi juicio. Luego volveré a este punto.

Pero antes apuntaba que, junto a estas razones específicas propias del ordenamiento jurídico español, hay otras causas que pueden explicar la indefinición constitucional de la Función Consultiva y cuya naturaleza es más global, en el sentido de que responden probablemente a una perspectiva más amplia, global, del sistema político. En este sentido, no es baladí subrayar que la práctica totalidad de los regímenes políticos contemporáneos realizan una serie de funciones que se ejercen a través de órganos articulados de forma similar en todos los Estados. Es decir: la función

legislativa en todos los Estados se desarrolla mediante un tipo de órgano que siempre es una asamblea representativa; el Gobierno, o la función de dirección política y administrativa, a través de unos órganos de determinada configuración; el Poder Judicial, a través de un sistema que puede registrar muchas variantes, pero siempre está basado en la existencia de jueces, magistrados y tribunales...

Frente a esas funciones “necesarias”, hay otras sin embargo que no parecen serlo tanto o, por decirlo de otra manera (y tal vez, mejor), cuya articulación orgánica se realiza de forma muy variable. Se puede pensar, por ejemplo, en los Tribunales Constitucionales, que pueden considerarse fundamentales pero existen o no: hay países en los que no existen tales Tribunales, y sus funciones (control de la constitucionalidad de las leyes, resolución de conflictos competenciales entre órganos constitucionales) se cumplen por otras vías. O en el gobierno del Poder Judicial, articulado de forma distinta según el país de que se trate. O en la existencia de instituciones de garantía de los derechos fundamentales (Defensor del Pueblo, Mediadores, etc), que existen o no en unos u otros países, y bajo unas u otras fórmulas. Y en este grupo hay que incluir, evidentemente, a la Función Consultiva. Aunque más tarde volveré igualmente a este argumento, creo que ahora procede, simplemente, anotar este rasgo, según el cual el ejercicio de la Función Consultiva se articula siguiendo modelos muy distintos en el mundo.

En definitiva, para tratar de cerrar este primer epígrafe relativo a la configuración de los perfiles constitucionales de la función consultiva, basta recordar algo que todos los presentes saben: en nuestro país, esa configuración o caracterización de la función viene dada básicamente por el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, según el cual este órgano «velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico». Una configuración que luego se ha transplantado, con sus lógicas variantes, a los consejos consultivos autonómicos. Además, se añade la posibilidad de «valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines».

Pues bien: a partir de esos breves datos, que permiten de alguna manera ver cuáles son los perfiles constitucionales de la Función Consultiva, pasaré, como antes apuntaba, a tratar de describir, también de forma muy breve, la transformación de la misma en el régimen constitucional.

III. LA TRANSFORMACIÓN DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

Una vez más, el punto de partida tiene que ser la Constitución, y más concretamente su definición del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno (artículo 107, reiterado por el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado). Una definición que incorpora un doble sentido, o una doble perspectiva, funcional y orgánico.

En primer lugar, y desde el punto de vista funcional, se delimita la esfera de actividad del Consejo, afirmando que la misma se ciñe al ejercicio de la función consultiva: es un órgano consultivo. Desde el punto de vista orgánico, se dice que es el órgano consultivo “supremo”, de lo que se deduce (o se presupone, o se presume), la existencia (o, al menos, la posible existencia) de otros órganos dentro de esa misma esfera funcional.

De cualquier forma, es claro que las tres décadas transcurridas desde la instauración del régimen constitucional en España han afectado también a esas dos facetas, tanto a la orgánica como a la funcional. En lo orgánico, son notorias la multiplicación y la especialización de los órganos consultivos, que es lo que he tratado de expresar con el término “fragmentación” de la Función Consultiva. Y en cuanto a lo funcional, la idea de que es necesario repensar las funciones que desarrolla el Consejo de Estado (y luego, por extensión, otros órganos consultivos) ha llevado, en el año 2004, a una ambiciosa reforma de su Ley Orgánica, que ha operado lo que podría denominarse la “renovación” del contenido de las funciones de esa gran amplia y compleja función consultiva.

Así pues, como decía, en el primero de estos aspectos, el orgánico, se constata una multiplicación de órganos consultivos. Y, siempre a mi juicio, esta “fragmentación” de la función consultiva adquiere especial importancia por cuanto puede afectar a la posición central del Consejo de Estado, que como señalaba con anterioridad es la columna vertebral del modelo organizativo de la Función Consultiva, tal y como ha sido adoptado –asumido– por el vigente régimen constitucional español.

En este punto no me resisto a hacer alguna referencia histórica, pese a que pueda parecer superflua. El Consejo de Estado ha tenido siempre, desde sus orígenes históricos, una vocación de generalidad que se manifiesta ya en su propia denomi-

nación. Una vocación que no ha perdido, a pesar del progresivo desgajamiento de sus originarias competencias políticas, administrativas y –al menos, en España– jurisdiccionales, que han llevado a acantonarlo actualmente en el ámbito estrictamente consultivo. Dentro del cual, sin embargo, la posibilidad de consulta al Consejo (y hablo aún del Consejo de Estado) se contempla todavía hoy con una extraordinaria amplitud, definiendo así una competencia que sigue siendo –como apunta la doctrina– “universal” (García Álvarez) o “de carácter general” (Font i Llovet).

