

CONSEJO DE ESTADO

**MEMORIA
DEL AÑO 2011**

**que el Consejo de Estado en Pleno eleva al
Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto
en el artículo 20. 2 de la Ley Orgánica
3/1980, de 23 de abril**



Madrid, 2012

INTRODUCCIÓN

La presente Memoria del Consejo de Estado, correspondiente al año 2011, fue aprobada por el Pleno en sesión celebrada el día 20 de diciembre de 2012.

Se ha elaborado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, según el cual *“el Consejo de Estado en Pleno elevará anualmente al Gobierno una memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Consejo en el período anterior, recogerá las observaciones sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulten de los asuntos consultados y las sugerencias de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración”*.

Esta Memoria consta de dos partes: en la primera se da cuenta de la organización y de la actividad del Consejo; en la segunda se analizan diversos temas de actualidad surgidos en el ejercicio de la función consultiva durante el año 2011, que se refieren al funcionamiento de los servicios públicos y a la sugerencia de medidas para la mejora de la Administración.

PRIMERA PARTE

EL CONSEJO DE ESTADO DURANTE EL AÑO 2011

I. COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO (AL 31 DE DICIEMBRE DE 2011)

1. CONSEJO DE ESTADO EN PLENO

PRESIDENTE

Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente.

CONSEJERA Y CONSEJEROS PERMANENTES

Excmo. Sr. Don Landelino Lavilla Alsina.

Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

Excmo. Sr. Don Miguel Herrero Rodríguez de Miñón.

Excmo. Sr. Don Fernando Ledesma Bartret.

Excmo. Sr. Don Antonio Sánchez del Corral y del Río.

Excmo. Sr. Don José Luis Manzanares Samaniego.

Excma. Sra. Doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

Excmo. Sr. Don Enrique Alonso García.

CONSEJERO PERMANENTE EMÉRITO

Excmo. Sr. Don Miguel Vizcaíno Márquez.

CONSEJERA Y CONSEJEROS NATOS

Excmo. Sr. Don José Manuel Blecua Perdices, Director de la Real Academia Española.

Excmo. Sr. Marcelino Oreja Aguirre, Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Excmo. Sr. Don Landelino Lavilla Alsina, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación¹.

Excmo. Sr. Don Marcos Peña Pinto, Presidente del Consejo Económico y Social.

Excmo. Sr. Fiscal General del Estado (lo fue hasta el 16 de diciembre de 2011 don Cándido Conde-Pumpido Tourón, estando vacante a 31 de diciembre).

Excmo. Sr. Jefe del Estado Mayor de la Defensa (lo fue hasta el 30 de diciembre de 2011 don José Julio Rodríguez Fernández y por Real Decreto 1903/2011, de 30 de diciembre, fue nombrado el Almirante del Cuerpo General de la Armada don Fernando García Sánchez, que tomó posesión el 9 de febrero de 2012).

Excmo. Sr. Don Carlos Carnicer Díez, Presidente del Consejo General de la Abogacía.

Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

Excmo. Sr. Don Joaquín de Fuentes Bardají, Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado.

Excma. Sra. Doña Paloma Biglino Campos, Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Excmo. Sr. Don Miguel Fernández Ordóñez, Gobernador del Banco de España.

¹ El señor Lavilla Alsina ya forma parte del Pleno en calidad de Consejero Permanente.

CONSEJERAS Y CONSEJEROS ELECTIVOS

Excma. Sra. Doña Josefina Gómez Mendoza.

Excma. Sra. Doña Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós.

Excmo. Sr. Don Juan José Laborda Martín.

Excmo. Sr. Don José Ramón Recalde Díez.

Excma. Sra. Doña Amparo Rubiales Torrejón.

Excma. Sra. Doña Isabel Tocino Biscarolasaga.

Excmo. Sr. Don Manuel José Silva Sánchez.

Excmo. Sr. Don Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona.

Excmo. Sr. Don Juan Carlos Rodríguez Ibarra.

SECRETARIA GENERAL

Excma. Sra. Doña Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos.

2. COMISIÓN PERMANENTE

PRESIDENTE

Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente.

CONSEJERA Y CONSEJEROS PERMANENTES

Excmo. Sr. Don Landelino Lavilla Alsina.

Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

Excmo. Sr. Don Miguel Herrero Rodríguez de Miñón.

Excmo. Sr. Don Fernando Ledesma Bartret.

Excmo. Sr. Don Antonio Sánchez del Corral y del Río.

Excmo. Sr. Don José Luis Manzanares Samaniego.

Excma. Sra. Doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

Excmo. Sr. Don Enrique Alonso García.

SECRETARIA GENERAL

Excma. Sra. Doña Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos.

3. COMISIÓN DE ESTUDIOS

Presidente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente.

Consejeros Permanentes:

Excmo. Sr. Don Landelino Lavilla Alsina.

Excmo. Sr. Don Enrique Alonso García.

Consejero y Consejera Natos:

Excmo. Sr. Don Joaquín de Fuentes Bardají.

Excma. Sra. Doña Paloma Biglino Campos.

Consejera y Consejero Electivos:

Excma. Sra. Doña Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós.

Excmo. Sr. Don Manuel José Silva Sánchez.

Secretaria General:

Excma. Sra. Doña Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos.

4. SECCIONES

Primera

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Landelino Lavilla Alsina.

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Don José María Pérez Tremps.

Letradas:

Ilma. Sra. Doña Áurea María Roldán Martín.

Ilma. Sra. Doña Pilar Rosa Cuesta de Loño

Ilma. Sra. Doña Beatriz Rodríguez Villar.

Secretaría: Doña María Magdalena de la Morena Agudo y doña Concepción Queija Santos.

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes de la **Presidencia del Gobierno** y de los Ministerios de **Asuntos Exteriores y de Cooperación**; de **Hacienda y Administraciones Públicas (Secretaría de Estado de Administraciones Públicas)** y de la **Presidencia**. Asimismo despacha los asuntos relativos a conflictos en defensa de la **autonomía local** así como las consultas procedentes de las **Comunidades Autónomas** que no correspondan a ninguna Sección determinada.

Segunda

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Don Jaime Aguilar Fernández-Hontoria.

Letrados:

Ilmo. Sr. Don Rafael Pablo Jover Gómez-Ferrer.

Ilmo. Sr. Don Jesús Avezuela Cárcel.

Ilmo. Sr. Don Lucas Manuel Blanque Rey.

Secretaría: Doña María José Regojo Dans y doña Asunción Carmona Carlés.

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes de los Ministerios de **Justicia** y de **Empleo y Seguridad Social**.

Tercera

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Miguel Herrero Rodríguez de Miñón.

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Don José Leandro Martínez-Cardós y Ruiz.

Letrados:

Ilmo. Sr. Don Víctor Pío Torre de Silva y López de Letona.

Ilma. Sra. Doña Rosa María Collado Martínez.

Secretaría: Doña Felicita García Gallego y don Santiago Martínez Añíbarro.

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes del Ministerio del **Interior**, así como las consultas procedentes de las **Comunidades Autónomas** que se refieren a expedientes de entidades locales (Diputaciones y Ayuntamientos).

Cuarta

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Fernando Ledesma Bartret.

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Don Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín.

Letrados:

Ilma. Sra. Doña Rocío Tarlea Jiménez.

Secretaría: Doña Pilar del Saz Moreno.

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes de los Ministerios de **Defensa** y de **Industria, Energía y Turismo** y de **Economía y Competitividad** (**Secretaría de Estado de Comercio**).

Quinta

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Antonio Sánchez del Corral y del Río.

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Don Francisco Javier Gómez-Acebo.

Letrados:

Ilma. Sra. Doña Claudia María Presedo Rey.

Ilmo. Sr. Don Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade.

Secretaría: Doña María del Carmen Sánchez Hernando y doña María Dolores Comas Blázquez.

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes del Ministerio de **Hacienda y Administraciones Públicas** (excepto **Secretaría de Estado de Administraciones Públicas**) y de **Economía y Competitividad** (excepto **Secretaría de**

Estado de Comercio y Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación).

Sexta

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don José Luis Manzanares Samaniego.

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Don Luis María Domínguez Rodrigo.

Letrados:

Ilmo. Sr. Don José Amérigo Alonso.

Ilma. Sra. Doña Pilar Rosa Cuesta de Loño.

Secretaría: Doña María del Carmen Almonacid González y doña Rosa María González Soto.

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes del Ministerio de **Fomento.**

Séptima

Consejera Presidenta: Excma. Sra. Doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Don José Antonio García-Trevijano Garnica.

Letrados:

Ilmo. Sr. Don José Joaquín Jerez Calderón.

Ilma. Sra. Doña María José Trillo-Figueroa Molinuevo.

Secretaría: Doña María Dolores Pérez Robles y doña María José Castro Solano.

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes de los Ministerios de **Educación, Cultura y Deporte**, de **Economía y Competitividad (Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación)** y de **Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad**.

Octava

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Enrique Alonso García.

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Don Íñigo Coello de Portugal y Martínez del Peral.

Letrados:

Ilmo. Sr. Don José Luis Palma Fernández.

Ilmo. Sr. Don Moisés Barrio Andrés.

Secretaría: Doña Mercedes Lahoz Serrano y doña María Rosario Herrero Pérez.

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes del Ministerio de **Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente**.

5. LETRADAS Y LETRADOS

Letrados Mayores

Excmo. Sr. Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez (1)

Excmo. Sr. Don Federico Trillo-Figueroa y Martínez Conde (1)

Excmo. Sr. Don José Antonio García-Trevijano Garnica

Excmo. Sr. Don Jaime Aguilar Fernández-Hontoria

Excmo. Sr. Don José María Pérez Tremps (2)

Excmo. Sr. Don Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín

Excmo. Sr. Don Francisco Javier Gómez-Acebo Sáenz de Heredia
Excmo. Sr. Don Luis María Domínguez Rodrigo
Excmo. Sr. Don Leandro Martínez-Cardós y Ruiz (2)
Excmo. Sr. Don Íñigo Coello de Portugal y Martínez del Peral (2)

Letradas y Letrados

Ilmo. Sr. Don Ignacio Bayón Mariné (4)
Ilmo. Sr. Don Ernesto García-Trevijano Garnica (4)
Ilmo. Sr. Don José María Michavila Núñez (4)
Ilmo. Sr. Don David Vicente Blanquer Criado (4)
Ilmo. Sr. Don Víctor Pío Torre de Silva y López de Letona
Ilmo. Sr. Don José María Jover Gómez-Ferrer (3)
Ilmo. Sr. Don Francisco Javier Gomá Lanzón (4)
Ilmo. Sr. Don José Fernando Merino Merchán (4)
Ilmo. Sr. Don José Luis Palma Fernández
Ilmo. Sr. Don Alfredo Dagnino Guerra (4)
Ilma. Sra. Doña Áurea María Roldán Martín
Ilma. Sra. Doña Claudia María Presedo Rey
Ilma. Sra. Doña Rosa María Collado Martínez
Ilmo. Sr. Don Javier Pedro Torre de Silva y López de Letona (4)
Ilmo. Sr. Don Rafael Pablo Jover Gómez-Ferrer
Ilma. Sra. Doña Ana Isabel Santamaría Dacal (3)
Ilmo. Sr. Don José Joaquín Jerez Calderón
Ilmo. Sr. Don Jesús Avezuela Cárcel
Ilmo. Sr. Don Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade

Ilmo. Sr. Don Lucas Manuel Blanque Rey

Ilmo. Sr. Don José Américo Alonso

Ilma. Sra. Doña Pilar Rosa Cuesta de Loño

Ilma. Sra. Doña Beatriz Rodríguez Villar

Ilma. Sra. Doña María José Trillo-Figueroa Molinuevo

Ilmo. Sr. Don Moisés Barrio Andrés

Ilma. Sra. Doña Rocío Tarlea Jiménez

- (1) Letrado Mayor en situación de servicios especiales
- (2) Letrado Mayor en comisión
- (3) Letrado en situación de servicios especiales
- (4) Letrado en situación de excedencia voluntaria

II. FUNCIÓN CONSULTIVA

II. A. DICTÁMENES

1. Consultas

Durante el año 2011 tuvieron entrada en el Consejo de Estado 2.157 consultas, de las que 118 lo fueron con declaración de urgencia.

Se despacharon 2.240 expedientes, de los cuales 2.123 fueron objeto de dictamen de fondo. En relación con éstos, se formularon 30 votos particulares en la Comisión Permanente.

El detalle de los expedientes despachados es el siguiente:

Dictámenes	2.123
Peticiones de antecedentes	109
Expedientes devueltos a petición de la Autoridad consultante o por otras causas.....	7
Expedientes anulados	1
Total asuntos despachados.....	<hr/> 2.240

2. Clasificación de los expedientes

2.1. Por su procedencia

Remitente	Número
MINISTERIOS	
Asuntos Exteriores y de Cooperación	73
Ciencia e Innovación.....	9
Cultura.....	11
Defensa	126
Economía y Hacienda	172
Educación.....	16
Fomento	483 ²
Industria, Turismo y Comercio.....	38
Interior.....	277 ³
Justicia.....	477
Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino	190
Política Territorial y Administración Pública	48
Presidencia.....	23
Sanidad, Política Social e Igualdad	55
Trabajo e Inmigración	121
Total Ministerios	<hr/> 2.119

² Uno de ellos, aun siendo de Fomento, se despachó por la Sección Primera como Ponencia Especial.

³ Uno de ellos, aun siendo de Interior, se despachó por la Sección Cuarta como Ponencia Especial.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Cantabria	29
Total Comunidades Autónomas	<hr/> 29

OTROS

Banco de España	4
Ciudad Autónoma de Melilla.....	4
Consejo de Seguridad Nuclear.....	1
Total otros	<hr/> 9

2.2. *Por las Secciones han entrado los siguientes expedientes:*

Sección	Número
Sección Primera.....	149
Sección Segunda.....	601
Sección Tercera	289
Sección Cuarta.....	168
Sección Quinta.....	176
Sección Sexta.....	485
Sección Séptima	87
Sección Octava	202
Total	<hr/> 2.157

2.3. *Por la naturaleza de su contenido se han despachado los siguientes expedientes:*

2.3.1. *Disposiciones de carácter general*

Tratados, convenios, acción exterior	70
Anteproyectos de ley	16
Reales decretos-leyes	1
Reales decretos legislativos	3
Reales decretos	207
Decretos	8

Órdenes ministeriales	55
Otras normas reglamentarias	7
	367
Total disposiciones.....	367

En el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011 el Consejo de Estado ha emitido dictamen sobre 16 anteproyectos de Ley.

Ocho de ellos fueron remitidos al Pleno tras su aprobación por la Comisión Permanente.

De los dieciséis, estaban calificados seis como urgentes y de estos seis se dictaminaron dos de ellos con un plazo de nueve días.

En este mismo periodo se han emitido 207 dictámenes relativos a otros tantos proyectos de reales decretos. De ese total, tres de ellos han sido aprobados por el Pleno y, del total, 46 han sido urgentes. Con plazos en ocasiones tan breves como de tres días.

Por último, han sido 55 las órdenes ministeriales objeto de dictamen, de las cuales 14 han tenido carácter de urgencia.

De todo ello se deduce que las solicitudes de urgencia son atendidas con la celeridad exigida y que han supuesto el 37,5% de las solicitudes de dictamen relativas a anteproyectos de ley, el 22,2% relativas a reales decretos y el 25,4 % relativas a órdenes ministeriales.

2.3.2. Actos administrativos

Cambio de nombres y apellidos.....	13
Concesiones administrativas.....	46
Contratos administrativos	62
Reclamaciones de responsabilidad patrimonial	1.316
Recursos extraordinarios de revisión.....	49
Recursos de inconstitucionalidad	27
Revisión de actos en vía administrativa	233
Títulos nobiliarios.....	11
Consulta orientativa.....	1
	<hr/>
Total actos	1.758

2.4. Sobre incorporación o aplicación de normas de Derecho comunitario

Del total de dictámenes aprobados en este año, 160 versan sobre la incorporación o aplicación de normas de Derecho comunitario, con independencia de la Sección a la que haya correspondido.

Transposición de Directivas y de Decisiones marco	95
Cumplimiento, desarrollo y aplicación de Reglamentos	39
Cumplimiento, aplicación de artículos del Tratado, decisiones, procedimientos de infracción o sentencias	

del TJCE (que no impliquen mera incorporación de directivas).....	19
Asuntos en los que existía la obligación de notificación previa a la Comisión Europea.....	7
	<hr/>
Total.....	160

2.5. Por su importancia o interés doctrinal

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. (dictamen núm. 2.051/2010).
- Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (dictamen núm. 2.222/2010).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos educativos (dictamen núm. 2.397/2010).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la ordenación zootécnica y sanitaria de las explotaciones equinas y se establece el plan sanitario equino (dictamen núm. 2.409/2010).
- Proyecto de Real Decreto por el que se actualiza el catálogo de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera y se establecen las disposiciones básicas para su aplicación (dictamen núm. 2.480/2010).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 258/1999, de 12 de febrero, por el que se establecen condiciones mínimas sobre la protección de la salud y la asistencia médica de los trabajadores del mar (dictamen núm. 2.667/2010).
- Proyecto de Real Decreto sobre gestión de la seguridad de las infraestructuras viarias en la Red de Carreteras del Estado (dictamen núm. 2.737/2010).
- Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (dictamen núm. 6/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Estatuto del Fondo Español de Garantía Agraria, aprobado por el Real Decreto 1441/2001, de 21 de diciembre (dictamen núm. 7/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (dictamen núm. 26/2011).
- Conflicto positivo de competencia en relación con el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 30 de diciembre de 2010, por el que se aprueba el catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el Diario Oficial de Galicia de 31 de diciembre de 2010 (dictamen núm. 34/2011).
- Recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 1 a 4, así como las Disposiciones Adicionales Primera, Segunda y Tercera, de la Ley 12/2010, de 22 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Galicia, sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica (dictamen núm. 35/2011).

- Proyecto de Orden por la que se determina el contenido y la forma de remisión de la información sobre los precios aplicables a los consumidores finales de electricidad al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (dictamen núm. 45/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la venta de productos a liquidar por diferencia de precios por determinadas instalaciones de régimen especial y la adquisición por los comercializadores de último recurso (dictamen núm. 46/2011).
- Anteproyecto de Ley de Cantabria de Montes de la Comunidad Autónoma de Cantabria (dictamen núm. 54/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal militar profesional (dictamen núm. 55/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que deben reunir los entornos, productos y servicios necesarios para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales (dictamen núm. 87/2011).
- Anteproyecto de Ley de residuos y suelos contaminados (dictamen núm. 88/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifican los Estatutos de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda y del Instituto de Crédito Oficial, aprobados, respectivamente, por el Real Decreto 1114/1999, de 25 de junio, y por el Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, y por el que se autoriza la extinción de la Fundación Real Casa de la Moneda (dictamen núm. 182/2011).

- Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha (dictamen núm. 194/2011).
- Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 81.2 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia (dictamen núm. 195/2011).
- Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad (dictamen núm. 209/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (dictamen núm. 212/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1415/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios de Graduados Sociales (dictamen núm. 244/2011).
- Proyecto de Circular a entidades de crédito, sobre coeficiente de financiación mayorista (dictamen núm. 319/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas (dictamen núm. 387/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (dictamen 389/2011).

- Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo sexto de la Ley de la Junta de Andalucía 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad (dictamen núm. 397/2011).
- Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo sexto de la Ley de Castilla y León 15/2010, de 10 de diciembre, de Prevención de la Contaminación Lumínica y del Fomento de Ahorro y Eficiencia Energéticos Derivados de Instalaciones de Iluminación (dictamen núm. 399/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento General de Circulación, aprobado por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, y se establece un límite específico de velocidad (dictamen núm. 409/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula el reconocimiento de las organizaciones de productores y de las organizaciones interprofesionales en el sector lácteo y se establecen las condiciones de contratación en el sector lácteo (dictamen núm. 411/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 12/2008, de 11 de enero, por el que se regulan la composición y el funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, y el Real Decreto 948/2009, de 5 de junio, por el que se determinan la composición, las funciones y las normas de funcionamiento del Consejo Estatal del Patrimonio Natural y la Biodiversidad (dictamen núm. 432/2011).
- Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León (dictamen núm. 433/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral

y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo (dictamen núm. 435/2011).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, aprobado por el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo (dictamen núm. 477/2011).
- Proyecto de Orden por la que se regula el tablón edictal de la Seguridad Social (dictamen núm. 479/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo (dictamen núm. 490/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (dictamen núm. 507/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifican el Real Decreto 244/2009, de 27 de febrero, para la aplicación de las medidas del programa de apoyo al sector vitivinícola español, el Real Decreto 1303/2009, de 31 de julio, sobre declaraciones obligatorias en el sector vitivinícola y el Real Decreto 1244/2008, de 18 de julio, por el que se regula el potencial de producción vitícola (dictamen núm. 508/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (dictamen núm. 511/2011).

- Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 14/2010, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia (dictamen núm. 559/2011).
- Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Euskadi 5/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011 (dictamen núm. 561/2011).
- Proyecto de Real Decreto sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de la Administración marítima (dictamen núm. 602/2011).
- Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (dictamen núm. 625/2011).
- Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Generalidad de Cataluña 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (dictamen núm. 630/2011).
- Anteproyecto de Ley de Medidas para mejorar el funcionamiento de la Cadena Alimentaria (dictamen núm. 654/2011).
- Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad de Madrid 5/2010, de 12 de julio, de Medidas Fiscales para el Fomento de la Actividad Económica (dictamen núm. 673/201).
- Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (dictamen núm. 678/2011).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 347/2003, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de gestión de cuota láctea (dictamen núm. 785/2011).
- Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (dictamen núm. 805/2011).
- Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (dictamen núm. 808/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio del Ministerio de Educación para el curso 2011-2012 (dictamen núm. 826/2011).
- Anteproyecto de Ley Orgánica de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (dictamen núm. 829/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Fondo para la Promoción del Desarrollo (dictamen núm. 851/2011).
- Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas (dictamen núm. 853/2011).
- Anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados (dictamen núm. 940/2011).
- Proyecto de Orden Ministerial por la que se regula la publicación de anuncios en la Sede Electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (dictamen núm. 967/2011).
- Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad Autónoma Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (dictamen núm. 969/2011).

- Recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 8.3, 13.1.c), 14 y 18.3 de la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón (dictamen núm. 973/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Suelo (dictamen núm. 991/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las funciones, composición y funcionamiento del Consejo Superior Postal (dictamen núm. 992/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 947/2001, de 3 de agosto (dictamen núm. 1.050/2011).
- Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE (dictamen núm. 1.058/2011).
- Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (dictamen núm. 1.059/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la calificación de interés general de los aeropuertos civiles (dictamen núm. 1.125/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación secundaria obligatoria, así como los Reales

Decretos 1834/2008, de 8 de noviembre, y 860/2010 de 2 de julio, afectados por estas modificaciones (dictamen núm. 1.163/2011).

- Proyecto de Real Decreto para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (dictamen núm. 1.248/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la tramitación de las subvenciones estatales anuales para sufragar los gastos de seguridad en que incurran los partidos políticos (dictamen núm. 1.277/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal (dictamen núm. 1.279/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula el servicio de dirección en la plataforma (dictamen 1.286/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los materiales básicos y fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas (dictamen núm. 1.311/2011).
- Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de modificación de la Ley XX/2011, de modificación de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de la Lucha contra el Dopaje en el Deporte (dictamen núm. 1.401/2011).
- Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte (dictamen núm. 1.402/2011).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior (dictamen núm. 1.406/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio (dictamen núm. 1.407/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar (dictamen núm. 1.505/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las especialidades docentes del Cuerpo de Maestros que desempeñará sus funciones en las etapas de Educación Infantil y de Educación Primaria reguladas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (dictamen núm. 1.507/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio de hogar familiar (dictamen núm. 1.532/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria y regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre (dictamen núm. 1.535/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de procedimiento administrativo sancionador, de las infracciones por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 12/1989, de 9 de

mayo, de la Función Estadística Pública, aprobado por el Real Decreto 1572/1993, de 10 de septiembre (dictamen núm. 1.537/2011).

- Anteproyecto de Ley sobre contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (dictamen núm. 1.553/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (dictamen núm. 1.595/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva (dictamen núm. 1.648/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (dictamen núm. 1.650/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social (dictamen núm. 1.659/2011).
- Proyecto de Real Decreto de resolución de controversias jurídicas relevantes regulada en la disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje, y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (dictamen núm. 1.693/2011).

- Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego (dictamen núm. 1.734/2011).
- Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (dictamen núm. 1.748/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifican los Reales Decretos 1426/1989, de 17 de noviembre, y 1427/1989, de 17 de noviembre, por los que se aprueban los aranceles de los notarios y los registradores, así como el Decreto 757/1973, de 29 de marzo, por el que se aprueba el arancel de los registradores mercantiles (dictamen núm. 1.831/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1424/1983, de 27 de abril, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria para la obtención, circulación y venta de la sal y salmueras comestibles (dictamen núm. 1.833/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en centros especiales de empleo (dictamen núm. 1.836/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica del Segura (dictamen núm. 1.853/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia (dictamen núm. 1.861/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (dictamen núm. 1.877/2011).

- Proyecto de Real Decreto por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual (dictamen núm. 1.884/2011).

3. Decisiones recaídas en asuntos dictaminados

Durante el año 2011 el Consejo de Estado ha tenido conocimiento de 2.020 resoluciones recaídas en asuntos que le fueron consultados, bien porque se publicaron en el Boletín Oficial del Estado, bien porque fueron comunicadas a la Secretaría General a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.4 del Reglamento Orgánico de este Consejo.

Dichas resoluciones fueron adoptadas:

- | | |
|---|-----------------|
| – De acuerdo con el Consejo de Estado | 2.008 |
| – Oído el Consejo de Estado..... | 12 ⁴ |

Los asuntos en los que recayó un “oído” fueron los siguientes:

- Extinción del derecho de un aprovechamiento de aguas del río Cea, en el término municipal de Prioro (León), con destino a usos industriales del que es titular la Junta Vecinal de Prioro (núm. 845/2010).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Colegial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local. (núm. 2.289/2010).

⁴ Uno de ellos es un “oído” erróneo (núm. 1.825/2011).

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles (núm. 2.309/2010).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núm. 2.324/2010).
- Reclamación de indemnización de daños y perjuicios (núm. 2.554/2010/1.902/2010).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 258/1999, de 12 de febrero, por el que se establecen condiciones mínimas sobre la protección de la salud y la asistencia médica de los trabajadores del mar (núm. 2.667/2010).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito (núm. 56/2011).
- Reclamación de indemnización de daños y perjuicios (núm. 175/2011/1.526/2010).
- Procedimiento instruido por el Comisionado para el Mercado de Tabacos (núm. 672/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la calificación de interés general de los aeropuertos civiles (núm. 1.125/2011).

- Proyecto de Real Decreto de desarrollo de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, que aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (núm. 1.473/2011).
- Proyecto de Circular sobre modificación de la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (núm. 1.852/2011)⁵.

4. Reuniones

Los diferentes órganos del Consejo han celebrado las siguientes reuniones:

Pleno	7
Comisión Permanente	44
Comisión de Estudios	3
Sección Primera	52
Sección Segunda	52
Sección Tercera.....	40
Sección Cuarta	61
Sección Quinta.....	38
Sección Sexta	43
Sección Séptima.....	45
Sección Octava	45
Turno de guardia	1

⁵ Es un "oído" erróneo.

5. Ponencias especiales

- Proyecto de dictamen n.º 250/2011, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de los títulos II y III de la Ley de Suelo.

- Proyecto de dictamen n.º 1.300/2011, relativo a la reclamación de indemnización de daños y perjuicios formulada por F.J.M.S., por los derivados de un accidente de circulación atribuido a la existencia de un socavón en la avenida de la Hispanidad, esquina con la calle Noray de Madrid.

- Proyecto de dictamen n.º 1.866/2011, relativo a la reclamación formulada por la empresa X, en concepto de actualización de precios de las obras complementarias del proyecto “Variante ferroviaria de la línea Madrid-Hendaya en Burgos. Infraestructura. Tramo II”.

- Proyecto de dictamen n.º 1.902/2011, relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado formulada por G.G.G. como consecuencia del funcionamiento del Ministerio del Interior y de la Administración de Justicia.

6. Votos particulares

En la Comisión Permanente se emitieron 28 votos particulares y en el Pleno un voto particular, en relación con los siguientes asuntos:

- Cambio de apellidos (núm. 1.759/2010).

- Responsabilidad patrimonial de la Administración instruida para sustanciar la solicitud de indemnización consistente en daños materiales en una motocicleta, atribuidos a la existencia de un socavón en la calzada de la carretera M-21, punto kilométrico 0,400, término municipal de Madrid (núm. 2.156/2010).

- Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (núm. 2.222/2010, Pleno).

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Colegial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local (núm. 2.289/2010).

- Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (núm. 2.561/2010).

- Recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la Resolución del Secretario de Estado de Investigación, de 22 de marzo de 2010, de declaración de reintegro de los importes abonados y pérdida del derecho al cobro de los pagos pendientes de percibir, correspondientes a la subvención de referencia PTQ-08-03-07765, del Programa Torres Quevedo (núm. 2.613/2010/1.816/2010).

- Recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la Resolución del Secretario de Estado de Investigación, de 22 de marzo de 2010, de declaración de reintegro de los importes abonados y pérdida del derecho al cobro de los pagos pendientes de percibir, correspondientes a la subvención de referencia PTQ-09-01-00769, del Programa Torres Quevedo (núm. 2.614/2010/1.817/2010).
- Recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la Resolución del Secretario de Estado de Investigación, de 22 de marzo de 2010, de declaración de reintegro de los importes abonados y pérdida del derecho al cobro de los pagos pendientes de percibir, correspondientes a la subvención de referencia PTQ-09-01-00673, del Programa Torres Quevedo (núm. 2.615/2010/1.818/2010).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núm. 73/2011).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núm. 174/2011).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núm. 175/2011/1.526/2010).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núm. 327/2011).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núm. 470/2011).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, aprobado por el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo (núm. 477/2011).
- Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Generalidad de Cataluña 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (núm. 630/2011).
- Reclamación de indemnización de daños y perjuicios (núm. 737/2011/2.109/2010).
- Reclamación de indemnización de daños y perjuicios (núm. 738/2011/2.518/2010)
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la celebración de contratos de puesta a disposición por las Administraciones Públicas con empresas de trabajo temporal (núm. 740/2011).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia (núm. 874/2011).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núm. 879/2011).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núm. 937/2011/2.552/2010).

- Interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 35/2010, de 1 de octubre, del occitano, aranés en Arán (núm. 970/2011).

- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núm. 1.263/2011).

- Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal (núm. 1.279/2011).

- Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte (núm. 1.402/2011).

- Proyecto de Real Decreto de desarrollo de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, que aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (núm. 1.473/2011).

- Proyecto de Real Decreto por el que se establece el nuevo régimen de equivalencias de los estudios y titulaciones de ciencias eclesiásticas de nivel universitario respecto de los títulos universitarios oficiales españoles, en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 sobre enseñanza y asuntos culturales (núm. 1.517/2011).

- Expediente tramitado por el Ayuntamiento de Astillero en relación con la resolución del contrato con la UTE Jardines de Astillero, existiendo oposición del contratista (núm. 1.570/2011/717/2011).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (núm. 1.598/2011).

II. B. ESTUDIOS E INFORMES

Informe sobre las posibilidades de actuación contra anuncios de contenido sexual y prostitución publicados a diario en diversos medios de comunicación de prensa escrita

Este estudio, que había sido iniciado en junio de 2010, continuó siendo objeto de elaboración por parte de la Comisión de Estudios en sus reuniones de 19 de enero y de 16 de febrero de 2011, siendo aprobado finalmente en la sesión de 9 de marzo y remitido al Gobierno.

III. PERSONAL

1. Consejeros Permanentes

1.1. Fallecimientos

El día 7 de abril de 2011 fallece en Madrid don Jerónimo Arozamena Sierra, Consejero de Estado Emérito.

Nació en Reinosa (Cantabria) el 24 de marzo de 1924. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona, ingresó en la carrera judicial en 1952.

En 1964 fue promovido a la plaza de Magistrado de entrada. En 1975 fue nombrado Presidente de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Provincial de Barcelona. El 23 de mayo de 1975 fue promovido a Magistrado del Tribunal Supremo (Decreto 1298/1975). En 1977 fue nombrado Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la recién creada Audiencia Nacional. Fue nombrado Subsecretario del Ministerio de Trabajo por Real Decreto 1713/1977, de 11 de julio. Asimismo fue nombrado Vocal del Consejo de Administración del Instituto Nacional de Industria, en representación del Ministerio de Trabajo, por Real Decreto 2859/1977, de 28 de octubre. En 1980 fue designado Magistrado del Tribunal Constitucional y pocos meses después, nombrado Vicepresidente del mismo. Fue miembro de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia.

Por Real Decreto 612/1986, de 21 de marzo, fue nombrado Consejero Permanente de Estado, Presidente de la Sección Tercera, a la sazón Interior y Administración Territorial. Tomó posesión de su cargo en el Pleno celebrado el día 4 de abril siguiente. En este cargo permaneció hasta el 22 de mayo de 2009, fecha en la que se dispuso su cese por renuncia (Real Decreto 903/2009. B.O.E de 2 de junio).

El día 12 de mayo de 2011 se reúne el Pleno del Consejo para celebrar Sesión Necrológica en memoria del Sr. Arozamena Sierra. Con este motivo el Consejero Permanente don Miguel Herrero Rodríguez de Miñón pronuncia las siguientes palabras:

“Señor Presidente, Señor Presidente del Tribunal del Constitucional, Señoras y Señores Consejeros, Señoras y Señores Letrados, querida familia del muy querido Jerónimo, Señoras y Señores:

El honor que se me hace al encargarme del elogio fúnebre del Consejero Permanente Emérito Don Jerónimo Arozamena y Sierra, la excelencia del difunto, la solemnidad de este acto por la Institución que lo convoca y el lugar donde se celebra y la audiencia que al mismo asiste, me aconsejan huir de toda tentación de originalidad a la hora de hilvanar mi intervención y, por el contrario, cobijarme a la sombra de un texto clásico. He optado, al efecto, por las famosas *Coplas* de Jorge Manrique a la muerte del Maestre de Santiago. Cada tiempo y circunstancia tiene su forma de servir a la comunidad. Si Don Rodrigo sirvió y sirvió bien, lo que el poeta llama “la corona de su rey verdadero”, a base de mandobles, Arozamena sirvió al Estado y al pueblo que le da vida a golpe de sentencia y de dictamen. Si aquel fue un patricio de la espada, Arozamena, con la modestia propia de nuestro tiempo, fue un patricio de la toga. Y los patricios son ejemplos excelentes que conviene traer a la memoria, ahora que tanto se dice buscar la excelencia.

Pero no se trata en esta ocasión de cotejar vidas paralelas. Lo que me importa de las *Coplas*, es la triple dimensión vital que el poeta descubre en la peripecia de cada cual y proyectarla sobre la figura de quien fue para muchos compañero querido y amigo admirado y, para mí, además alguien que me distinguió con su cariño, jefe durante dieciséis años y antecesor, como Consejero Permanente, en la Presidencia de la Sección Tercera de este Alto Cuerpo.

Manrique, tras subrayar en la primera parte de su composición, la precariedad de la vida humana, rescata cuanto de valioso hay en ella en una triple dimensión: El quehacer mundanal que, según versifica, “bueno fue, si bien usásemos del cómo debemos”; la “vida más larga de fama” que sobrevive y lo que el poeta llama “vida perdurable”.

En cuanto a la primera, si la vida del hombre es camino y como tal transitorio, “conviene -dice el poeta- tener buen tino para andar esta jornada sin error”. De ahí que pueda valorarse lo que se hace o no en esta vida. Y la de Jerónimo Arozamena fue larga, plena y fecunda, desde su nacimiento en la Montaña en 1924 hasta su reciente fallecimiento en Madrid este mismo año 2011.

Jurista excelente, formado en la Universidad de Barcelona y en la carrera judicial donde ingresó en 1952, se dedicó exclusivamente al servicio público, a través de tres etapas sucesivas. La primera comprende largos años en la magistratura. Juez de Primera Instancia en Villacarriedo, desde donde pasa a Castrojeriz, Solsona, y Villarcayo, se especializa desde 1960 en lo contencioso-administrativo y llega a presidir la correspondiente Sala en la Audiencia de Barcelona y nombrado Magistrado del Tribunal Supremo, pasa a la Audiencia Nacional y pone en marcha, como Presidente, su nueva Sala de lo Contencioso. En estos puestos trabajó e hizo trabajar mucho y bien al servicio del ciudadano.

La segunda etapa se inicia en 1979 y se desarrolla en el Tribunal Constitucional, del que no solo fue Magistrado y Vicepresidente, sino partero de su nacimiento -como coautor del anteproyecto de su Ley Orgánica- y nodriza de sus primeros años de andadura.

La tercera y última fase de su carrera se desarrolla en este Consejo de Estado, una Institución a cuya biblioteca y archivo acudió Arozamena como joven juez vivamente interesado en el derecho administrativo, especialmente en los temas urbanísticos, a cuya doctrina legal siempre prestó cuidadosa atención y a la que sirvió eficazmente como Consejero Permanente desde 1986 al 2009, fecha en la que, con

ejemplar lucidez y desprendimiento, renunció a tal condición por considerar que flaqueaban sus fuerzas para trabajar con la entrega y energía que le exigía la altura de su propia historia.