En cualquier caso, es evidente que esa vocación de generalidad en absoluto implica un monopolio de la Función Consultiva por parte del Consejo de Estado. Es más: su configuración como “supremo órgano consultivo del Gobierno” implica, como ya se ha subrayado, el reconocimiento constitucional de la existencia –al menos, posible– de otros “órganos consultivos” que comparten con él el ejercicio de esta función. Órganos concebidos genéricamente como aquellos «órganos administrativos» a los que «el ordenamiento... atribuye con carácter permanente la función de aconsejar, asesorar, y suministrar elementos de juicio a los demás órganos de la Administración Pública, y de forma señalada a los órganos activos que manifiestan la voluntad resolutoria de la Administración», de acuerdo con la definición ya clásica del Profesor Font.

La proliferación de estos órganos consultivos es una constante en los Estados contemporáneos y también en España desde hace ya mucho tiempo². Sin embargo, y a pesar de esa generalidad, probablemente en nuestro país este fenómeno se haya mostrado de forma particularmente clara durante el período de vigencia de la Constitución de 1978, porque en este tiempo en España han confluído dos fenómenos distintos: por una parte la actualización, el establecimiento de un régimen moderno y contrapuesto a las peculiaridades del régimen anterior, donde –según se decía– los consejeros se reunían para escuchar al aconsejado o poco menos. En este sentido, como es lógico, la adopción de una estructura político-administrativa más moderna y homologable a la de otros países democráticos, que la habían desarrollado de forma más paulatina, ha hecho que posiblemente esa proliferación de órganos consultivos haya sido mucho más rápida. Pero además, como es evidente también, la Constitución ha producido una profunda descentralización del Estado, que también se ha visto reflejada en el ámbito consultivo.

² Hasta el punto de que Javier García Fernández habla, muy gráficamente, de «los nuevos fenómenos consultivos y de asesoramiento político que van “desparramándose” por el ordenamiento de cualquier Estado democrático» (*Documentación Administrativa*, núm. 226, 1991, pág. 5; comillas añadidas).

Pues bien: parece claro que -por lo menos, a mi juicio- esa proliferación de órganos conlleva una simultánea “fragmentación” de la Función Consultiva. Porque si el Consejo de Estado asumía una competencia definida con carácter universal o general, la misma resulta sin embargo indiscutiblemente afectada por la aparición de nuevos órganos consultivos que la ejercen en ámbitos más o menos concretos, pero cada vez más numerosos y diversos.

De este modo, y a efectos puramente sistemáticos, podría considerarse que este “desparramamiento” de lo consultivo, traducido en la aparición de nuevos órganos de este carácter, y la consiguiente “fragmentación” del ejercicio de la función consultiva, se produce en un doble sentido. Primero, en un plano “horizontal”, esto es, en el ámbito de la organización de los poderes centrales del Estado. Y, a continuación, también en un plano “vertical”, de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Incluso, se hacía antes referencia, en esta misma sala, a la posibilidad de “consejos consultivos municipales”, atestiguando así que esta tendencia a la proliferación de tales órganos sigue estando presente.

1. La proliferación de nuevos órganos consultivos en el ámbito de la organización estatal

Como acaba de apuntarse, dentro de la organización estatal es evidente que los principios estructurales propios de los estados democráticos (dotados de unos ordenamientos jurídicos cada vez más complejos, como resalta con su habitual precisión la intervención del Profesor Gómez-Ferrer) han repercutido también, como no podía ser de otra manera, en el ámbito de los órganos consultivos, permitiendo e incluso alimentando la proliferación y diversificación de los mismos.

Obviamente, este aspecto ha sido analizado en profundidad en múltiples estudios, por lo que no parece oportuno tratar de desarrollarlo aquí con un mínimo de detalle. A pesar de lo cual, sí creo que conviene resaltar que éste no es un fenómeno nuevo, sino mera continuación de un proceso de “mitosis” que ya viene desde muy antiguo, prácticamente desde los orígenes de nuestro Consejo de Estado. Un proceso por el cual «los Monarcas representativos y sus Gobiernos» van desprendiéndose «de esta función de información y asesoramiento... la necesidad subsiste: los órganos políticos de Gobierno precisan consejos con criterios igualmente políti-

cos», que no pueden cubrir «ni los Consejos consultivos (volcados en lo jurídico), ni los órganos de la Administración (que tiende a actuar cada vez más con criterios objetivos de servicio público)». Se crea así un «vacío» ante el cual «surge la necesidad de un nuevo órgano de asesoramiento estrictamente político», como son «los Gabinetes ministeriales», los cuales asumen «funciones de asesoramiento o impulso político a la acción del titular del cargo, bien hacia el interior del propio Ministerio u órgano, bien hacia el exterior..., al margen de las estructuras administrativas regulares y con independencia del carácter funcionarial o político de sus miembros» (García Fernández)³.

Además, el moderno Estado representativo no sólo se diferencia del Estado del Antiguo Régimen por la legitimidad democrática sino también por la complejidad técnica, de manera que ese proceso no se detiene, sino que sigue desarrollándose permanentemente. Por eso aparecen cada vez más órganos de carácter muy distinto: como se ha dicho, «sin el sentido político de los Gabinetes y sin la elevada función asesora de los Consejos de Estado, ... otros muchos órganos consultivos... cuya génesis histórica y tipología sería difícil de reconstruir... vienen a recoger de una forma u otra antiguas atribuciones asesoras». Y así, la mera referencia a la “Función Consultiva” o a “los órganos consultivos” engloba aspectos enormemente diferentes, apuntando de manera conjunta, por ejemplo, a los Gabinetes (no sólo de órganos ministeriales, de Secretarías de Estado o de cualquier otro órgano), a las Secretarías Generales Técnicas, a Direcciones y organismos como las Direcciones Generales de Coordinación, la Dirección General de Relaciones con las Cortes, los servicios jurídicos, la Dirección de los Servicios Jurídicos del Estado, o de los diversos ministerios... Todo lo cual hace que parezca útil la distinción, que apunta la Profesora Carbonell, entre la “Función Consultiva superior” y otros ámbitos de la Función Consultiva.

En definitiva, son muchos los organismos (incluyendo aquellos órganos de participación de la sociedad: los Consejos Económicos y Sociales, el Consejo Escolar del Estado, u otros, que no hace falta enumerar ahora), que participan de alguna

³ *Vide* el artículo 10 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno: «Los Gabinetes son órganos de apoyo político y técnico del Presidente del Gobierno, de los Vicepresidentes, de los Ministros y de los Secretarios de Estado. Los miembros de los Gabinetes realizan tareas de confianza y asesoramiento especial sin que en ningún caso puedan adoptar actos o resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la Administración General del Estado o de las organizaciones adscritas a ella. Particularmente les prestan su apoyo en el desarrollo de su labor política, en el cumplimiento de las tareas de carácter parlamentario y en sus relaciones con las instituciones y la organización administrativa» (los subrayados han sido añadidos).

manera en esta Función Consultiva entendida globalmente. Todo lo cual hace pertinente la observación con la que el Presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Don Mariano Zabía, inauguraba estas jornadas, al subrayar que el dictamen es un trámite que no debiera considerarse como un obstáculo, sino más bien como una colaboración. Una observación perfectamente ajustada al propósito de la Función Consultiva, pero que sin duda adquiere renovada relevancia en el contexto de nuestro tiempo donde, como alguien ha planteado también en esta misma sala, cabría preguntarse: ¿cuántos dictámenes son razonables?; ¿hasta cuántos dictámenes es capaz de aguantar la decisión de la Administración activa antes de dejar de ser eficaz?

En esta misma línea, la intervención del Profesor Checa González alude, por ejemplo, a las observaciones que hace el Consejo de Estado sobre la calidad de las memorias, cada vez más numerosas. En efecto, antes de adoptar una decisión hay que hacer una memoria económica pero, además, a ella se añaden otras: memorias de impacto medioambiental, de impacto de género, de impacto normativo... Y, como él mismo subraya, muchas veces tales memorias no son buenas. Por lo tanto se están acumulando trámites de consulta de valor desigual, y en este contexto el papel de la Función Consultiva superior probablemente tenga un sentido especial.

2. La descentralización de la Función Consultiva: los consejos consultivos autonómicos

Naturalmente, junto a esa multiplicación de órganos consultivos dentro del ámbito de la Administración del Estado, aquí y ahora tiene especial interés la descentralización de la Función Consultiva, la aparición de los consejos consultivos autonómicos, a la que se refieren casi todas las ponencias anteriores. Éste es, por otra parte, el único aspecto que ha recibido una atención destacada por parte de los constitucionalistas, como es natural, porque tiene que ver con la construcción de un nuevo modelo de Estado, y por lo tanto ha sido objeto de estudios más amplios o generales.

Pero lo que ahora quisiera destacar es que, al menos a mi juicio, esta multiplicación de órganos consultivos difiere de la producida en el ámbito de la Admi-

nistración Central, y tiene una relevancia distinta. Y ello es así, en primer lugar, en términos simbólicos porque, en definitiva, y por más que sea absolutamente coherente con el modelo constitucional, esta aparición de nuevos consejos consultivos de carácter autonómico viene, en alguna medida, a negar la razón de ser original del Consejo de Estado, un órgano cuya relevancia histórica –al menos, en España– probablemente resultó, en gran medida, de su condición de único Consejo con competencia sobre la totalidad de la Monarquía⁴.

En este mismo sentido uno de los principales concededores de los orígenes del Consejo de Estado, el Profesor Feliciano Barrios, señala que el nacimiento del Consejo de Estado con Carlos V, se produce «como respuesta orgánica a la condición de Carlos V, cabeza de diversos reinos y estados que no constituían una unidad ... sólo vinculados entre sí por el hecho de tener un monarca común»⁵. En definitiva, ante esta situación, el Rey necesita un Consejo con aspiraciones de totalidad.