La función jurisdiccional y la función consultiva son muy distintas. Arozamena se forjó en la primera y a ella dedicó la mayor parte de su vida. La magistratura fue, sin duda, su profesión y su vocación. Pero supo acomodar admirablemente sus experiencias y saberes adquiridos en el juzgar a la tarea de aconsejar. De juzgar la actuación del poder público como Magistrado de lo Contencioso-administrativo, pasó a asesorar al poder público, tratando de evitar que tuviera que ser juzgado. Y su imparcialidad judicial le llevo a preocuparse por igual de la defensa del interés del Estado y de los derechos de la ciudadanía. Una vez más, esta Casa se enriqueció con el talento ajeno -en este Pleno remansan muchas de las más valiosas experiencias del servicio al Estado- y, a la vez, no tardó en impregnar con su peculiar talante a quien por su valía y por la feliz extensión de su presencia puede ser recordado como uno de los prototipos Consejeros Permanentes, signos de identidad del Consejo.

A través de estas tres etapas demostró sus grandes cualidades de ejemplar servidor público. Sentencias y dictámenes dan fe de ello y quienes hemos tenido la dicha de trabajar con él, en ocasiones e instituciones diversas, hoy aquí somos muchos, fuimos testigos de ello. Las grandes Cruces de Carlos III, de San Raimundo de Peñafort, del Mérito Civil, la Orden del Mérito Constitucional de la que tan orgulloso se sentía, otorgadas todas ellas por S. M. el Rey, reconocen tan excelente trayectoria.

Fue un gran conocedor del derecho en su realidad vital, de lo que es buena prueba una larga bibliografía en que, sin desconocer las categorías doctrinales, cada

título se corresponde a una experiencia directa, a una preocupación concreta, a una cuestión a resolver o un problema a dilucidar de los que el autor ha tenido vivencia. Conocía la teoría, pero nunca se dejó obnubilar por ella, porque sabía que el derecho es vida humana y sin tal ingrediente, “verde y dorado”, al decir de otro poeta, “la teoría es gris”. Si en estudios, sentencias y dictámenes el uso de la técnica muestra gran destreza, lo que es más importante, el juicio sensato y la visión aguda dirigen la técnica.

Fue de la realidad jurídica un conocedor tan profundo como generoso, capaz de transmitir ese saber práctico a numerosas promociones de jueces y magistrados que forman una brillante estela de discípulos y a algún que otro letrado que, como es mi caso, estamos orgullosos de haber trabajado a sus órdenes. Recuerdo que, cuando en el año 2001 fui nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional de Andorra, le faltó tiempo para facilitarme materiales de derecho catalán del que era buen conocedor merced a su larga experiencia barcelonesa. Pero su generosidad tuvo una vertiente aun más importante en lo público puesto que puso tales saberes, al servicio de las buenas causas en numerosas tareas prelegislativas y, muy especialmente, a la hora de la transición del autoritarismo a la democracia, con toda la complejidad que ello suponía en el campo laboral y sindical, como Subsecretario del Ministerio de Trabajo en el tercer gobierno de la Monarquía.

Pero, además de buen conocedor del derecho, también lo fue de la naturaleza humana gracias a lo cual resultó un incomparable jefe y un cordial maestro, capaz de revestir de lenta socarronería pasiega, sin duda aprendida en su primer destino de Villacarriedo, la fría pasión con que sabía defender las tesis de las que llegaba a estar convencido, de dirigir con mesura, de ilustrar con respeto, de trabajar y hacer trabajar

con júbilo, entreverando sus saberes jurídicos con el largo anecdotario de su experiencia judicial que, lastimosamente, nunca llegó a escribir. Quienes lo gozamos damos fe de ello. Por eso, tras excusar mayor alabanza por decir con el poeta “sus hechos buenos y claros no cumple que los alabe, pues los vieron, ni los quiero hacer caros, pues todo el mundo sabe cuales fueron”, puedo repetir con él “que aunque la vida perdió, déjanos harto consuelo su memoria”.

Es aquí en la buena memoria que deja gracias al buen obrar, donde aparece la segunda vida glosada por Manrique, la de la fama que sobrevive al propio difunto, la del buen nombre que deja a viuda, hijos y nietos, la que guardamos y cultivaremos quienes fuimos sus subordinados, compañeros y siempre amigos, porque, como se dijo del viejo Maestro de Santiago, fue “de buenos abrigo, amado por virtuoso de la gente”, por su insobornable rectitud, por su prudencia en el decir y en el callar, por su delicadeza en el mandar, por su presteza en excusar. Siempre por su exquisita cortesía. “Y aunque esta vida de honor -continúa el poeta- tampoco no es eternal ni verdadera, es con todo muy mejor que la otra temporal precedera”. Y esta segunda vida, la buena fama de Jerónimo va a perdurar largos años en el Consejo de Estado.

En fin, si de algo tuvo “hambre y sed” Jerónimo Arozamena fue “de justicia”. De justicia legal, de justicia política, de justicia social. Al servicio de la justicia puso una vida dedicada al derecho y porque, al decir del Salmista, “el trono de Dios se alza sobre la justicia y el derecho” quienes creemos, con Jorge Manrique, en la vida perdurable, confiamos en que el hambre y sed de Jerónimo haya sido saciada. “Partid - Jerónimo- con buena esperanza, que esa vida tercera ganareis”.

A continuación toma la palabra el Sr. Presidente para decir:

“Para concluir este acto querría hacer una breve evocación de la época en la que Jerónimo Arozamena fue parte, y parte muy importante, del Tribunal Constitucional. Una época en la que tuve el honor de trabajar junto a él. De hecho, como recordé aquí mismo en otra ocasión, la relación de Jerónimo con la jurisdicción constitucional comenzó en rigor, antes de que ésta existiese. Formó parte, con Eduardo García de Enterría y conmigo, de la Ponencia Especial de la Comisión General de Codificación a la que el Ministro de Justicia de la época, don Landelino Lavilla, encomendó la preparación del anteproyecto de ley que la creaba. Fue precisamente en la primera reunión de esa ponencia, que se celebró, creo recordar, en el despacho del Subsecretario de Justicia, Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, cuando conocí a Jerónimo.

Inmediatamente nos pusimos a la obra y trabajamos sin descanso para hacer lo mejor posible el encargo que se nos había encomendado y terminarlo dentro del plazo que se nos había fijado. El plazo, lo cumplimos y la calidad de la obra fue razonable, aunque como es obvio, si hoy se hubiera de repetir la obra, y con la experiencia acumulada, aconsejaría introducir más de un cambio.

El Anteproyecto fue obra colectiva, pero no todos participamos con la misma intensidad en todas sus partes.

En los Títulos VII y VIII de la Ley la aportación de Jerónimo fue decisiva.

Los primeros diez magistrados del Tribunal Constitucional, entre los que estaba Jerónimo, fuimos nombrados a comienzos de 1980, pero de acuerdo con lo previsto en la DT 1ª, su constitución sólo debería hacerse cuando se hubiesen hecho todos los

nombramientos y, en otro caso, dentro de los quince días siguientes al término del período de sesiones en el que se hubieran efectuado al menos los ocho primeros. Antes de constituírnos formalmente como Tribunal, los Magistrados comenzamos, sin embargo, a reunirnos asiduamente en el Centro de Estudios Constitucionales para ir adoptando las muchas medidas necesarias para que el tribunal pudiese comenzar su actividad tan pronto como quedase formalmente constituido. Entre ellas, la de elegir Presidente y Vicepresidente.

Se había hecho público, sin que nadie desmintiera la noticia, que los dos grandes partidos del momento, la UCD y el PSOE, habían llegado a un acuerdo sobre las personas que debían ocupar estos puestos. Dos personas de indudable altura intelectual y moral, pero que a juicio del resto de los Magistrados (y no sólo del resto, pues al menos uno de los preconizados compartía esa opinión) no podían ocuparlos precisamente porque su nombramiento estaba anunciado. Estábamos convencidos de que el Tribunal nacería herido de muerte si quienes lo componíamos aparecíamos ante la opinión como hombres dóciles al poder de los partidos. No fue difícil además, ponernos de acuerdo sobre los colegas que debíamos elegir para presidirnos. El único que se opuso tenazmente a que la presidencia fuese para García-Pelayo fue el propio García-Pelayo, cuya resistencia sólo logramos vencer con mucho esfuerzo y, en mi caso, a lo largo de interminables paseos. También fue, si no absolutamente general, si abrumadoramente mayoritario el acuerdo sobre el nombre de Jerónimo para la Vicepresidencia.

Ya como Vicepresidente del Tribunal, Jerónimo asumió y desempeñó con éxito la difícil tarea de diseñar y construir la estructura burocrática de la nueva institución. Era sin duda el único de nosotros que tenía los conocimientos y la experiencia

necesarios, pero además tenía gusto y capacidad para la organización y una notable habilidad, con un punto de cazurería pasiega, para sortear los obstáculos que encontraba en el camino. No sólo organizó el Tribunal, sino que lo dotó del personal necesario. Fue sin duda obra suya el nombramiento de Ángel Rodríguez como Secretario General, como fue también él quien eligió las personas que debían ocupar las dos Secretarías de Justicia. Y por supuesto fueron propuestos por él algunos de los Letrados, que seleccionaba sobre todo entre especialistas de lo contencioso. Entre ellos Juan Antonio Xiol, que fue uno de los tres primeros Letrados al Tribunal Constitucional, nombrado al mismo tiempo que Álvaro Gil-Robles, Javier Salas y Jaime Nicolás. Después vinieron muchos otros.

Pero además, y por encima de esta importantísima tarea organizativa, Jerónimo Arozamena participó en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Sus conocimientos jurídicos, su buen sentido y su medida hacían que sus intervenciones fueran siempre escuchadas con atención. Solían ser además oportunas y razonablemente concisas.

Pero además de partícipe importante en los debates del pleno, en los que administraba socarronamente su sordera, Jerónimo fue Presidente de la Sala Segunda del Tribunal, de la que formábamos parte Luis Díez-Picazo, Paco Tomás y Valiente, Plácido Fernández Viagas, Antonio Truyol y yo. Un órgano auténticamente colegiado; todos los asuntos eran minuciosamente debatidos por todos, y no sólo, creo, porque fuéramos personas especialmente inclinadas a la discusión, sino porque todos nos considerábamos igualmente responsables del resultado. El modo en el que Jerónimo ejercía la presidencia era, además, ejemplar. Jamás cortaba la discusión, pero sabía ponerle término sin enfrentarse con nadie cuando dejaba de tener sentido. De esta Sala

salió la primera sentencia del Tribunal, cuyo ponente, y no por casualidad, fue precisamente el propio Jerónimo.

Desgraciadamente, la muerte se ha ido llevando poco a poco a los miembros de la Sala. El primero fue Plácido Fernández Viagas, que murió en la noche del día en el que asistió a su última sesión en el Tribunal. La sentencia que en ella se aprobó, que es la 74/1982, de 7 de diciembre, lleva una lacónica diligencia firmada por el propio Jerónimo que a mí siempre me ha resultado emocionante. Dice simplemente: “El Magistrado Sr. Fernández Viagas votó en sala”.

Después de él, la furia asesina acabó con la vida de Paco Tomás. Más tarde murió Truyol y ahora Jerónimo. El recuerdo vivo queda sólo en dos personas, las dos presentes aquí. Por eso creo que este acto no quedaría completo si, después de haber hablado yo, no tuviese Luis Díez-Picazo la oportunidad de hacerlo. El Consejero Díez-Picazo tiene la palabra”.

El Consejero don Luis Díez-Picazo toma la palabra para subrayar que don Jerónimo Arozamena fue sin duda un excelente juez constitucional y un extraordinario amigo. Recuerda que formó parte de los especialistas de lo contencioso-administrativo e intervino en la redacción de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Fue don Manuel García Pelayo el promotor justísimo de su nombramiento como Vicepresidente del Tribunal Constitucional, en el nombramiento de los secretarios y de algunos eximios Letrados que han llegado a altísimos puestos en las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo y en el diseño de las Salas y de las Secretarías. Asimismo recuerda su participación en el desarrollo de la interpretación del artículo 24 de la Constitución.

2. Consejeros Natos

2.1. Toma de posesión

Habiendo cesado don Víctor García de la Concha como Director de la Real Academia Española por cumplimiento de su mandato, con fecha 16 de diciembre de 2010 fue elegido Director de dicha Institución don José Manuel Blecua Perdices. El día 17 de febrero de 2011 toma posesión de su cargo de Consejero Nato, siendo sus padrinos el Consejero Permanente don Landelino Lavilla Alsina y la Consejera Electiva doña Josefina Gómez Mendoza.

El Sr. Presidente del Consejo da la bienvenida al Sr. Blecua Perdices con las siguientes palabras:

“Excelentísimos Señores Consejeros, miembros del Cuerpo de Letrados, familiares y amigos, Señoras y Señores:

El Consejo de Estado tiene hoy la satisfacción de incorporar al nuevo Director de la Real Academia Española, don José Manuel Blecua Perdices.

En su persona se continúa la larga tradición de estrechos vínculos entre la Academia y el Consejo. De los sillones de la Real Academia, al menos uno –de modo natural, sin necesidad de norma que lo exija– está ocupado por un jurista. A su vez, en el Consejo de Estado, aún antes de que la ley otorgara de oficio al Director de la Academia la condición de Consejero, también ha habido siempre una apreciable presencia de hombres de Letras. E incluso, como fue el caso, ciertamente ya algo

lejano, del Duque de Rivas, un académico ha presidido durante veintiún años este Cuerpo Consultivo.

En lo que respecta al Consejo, esa tradición la ha encarnado en los últimos doce años el académico don Víctor García de la Concha, el Director al que sucede en el cargo el nuevo Consejero Nato. Antes de celebrar su incorporación, quiero expresar nuestro profundo reconocimiento a su antecesor por su dedicación al Consejo de Estado durante ese prolongado período. El Consejo –y el Gobierno, a quien en definitiva se dirigen nuestros dictámenes– se ha beneficiado de su maestría en el uso de la lengua, y los Consejeros, y este Presidente, hemos podido disfrutar además de su calidad humana, por lo que al reconocimiento institucional quiero añadir la expresión de nuestro afecto personal.

El nuevo Consejero Nato, un filólogo cabal, de estirpe, nació en Zaragoza en 1939, en cuya Universidad inició sus estudios de Filología Románica, que continuó en Madrid y culminó en Barcelona, donde obtuvo la licenciatura en 1961 y el grado de doctor en 1970. También en Barcelona inició su carrera docente como catedrático de Instituto y como profesor universitario alcanzando la cátedra de Lengua Española en la Universidad Autónoma de Barcelona, en la que también ha dirigido el Seminario de Filología e Informática, que él mismo fundó.

Barcelona ha constituido el centro de su actividad docente, pero como profesor e investigador ha ejercido sus funciones también en centros de tanto prestigio como la Ohio State University (1971) o el Centro de Estudios Lingüísticos y Literarios del Colegio de México (1986-1987); también fuera de Barcelona, pero dentro de España, ha colaborado con la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo en sus programas

de enseñanza del español; y en el Instituto Cervantes ha desempeñado sucesivamente las direcciones de investigación, de cooperación internacional y académica.

Fruto de su dedicación docente e investigadora es un importante obra, en la que –dejando aparte obras de divulgación, dedicadas a la enseñanza o dirigidas a un público más general, como el *Libro de estilo* del diario “La Vanguardia”– destacan sus trabajos especializados de lexicografía, lingüística del español y sobre la aplicación de las nuevas tecnologías al estudio de la lengua española. Solo por citar algunos de los más significativos, señalaré aquí su importante *Gramática del español* (1979), escrita en co-autoría con Juan Alcina Franch, o el *Diccionario general de sinónimos y antónimos* (1999), compuesto bajo su dirección y con el que continuaba otro de similares características referido a la lengua catalana.

Secretario ejecutivo de la Comisión Científica del Congreso de la Lengua Española de Sevilla (1992), Presidente de la Comisión Nacional del IV Centenario de El Quijote (2005), Blecua ha sido galardonado con múltiples distinciones y premios, entre los que citaré solo la concesión casi simultánea, en 2005, de los Premios *Aragón*, en su modalidad nacional, otorgado por el Gobierno aragonés, y el *Jaume Vicens Vives*, de la Generalidad de Cataluña, premios que acreditan el panhispanismo de su figura, que no lo es solo hacia afuera, en su reconocido “americanismo” filológico, sino también hacia adentro, en relación con la rica pluralidad de la cultura española y su diversidad idiomática.

José Manuel Blecua vio reconocida su fértil carrera con su ingreso en 2006 en la Real Academia Española, cuya Secretaría ha ocupado desde 2007 y hasta su

nombramiento como Director, que hoy lo trae a esta Casa, en la que a buen seguro va a poder desplegar toda su sabiduría y su dilatada experiencia.

Creo que la colaboración de un jurista es de gran utilidad para la Real Academia como tengo la absoluta certeza de que para el Consejo de Estado es fundamental contar con la de un lingüista tan distinguido. El lenguaje de las normas debería ser siempre, y en el pasado solía serlo, un modelo de precisión y concisión. En el desempeño de su misión, el Consejo examina las normas sometidas a su consulta también desde esta perspectiva, que constituye una de las dimensiones, y de las más relevantes, de lo que ahora se ha dado en llamar la calidad de las leyes, una tarea para la que, excusado es decirlo, es de la mayor importancia poder contar con la presencia en su seno de una autoridad de la lengua.

Esa dimensión lingüística de la tarea de depuración normativa propia del Consejo de Estado es ahora más indispensable y más complicada que nunca. Una parte creciente de nuestras normas jurídicas han sido redactadas originalmente en otras lenguas, especialmente en inglés, y por razones fácilmente comprensibles, pero a las que no nos hemos de rendir sin más, nuestro legisladores se ven enfrentados con la necesidad de “implementar Directivas que aseguran el partenariado de los interlocutores sociales en el desempeño de políticas públicas sostenidas con la ayuda de la "facilidad europea para el equilibrio financiero"”.

El Consejo de Estado no puede suplir la obra que hicieron en su día Molière o Cadalso, pero hace lo que puede para luchar con esta moderna y atroz latiniparla.

Y mucho mejor lo va a poder hacer con la ayuda de José Manuel Blecua a la vista del programa del *Diccionario de autoridades* que citó con simpatía y creo entender que hacía suyo, con la inevitable distancia, en su discurso de ingreso en la Real Academia, y que yo no puedo evitar repetir aquí: “Cultivar y fijar la pureza y elegancia de la lengua castellana, desterrando todos los errores que en sus vocablos, en sus modos de hablar, o en su construcción, ha introducido la ignorancia, la vana afectación, el descuido, y la demasiada libertad de innovar; [...] distinguir los vocablos, frases, o construcciones extranjeras de las propias, las anticuadas de las usadas, las bajas y las rústicas de las cortesanías y levantadas, las burlescas de las serias, y finalmente las propias de las figuradas”. Todo un desafío, que el Consejo de Estado afronta con una renovada fuerza merced a la incorporación del nuevo Consejero.