Por lo tanto, este punto de vista histórico permite entender en toda su dimensión la relevancia del Consejo de Estado, y justifica también la diferencia existente, desde el punto de vista simbólico, entre la creación de consejos consultivos autonómicos y la de otros órganos, como las secretarías generales técnicas o los gabinetes de los departamentos ministeriales.

Pero además, este supuesto resulta también distinto porque, a diferencia de lo que se indicaba en el epígrafe anterior, en este caso la “competencia” con el Consejo de Estado es directa: en palabras de Roberto Blanco Valdés, «la atribución de competencias consultivas a órganos autonómicos supone la paralela sustracción» de «parte de las funciones desempeñadas históricamente por» el Consejo de Estado⁶.

⁴ En este sentido, el fallecido Íñigo Cavero Lataillade, entonces Presidente de este órgano, afirmaba en 1997 su pesar porque, a su juicio, «hemos desperdiciado una magnífica oportunidad de retener una venerable institución cual es el Consejo de Estado como elemento de cohesión común de las nacionalidades y regiones, dentro de la más estricta garantía de sus competencias y autogobierno. Habría sido encomiable que una institución tan estrechamente enraizada en la historia de España, hubiera continuado prestando la Alta Función Consultiva al servicio de los intereses generales del Estado, tanto a nivel de Administración general, como de Administraciones autonómicas» (“La Alta Función Consultiva: Consejo de Estado y órganos consultivos semejantes de las Comunidades Autónomas. Perspectiva actual y de futuro”. En: *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*. Madrid, Dirección del Servicio Jurídico del Estado-Civitas, 1998, pág. 600).

⁵ *El Consejo de Estado de la Monarquía española (1521-1812)*. Madrid, Consejo de Estado, 1984, pág. 34.

⁶ “La Función Consultiva autonómica y su institucionalización tras la STC 204/1992: algunas reflexiones a propósito de la Ley del Consejo Consultivo de Galicia”. *Autonomies, Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 22, 1997, págs. 120 y 103-104.

Es decir, aquí no estamos hablando normalmente de competencias “complementarias con” o “suplementarias a” las del Consejo de Estado, sino de competencias directamente alternativas: según el artículo 24.2 de la vigente Ley Orgánica del Consejo de Estado «El dictamen [del Consejo] será preceptivo para las Comunidades Autónomas en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes».

En su momento, esta disposición se incorporó a la ley del año 1980 precisamente con la idea que el Consejo de Estado no fuese sólo “el supremo órgano consultivo del Gobierno” de la Nación, sino –en palabras de uno de los parlamentarios constituyentes– el supremo órgano consultivo «de... todo el poder ejecutivo que va a haber en el Estado de las autonomías, que es la vocación del Estado español⁷».

Por tanto, este Consejo se concebía inicialmente como elemento de cohesión abierto a todos los gobiernos, a toda manifestación del poder ejecutivo. Sin embargo, y como por otra parte era más que previsible, el desarrollo mismo del Estado Autónomico condujo inevitablemente a suscitar la polémica acerca de esa configuración inicial. Y ello, naturalmente, no porque las Comunidades Autónomas gozaran de la facultad de acudir ante él, sino porque el artículo 23.2 de la Ley les imponía la necesidad de la consulta en ciertas ocasiones.

Surge así la conocida cuestión de la función del Consejo de Estado respecto a las comunidades autónomas, a la que hacen referencia otras aportaciones presentadas en estas jornadas por lo que no parece procedente reiterar sus términos. Baste señalar, de forma muy sintética, que «el precepto, en su literalidad, parece... [dar] a entender que en los mismos casos en que el dictamen es preceptivo» para el Estado (artículos 21 y 22 de la LOCE), también obliga a las comunidades autónomas, que «deben consultar al Consejo de Estado». Pero, desde un primer momento, la doctrina y la jurisprudencia no aceptaron pacíficamente esta interpretación, registrándose posiciones «distintas (diametralmente opuestas)⁸». Y que, en última instancia, la polémica queda zanjada por el Tribunal Constitucional con su Sentencia 204/92.

Se abre así, en definitiva, otro momento distinto en que la cuestión ya no es cuál es la relación de las comunidades autónomas con el Consejo de Estado, sino el

⁷ Manuel Villar Arregui (*DSS*, Pleno, núm. 47, de 12 de marzo de 1980, pág. 2108).

⁸ Jerónimo Arozamena Sierra: “La Función Consultiva del Consejo de Estado”. *Documentación Administrativa*, núm. 226, 1991, pág. 130.

desarrollo de consejos consultivos propios. Y que ha llevado a lo que el Profesor Font ha denominado “síndrome del Consejo de Estado”: actualmente, todas las comunidades autónomas (salvo la de Cantabria, que lo ha previsto estatutariamente, pero aún no lo ha constituido) han creado sus propios consejos consultivos. Y eso, pese a que pueda discutirse, no carece de lógica en el esquema del Estado de las Autonomías. Pero además, como la doctrina se ha encargado de señalar, encuentra también razones objetivas, esencialmente relacionadas con el hecho de que probablemente el Consejo de Estado (por sus formas de actuar, por su tradición, por sus procedimientos) no estaba pensado, o no supo abrirse fácilmente, para las consultas de las nuevas comunidades autónomas. No había en este ámbito unas prácticas, unas rutinas, que sí existían respecto de la Administración Central del Estado, y que permitían que las respuestas fueran ágiles.

Así las cosas, y en ese contexto, parece posible aventurarse a sugerir cuáles son las perspectivas de futuro. Por lo menos, aquellas que se me ocurren a mí, y que por supuesto resultan tan discutibles o tan válidas como las que pueda sugerir cualquier otro.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Pues bien: a mi juicio, el futuro de la Función Consultiva, y más precisamente de la Función Consultiva superior, habría de considerarse no sólo en el ámbito de la relación entre los consejos consultivos y el Consejo de Estado, como se ha hecho en varios momentos en estas jornadas, sino también en el ámbito de la organización global de los poderes públicos.

Probablemente esta reflexión resulte pertinente. En estas mismas jornadas, por ejemplo, se han planteado las posibilidades de cooperación y/o competencia entre una Dirección General de Administración Local del Gobierno autonómico, que tiene funciones de asesoría o, si se quiere y en un sentido amplio, consultivas; y un consejo consultivo al que se debe acudir, o al que puede interesar acudir directamente sin pasar por esa asesoría intermedia.

En todo caso, esta proliferación de órganos, y por consiguiente crecimiento del sector público, probablemente tenga que plantearse, sobre todo en momentos de crisis económica, teniendo en cuenta el principio de eficacia que el artículo 103 de la Constitución exige para el funcionamiento de las Administraciones Públicas. Tiene que hacerse, pues, respetando criterios de funcionalidad, considerando incluso sus costes estrictamente económicos, como confirma el hecho de que los costes de la función consultiva han aparecido en la práctica totalidad de las aportaciones presentadas a estas jornadas.

Rosa Collado cita una frase de Antonio Pérez-Tenessa, que venía a señalar algo así como que «el Consejo de Estado proporciona seguridad jurídica a cambio de dos meses y de doscientas mil pesetas». Pues bien: el Consejo de Estado proporciona seguridad jurídica a ciertos costes. Hoy resulta habitual la discusión, por ejemplo, que también ha aparecido aquí, sobre el coste de los dictámenes en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por tanto, estos términos de costes y de funcionalidad han de considerarse también a la hora de crear nuevas instituciones: ¿qué efectos van a producir? ¿van a resolver duplicidades, o a crearlas? ¿van a agilizar, o a agravar los procedimientos? Como apuntaba antes, ¿cuántos dictámenes es capaz de aguantar la Administración activa antes de tomar una decisión que sea eficaz?

Por eso resulta oportuno recordar aquí una conocida tipología de los principales modelos de organización de la Función Consultiva que hace Sabino Cassese, para quien la Función Consultiva se organiza en el mundo de formas muy distintas. Por lo cual trata de determinar qué factores influyen sobre esos modelos de organización, apuntando dos: en primer lugar, el contexto en que se ejerce la Función Consultiva; en segundo término, la concepción que se tiene de la misma⁸.

Así pues, la primera variable era, para este autor, el contexto del sistema político en que se ejerce la Función Consultiva, dentro del cual cabe apreciar a su vez dos elementos:

Por una parte, la existencia o ausencia de una tradición estatal fuerte, porque «en los países anglosajones», donde tal tradición no existe, «el poder público central

⁸ «La Funzione Consultiva nei governi moderni». *Quaderni Costituzionali*, XXI, núm. 1, 2001, *passim*, especialmente págs. 5-6.

no está concentrado y es fundamentalmente un conjunto (a menudo inestable) de agregados; [mientras que] en los países de tradición estatista, por el contrario, existe... una autoridad central fuerte y estable».

Un segundo elemento, igualmente dentro de ese contexto, es «el papel que desempeñan los componentes jurídicos y sus intérpretes. En los países anglosajones, el Derecho es producido por los Tribunales, y los jueces son los señores del Derecho; [mientras que] en los países con tradición de Derecho Administrativo, el Derecho es producido por el Ejecutivo (y por el Parlamento) y es el lenguaje de la burocracia».

A continuación, la segunda variable atiende a la concepción de la propia Función Consultiva: «en los países anglosajones, a diferencia de [lo que ocurre en] Francia, [la función consultiva] no está separada de otras actividades..., no está sistemática y establemente confiada a órganos *ad hoc*, [y] afecta más a la economía que al derecho». Tal vez habría que añadir hoy que la diversidad de formas que ofrece la Función Consultiva en los Estados democráticos modernos otorga gran importancia a los criterios de oportunidad o estrictamente políticos.

A continuación, aplicando estas variables a los distintos ordenamientos, este autor distingue tres modelos diferentes: el estadounidense, el británico, y el francés.

Según ese esquema, los Estados Unidos de América presentan una estructura gubernamental atomizada y “poco unitaria”, en cuyo vértice se encuentran, de manera eventual, unas pocas personas (*circa* “un millar”) nombradas por el Presidente. En ese contexto, federal y con una cúpula reducida, cabe apreciar «una incierta línea de demarcación entre administración activa y consultiva, un amplio recurso a organismos externos y la ausencia de un consejo [específico] para los asuntos jurídicos» paralelo al que existe desde 1946, por ejemplo, para el ámbito económico.