Bienvenido al Consejo de Estado”.

A continuación el Sr. Blecua dice:

“Excmo. Sr, Presidente, Excmas. Consejeras, Excmos. Consejeros, señores Letrados, Excma. Secretaria General, Señoras y Señores:

Gracias, muchas gracias, señor Presidente por sus amables palabras. Constituye para mí un auténtico honor llegar hoy a este Consejo de Estado, como consejero nato, tras la elección de Director de la Real Academia Española, después de los mandatos de don Víctor García de la Concha, que tan dignamente representó a nuestra Corporación. En estos momentos privilegiados siento una profunda emoción y, a la vez, un extraordinario respeto por la institución y por las personas que la forman. Me hago cargo de la extraordinaria responsabilidad que supone formar parte del “supremo

órgano consultivo del Gobierno y del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107 de nuestra Constitución. Espero poder colaborar, en la medida de mis conocimientos, en las funciones del Consejo y estoy dispuesto a mantener en todo momento su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las Leyes. Estoy firmemente convencido de que la búsqueda constante de la independencia y de la objetividad es el camino que conduce a la protección de los ciudadanos y siempre al mantenimiento de la libertad.

Muchas gracias también a mis padrinos, doña Josefina Gómez de Mendoza y don Landelino Lavilla Alsina. En su elección me ha guiado el carácter extraordinariamente representativo de ambas personalidades. Doña Josefina Gómez de Mendoza representa y me recuerda la vida universitaria, ella que fue excelente rectora de la UAM, el conocimiento humanista, el rigor investigador y, también, intereses comunes pues participa de una Academia hermana en afanes e historia.

Don Landelino Lavilla perteneciente a este Consejo por méritos distintos, es Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Consejero Permanente de Estado. Don Landelino es la representación del jurista elegante, prudente y sabio, como demostró en su etapa de Presidente del Congreso. En esos momentos, tan difíciles, supo captarse la admiración de los diputados por sus virtudes. Le recordaré hoy que el primer gran elogio de su figura y de su actuación lo escuché de boca de Heribert Barrera, profesor de mi Universidad, que por aquel entonces era diputado de Esquerra Republicana y que posteriormente sería Presidente del Parlamento de Cataluña. Millones de gracias a ambos.

No se me oculta el carácter simbólico de los elementos que intervienen en este acto y su extraordinaria importancia; soy consciente de la historia de este Consejo de Estado, pues me la recuerda el retrato del Emperador, la divisa *Praevidet / Providet* (prevé, advierte / considera / sopesa), la toga veneciana, incluso el recuerdo de doña Mariana de Austria, ilustre habitante de este palacio del Duque de Uceda, reina cuya figura tuve la fortuna de estudiar en algunos aspectos menores hace algunos años.

J. L. Vives titula el capítulo primero del Libro IV de su obra *De disciplinis*, “La sociedad no puede subsistir por sí misma sin la justicia y sin la palabra...”

“El vínculo principal y la consistencia de todas las sociedades humanas —de acuerdo con el texto del humanista valenciano— son la justicia y la palabra. La falta de cualquiera de las dos hace que sea difícil toda agrupación y sociedad consistente y duradera, así pública como privada”.

La justicia y la palabra, como repite Vives en varios pasajes de sus obras, han ido siempre íntimamente unidas. El Derecho como lenguaje y la lengua del Derecho son realidades que han construido nuestra sociedad y han regulado armónicamente nuestra vida. Por otra parte, los historiadores de la lengua han encontrado en los fueros medievales o en las Partidas alfonsíes la luz precisa para iluminar el nacimiento de una palabra o de un sentido de una acepción, porque, como quería un prestigioso investigador norteamericano, A. Van Scoy, el rey Alfonso X fue un extraordinario lexicógrafo en todas sus obras. “Estudio es ayuntamiento de maestros et de escolares que es fecho en algun logar con voluntad et con entendimiento de aprender los saberes. E son dos maneras de él...”

Y el texto avanza pausadamente para explicar la figura del rector... “Maestros e escolares del Estudio general pueden elegir a un mayoral, al que en latín llaman rector, que significa regidor del estudio, al que deben obedecer en las cosas convenientes.” Esta expresión “que significa”, otras veces “que vale tanto como...” y expresiones similares, van construyendo un complejo conjunto de significados delimitados y precisos, imprescindibles para el lenguaje jurídico y fundamentales en la construcción del registro culto del idioma.

No podemos olvidar la formación retórica de nuestros primeros especialistas, ya que las enseñanzas de la Retórica fueron básicas en Europa hasta mediados del siglo XIX. Los primeros académicos, aquellos que redactaron nuestro primer diccionario, denominado posteriormente *Diccionario de Autoridades*, conocían muy bien la perfecta arquitectura de la Retórica y su estructura en tres modelos de géneros (*Tria genera*: judicial, deliberativo y demostrativo), de los cuales se tomaba como modelo fundamental el género judicial. Y ese fue el modelo que eligieron para el análisis de las piezas léxicas. Si me permiten la cita de nuestra obra en 1726 “... es obligación precisa que la Academia califique la voz y manifieste los méritos de su juicio: pues con este método muestra la moderación con que procede, y desvanece las inventadas razones objeciones de querer constituirse maestra de la lengua [...] que la Academia no es maestra, ni maestros los Académicos, sino unos jueces, que con su estudio han juzgado las voces: y para que no sea libre la sentencia, se añaden los méritos de la causa, propuestos en las autoridades que se citan.” (p. XVIII) Se trata de analizar con todo detalle, de juzgar, cada una de las palabras y en el juicio definitivo intervienen de manera fundamental, las autoridades, las citas, que son argumentos que provienen de fuera de la causa (*extra causam*), de acuerdo con la denominación tradicional.

De la Retórica, y concretamente del género judicial, procede el análisis delicado y fino de las palabras, así como de la lengua del derecho procederá la exactitud de las definiciones y la agudeza en intentar advertir la intención del legislador (*vix legumlator*). Quedan, sin embargo, en el Consejo de Estado fórmulas encantadoras de otros estados de lengua: “Por lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen...”

Al llegar la hora de acabar mis palabras, quisiera recordar y agradecer emocionadamente la cordial acogida que he tenido en este Consejo de Estado por parte de su Presidente, don Federico Rubio, de mis padrinos, doña Josefina Gómez de Mendoza y don Landelino Lavilla Alsina, y de la Secretaria General, doña Guadalupe Hernández-Gil. Quiero reiterar mi declaración inicial del alto honor que supone para mí formar parte de este Consejo de Estado y manifestar de nuevo mi voluntad de permanecer fiel a la protección constante de derechos y libertades.

Muchas gracias”.

2.2. Reelección

Con fecha 10 de enero de 2011, el Consejero Nato Excmo. Sr. D. Carlos Carnicer Díez fue reelegido Presidente del Consejo General de la Abogacía.

3. Consejeros Electivos

3.1. Tomas de posesión

Por Real Decreto 848/2011, de 17 de junio, se nombra Consejero Electivo de Estado a don Juan Carlos Rodríguez Ibarra.

El día 21 de julio se reúne en sesión solemne el Pleno del Consejo de Estado para celebrar la toma de posesión del nuevo Consejero Electivo, siendo sus padrinos el Consejero don Landelino Lavilla Alsina y la Consejera doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

El Presidente da la bienvenida al nuevo Consejero con las siguientes palabras:

“Excmo. Sr. Presidente del Senado, Excmo. Sr. Ministro de la Presidencia, Excmo. Sr. Ex Presidente del Consejo de Estado, Sras. Y Sres. Consejeros, Sras. Y Sres. Letrados, Señores y Señoras:

Tengo una vez más la satisfacción de dar la bienvenida en el Consejo de Estado a un hombre que puede poner a su servicio considerables méritos y capacidades. Una larga experiencia en la vida pública, una notoria firmeza de convicciones, una apasionada adhesión a los valores que nuestra Constitución proclama y una entrega decidida a la larga e inacabada empresa de realizar el modelo de organización territorial que en ella se diseña. Hacer realidad el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones sin poner en riesgo la unidad nacional, ni disminuir la fuerza del Estado.

En este caso, esta satisfacción se ve incrementada por un motivo particular; el que viene de nuestros lazos de paisanaje. Don Juan Carlos Rodríguez Ibarra tiene, como yo, el orgullo de ser extremeño. Nació en 1948, en el seno de una familia

republicana, en el barrio de los ferroviarios de Mérida, la ciudad de pasado glorioso que desde 1983 es capital de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Allí, en el colegio de los Salesianos, cursa los estudios de primaria y secundaria. Al terminar el bachillerato, siguió los de Magisterio en Badajoz y, muy joven, en 1969, ganó por oposición plaza de maestro nacional en Puebla de la Reina, un puesto que ocupó poco tiempo, pues solo un año más tarde pide la excedencia para poder dedicarse plenamente a los estudios de Filosofía y Letras que ya había iniciado en la Universidad de Sevilla.

Es allí en donde comienzan a tomar forma las inquietudes políticas del nuevo Consejero, que inicialmente se integra en un grupo de jóvenes maestros de orientación izquierdista, marxista y leninista. Un proceso no infrecuente en las agitadas universidades españolas de los últimos años del régimen franquista, pero que en la Universidad Hispalense encuentra un marco singular. Fue en el de esta Universidad de donde surgió el grupo de jóvenes socialistas de ambos sexos con la imaginación suficiente para proponerse la tarea de renovar el viejo PSOE y la energía necesaria para llevarla a cabo. Nuestro nuevo Consejero conoció allí y entonces a Alfonso Guerra, y a través de él entró también en contacto con el todavía ilegal Partido Socialista Obrero Español, en el que acabaría ingresando formalmente años más tarde.

Esta incorporación a la vida política clandestina no le impidió proseguir sus estudios de Filología Moderna (especialidad de francés), licenciándose en 1974 tras un período como lector de español en el Liceo “Clémenceau” de Nantes. Recién licenciado, en octubre de ese año, retomó su actividad docente, ahora en la Escuela de Magisterio de Badajoz. De nuevo por poco tiempo, pues otra vez la llamada de la política, y ahora de modo decisivo, se habría de cruzar en la vida del joven profesor.

En efecto, en 1976, todavía cumpliendo el servicio militar, Rodríguez Ibarra ingresa en el PSOE y comienza a desarrollar un intenso trabajo político interno, que pronto le llevaría primero a ocupar la secretaría general de la federación provincial de Badajoz y enseguida la de la organización regional del partido.

En contra de lo que él esperaba (o temía, pues él mismo ha hablado de un cierto “engaño” de Alfonso Guerra y sus compañeros extremeños), en las elecciones del 15 de junio de 1977, Rodríguez Ibarra, que concurría a las mismas en un improbable tercer puesto por la lista socialista de Badajoz, obtiene escaño en el Congreso de los Diputados, que revalida, ya como número uno de la lista, en 1979 y 1982, lo que le permite desplegar una intensa actividad parlamentaria en el plano nacional, abandonando el escaño solo para asumir la presidencia autonómica en 1983.

En paralelo a su trabajo en el partido y en las Cortes, Rodríguez Ibarra había comenzado también tempranamente a asumir responsabilidades de gobierno en el órgano preautonómico regional, como consejero de Sanidad y Seguridad Social en 1979 y como presidente de ese órgano en diciembre de 1982. Una vez aprobado el Estatuto de Autonomía de Extremadura, el 7 de junio de 1983, a raíz de las primeras elecciones autonómicas, ganadas por mayoría absoluta por el PSOE, fue elegido primer presidente de la Junta de Extremadura, cargo en el que, como de todos es sabido, se ha mantenido a lo largo de veinticuatro años, gracias a las reiteradas victorias (salvo en una ocasión, siempre por mayoría absoluta) de las candidaturas socialistas que él mismo encabezaba.

En septiembre de 2006 –algo después de superar una grave situación personal-- anunció su propósito de no repetir candidatura en las elecciones que se habrían de

celebrar en mayo de 2007 y en las que también obtuvo mayoría absoluta el PSOE, por lo que también socialista fue su sucesor don Guillermo Fernández Vara. Algún tiempo después, a mediados de 2008, Rodríguez Ibarra completaría esa retirada del primer plano político, renunciando también a la secretaría general del partido en Extremadura. Este relativo distanciamiento de la política le permitió volver a la docencia en la Facultad de Educación de la Universidad de Extremadura, en donde la ha ejercido hasta su reciente jubilación.

He dicho relativo distanciamiento de la política, porque si renunciando a cargos, no se ha desprendido ni de su vocación ni de su preocupación. El peso que la una y la otra tienen en su vida es bien patente en su dedicación cada vez mayor a la reflexión política, cuyos frutos se plasman en frecuentes publicaciones y sus intervenciones en los medios. Siempre con un reconocible estilo rotundo, una voz clara y fuerte y una inclinación a la iconoclasia. Buen ejemplo de ello lo ofrece el título que escogió para el libro del 2008 en el que presentó un primer balance de su vida pública, *Rompiendo cristales*.

Seguramente cabe esperar mucho de esta nueva etapa de la vida de Rodríguez Ibarra, pero en todo caso, son sin duda sus veinticuatro años al frente de la Junta de Extremadura el período más intenso y fértil de la biografía política del nuevo Consejero y los que han forjado su imagen pública, inseparablemente unida a nuestra tierra común. Como gobernante regional, Rodríguez Ibarra no solo ha puesto en pie una eficiente administración regional y dotado a Extremadura de unos potentes servicios públicos; también, y sobre todo, ha sabido dar un impulso ejemplar a la modernización de la región, con políticas de fomento del emprendimiento, especialmente entre los jóvenes, e iniciativas pioneras en la implantación de las nuevas

tecnologías, el atrevido recurso al software libre o la dotación prácticamente universal de equipos informáticos en el ámbito, para él tan querido, de los centros de enseñanza, pieza esencial de la “sociedad de la imaginación” a la que tantas veces ha apuntado en sus intervenciones públicas como culminación de la sociedad de la información y del conocimiento.

Abogando por unas fuertes instituciones autonómicas, pero concibiendo al mismo tiempo el desarrollo del Estado autonómico bajo el prisma de la solidaridad y el equilibrio entre las distintas Comunidades Autónomas, la claridad y hasta contundencia con que ha expresado este planteamiento le ha valido no pocas críticas e incomprensiones desde otras formas de entender la descentralización política, pero también le ha procurado un profundo respeto su afirmación de la idea de España y su oposición a toda clase de egoísmos localistas. Estas ideas las ha sabido también transportar y hacer valer al nivel de la integración europea por su implicación en las políticas comunitarias, que tanto han ayudada al desarrollo español y extremeño, especialmente desde las altas posiciones que ocupó en el Comité de las Regiones y en otros foros de la Unión Europea.

Pero no son estas cuestiones las únicas presentes en su reflexión. La voz y la opinión de Rodríguez Ibarra se han hecho sentir también en torno a los más variados aspectos de nuestra vida pública y de la sociedad contemporánea, con cuyas preocupaciones ha sabido conectar. Así lo muestra, por ejemplo, su atención a los problemas de la desafección y el desarraigo que se expresan en el movimiento de los indignados, del que ayer mismo se ocupaba desde las páginas de opinión de un diario nacional, pero de cuya problemática y potencialidad ya advirtió tempranamente –como cuando en 2005 señalara plásticamente, alabando la capacidad, la formación y la

imaginación de nuestra juventud, que “un joven indignado, con un teléfono móvil en las manos, es capaz de cambiar hasta el gobierno de una nación”, advertencia, dicho sea de paso, que no solo vale para nuestros indignados del 15-M, sino en términos mucho más globales.

Y es quizás esta actitud de permanente alerta ante las necesidades de los tiempos nuevos la que lo ha llevado a pensar y decir que si bien nuestra Constitución está envejeciendo bien, hoy pueden apreciarse en ella algunas insuficiencias que podrían y deberían remediarse, pues la reforma de la Constitución es un proceso propio de la normalidad democrática.

Muestra de ese respeto son las muchas distinciones de que se ha sido objeto Don Juan Carlos Rodríguez Ibarra en su dilatada vida pública. Por no abrumarle a él mismo con un repaso exhaustivo de esos honores, permítanme en todo caso que me refiera a las que a mi juicio mejor las sintetizan. No por tener yo el honor de compartirla con el Sr. Rodríguez Ibarra, me he de referir así, en el plano regional que tan caro no es a ambos, a la Medalla de Extremadura, que le fue concedida en 2008; en el plano nacional, a la Gran Cruz del Mérito Militar, con distintivo blanco, que se le otorgó en 2009 por sus servicios a la defensa nacional; y en el plano europeo e internacional, a la Gran Cruz de la Orden del Infante don Enrique y a su designación como miembro de la Academia Europea de Yuste; sin olvidar, en el plano estrictamente académico, el doctorado *honoris causa* por la Universidad Nacional de Córdoba de la República Argentina.

No podía ser, pues, de otra manera: el Consejo de Estado se ve honrado con nombramiento de don Juan Carlos Rodríguez Ibarra como nuevo Consejero Electivo.

En nombre de todos los Consejeros y en el mío propio, le doy la bienvenida”.

El nuevo Consejero toma la palabra para decir:

“Sr. Presidente del Consejo de Estado, Sres. Consejeros, Sres. Padrinos, Sres. Letrados, Sres. Miembros del Consejo, familiares, amigos.

No sé si por carácter o por educación, jamás pedí ningún puesto de responsabilidad grande o pequeña en la política nacional o regional. Me inicié en los años sesenta en la lucha contra un régimen político que no satisfacía mis deseos de libertad. Yo era entonces un joven indignado que quería cambiar el sistema, pero que no deseaba participar en la construcción del mismo. Fui diputado en las Cortes Constituyentes por un error de Alfonso Guerra -que me aseguró que en el puesto número tres por Badajoz no tenía ninguna posibilidad de salir elegido diputado-. ¿O tal vez no se equivocó?

Fui elegido Presidente preautonómico en diciembre de 1982, porque era el más joven de los miembros socialistas que formábamos parte de la recién iniciada Junta Preautonómica. Desde ahí fui persuadido para presentarme a las Elecciones Autonómicas de 1983, con el compromiso de estar cuatro años y ninguno más.

Y he sido nombrado Consejero Electivo de Estado, porque María Teresa Fernández de la Vega pensó que era conveniente que la mirada de los expresidentes autonómicos acompañara la solvencia técnico-jurídica de las personas que conforman esta prestigiosa y centenaria institución.