El segundo modelo, apreciable en el Reino Unido, vendría dado por el «predominio de los órganos judiciales en el ámbito jurídico (“*judge-made law*”) y la ausencia de un aparato *ad hoc* para la jurisdicción administrativa», que contribuyen a explicar «la fragmentación de la consulta jurídica y la separación entre consulta sobre problemas administrativos y sobre cuestiones legislativas».

El tercer y último modelo sería, naturalmente, el francés, que en parte es el que asume nuestra Constitución. Este modelo se basa en la organización unitaria del ejecutivo, dotado de un Derecho propio (el Derecho Administrativo), y cuyo juez –en el caso francés– «es igualmente el principal consejero del Gobierno», lo cual explica «la concentración de la función consultiva en un organismo de expertos, estable, que desarrolla sus funciones sólo en el ámbito jurídico, pero con un amplio alcance y con una influencia muy fuerte sobre las decisiones».

Esta distinción viene a colación no tanto por un prurito de erudición académica, sino simplemente para subrayar que no cabe dar por supuesto que la Función Consultiva haya de articularse en el futuro de la misma forma en que lo ha hecho hasta ahora. En este sentido, las profundas transformaciones de esta función (o, cabría decir también, de estas funciones), y las nuevas condiciones en que se ejerce, no permiten excluir la posibilidad de que adopte esquemas muy distintos a los que actualmente conocemos en nuestro ordenamiento.

Es más: cabría apuntar que, por ejemplo, la práctica, la experiencia de los consejos consultivos autonómicos ya pone de manifiesto cómo algunos de ellos (así, por ejemplo, la Comisión Asesora vasca o el Consejo Consultivo catalán) se alejan notablemente de la tradicional configuración adoptada por el Consejo de Estado, que como es sabido es la que recoge nuestra Constitución. Pues bien: si, como antes señalaba, la concepción de la Función Consultiva predominante en España aparece estrechamente vinculada al órgano que tradicionalmente la ha ejercido, es decir al Consejo de Estado, la pregunta que cabe plantearse es: ¿puede sobrevivir esa noción a un cambio profundo, a una descentralización profunda, que determine que el Consejo de Estado pierda ámbitos importantes de competencias? ¿Tiene sentido mantener exactamente para el futuro la misma estructura que hemos mantenido, o que hemos recogido o heredado de nuestro pasado?

Por decirlo de otra manera, esta multiplicación (o “desparramamiento”) tal vez no sea necesariamente compatible con la continuidad del modelo tradicional. La cuestión queda ahí: probablemente, hasta el momento no se ha planteado, no ha sido preciso plantearla, y como digo podría simplemente intuirse en algunas tendencias presentes en el ámbito de los consejos consultivos autonómicos.

En todo caso, y para ir concluyendo ya estas reflexiones, cabe señalar que la relación específica entre el Consejo de Estado y los consejos autonómicos plantea

también ciertos problemas, como ha quedado expuesto en varias contribuciones anteriores a estas jornadas. Así, es evidente que compatibilizar el respeto a la diversidad normativa propia del Estado autonómico, y al mismo tiempo tratar de mantener unas perspectivas comunes, provoca dificultades. Se ha subrayado también, por ejemplo y en varias ocasiones, la disparidad de criterios existente en cuanto a los umbrales mínimos que exigen el dictamen preceptivo en materia de responsabilidad patrimonial. O las diferencias que aparecen, por poner otro ejemplo, en cuanto a los criterios y baremos para la fijación de indemnizaciones, etcétera. Lo cual plantea lógicamente problemas que en algún momento habrá que resolver porque, como se ha reiterado en estas jornadas, la Función Consultiva también opera como garantía de los ciudadanos y, por tanto, la igualdad de los ciudadanos tiene que proyectarse en este ámbito, por lo menos en ciertos aspectos.

Por otra parte, la multiplicación de consejos implica una reducción del ámbito geográfico y material en el ejercicio de la Función Consultiva que puede provocar consecuencias, y que impide replicar exactamente el modelo anterior. Así, por ejemplo, el Profesor Gómez-Ferrer resalta en su contribución que cualquier sistema de designación puede ser válido, por más que cualquiera puede tener problemas. A pesar de lo cual, evidentemente hay cosas (como, por ejemplo, las figuras de los Consejeros Permanentes, que aportan a la actividad del Consejo de Estado una serie de valores de estabilidad, experiencia, etc.) que tal vez puedan modelarse con el paso del tiempo, pero son inimaginables en los primeros momentos de unas instituciones de nueva creación.

Asimismo, son de prever algunos problemas derivados de la (a veces, demasiado escasa) distancia. Así, por ejemplo, se ha destacado en numerosas ocasiones que el modelo de consejos, el dictamen, la Función Consultiva, el recurso a un órgano consultivo puede servir también eficazmente al objeto de evitar presiones, es decir, para establecer unas garantías de independencia que tal vez sean más difíciles si los consultores permanecen demasiado próximos y vinculados a los consultantes.