Vengo de Extremadura, igual que mi admirado Francisco Rubio Llorente, Presidente del Consejo de Estado. Jamás dije, ni diré, que me siento orgulloso de ser extremeño, porque haber nacido en Extremadura no fue mérito mío. Sólo me siento orgulloso de aquello que conseguí por mi esfuerzo; y haber nacido en Extremadura, en España, no me supuso ni esfuerzo, ni ilusión, ni trabajo, ni dedicación. En todo caso, mi madre que sí debió pasar lo suyo en aquellos tiempos donde en Extremadura las mujeres parían debajo de una encina.

Soy profesor de Filología de la Universidad de Extremadura, pero mi solvencia en esa materia nada tiene que ver con la del profesor Blecua que, con toda seguridad, cubrirá perfecta y cumplidamente los posibles deslices lingüísticos que se pudieran colar en los informes que emite el Consejo al que tengo el honor de incorporarme.

Entiendo, entonces, que se ha requerido mi presencia aquí para que aporte, si fuera necesario, mis ideas y experiencias sobre la España autonómica.

No sé si lo que dibujó la Constitución fue una novedad o fue un acto de levantamiento del freno de mano que la dictadura puso a los hechos diferenciales existentes en los distintos territorios españoles. Si creo saber que la España de 2011 es más uniforme y menos diferente que aquella que existía cuando nuestro país era *una, grande y libre*. Tal vez, la Transición Española constituyó un reforzamiento de una tradición y de una realidad ya preexistente, es decir, la pluralidad cultural y lingüística del pueblo español. Pudiera, entonces, pensarse que el diseño de la España multiforme del artículo 2 de la Constitución no supuso ninguna novedad, sino que fue el reconocimiento de un fenómeno pluricultural y multiidentitario que ya existía anteriormente.

Sea como sea, lo cierto es que nunca en España se había producido un fenómeno de igualación entre los españoles y entre los territorios como ha ocurrido en estos últimos treinta y tres años, precisamente cuando la Constitución Española reconoce los hechos diferenciales. No ha habido ninguna época en nuestra historia donde regiones, pueblos, ciudades y ciudadanos hayamos sido tan iguales o tan poco diferentes desde el punto de vista económico, cultural, social y político. En la puerta de un colegio español, sea cual sea el territorio donde se asiente, es difícil distinguir a los alumnos en función de la renta de su familia, del lugar en donde nacieron y viven. Visten igual, piensan igual, son digitales, aman la misma música, tienen las mismas costumbres y sienten de la misma forma.

Una ciudad española es igual que un pueblo con más notarios, más coches, más sucursales bancarias, más restaurantes o más conferenciantes. La neutralización entre pueblo y ciudad ha hecho acto de presencia, hasta el punto de que en los pueblos se construyen bloques de viviendas en vertical para parecerse a las ciudades y en las ciudades se construyen viviendas adosadas y pareadas para parecerse a los pueblos. Hoy, cualquier publicista que quiera vender autenticidad termina su anuncio con la frase “son de pueblo”, ya se refieran a alubias o a espárragos.

En la España de 2011 ya no existen zonas o rincones aislados, porque la red viaria permite la intercomunicación entre todos los puntos de nuestra geografía nacional.

Los medios de comunicación de masas, singularmente radio, televisión e Internet, llegan a todas partes, socializando como nunca había ocurrido intereses, pensamientos y valores.

Ante este estado de cosas y suponiendo que sea cierto mi análisis, no parece descabellado preguntarse por las razones que animan a muchos de nosotros a reforzar el carácter tribal en contraposición a la homogenización descrita.

Durante un tiempo ha podido parecer que la diferencia, el ser diferente, era sinónimo de ser más, de tener más, de aspirar a más. Esa percepción ha hecho que quienes se sentían diferentes hayan pretendido acentuar sus diferencias y que quienes no tenían conciencia de serlo, hayan buscado en lo más profundo del santoral o de su historia algo o alguien que permitiera aflorar su carácter de tribu con personalidad propia. Y en esa dinámica nos encontramos, como lo han evidenciado las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía de los que se sentían diferentes y de los que aspiraban a sentirse diferentes de los diferentes. Unos han reformado sus Estatutos para defenderse del poder central y otros lo han hecho para defenderse de los que se defendían del poder central.

Desde mi óptica, cada tema tiene su tiempo. De igual forma que no se debe explicar el tema tercero de cualquier asignatura en el segundo cuatrimestre, tampoco debe detenerse el país en el asunto autonómico en el año 2011 cuando la crisis debería impedir que nos fuéramos hacia atrás, cuando lo que toca es mirar hacia adelante.

Llegados a cierta edad, los padres pensamos sobre la herencia que podemos o aspiramos a dejar a nuestros hijos. En estos momentos de incertidumbres, esa inquietud aparece con mayor intensidad cuando se oye decir que estamos ante una generación perdida para España. Siento, después de pensarlo detenidamente, que la mejor herencia que podemos dejar a nuestros hijos es UN GRAN PAÍS. No cabe duda que un joven alemán o norteamericano, sin herencia de ninguna clase, tiene en estos momentos más

futuro que un joven español con la herencia clásica del pisito y unos cuantos euros en el banco. Sin duda eso es así porque los primeros han sido capaces de construir un gran país, mientras que nosotros, que lo construimos mediante una transición envidiable y un esfuerzo inmenso, estamos dejando que se devalúe porque, de nuevo, no somos capaces de comportarnos como españoles antes que como individuos.

Para intentar dejar un gran país a nuestros hijos es para lo que estoy aquí, integrándome al lado de las brillantes personalidades que hoy me acogen en su seno y a los que he intentado distinguir poniendo como muestra de lo que son Vds. a dos de ellos: a Landelino Lavilla, que fue mi presidente en el Congreso de los Diputados durante dos legislaturas, persona a la que admiro y respeto, y a María Teresa Fernández de la Vega, que fue mi paño de lágrimas cuando los ministros de Hacienda sacaban la calculadora y repartían dividendos. Donde ellos ponían calculadora, María Teresa ponía cabeza y corazón.

Termino dando las gracias al Presidente del Gobierno de España por haber propiciado mi nombramiento. Reitero mi lealtad al Rey y a la Constitución. Les agradezco su compañía y su atención.

Muchas gracias”.

4. Letrados

4.1. Situaciones

Don José María Jover Gómez-Ferrer, funcionario del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado pasó a la situación de servicios especiales el 31 de diciembre de 2011, por ser nombrado Secretario General Técnico del Ministerio de Industria, Energía y Turismo por Real Decreto 2010/2011, de 30 de diciembre.

5. Personal administrativo

5.1. Nombramientos

Doña María Dolores Pérez Robles, funcionaria del Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado, tomó posesión de forma definitiva del puesto de trabajo de Jefe de la Secretaría del Consejero, N-22, el día 4 de febrero de 2011, por Resolución de 25 de enero de 2011, que resuelve la convocatoria de Libre Designación efectuada por Resolución de 24 de noviembre de 2010, cesando en el desempeño provisional que venía desempeñando en ese mismo puesto de trabajo.

Doña María Josefa Castro Solano, funcionaria del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado, tomó posesión de forma definitiva del puesto de trabajo de Jefe Adjunto de la Secretaría, N-18, el día 4 de febrero de 2011, por Resolución de 25 de enero de 2011, que resuelve la convocatoria de Libre Designación efectuada por

Resolución de 24 de noviembre de 2010, cesando en el desempeño provisional que venía desempeñando en ese mismo puesto de trabajo.

Doña María Begoña Mardones Gómez, funcionaria del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado, tomó posesión en comisión de servicios del puesto de trabajo de Jefe de Negociado N-18 el día 1 de junio de 2011,

Doña María García Coello, funcionaria del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado, tomó posesión del puesto de trabajo de Jefe de Negociado N-18, en desempeño provisional, el 20 de diciembre de 2011.

Doña María del Pilar del Saz Moreno funcionaria del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado, cesó en el puesto que ocupaba como libre designación, de Jefe Adjunto de la Secretaría de la Sección Cuarta el 27 de diciembre de 2011, pasando a ocupar el puesto de Jefe de Negociado N-18 en adscripción provisional el 28 de diciembre de 2011. El 31 de diciembre de 2011 cesa en este puesto, pasando a desempeñar el de Jefe de la Secretaría del Consejero, N-22, con carácter de personal eventual el 1 de enero de 2012.

Doña Josefa del Río Bedmar, funcionaria del Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado, tomó posesión de forma definitiva del puesto de Jefe Adjunto de Registro General el 14 de octubre de 2011, por Resolución de 30 de septiembre de 2011, que resuelve el concurso específico convocado por Resolución de 15 de julio de 2011, cesando en la comisión de servicios que venía desempeñando en el citado puesto de trabajo.

5.2. Jubilaciones

Don José María Torrecilla Ibarra, funcionario del Cuerpo Técnico de Hacienda, cesó por jubilación forzosa el día 5 de febrero de 2011 en el puesto de trabajo de Jefe del Servicio de Conservación y Suministros.

Doña Rosa Aurora Rodríguez de la Sierra Pérez, Jefa de la Secretaría del Consejero de la Sección Cuarta, cesó por jubilación forzosa el día 31 de diciembre de 2011.

6. Personal laboral

6.1. Elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa

El día 10 de marzo de 2011 tuvo lugar la votación para elegir al representante de los trabajadores en el Consejo de Estado. Fueron presentadas dos candidaturas (Independiente), siendo elegido el candidato que obtuvo mayor número de votos, Isidoro Crespo Ruiz.

6.2. Convenio Colectivo del personal laboral del Consejo de Estado

Después de las elecciones celebradas el 10 de marzo de 2011, se inició la negociación del Convenio Colectivo del personal laboral del Consejo de Estado, firmándose el texto del Convenio el día 22 de noviembre de 2011, procediéndose al registro y depósito del mismo en el Registro Especial de Convenios de la Dirección

General de Trabajo de la Consejería de Empleo y Mujer, de la Comunidad de Madrid, para su posterior publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

7. Varios

El día 10 de marzo de 2011 tuvo lugar la votación para elegir a los representantes de los funcionarios públicos, dentro del proceso de Elecciones a Órganos de Representación de los Funcionarios Públicos, siendo elegida la única candidatura presentada, formada por los 5 funcionarios siguientes:

1. Sanz Soria, María Pilar
2. Fernández Jiménez, María Rosario
3. Lahoz Serrano, Esperanza
4. González Soto, Rosa María
5. Ramos Ruiz, María Jesús

IV. SERVICIOS

1. Archivo y Biblioteca

En memorias anteriores se trataba ya del proceso de irrupción paulatina de los soportes digitales en el campo de la información documental y sus posibles repercusiones. Esto se trataba como un fenómeno que iba a tener efectos a medio y largo plazo. Lo cierto es que, con distinta intensidad y con las peculiaridades que

caracterizan a cada uno de los campos afectados, tanto los archivos como las bibliotecas, con carácter urgente deben afrontar una situación que viene determinada por la convivencia de los soportes documentales tradicionales con los digitales de última generación y por una transición acelerada a una cuasi exclusividad de los medios digitales.

El Archivo y la Biblioteca del Consejo de Estado también se ven afectados por esta corriente transformadora que ya está causando un salto evolutivo no solo en la caracterización de los propios documentos, sino también en su custodia, almacenamiento, tratamiento, consulta y difusión.

1.1. Biblioteca. Adquisiciones

1.1.1. Monografías

El fondo bibliográfico moderno se ha visto incrementado en 1.132 títulos (1.240 volúmenes) con lo que dicho fondo ha alcanzado los 53.994 volúmenes.

Estas incorporaciones se estructuran de acuerdo con los siguientes grandes grupos temáticos y porcentajes:

Derecho constitucional. Ciencia política.....	35.4 %
Derecho administrativo.....	12,5 %
Filosofía. Filosofía del derecho. Teoría del derecho	6.5 %
Derecho internacional. Relaciones internacionales.....	5.4 %
Historia. Historia del derecho	5.4 %

Derecho civil.....	5.2 %
Derecho penal	4.3 %
Economía	4.2 %
Derecho comunitario	4.2 %
Derecho del trabajo. Seguridad social. Política social	4.0 %
Derecho mercantil.....	3.8 %
Administración de justicia. Derecho procesal.....	3.6 %
Hacienda pública. Derecho tributario.....	1.6 %
Derecho eclesiástico. Confesiones religiosas	1.1 %
Informática. Documentación	1.0 %
Varios.....	0.7 %
Fuerzas armadas. Derecho militar. Defensa nacional ..	0.5 %
Derecho romano.....	0.2 %
Obras de consulta.....	0.2 %
Derecho nobiliario. Heráldica. Genealogía	0.1 %
Miscelánea Jurídica	0,1 %

Se han incorporado a la base de datos de monografías un total de 1.611 registros, de los cuales 479 son fruto de la conversión de fichas del catálogo del fondo antiguo a registros informáticos.

La Biblioteca del Cuerpo de Letrados cuenta en la actualidad con 445 títulos.

1.1.2. Publicaciones periódicas

Se reciben 151 títulos de publicaciones periódicas. De la mayoría de ellos, la Biblioteca elabora boletines de sumarios bimestrales que se distribuyen en formato digital. A fin de conseguir una difusión rápida y económica, se continúa con la digitalización selectiva de los contenidos de los artículos de las publicaciones periódicas recibidas, alcanzando en diciembre una cifra superior a los 6.279 documentos digitales (9.57 Gb).

Aparte de las publicaciones periódicas especializadas, se reciben diariamente en la Biblioteca, para su consulta en sala, cuatro diarios de tirada nacional en soporte papel. La prensa se conserva a disposición de los usuarios durante un mes, momento en que se procede a su retirada definitiva. De dos de estos periódicos se mantiene además una suscripción on-line.

1.2. Servicio de préstamo

A lo largo de este último año se han recibido más de 1.200 solicitudes de préstamo. Como viene siendo habitual, no se incluyen en esta cifra los préstamos para su utilización en sala ni la utilización de obras de consulta.

1.3. Archivo

Durante 2011 se han recibido en el Archivo para su custodia 2.750 expedientes correspondientes a consultas evacuadas por el Consejo durante el mismo período, con lo que el total de expedientes de la Serie Moderna se eleva a 126.338.

El Archivo ha recibido además 130 legajos procedentes de los distintos departamentos (Secretaría General, Servicios Económicos, etc.) de cuya custodia se ha hecho cargo.

1.4. Investigadores

Los fondos documentales del Consejo de Estado, sobre todo los correspondientes al siglo XIX, llaman cada vez más la atención de los investigadores que recaban datos sobre los más diversos aspectos de la Administración Española en orden al estudio o la publicación de todo tipo de trabajos, fundamentalmente tesis doctorales. Durante el último año se ha observado un aumento considerable de las investigaciones presenciales.

Citamos a modo de ejemplo los siguientes temas de investigación para los que ha sido requerida documentación del Archivo del Consejo:

- Ordenanzas de la ciudad de Málaga
- Refundición de dominios en los montes de la provincia de Almería (fines siglo XIX-principios siglo XX)
- Facultades de las Diputaciones Provinciales para nombramiento de empleados (Pleitos incoados ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo). 1902
- Indultos en condenas por bigamia. Cuba. Siglo XIX
- Principio de igualdad en los Títulos Nobiliarios españoles
- Oficiales de la Península en Fernando Poo. Siglo XIX
- Personajes ilustres de Llanos de Somerón (Asturias)

- El Cuerpo de Telégrafos a finales del siglo XIX
- El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional
- Reglamento para la aplicación de la Ley de Montes de 1957
- El Tribunal de Comercio de Santiago de Cuba
- Diversificación agrícola, modernización y trabajo libre en Puerto Rico 1835-1860.

A solicitud de los investigadores y con fines de estudio, se han proporcionado datos y copias totales o parciales de los siguientes expedientes de personal:

- Don Martín de los Heros y de las Bárcenas. Consejero de Estado
- Don Tomás Suárez. Oficial Mayor del Consejo de Estado
- Don Fernando Merino Villarino. Presidente del Consejo de Estado
- Don Carlos María Cortezo y Prieto. Presidente del Consejo de Estado
- Don Rafael de Andrade y Navarrete. Presidente del Consejo de Estado.

1.5. Publicaciones

El Área colabora en la publicación de la Memoria anual, concretamente en la tramitación de la contratación para su impresión, correcciones finales y distribución de la misma.

Con motivo de la sesión del Pleno celebrado el 12 de mayo de 2011, en memoria del que fuera Consejero Permanente don Jerónimo Arozamena Sierra, se ha procedido a editar un opúsculo necrológico, en el que se recogen las intervenciones efectuadas en la mencionada sesión.

2. Informática

2.1. Equipo informático

Se puede decir que este periodo ha sido el de la consolidación definitiva del paso de “lo físico a lo virtual”. El noventa por ciento de los servidores que dan servicio en la red del Consejo de Estado son, en estos momentos, virtuales. Por lo demás, pocos cambios se han de destacar en este año, en el que al igual que en años anteriores se han reemplazado parte de los ordenadores y demás periféricos obsoletos o inservibles, por otros de mejores prestaciones y acordes con las necesidades actuales.

Se ha continuado con la migración de la mayoría de equipos al sistema operativo Windows 7, quedando ya un mínimo porcentaje con Windows XP, los cuales se

intentarán migrar durante 2012. También se ha instalado en todos los equipos de la red la ofimática incluida en la suite de programas de Microsoft Office 2007.

Entre los nuevos equipos adquiridos se pueden destacar 45 ordenadores personales, 15 monitores, 5 impresoras láser de alta velocidad con conexión a red y 4 escáneres.

2.2. *Actividad*

Aprovechando el periodo estival, se realizaron obras de acondicionamiento y transformación de parte de la infraestructura de red de área local. Se tendió un nuevo troncal de fibra óptica que conectó los diferentes *racks* integrados en la red de área local del Consejo de Estado. Se instalaron conexiones de alta velocidad para los servidores actuales y se dejaron de reserva para futuras ampliaciones. También se instalaron paneles Gigaspeed, que proporcionan alta velocidad de transmisión. En esta reforma se aprovechó para cambiar las antenas inalámbricas de la biblioteca antigua y de la sala de lectura por otras de tecnología 802.11n de Cisco, con mayor ancho de banda y potencia de señal.

A finales de 2011 se comenzó con la migración del sistema de nóminas NEDAES 4 a la nueva versión liberada por el Ministerio de Política Territorial y Administraciones Públicas, NEDAES 5. Este software es el que se utiliza para la confección mensual de las nóminas del Consejo de Estado y que se está instalando en un servidor SUN adquirido a tal efecto, con sistema operativo Solaris y base de datos Oracle.