En todo caso, a partir de la citada STC 204/1992, se plantean además los problemas referidos a la “equivalencia” requerida en cuanto a la organización y al funcionamiento de los nuevos consejos autonómicos. Unos problemas relacionados con conceptos tan fundamentales como son, en este ámbito, los de independencia, objetividad o cualificación técnica. En este sentido, una vez más cabe decir que tal vez algunas de esas cuestiones puedan resolverse con el tiempo, pero otras proba-

blemente tendrán que construirse o procurarse *ex novo*, modificando o, simplemente, sometiendo a crítica los procedimientos para ver aquello que funciona, y aquello que debe modificarse.

Porque la pregunta clave es la que formulaba en su contribución Rosa Collado: «¿Qué tiene que hacer el Consejo?» Y la única respuesta, como ella misma señalaba, es «hacer lo que hace bien». Ello exige, por tanto, una labor de observación crítica de estos nuevos desarrollos, porque institucionalmente todavía estamos hablando de primeros pasos de los consejos. Es preciso, pues, ser capaces de valorar críticamente qué se hace bien, qué está funcionando, qué funciona o qué no funciona. Y, en función de los resultados de ese análisis, ajustar las cosas, repensar los mecanismos existentes (incluyendo por supuesto las posibles revisiones de las competencias de cada órgano), asegurando su conservación o su reforma para que puedan ser funcionales a fin de garantizar los intereses en juego.

En definitiva, a la hora de valorar cuál pueda ser el futuro de los órganos consultivos superiores (no sólo el Consejo de Estado, sino también los consejos consultivos autonómicos), a mi juicio habría que optimizar estos órganos en varios aspectos. Evidentemente, en cuanto a su funcionalidad, hay que evitar duplicidades, y en ese sentido hay que ser extremadamente cuidadoso a la hora de postular la aparición de nuevos órganos, porque la tendencia es *ad infinitum*. Tal vez sea conceptualmente posible crear indefinidamente órganos consultivos, pero llegado un momento ello incidirá en la eficacia administrativa, que es un principio constitucional que hay que salvaguardar.

De otra parte, hay que aprovechar y potenciar las características propias de estos órganos, resaltando aquello que, tras la señalada evaluación crítica, resulte que se hace bien. Para ello, seguramente resultará necesario establecer mecanismos de coordinación, para lo cual cabría pensar en el ejemplo que la propia Constitución ofrece en materia del Defensor del Pueblo, al prever una ley que regule las relaciones entre el estatal y las figuras afines autonómicas. Tal vez –seguramente– no haga falta llegar tan lejos, pero parece preciso considerar cómo se pueden establecer mecanismos de coordinación: ciertamente, algunos existen ya, a veces puramente informales, pero a lo mejor hay que formalizar, al menos hasta cierto punto, este aspecto.

En cuanto a las competencias, también se ha recordado en estas jornadas la revisión (operada por la Ley Orgánica 3/2004) de algunas competencias tradicio-

nales en materia de responsabilidad patrimonial, estableciendo un umbral mínimo para exigir un dictamen con carácter preceptivo. Algo que otras comunidades autónomas han hecho también, antes y después de la reforma estatal, y que sigue planteando debates.

Igualmente, ha de considerarse la potenciación de otras competencias. En algunas contribuciones hoy mismo se ha apuntado, por ejemplo, la utilidad de los consejos consultivos para las corporaciones locales. Y también se han recordado antiguas propuestas que han permanecido siempre sobre la mesa, como la que postulaba convertir al Consejo (o a los consejos) en instrumentos “de arbitraje”. O la que hacía Antonio Pérez-Tenessa, que quería convertir el Consejo en órgano de “control de calidad de la Administración”, o por lo menos de las labores normativas de las comunidades autónomas y del Estado. En ese sentido, por ejemplo, hay que recuperar la ya mencionada denuncia que el Consejo de Estado hace de las memorias normativas, resaltando su pobreza así como la de los informes que se piden continuamente.

También resulta posible incluir otras nuevas competencias. Y en este punto, casi para acabar, cabe recordar las nuevas competencias de “propuesta, estudio, e informe” que la Ley Orgánica de 2004 atribuye al Consejo de Estado, y que no han sido acogidas por la mayor parte de los consejos autonómicos. Según mi criterio, ya expuesto pormenorizadamente en el trabajo anteriormente citado, las iniciativas de propuesta son muy peligrosas: para los consejos consultivos, cualquiera que sea su ámbito, las iniciativas de propuesta tienen un riesgo claro de exceder el ámbito administrativo y de penetrar en la esfera estrictamente política, lo cual puede situarlos en otro plano que no es el suyo característico.

En mi opinión, el problema que tendría tal capacidad, sobre todo en ciertas materias (recuérdese que la reforma del 2004 introducía la posibilidad de proponer textos para la reforma constitucional o para propuestas de legislación) deriva de que lo que caracteriza el control de los órganos consultivos superiores es que su intervención se produce en el momento anterior a la decisión: es decir, actúan ya sobre proyectos de decisiones concretas, y no sobre principios, sobre valores. Y si se otorga esa competencia de elaborar propuestas, esa característica es difícilmente respetable.