Cabe destacar algunas de las actividades ordinarias, y no por ello menos necesarias, del Área de Informática: la administración de la red de área local, -generando y gestionando recursos físicos y lógicos, y dando de alta nuevas cuentas y usuarios-, el mantenimiento de ordenadores personales y todo tipo de periféricos, la atención a los usuarios internos y externos, la gestión y mantenimiento de las ADSL externas, el soporte de aplicaciones -modificaciones, cambios de interfaces y lenguajes de programación, nuevos desarrollos-, la realización de las propuestas de compra de equipos y *software*, elaboración de las propuestas y los pliegos para los contratos de mantenimiento y la verificación de la integridad de las diferentes bases de datos.

A resaltar son también las labores de administración sobre las bases de datos, las de gestión de los sistemas operativos, de mantenimiento y desarrollo de la *web* institucional y de la nueva intranet, de control de la seguridad en los recursos internos y en la mensajería electrónica, las de control de los accesos a Internet y de control de los servicios de e-mail, acciones que contribuyen al correcto funcionamiento de todos los departamentos.

El número de consultas recibidas en la *web* del Consejo de Estado durante 2011 ha alcanzado casi la cifra de 140.000, superando una media diaria de 380 visitas.

Con el sistema de gestión documental BKM, operativo en la mayor parte de equipos de nuestra red, así como en servidores Citrix para las conexiones externas, se tiene acceso a todos los sistemas documentales que el Consejo de Estado pone a disposición de sus diferentes usuarios. Entre las bases documentales accesibles se pueden destacar las de expedientes, monografías, doctrina, actas y estudios.

Del mantenimiento de las diferentes bases de datos, internas y externas, se viene encargando desde su creación el Área de Informática. En la base de trabajo interna de expedientes se han incluido, aparte de todos los expedientes ingresados, todos los dictámenes aprobados durante el año 2011 y los datos asociados a la tramitación de cada expediente ingresado en el Consejo de Estado durante este periodo. A fecha 31 de diciembre la base supera los 70.000 registros, gran parte de los cuales incluyen los correspondientes dictámenes (más de 65.800) con su texto íntegro (desde 1987 hasta 2011). Todos ellos son accesibles en modo *full text* mediante el *software* de recuperación documental BKM, habiéndoseles incorporado además el objeto multimedia correspondiente a su documento original en Microsoft Word.

Alojada desde hace varios años en equipos del Boletín Oficial del Estado, la base pública de dictámenes del Consejo de Estado mantiene su acceso universal de modo gratuito y sin restricciones. Su mantenimiento y gestión corre a cargo del Consejo de Estado, correspondiendo al Boletín Oficial del Estado el sistema de consulta y almacenamiento. A finales de diciembre de 2011, el número de dictámenes incorporados a la base pública superaba los 53.900, habiéndose incrementado en más de 4.300 respecto del ejercicio anterior. El número de accesos a la base pública de dictámenes durante 2011 ha rondado la cifra de 1.500.000 visitas, con una media que supera los 4.000 accesos diarios.

2.3. Formación

Por Resolución de 28 de febrero de 2011, el Instituto Nacional de Administración Pública aprobó la realización, en régimen descentralizado de diversos cursos. Entre ellos se destacan los relacionados con los aplicativos de ofimática, que

son de vital importancia para mantener un alto grado de formación y actualización en el personal que presta sus servicios en el Consejo de Estado. Dichas acciones formativas fueron impartidas por integrantes del Área de Informática, asistiendo más de 60 personas a estos cursos. También se desarrollaron otras actividades de actualización para personal técnico de informática, impartiendo estas materias profesionales externos.

3. Gestión y Servicios Generales

3.1. Base de dictámenes

El total de dictámenes incorporados a la base de acceso público gratuito al finalizar el año 2011 es de 54.435 dictámenes.

Los dictámenes relativos a anteproyectos y Proyectos de norma, una vez comprobada la aprobación de las mismas en el Consejo de Ministros, se incorporan de inmediato a la base de dictámenes de nuestra página *web*. Igualmente, se procede a esta inmediata incorporación y con igual comprobación los dictámenes relativos a los recursos de inconstitucionalidad.

3.2. Atención a consultas de particulares y solicitudes de información

Las consultas solicitando información sobre dictámenes y copias de los mismos, no sólo se mantienen en número, sino que han ido aumentando. Las consultas lo son tanto sobre dictámenes actuales como antiguos.

Se atienden las solicitudes que se adecuan a un determinado procedimiento relativo a la forma y medio utilizado (fax o correo electrónico) a fin de mantener un control de quién lo solicita y una precisión de la petición para iniciar la búsqueda. A ese sistema se suma la atención telefónica en la que se procura facilitar la información suficiente para que el solicitante utilice la base de dictámenes a través de nuestra página *web* y acceda a ellos por esa vía.

Durante el 2011 se han atendido 355 consultas vía correo electrónico o fax, facilitando la información y documentación en ellas solicitadas. A ellas, hay que sumar las atendidas telefónicamente. Se solicitan dictámenes actuales y antiguos. Los solicitantes son Administraciones públicas (tanto General del Estado, como autonómicas y locales) despachos de abogados, universidades y particulares a título individual, y de dichas solicitudes se mantiene un registro interno.

3.3. Calificación del expediente

Diariamente se califican los expedientes que entran en el Consejo, utilizando unas voces que permiten contar con un índice por materias, y así queda reflejado en la base de dictámenes (BKM) del Consejo. El número de voces empleadas, pese a ser reducido, nos permite conocer por ámbitos materiales, el sector o la actividad de la Administración sobre la que versan los dictámenes. Semanalmente se destacan los dictámenes que puedan resultar de interés de los que han sido aprobados por la Comisión Permanente de esa semana, y se hace eco de ello la página *web* del Consejo a efectos informáticos. A la hora de apreciar el interés se tienen en cuenta aspectos diversos, tales como la materia sobre la que tratan, el hecho de su remisión al Consejo en las cada vez más frecuentes consultas potestativas, y el contenido del dictamen o el

momento en que se someten a consulta. No sólo se da traslado semanal para su incorporación en la página *web*, sino que, también, se lleva a cabo una relación de las mismas para su inclusión en la Memoria anual.

3.4. Doctrina legal anual

Se continúan realizando los trabajos de coordinación con las Secciones para la preparación de la edición de la Doctrina legal anual. Dicha doctrina se sigue editando conjuntamente con el BOE. A partir de la correspondiente al año 2008 se ha producido una importante modificación en cuanto al soporte en que se edita. En aras de una mayor eficacia y menor coste, se procedió a modificar el convenio suscrito entre el Consejo de Estado y el B.O.E en lo relativo al soporte de la edición. La edición se hará exclusivamente en formato CD.

3.5. Base de Doctrina legal

Pese a las dificultades de tipo informático para su puesta en marcha, se ha logrado conformar una base de Doctrina legal a partir de octubre de 2009. En dicha base se encuentran los dictámenes considerados de interés doctrinal, para lo cual se cuenta con la colaboración de determinados Letrados coordinados por la Letrada doña Rosa María Collado, dan lugar a una información doctrinal de la forma siguiente: el número de dictamen, el asunto, la conclusión y el resumen doctrinal, acomodados a unas voces principales y secundarias. De modo que permite una información sucinta pero expresiva de cómo se conduce la Doctrina del Consejo. Esta base es de uso interno. En el año 2010 se han elaborado 298 fichas de doctrina que están incorporadas en dicha base y que serán objeto de una próxima edición.

4. Conservación y mantenimiento

4.1. Colaboración con la Dirección General del Patrimonio del Estado

Continuando con el programa de colaboración con la Dirección General del Patrimonio del Estado, durante el ejercicio 2011 se ha procedido a la ejecución de las obras de reforma de los dos patios del edificio sede de este Consejo de Estado, centrándose las actuaciones en la reposición de elementos decorativos y pavimentos, restauración de revocos, saneamiento y reorganización de instalaciones, así como otras actuaciones complementarias.

4.2. Prevención de riesgos laborales

Con el objeto de dar cumplimiento a la normativa sobre riesgos laborales, se ha contratado con la empresa Fraternidad-Muprespa, como servicio de prevención ajeno para este ejercicio, el concierto de las cuatro disciplinas preventivas: Seguridad y Salud en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicología aplicada y Medicina del Trabajo.

En concreto, durante este ejercicio y siguiendo la programación y directrices del Comité de Seguridad y Salud, se han desarrollado las siguientes actividades preventivas:

El 3 de junio se realizó el preceptivo simulacro de evacuación anual, con resultados satisfactorios.

Se procedió a la realización de reconocimientos médicos para todo el personal.

Se llevaron a cabo mediciones de las condiciones ambientales en los puestos de trabajo.

Se aprobó el Plan de Prevención de Riesgos Laborales para el Consejo de Estado, así como los correspondientes procedimientos para integrar la actividad preventiva en el sistema de gestión y organización de esta institución.

4.3. Obras

Con cargo al presupuesto del Consejo de Estado se han realizado las siguientes actuaciones:

- Restauración y sujeción de falsos techos de las dependencias de las secciones Segunda y Séptima, así como saneamiento de los paramentos y posterior pintado de los mismos.
- Durante el mes de agosto, se realizaron diversas actuaciones de pintura y saneamiento de paramentos en la Galería de los Presidentes, así como en la galería frente a la Sección Quinta.
- Se ha ejecutado las obras de acondicionamiento de la infraestructura de red de área local y la consiguiente reestructuración del rack de comunicaciones existentes en el Centro de Proceso de Datos de este Consejo.
- Durante el mes de agosto se han realizado las obras y actuaciones necesarias para la instalación de una nueva centralita de detección y alarma para el sistema contra incendios de este Consejo.

V. RELACIONES INSTITUCIONALES

1. Entre los actos más relevantes de la actividad institucional del Consejo de Estado cabe destacar los siguientes:

El día 15 de febrero, Su Majestad El Rey recibe a la Comisión Permanente en el Palacio de La Zarzuela.

El día 16 de junio el Presidente asiste al acto de entrega de la “Balanza de Oro” al Consejo de Estado, concedida por el Ilustre Colegio de Procuradores de los Tribunales de Madrid.

El día 7 de noviembre tiene lugar en el Ministerio del Interior, con la asistencia del Presidente del Consejo de Estado, el acto de imposición por el Ministro del Interior de las Cruces al Mérito Policial y Guardia Civil, siendo condecorados con la Cruz de Plata al Mérito de la Guardia Civil, el Consejero Permanente don Miguel Herrero Rodríguez de Miñón; con la Cruz al Mérito Policial con distintivo blanco el Letrado Mayor don José Leandro Martínez-Cardós y Ruiz y el Letrado don Víctor Torre de Silva y López de Letona y con la Cruz al Mérito de la Guardia Civil con distintivo blanco la Letrada doña Rosa María Collado Martínez.

2. El Presidente del Consejo de Estado asistió a lo largo del año 2011, en representación del Alto Cuerpo Consultivo, entre otros a los siguientes actos:

El día 17 de febrero, asiste al “Homenaje a don Francisco Tomás y Valiente” celebrado en el Colegio de Registradores.

El día 16 de marzo tuvo lugar la imposición al Presidente de la Gran Cruz de la Orden del Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil, concedida por Orden de 30 de septiembre de 2010 (B.O.E. 39/2010).

El día 23 de marzo, asiste a un Seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, organizado por don Ricardo Alonso García acerca del Informe del Consejo de Estado sobre las garantías de cumplimiento del Derecho comunitario.

El día 1 de junio asiste a un almuerzo en Moncloa con el Sr. Ministro de la Presidencia.

Asiste al acto de homenaje (a título póstumo) y entrega del Premio Fundación Amigos del Museo del Prado a Jorge Semprún.

El día 19 de septiembre el Presidente fue invitado a un almuerzo en el Ministerio de Justicia otorgado por el Ministro de Justicia.

El día 26 de septiembre el Presidente asiste en la sede del Consejo General del Poder Judicial a la entrega del VII Premio Erradicación de la violencia de género, otorgado a la Consejera Permanente doña María Teresa Fernández de la Vega.

El día 18 de octubre, el Presidente pronuncia una conferencia, bajo el título “Constitución Española e integración europea” por los 125 Años de la Universidad de Deusto, en el marco "Retos del Derecho en una economía sin fronteras".

El día 2 de noviembre el Presidente pronuncia la conferencia “Constitución Española e integración Europea” en las Jornadas celebradas en la Universidad Carlos III, Campus de Getafe.

El día 3 de noviembre el Presidente asiste al homenaje a don Luis Díez del Corral en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense.

El día 17 de noviembre el Presidente recibe el XVII Premio Pelayo en el Casino de Madrid.

El día 27 de diciembre el Presidente asiste al Solemne Acto de Sesión de Apertura de la X Legislatura de las Cortes Generales bajo la presidencia de Sus Majestades Los Reyes.

3. Otras actividades desempeñadas por los miembros del Consejo de Estado:

El Consejero Permanente, Presidente de la Sección Primera, Sr. Lavilla Alsina, pronuncia una conferencia sobre “La Justicia y el Estado social de Derecho” en los Cursos de verano de la Universidad Complutense el día 4 de julio. Interviene el 20 de octubre en los Actos de Homenaje a don Juan Vallet de Goytisolo (que fue Consejero Nato del Consejo de Estado como Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación) en el Colegio Notarial de Madrid; sus palabras han sido publicadas en el

número 40 de la Revista El Notariado y en los Anales de la Academia Matritense del Notariado.

El Consejero Permanente, Presidente de la Sección Segunda, Sr. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, ha dirigido el Curso de la Universidad Menéndez Pelayo, sede Sevilla, sobre “Reformas Laborales 2010-2011 (16-17 de mayo de 2011), ha participado como ponente en la Ponencia General “El Derecho del Trabajo y las relaciones ante los cambios económicos y sociales” (X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, 21-23 septiembre 2011) y ha impartido varias conferencias, entre las que cabe destacar: “Gino Giugni, un reformista innovatore”, homenaje “In ricordo di Gino Giugni. Gli anni dell’innovazione: 1960-1970” (Octubre 2011, Università Luiss Guido Carli. Roma), “Crisi, diritti e dumping sociale”, homenaje Massimo Roccella “L’ultima lezione di Massimo” (octubre 2011, Cagliari, Cerdeña), “El Derecho del Trabajo y las relaciones laborales ante los cambios económicos y sociales” (V Jornadas Valencianas de Relaciones Laborales, 27-28 octubre 2011, Colegio Oficial de Graduados Sociales, Valencia), “Invocabilidad y efecto directo inter privados de las Directivas Laborales”, “Studi in Onore di Tiziano Treu” (Università Católica Milán) “Gobernanza y espacio local”, curso del Consejo Consultivo de Andalucía “Gobierno Local y Derechos de las Ciudadanía” (noviembre 2011).

El Consejero Permanente, Presidente de la Sección Tercera, Sr. Herrero Rodríguez de Miñón, ha formado parte de la Comisión de Expertos creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de mayo de 2011 para el futuro del Valle de los Caídos con el encargo de preparar un Informe sobre posibles actuaciones, de acuerdo con las disposiciones que para este lugar de memoria establecen el artículo 16 y la disposición adicional 6.^a de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se

establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. El informe fue entregado al Ministro de la Presidencia el 29 de noviembre de 2011 y el Sr. Herrero Rodríguez de Miñón formuló un voto particular. También tuvo un encuentro con la Comisión Parlamentaria de Hungría para la reforma constitucional. Ha pronunciado, entre otras, las siguientes conferencias: la conferencia inaugural de la conmemoración del 150 aniversario de la Ley Notarial sobre los “fundamentos constitucionales de la autonomía de la voluntad” (Sevilla, marzo de 2011), “La Monarquía hoy” (abril 2011) en el Colegio Mayor Santa María, “Las normas electorales de la transición en los Cursos de verano de la Universidad Complutense” (julio de 2011), “El conservadurismo liberal de don Luis Díez del Corral” (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, octubre de 2011) y “Derecho histórico frente al nuevo Derecho Natural (constitucionalismo y foralidad)”, en la Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, Universidad del País Vasco, San Sebastián, octubre de 2011.

El Consejero Permanente, Presidente de la Sección Cuarta, Sr. Ledesma Bartret, ha sido ponente en el curso “Función Jurisdiccional y Función Consultiva”, organizado por el Consejo Consultivo de Galicia, en las II Jornadas Jurídicas de Ceuta, en las V Jornadas Jurídicas de Sarria (Lugo), en el X Congreso Nacional de la Abogacía y en las Jornadas sobre Gobierno Local y Derechos de la Ciudadanía, organizadas por el Consejo Consultivo de Galicia. Ha pronunciado diversas conferencias: en la Asociación valenciana de Juristas Demócratas, en la Universidad de Salamanca, en el Congreso sobre el Bicentenario de la Constitución Española de 1812 (San Juan de Puerto Rico).

El Consejero Permanente, Presidente de la Sección Sexta, Sr. Manzanares Samaniego, ha publicado los Comentarios al Código Penal (adaptado a la Ley Orgánica

5/2012, de 22 de junio). Comentarios y Jurisprudencia. Tomos I y II. Editorial Comares y ha publicado diversos artículos sobre el error judicial (La Ley 21 de noviembre y 5 de diciembre de 2011) y la responsabilidad patrimonial por prisión provisional (La Ley 5 de diciembre de 2011).

La Consejera Permanente, Presidenta de la Sección Séptima, Sra. Fernández de la Vega Sanz, ha pronunciado diversas conferencias entre las que cabe destacar: “Caminos para las mujeres en las transiciones democráticas” (El Cairo, Egipto), organizada por UN Women; “Diálogos sobre la libertad. Papel del constitucionalismo en España” (Cádiz); “Homenaje a Francisco Tomás y Valiente” (Santander); conferencia magistral sobre “Democracia, Género y Gobernabilidad”, organizada por el PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) y la SEGIB (Secretaría General Iberoamericana); e inauguración del “Congreso Internacional Violencia de Género y Justicia” (Universidad de Santiago). Asimismo, ha recibido diversos premios entre los que cabe destacar: Premio “Amiga de la discapacidad” (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad – CERMI); “Águila Azteca” (Embajada de México en España); y Premio AMIT (Asociación de Mujeres Investigadoras y Tecnólogas).

El Consejero Permanente, Presidente de la Sección Octava, Sr. Alonso García, continúa su asistencia al Gobierno ante diversos Estados miembros de la Unión Europea y la Comisión Europea para la integración de centros e investigadores españoles en los futuros consorcios internacionales constitutivos de las infraestructuras europeas de investigación en aplicación para e-science del Reglamento del Parlamento y del Consejo n.º 723/2009 (European Research Infrastructures Consortia –ERIC) asistiendo a varias reuniones en Bruselas, Ámsterdam, Berlín y Londres. Preside el Grupo de Expertos de Alto Nivel del Gobierno y del Congreso de los Diputados sobre la Adaptación de la

legislación española a las exigencias del artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecido en marzo de 2008. Comparece ante el Congreso de los Diputados. Asiste en nombre del Gobierno español a reuniones sobre el régimen de interoperabilidad tecnológica y jurídica de las futuras infraestructuras globales de las redes e infraestructuras regionales de superordenadores y bases de datos (negociaciones en Ámsterdam, Rio de Janeiro y Washington D.C. con China, EE.UU., Australia, Sudáfrica, Brasil, Canadá, G-20 y GBIF). Preside la I EU-US Conference on State of the Art Technologies for the Conservation of the Marine Environment. Asiste a la presentación del Acuerdo Internacional sobre medidas del Estado rector del Puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, en cuya elaboración había intervenido indirectamente el Consejo de Estado a través del Informe de la Comisión de estudios sobre la materia (FAO). Preside el Fórum de Liderazgo Económico de la Red de Mujeres Rurales y Urbanas celebrado en Sevilla el 20 de septiembre de 2011. En octubre asiste en nombre del Consejo de Estado al III Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y de Mercosur en Buenos Aires, Argentina. Preside las Jornadas sobre Gobernanza del Territorio celebradas el 22 de noviembre de 2011 en La Granja (Segovia).

El Consejero Electivo don Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona asistió los días 17 y 18 de octubre, en Luxemburgo, al “Primer Seminario de Juristas españoles en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

El día 22 de marzo, la Secretaria General doña Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos y los Letrados doña Rosa María Collado Martínez, don José Joaquín Jerez Calderón, doña Beatriz Rodríguez Villar, doña María José Trillo-Figueroa Molinuevo, don Moisés Barrio Andrés y doña Rocío Tarlea Jiménez asistieron a la Jornada

monográfica sobre el Consejo de Estado y su doctrina, organizada por la Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE.

Los días 9 y 10 de junio, el Letrado Mayor don Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín asistió a las Jornadas de Letrados celebradas en el Consejo Consultivo de Galicia.

El Letrado Mayor don Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín y los Letrados don Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade y don José Américo Alonso asistieron a las XIII Jornadas de la Función Consultiva, celebradas en Vitoria los días 28, 29 y 30 de septiembre.

4. A lo largo del año se han sucedido una serie de visitas al Consejo de Estado. Entre estas visitas cabe destacar las siguientes:

El día 14 de febrero visitó el Consejo de Estado un grupo de altos cargos y funcionarios del Ministerio de la Presidencia, acompañados de la Directora General de Relaciones con las Cortes, doña Elena García Guitián, con el objeto de profundizar en el conocimiento del trabajo de esta Institución.

El día 6 de junio, el Consejo de Estado recibe la visita de don Juan Carlos Henao Pérez, Presidente de la Corte Constitucional de Colombia.

El día 24 de junio visitó el Consejo de Estado un grupo de personas del Instituto de Empresa, que fueron recibidas por el Letrado Mayor don Leopoldo Calvo-Sotelo.

El día 14 de septiembre visitó el Consejo de Estado un grupo de alumnos de

ICADE, que fueron recibidos por la Letrada doña Beatriz Rodríguez Villar.

El día 5 de octubre el Presidente del Consejo de Estado recibe a don Carlos Gudiña, don Antonio Lupión y don Vicente Escribano, funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en esta Institución, que han sido galardonados con la Medalla de la Cruz del Mérito Policial con distintivo blanco.

El día 23 de noviembre visitó el Consejo de Estado un grupo de alumnos becarios del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, acompañados por la Jefa de Departamento de Estudios e Investigación del DEPC, siendo recibidos por la Letrada doña Rosa María Collado Martínez.

VI. HONORES Y DISTINCIONES

El 16 de junio, el Presidente recoge la “Balanza de Oro de la Justicia”. El galardón fue concedido al Consejo de Estado por el Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid por su extraordinaria contribución al Estado de Derecho.

El Consejero don Fernando Ledesma Bartret ha sido honrado por el Ayuntamiento de Salamanca mediante el reconocimiento de la condición de “Huésped Distinguido”.

El 7 de septiembre tuvo lugar en Santander el acto de investidura como Doctora Honoris Causa por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de la Consejera Permanente doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

Con fecha 26 de septiembre tuvo lugar en la sede del Consejo General del Poder Judicial el acto de entrega a la Consejera Permanente doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz del VII Premio de Reconocimiento a la labor más destacada en la erradicación de la Violencia de Género 2011, concedido por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

El día 7 de noviembre, el Ministro del Interior impone la “Medalla de plata al Mérito de la Guardia Civil” al Consejero Permanente Sr. Herrero y Rodríguez de Miñón. También se imponen las “Medallas al Mérito Policial” (blancas) al Letrado Mayor don José Leandro Martínez-Cardós y Ruiz y a don Víctor Torre de Silva y López de Letona y la “Medalla al Mérito de la Guardia Civil” (blanca) a doña Rosa María Collado Martínez.

Por Real Decreto 1818/2011, de 16 de diciembre, se concede la Gran Cruz del Mérito Militar con distintivo blanco al Consejero Permanente don Fernando Ledesma Bartret y al Letrado Mayor don Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín.

VII. TRIBUNAL DE CONFLICTOS

Por acuerdo de 22 de diciembre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, se determina para el año 2011 la composición del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, previsto en los artículos 38 y 40 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 1 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de

Conflictos Jurisdiccionales. Entre dichos miembros se integran como Vocales titulares los Consejeros Permanentes don Fernando Ledesma Bartret, don Antonio Sánchez del Corral y del Río y don José Luis Manzanares Samaniego, y como Vocales suplentes doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz y don Enrique Alonso García.

Durante el año 2011 se dictaron las siguientes sentencias por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción:

Sentencia n.º 1/2011, de 16 de junio de 2011, recaída en el conflicto de jurisdicción n.º 1/2011, suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia y el Ayuntamiento de L'Alcudia en materia de resolución de contratos (B.O.E. de 29 de julio de 2011). En el fundamento de derecho primero se expresa que el conflicto de jurisdicción se sustenta en el argumento de que el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia, por Sentencia de 1 de julio de 2010, ha procedido a resolver los contratos administrativos suscritos entre el Ayuntamiento de L'Alcudia y la empresa M.S.L. para la ejecución de determinadas obras, sin tomar en consideración que, por Acuerdo plenario municipal de 2 de junio de 2009, se había acordado la resolución definitiva de los referidos contratos administrativos de obras, por causas imputables al contratista, así como la incautación de los avales prestados que garantizaban la ejecución de ambos contratos, y, en consecuencia, el órgano judicial se había excedido en su competencia jurisdiccional, al interferir, lesivamente, en las facultades que el artículo 194 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, confiere al órgano administrativo de contratación para, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley, interpretar los contratos administrativos, resolviendo las dudas que ofrezca su cumplimiento; modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. En el fundamento de derecho

tercero afirma que el conflicto de jurisdicción suscitado por el Ayuntamiento de L'Alcudia debe resolverse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, reconociendo que corresponde a la referida Administración local la competencia para resolver los contratos administrativos, pues, conforme es doctrina reiterada del Tribunal de Conflictos, expuesta en las Sentencias de 25 de junio de 2007 (conflicto de jurisdicción 3/2007), y de 22 de junio de 2009 (conflicto de jurisdicción 7/2008), el principio de universalidad de la jurisdicción del Juez del Concurso, dirigido a asegurar la eficacia del procedimiento concursal, que se infiere de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, no puede entenderse en el sentido de vaciar de contenido las prerrogativas de la Administración en orden a la interpretación y resolución de los contratos administrativos. En el fallo declara que corresponde al Ayuntamiento de L'Alcudia acordar la resolución de los contratos, siendo ajena a la competencia del Tribunal la determinación del orden jurisdiccional ante el que deberá dilucidarse la eventual impugnación del acto administrativo dictado al efecto. Como señala el fundamento de derecho tercero, la cuestión de si de la impugnación del Acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de L'Alcudia el 2 de junio de 2009, aprobando la resolución de los contratos administrativos de obras, debió conocer el Juez del concurso o la jurisdicción contencioso-administrativa, sería propiamente un conflicto interjurisdiccional, y a ella no se extiende la competencia del Tribunal, cuyo carácter formal se circunscribe a la determinación del órgano competente para decidir –Juez o Administración- y no uno u otro Juez.

Sentencia n.º 2/2011, de 20 de septiembre de 2011, recaída en el conflicto de jurisdicción n.º 3/2011, suscitado entre la Junta de Andalucía y el Juzgado de Instrucción n.º 6 de Sevilla (B.O.E. de 10 de octubre de 2011). El conflicto se refiere a

a la aportación de documentos a un proceso a requerimiento de los correspondientes órganos jurisdiccionales. En el fundamento de derecho segundo expresa que para que surja el conflicto no basta con la invocación del carácter secreto, reservado o confidencial del documento sino que, en primer lugar, es preciso que efectivamente se trate de documentos a los que la norma atribuya tal carácter y, en segundo lugar, es necesario hacer valer, por parte de la Administración que rechaza la aportación solicitada, la titularidad de la competencia para decidir respecto de dicha reserva o confidencialidad. Es en este último supuesto y en cuanto el conflicto se resuelva a favor de la competencia de la Administración, cuando la aportación de tales documentos al proceso requerirá instar de la Administración que, en ejercicio de su competencia, desclasifique los documentos o levante su carácter reservado, sin perjuicio del posterior control jurisdiccional del acto en que se plasme la correspondiente resolución administrativa. Tras precisar los términos en que se plantea el conflicto examina las siguientes cuestiones: naturaleza de las actas como documento, el contenido legalmente establecido sobre el que se proyecta el carácter de las actas y su incidencia en las competencias invocadas por las partes y la eventual inclusión en las actas de documentos reservados o materias secretas a que se refiere el artículo 31 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y el ejercicio de las competencias que se reconocen al Consejo de Gobierno. Declara la improcedencia del requerimiento de inhibición y subsiguiente conflicto de jurisdicción planteado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía respecto del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Sevilla y en el fundamento de derecho sexto señala que la discrepancia con las resoluciones del Juzgado dictadas en el ejercicio de sus competencias, debe solventarse (como de hecho ha ocurrido) por vía de los recursos judiciales en el ámbito que les propio, por tanto al margen del conflicto de jurisdicción.

Sentencia n.º 3/2011, de 21 de septiembre de 2011, recaída en el conflicto de jurisdicción 2/2011, suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona y la empresa ZF, S. L. y la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Cataluña (B.O.E. de 29 de octubre de 2011). El fundamento de derecho primero expresa que el conflicto de jurisdicción tiene su origen en lo acordado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona, con jurisdicción y competencia en el procedimiento concursal 23/2010, seguido contra la empresa Z.F. S.L. y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Cataluña, en el Auto de 21 de febrero de 2011, por el que se requiere de inhibición a la Agencia Estatal de Administración Tributaria para que de forma inmediata deje sin efecto el embargo sobre los créditos de la concursada contra T.L.S.A. En el fundamento de derecho segundo se afirma que el conflicto de jurisdicción suscitado debe resolverse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos de Jurisdicción, reconociendo que corresponde la jurisdicción controvertida al Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona, pues, conforme es doctrina reiterada del Tribunal de Conflictos (Sentencias de 10 de octubre de 2005, 20 de diciembre de 2006, 6 de noviembre de 2007 y 2 de julio de 2008), una vez declarado el concurso, la Administración General del Estado, en este supuesto, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sólo puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso. Añade que en el supuesto en que el Juez de lo Mercantil haya acordado la apertura de la fase de liquidación, conforme a lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, subsiste la competencia judicial para declarar que los bienes y derechos embargados resultan necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, en cuanto que puede afectar a las operaciones de liquidación de la masa

activa, respecto de la enajenación de las unidades productivas que integran la explotación empresarial, a tenor del artículo 149 de la mencionada Ley Concursal. Al respecto, debe significarse que, según estipula el artículo 147 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, “durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III de esta Ley, en cuanto no se opongan a las específicas del presente Capítulo”, en cuyo título se incluye el artículo 55, que establece el régimen jurídico de ejecuciones y apremios administrativos durante la tramitación del procedimiento concursal. El fallo declara que la jurisdicción sobre la que versa el conflicto corresponde al Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona.

Sentencia n.º 4/2011, de 28 de septiembre de 2011, recaída en el conflicto de jurisdicción n.º 6/2011, suscitado entre el Ayuntamiento de Granada y la Audiencia Provincial de Granada (B.O.E. de 29 de octubre de 2011) en relación con un procedimiento de jura de cuentas. En el fundamento de derecho segundo se afirma que el expediente de jura de cuentas era antes de la Ley Orgánica 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, una actividad jurisdiccional que terminaba por un auto, pero hoy concluye con un decreto del secretario, dictado al margen de toda intervención judicial y no recurrible. Sucede así que los jueces o tribunales que sustenten tales conflictos positivos frente a la Administración difícilmente podrán argumentar por sí mismos sin invadir las competencias exclusivas del secretario del juzgado o tribunal. E igual ocurriría si el conflicto fuera negativo. En el fundamento de derecho tercero recuerda que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, reservado exclusivamente a los Juzgados y Tribunales conforme dispone el artículo 117.3 de la Constitución, no se reparte entre todos sus componentes, sino que se residencia en los jueces y magistrados que ostentan su titularidad y, lo que es más importante, ejercen la jurisdicción. Los secretarios

judiciales no forman parte del Cuerpo único de jueces y magistrados previsto en el artículo 122.1 de nuestra Carta Magna, ni su estatuto responde a las exigencias ineludibles en relación con los titulares de la jurisdicción. Baste recordar el artículo 440 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual el Cuerpo Superior Jurídico de los Secretarios Judiciales depende del Ministerio de Justicia. Su artículo 463 subraya la ordenación jerárquica y la dependencia funcional de una Administración de Justicia que, en sentido amplio, incluye también actividades complementarias y auxiliares para el ejercicio de la potestad jurisdiccional. En el fundamento de derecho cuarto añade que ni siquiera todas las resoluciones de los jueces y magistrados son jurisdiccionales. Los artículos 244 y 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial distinguen nítidamente entre las providencias, autos y sentencias, de un lado, y los acuerdos, de otro, reservándose esta última denominación para las que tuvieran carácter gubernativo. Los conflictos de jurisdicción sólo caben en relación con resoluciones que, además de judiciales, sean jurisdiccionales. Conforme a los artículos 3 y 10.1 de la Ley Orgánica 2/1987, los órganos administrativos autorizados por dicha Ley sólo pueden plantear tales conflictos a los juzgados y tribunales, lo que establece un requisito que no se cumple en la cuestión sometida al Tribunal de Conflictos. El expediente de jura de cuentas no sólo ha perdido su carácter jurisdiccional tras la Ley Orgánica 13/2009, sino que incluso podría ser regulado fuera de las leyes procesales. El concepto de jurisdicción no permite ampliaciones periféricas a partir de un núcleo central. Al menos, en cuanto se oponga a los criterios claramente seguidos por la legislación vigente. El fallo declara la improcedencia del requerimiento de inhibición y del subsiguiente conflicto de jurisdicción planteado por el Ayuntamiento de Granada a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, en relación con el procedimiento de jura de cuentas.

Sentencia n.º 5/20011, de 14 de diciembre de 2011, recaída en el conflicto de jurisdicción n.º 4/2011, suscitado entre la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Galicia y el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra (B.O.E. de 8 de marzo de 2012). El fundamento de derecho primero expresa que el conflicto de jurisdicción se suscita en relación con sendas liquidaciones provisionales del IVA giradas por la AEAT a I.G. S. L., tras la declaración de concurso de esta entidad, correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2010, siendo su objeto determinar si las liquidaciones provisionales giradas por la AEAT a la entidad concursada, tras la declaración de concurso, vulneran la jurisdicción del Juez del concurso. En el fundamento de derecho segundo se afirma que la jurisdicción atribuida al Juez del concurso para conocer de cualesquiera cuestiones relacionadas con el proceso universal, con desplazamiento del órgano primariamente competente- sea jurisdiccional o, en su caso, administrativo-, supone una excepción al principio de improrrogabilidad y, por ello, debe ser objeto de una interpretación estricta y sujeta a ciertos límites. Tras una serie de consideraciones teniendo en cuenta el peculiar esquema de liquidación del IVA señala que parece que se exceden los límites del principio de universalidad si el Juez del concurso niega o desconoce las atribuciones administrativas para modificar la base imponible y cuota tributaria del IVA -mediante la oportuna liquidación- cuando, como en el presente caso, los acreedores emiten facturas rectificativas del IVA repercutido a la entidad concursada. En el fundamento de derecho tercero añade que con las liquidaciones de IVA giradas a la entidad concursada, la Administración tributaria no pretende una compensación de créditos (prohibida por el artículo 58 de la Ley Concursal, como también ha reconocido el Tribunal de Conflictos en Sentencias núm. 5/2007, de 25 de junio, y 4/2009, de 22 de junio) ni invoca una eventual prioridad de los créditos dimanantes de tales liquidaciones, sino el estricto reconocimiento de su potestad para la determinación de

las cuotas tributarias, en particular, para la modificación de la base imponible y de la cuota tributaria del IVA cuando, como en este caso, los acreedores emiten facturas rectificativas del IVA repercutido a la entidad concursada. En el fundamento de derecho cuarto indica que, cuestión distinta es, si una vez practicadas las correspondientes liquidaciones tributarias y determinado el inventario conforme a ellas, corresponde al Juez del concurso o a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer sobre la impugnación de tales liquidaciones, pero esta cuestión sería propia de un conflicto entre órdenes jurisdiccionales, no se extiende la competencia del Tribunal. El fallo declara que corresponde a la Administración tributaria liquidar las cuotas tributarias del IVA de la entidad concursada correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2010, siendo ajena a la competencia del tribunal la determinación del orden jurisdiccional ante el que deba dilucidarse la eventual impugnación del acto administrativo dictado al efecto y que no corresponde a dicha Administración cuanto se refiere a la clasificación de los créditos dimanantes de las referidas liquidaciones y, en particular, a si deben ser considerados como créditos concursales o créditos contra la masa.