De hecho, esta propuesta se introdujo en la Ley del Consejo de Estado al hilo de la propuesta de reforma constitucional que, por el momento, no ha seguido

adelante. Pero también, por ejemplo, el Consejo Consultivo de Galicia elaboró a finales del 2005 un informe sobre la reforma del Estatuto de Galicia, el cual empieza diciendo que lo característico de este estudio es que no se hace sobre un texto articulado concreto, sino sobre una serie de principios que la Junta de Galicia ha propuesto para su estudio. Por ello, dice el Consejo gallego, «esto se hace sin perjuicio de que al final si llega a haber un anteproyecto de reforma tendremos que estudiar el anteproyecto». Lo cual sitúa al Consejo (en este caso, al autonómico) ante la perspectiva de una doble intervención, en el momento inicial para elaborar un primer texto y en un momento final. Ello plantea problemas, que a nadie se le escapan; pero, sobre todo, a mi juicio puede provocar que los consejos escapen del ámbito en el que han sido fuertes.

Sin embargo, tales riesgos no existen, a mi juicio, si la competencia se limita a la elaboración de “estudios e informes”, en sentido estricto. En esa materia, la reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado se inspira en la experiencia francesa, donde esa elaboración de estudios e informes por parte del Consejo de Estado es generalmente (por no decir unánimemente) muy bien valorada, porque se considera que ha permitido intervenir en la conciencia social desde la conciencia de la Administración, dotando al Consejo de una relevancia institucional y de una nueva dimensión que, junto a sus funciones tradicionales, ha contribuido a consolidar su prestigio.

Ciertamente, el Consejo de Estado, como un órgano extremadamente especializado, con una perspectiva propia como depositario de una tradición, de unos conocimientos importantísimos, y en esa medida también en la medida en que lo comparten los consejos autonómicos, sí está[n] en una posición privilegiada para poder hacer estudios e informes acerca del funcionamiento de la Administración, acerca de aspectos que nunca deben salir de ese ámbito estrictamente administrativo.

Y esto es, a mi juicio, lo que pone de relieve la experiencia de los informes elaborados por el Consejo de Estado desde el año 2004: el primero, sobre la reforma de la Constitución, donde se le hace una pregunta complicadísima: ¿cómo se podrían reformar estos puntos de la Constitución, qué consecuencias tendría, qué otras reformas habría que hacer si hiciéramos esas? La pregunta es peliaguda, pero el Consejo acude a su leal saber y entender y, como sabe mucho y entiende mucho, sale de la forma en que puede, con un dictamen probablemente excelente pero que se con-

vierte en un primer momento en centro de debate político, y probablemente por esa misma razón automáticamente queda guardado en un cajón.

Un riesgo similar tenía el informe que se le solicitó sobre la reforma electoral, una materia especialmente sensible en cualquier sistema democrático. Pues bien, al Consejo de Estado se le pide que diga cómo se puede cambiar el sistema electoral. Y el Consejo de Estado elabora igualmente un informe muy valioso por lo que dice, pero naturalmente no llega a hacer propuestas concretas, más allá de algunas sugerencias muy modestas. En cualquier modo, hace una valoración y un estudio efectivamente especializado, de altísimo nivel, y en ese sentido contribuye al debate de forma inmejorable.

Los otros informes, los otros tres informes que se han producido hasta el momento, creo que se ajustan perfectamente a las capacidades, a la aportación que puede hacer el Consejo: uno, sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español; otro, sobre la protección de hábitats y especies marinas; y un tercero, sobre la adaptación del ordenamiento español y europeo contra la pesca ilegal. Es decir, materias en las cuales el conocimiento de los procedimientos administrativos, de la legislación vigente, es absolutamente fundamental. Materias que no proporcionan titulares, pero que sin embargo lo que hacen es servir a la mejor calidad técnica de nuestro Consejo.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Al iniciar estas páginas señalaba que el futuro no está escrito, es una hoja en blanco y está por escribir. Pues bien: en este sentido, los altos cuerpos consultivos administran un enorme caudal de experiencia y de conocimiento, y por eso saben que está por escribir, y están en la mejor posición para afrontar ese futuro.

En el mismo sentido también se decía ayer aquí que un año de vida del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid no es mucho. Y, a este respecto, yo me veo obligado a añadir que no lo es, evidentemente, cuando en la familia hay quien discute si el abuelo -que goza de una salud espléndida- ha cumplido dos siglos o va a cumplir cinco. Pero un año, si es el primer año de vida, sí es mucho, y es especialmente importante: si el nacimiento ha sido bueno, si no presenta problemas, si se

desarrolla correctamente hay motivos para estar satisfechos. Por esa razón reitero mi felicitación al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a todos los que han hecho posible que ahora celebre este su primer cumpleaños con estas Jornadas.

ΣMI

La Suma de Todos



Comunidad de Madrid

www.madrid.org



**CONSEJO
CONSULTIVO**
COMUNIDAD DE MADRID