Sentencia n.º 6/2011, de 14 de diciembre de 2011, recaída en el conflicto de jurisdicción n.º 5/2011, suscitado entre el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino y el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia (B.O.E. de 8 de marzo de 2012). El fundamento de derecho primero expresa que el conflicto se suscita en relación con la pretensión, deducida en la demanda presentada por N.C.P.,S.A.R.L., contra E.S.A., y el Instituto Valenciano de Investigaciones Agrarias, de que se declare que la variedad de mandarina denominada “*Tango*” es una variedad esencialmente derivada de la variedad de mandarina protegida denominada “*Nadorcott*”. El objeto del conflicto consiste en determinar si la declaración de que la variedad “*Tango*” es una

variedad esencialmente derivada de la variedad protegida “*Nadorcott*” corresponde al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino -ante el que se ha solicitado la concesión del título de obtención vegetal de la variedad “*Tango*” y su inscripción en el registro Oficial de Variedades Protegidas- o al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia- ante el que se sigue el juicio ordinario n.º 310/2008, promovido por N.C.P., S.A.R.L., contra E.S.A., y el Instituto Valenciano de Investigaciones Agrarias. Tras examinar el régimen normativo de protección de las obtenciones vegetales señala que el carácter esencialmente derivado de una variedad es una cuestión que no debe ser objeto del expediente administrativo de concesión del título de obtención vegetal sino de las acciones judiciales que en cada caso concreto se promuevan por la posible vulneración de los derechos del obtentor de la variedad inicial protegida, y cuya resolución definitiva desplegará sus efectos en las relaciones entre el obtentor de la variedad inicial protegida -en este caso demandante- y el titular de la variedad que en su caso se considere esencialmente derivada. En el fundamento de derecho octavo considera que estando pendientes de resolución ambos procedimientos –el administrativo para la concesión del título de obtención vegetal y el jurisdiccional en relación con la posible vulneración de los derechos del obtentor de la variedad inicial protegida sobre una variedad que se dice esencialmente derivada de aquella-, la competencia de los órganos de la jurisdicción ordinaria para decidir si una variedad es esencialmente derivada y si, en consecuencia, se han vulnerado los derechos del obtentor de la variedad inicial protegida sobre la variedad esencialmente derivada existirá aun en el supuesto de que en vía administrativa se concediera el título de obtención vegetal sobre la variedad (que se dice esencialmente derivada de la variedad inicial protegida) antes de dictarse definitiva. El fallo declara que corresponde al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia pronunciarse, en el seno del juicio n.º 310/2008 seguido a resultas de la supuesta vulneración de los derechos del obtentor de

la variedad mandarina “*Nadorcott*”, si la variedad de mandarina “*Tango*” es esencialmente derivada de la variedad inicial protegida “*Nadorcott*”.

VIII. DISPOSICIONES QUE AFECTAN AL CONSEJO DE ESTADO

La disposición final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, modifica, los artículos 195 y 232 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con la siguiente redacción:

“Once. El artículo 195 queda redactado como sigue:

“Artículo 195. Procedimiento de ejercicio.

(...)

3. No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de:

- a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.
- b) Modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.”

(...)

Veintitrés. El artículo 232 queda redactado como sigue:

“Artículo 232. Prerrogativas y derechos de la Administración.

(...)

2. El ejercicio de las prerrogativas administrativas previstas en este artículo se ajustará a lo dispuesto en esta Ley y en la legislación específica que resulte de aplicación.

En particular, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, modificación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del concesionario, en las modificaciones acordadas en la fase de ejecución de las obras que se encuentren en el caso previsto en el artículo 195.3.b) y en aquellos supuestos previstos en la legislación específica.»

Por su parte, la disposición final cuadragésima de la Ley 2/2011, introduce una modificación en el apartado 3 del artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al que se añade un inciso con la siguiente redacción:

“3. Para la determinación de la responsabilidad patrimonial se establecerá reglamentariamente un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado para los supuestos en que concurren las condiciones previstas en el artículo 143 de esta Ley. En el procedimiento general será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las

indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”.

La Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, en su artículo cuarto establece lo siguiente:

“Artículo cuarto. Modificación de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Se modifica el apartado Trece del artículo 22 que pasa a tener la siguiente redacción:

“Trece. Reclamaciones que, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, se formulen a la Administración General del Estado en los supuestos establecidos por las leyes”.

SEGUNDA PARTE: OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

I. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES CON COMPETENCIAS CONCURRENTES DE VARIOS DEPARTAMENTOS. EL ARTÍCULO 25.f) DE LA LEY 50/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL GOBIERNO

El artículo 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, tiene por objeto establecer la forma que deben revestir las disposiciones y resoluciones que éste, sus miembros y sus Comisiones Delegadas dictan en ejercicio de sus competencias. Al hilo de esta disciplina de las formas, el apartado f) del precepto formula una regla específica para el caso de disposiciones o resoluciones que afecten a varios departamentos cuyo alcance no se limita a lo formal y cuya aplicación práctica sugiere varias consideraciones a la luz de la labor consultiva del Consejo de Estado. Este apartado f), después de calificar como “Órdenes Ministeriales” las disposiciones y resoluciones de los ministros, dice:

“Cuando la disposición o resolución afecte a varios Departamentos, revestirá la forma de Orden del Ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los Ministros interesados”.

Esta regla viene a establecer, en el ámbito de la Administración General del Estado, la expresión del carácter único de la personalidad jurídica de cada una de las Administraciones públicas a que se refiere en su artículo 3.4 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y en su artículo 2.2, con relación específicamente a la Administración del Estado, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Pero, además, la regla tiene un alcance de orden material como trasunto del principio de coordinación

en el funcionamiento de las administraciones a que se refieren los artículos 3.1 y 18 de la LRJPAC y 3.1.f) de la LOFAGE con relación a la del Estado. En este sentido, la formalización de la disposición reglamentaria o del acto administrativo a través de Orden del Ministro de la Presidencia supone –o presupone- la afirmación de la unidad de criterio en el momento de producir una decisión final respecto del contenido de la disposición o resolución en materias sobre las que concurren competencias de varios departamentos, que pueden aportar a la conformación de la voluntad de la Administración criterios distintos y, por lo mismo, potencialmente divergentes. En este sentido, la formalización de la decisión a través del Ministro de la Presidencia implica la superación necesaria de las eventuales divergencias mediante la intervención de una instancia que proyecta su función sobre el conjunto de la acción de gobierno y que, como órgano de apoyo del Presidente del Gobierno, refleja la función de coordinación del resto de los departamentos.

El Consejo de Estado ya ha incluido en sus Memorias reflexiones de índole esencialmente discursiva sobre estos aspectos de la actuación administrativa (así en la Memoria correspondiente al año 2003, páginas 106 y siguientes). Las observaciones que siguen, de carácter fundamentalmente operativo, se formulan desde la consideración de esta función de coordinación interdepartamental y a la luz de la experiencia del Consejo de Estado, fundamentalmente con relación a consultas relativas a expedientes que han sido objeto de instrucciones diferentes por departamentos distintos y que procede que sean resueltos por Orden del Ministro de la Presidencia conforme al mencionado artículo 25.f). Se refieren estas observaciones al contenido de la resolución y al momento de dirigir la consulta al Consejo de Estado cuando tal consulta se produzca.

A) El contenido de la resolución

Las disposiciones y las resoluciones a que se refiere el artículo 25.f) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, no son actuaciones de mera expedición que formalicen acuerdos adoptados en otro foro, de manera que se deban limitar a dar la expresión institucional correspondiente a contenidos ya establecidos en el ámbito que corresponda. Este será el caso de las Órdenes Ministeriales, también a cargo del Ministro de la Presidencia cuando “la competencia corresponda a distintos Ministros”, a que se refiere el anterior apartado e) del mismo artículo 25: órdenes que expiden acuerdos adoptados en Comisiones Delegadas del Gobierno y respecto de las cuales no corresponde al Ministro la adopción de la decisión sobre su contenido sino formalizar el que la Comisión Delegada hubiera acordado.

Tampoco se refiere el apartado f) a órdenes que sean virtualmente aprobatorias de las propuestas de los Ministros interesados, propuestas que, conforme a esta disposición, deben efectivamente producirse. Ante todo, porque la Orden del Ministro de la Presidencia es el instrumento que define el contenido final de la disposición o el que resuelve el expediente administrativo y esta función supone actuar de conformidad con los propios criterios del órgano decisor. Cuando se trate de resoluciones, en virtud de su propia apreciación de los hechos y de sus propios criterios respecto de la interpretación y aplicación de las normas que correspondan. Se trata por tanto de producir un acto administrativo que, en sí mismo, cuente con los requisitos de coherencia interna y congruencia con las cuestiones planteadas, lo cual solo corresponde si la resolución se enfoca como tal y no como una decisión meramente aprobatoria o desaprobatoria. Es necesario –y así lo prescribe el apartado f)- que se

hayan producido con anterioridad propuestas de los departamentos interesados y tales propuestas deben ser valoradas y tenidas en consideración por el Ministerio de la Presidencia a los efectos de mejor instruir y fundamentar la decisión final que le corresponde adoptar.

Hay que tener en cuenta que el concurso de varios departamentos en el mismo asunto, como ya se indicó, conlleva la posibilidad de que sus criterios respectivos no sean siempre conformes entre sí, que diverjan en la apreciación de los aspectos fácticos o jurídicos que sean comunes en sus respectivos procedimientos e, incluso, que dichos criterios resulten incompatibles.

Por estas dos razones, la potencial disparidad de criterios y la configuración de la resolución como un acto de ejercicio por el Ministro de la Presidencia de una competencia propia, integradora de la actuación de la Administración, resulta inadecuada la práctica observada con alguna frecuencia de preservar -en cuanto resulte factible- las propuestas de los diversos departamentos interesados mediante su yuxtaposición en una resolución final que, en tales casos, parece concebida más como una decisión conjunta que como el ejercicio de una competencia propia del Ministerio que la produce.

Esta manera de proceder por yuxtaposición puede, incluso, acarrear el riesgo de producir una decisión con contradicciones internas que perjudiquen su propia coherencia. Este resultado, que ha sido señalado en alguna ocasión por el Consejo de Estado, se ha producido cuando, existiendo una apreciación diferente y contradictoria de los mismos hechos por parte de dos departamentos proponentes, se ha querido mantener las propuestas, también divergentes, formuladas por todos ellos, incurriendo

así en la contradicción de sostener una apreciación y la contraria en la misma propuesta de resolución.

Es pues conveniente, a juicio de este Consejo de Estado, abordar la elaboración de la resolución de procedimientos que afecten a varios departamentos a que se refiere el apartado f) del artículo 25 de la Ley del Gobierno, de acuerdo con lo expuesto hasta aquí.

B) La consulta al Consejo de Estado

En los asuntos a que se refieren estas observaciones puede ser procedente el dictamen del Consejo de Estado, sea con carácter preceptivo por establecerlo así el ordenamiento, sea facultativo en virtud de la decisión del Ministro que corresponda. Son frecuentes incluso las consultas, formuladas en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 13 del artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado (LOCE), relativas a reclamaciones a la Administración General del Estado en concepto de daños y perjuicios en cuya tramitación concurren las competencias de varios departamentos ministeriales y que, consecuentemente, corresponde sean resueltas según lo dispuesto en el artículo 25.f) de la Ley del Gobierno. Pues bien, en este tipo de asuntos es importante preservar las condiciones para que el dictamen del Consejo de Estado sea emitido en los términos adecuados, que, de una parte, permitan un conocimiento completo de lo actuado por la Administración y, de otra, respeten el carácter final del dictamen según lo prescrito en el artículo 2.2 de la LOCE.

A estos efectos, si, en el curso de un procedimiento, existe noticia de que se estén tramitando cualesquiera actuaciones sobre el mismo asunto por otro

departamento o de que tal cosa pueda producirse en el futuro, el departamento instructor debe abstenerse de recabar consulta al Consejo de Estado y circunscribir su actuación a remitir lo actuado al Ministerio de la Presidencia en cumplimiento del artículo 25.f) para que sea el titular de este departamento, en el momento en que todas las actuaciones estén completadas e inmediatamente antes de resolver, el que solicite el dictamen de este Cuerpo Consultivo.

Otra cosa, aparte de no ajustarse correctamente al ordenamiento, puede comportar efectos nocivos para la función consultiva. En primer término, porque puede conducir a que se emita una opinión parcial al venir basada solo en una parte de los hechos y de las actuaciones de la Administración, privando al Consejo de una visión completa de aquéllos. En segundo lugar, la emisión de dictamen en estas condiciones puede fácilmente constituir un condicionante de otra eventual consulta posterior -si es que debe producirse en virtud de lo que deban actuar otras instancias diferentes a la que consultó en primer término- y también de las propias actuaciones administrativas que estén pendientes. En tercer lugar, tal situación -la realización de actuaciones administrativas con posterioridad a la emisión del dictamen- implica de manera inmediata una contravención del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, sobre el carácter final del informe del Consejo de Estado.

Por todo ello, se considera que debe evitarse en lo posible la práctica de recabar el dictamen una vez finalizada la instrucción de un procedimiento cuando se tiene conocimiento de la tramitación -anterior, actual o futura- de otro u otros sobre el mismo asunto a cargo de otras instancias de la Administración y de la consiguiente necesidad de que la resolución final sea producida por el Ministerio de la Presidencia de conformidad con el artículo 25.f) de la Ley del Gobierno. Por el contrario y según lo

ya señalado, corresponde remitir lo actuado a este Departamento para que sea su titular quien la solicite inmediatamente antes de resolver y con remisión de la totalidad de los antecedentes del caso.

II. LOS CRITERIOS SEGUIDOS EN TORNO A LAS INDEMNIZACIONES POR PRISIÓN PREVENTIVA Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LOS ASUNTOS TENDAM Y PUIG PANELLA

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA INEXISTENCIA DEL HECHO IMPUTADO COMO PRESUPUESTO DE LAS INDEMNIZACIONES

La intervención preceptiva que este Cuerpo Consultivo tiene en los casos en que se formulan reclamaciones de indemnizaciones por daños y perjuicios (artículo 22, número 13, de la Ley 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado) abarca los supuestos en que tales reclamaciones se refieren a la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia (artículos 121 de la Constitución y 292 a 297 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

A lo largo de la doctrina que ha venido sentando a propósito de esa responsabilidad patrimonial, este Consejo ha destacado que comprende tres supuestos bien diferenciados: el error judicial, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y las prisiones preventivas.

Acotadas las subsiguientes reflexiones a esta última vertiente (artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), conviene iniciarlas recordando que está legalmente contemplado el derecho a ser indemnizado por el Estado en los casos en que se haya sometido a una persona a la medida cautelar de prisión provisional en una causa judicial y, posteriormente, se dicte, en relación con tal persona, una sentencia

absolutoria o un auto de sobreseimiento libre sobre la base de la inexistencia del hecho imputado.

La doctrina de este Consejo y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han tenido ocasión de interpretar que esas indemnizaciones también pueden ser procedentes en los casos en que se haya dictado, a propósito del interesado, una resolución de efecto equivalente a una sentencia absolutoria o a un auto de sobreseimiento libre, siempre que esas otras resoluciones tengan igualmente por causa la inexistencia del hecho imputado. Los casos más recurrentes en los que se ha efectuado esa extensión de las resoluciones a considerar han sido los sobreseimientos provisionales.

Partiendo de tales coordenadas generales, la jurisprudencia y doctrina de este Consejo se enfrentaron a la tarea de delimitar los contornos propios de esa "inexistencia del hecho imputado".

Junto a la afirmación de que tal inexistencia concurrirá en los casos en que se compruebe que, tras las oportunas averiguaciones, los hechos que se identificaron inicialmente como susceptibles de ser enjuiciados no existieron en realidad, la jurisprudencia y doctrina de este Consejo también contemplaron los supuestos en que tales hechos sí se dieron pero las actuaciones practicadas permitieron constatar que nada tuvieron que ver con la persona que quedó sometida a prisión preventiva.

Para ilustrar adecuadamente el distinto alcance y significado de cada una de esas posibilidades, la jurisprudencia y doctrina de este Consejo fueron acuñando una doble expresión:

- De un lado, la “inexistencia objetiva”. Con el adjetivo “objetiva” trataba de expresarse que, en tales casos, los hechos inicialmente identificados no existieron en términos absolutos.

- De otro, la “inexistencia subjetiva”. El adjetivo “subjetiva” intentaba reflejar que, en este segundo grupo de supuestos, sí había constancia de que los hechos sujetos a enjuiciamiento se dieron en la realidad objetiva, pero, al mismo tiempo, se había comprobado que la persona que quedó sujeta a prisión provisional nada tuvo que ver con ellos.

2. LA FORMULACIÓN DETALLADA DE LA INEXISTENCIA SUBJETIVA

Habiendo enunciado esas dos vertientes de la “inexistencia del hecho imputado”, el examen de los sucesivos casos concretos que fueron planteándose llevó a la jurisprudencia y doctrina de este Consejo a acentuar los rasgos propios de cada una de esas vertientes, expresándolos en unos términos rotundos y sintéticos.

Por lo que la inexistencia subjetiva se refiere, tal rotundidad consistió en enfatizar que debía quedar acreditado que el reclamante nada había tenido que ver con los hechos enjuiciados. A esos efectos, se emplearon repetidamente expresiones que aludían a su total desconexión y ajenidad con los hechos en cuestión y se insistió en que la suerte de las reclamaciones que se presentasen dependía de que quedase plenamente acreditada esa absoluta desconexión respecto de los hechos enjuiciados.

Yendo todavía más lejos, las formulaciones empleadas destacaron que la valoración acerca de esa desconexión era más relevante que el hecho de que las correspondientes resoluciones judiciales absolvieran al imputado o decretasen el sobreseimiento de las actuaciones judiciales en lo que a él concernía. Así, no fue infrecuente encontrar expresiones que proclamaron que, a pesar de haberse absuelto al reclamante, éste no ha acreditado que nada tuvo que ver con los hechos que se le imputaron o que no participó en ellos.

3. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS A PROPÓSITO DE LA INEXISTENCIA SUBJETIVA

Estando la cuestión en los términos anteriormente resumidos, se produjeron dos importantes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las Sentencias Puig Panella y Tendam (Sentencias de 25 de abril de 2006 y de 13 de julio de 2010).

Para calibrar adecuadamente la relevancia de esos dos pronunciamientos, ha de recordarse que ambos resolvieron casos promovidos por personas que solicitaron en España una indemnización por prisión preventiva y a las que se les denegó tal indemnización por la llamada inexistencia subjetiva de los hechos imputados, a lo que ha añadirse que esas dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordaron frontalmente los criterios con que los Ministerios de Justicia (caso Puig Panella) y de Justicia e Interior (caso Tendam), la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo aplicaron el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en concreto, la aludida “inexistencia subjetiva” del hecho imputado.

Más en concreto, los datos esenciales de las Sentencias Puig Panella y Tendam pueden sintetizarse en los siguientes términos:

1. El alcance de la discusión. En ambos casos, se cuestionaron decisiones judiciales españolas que habían confirmado la denegación de indemnización por inexistencia subjetiva, invocándose que tales decisiones violaron el derecho a la presunción de inocencia del artículo 6, número 2, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

2. Los recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los regímenes nacionales de indemnización. El Tribunal Europeo recordó que ninguna previsión de ese Convenio reconoce a los acusados un derecho a ser indemnizados por una prisión provisional que no sea seguida de una condena (apartados 52 de la Sentencia Puig Panella y 36 de la Sentencia Tendam, con cita de previas sentencias del Tribunal).

3. El alcance general de las absoluciones desde la óptica de la presunción de inocencia. El Tribunal Europeo recordó que la presunción de inocencia exige que el fallo de una sentencia de absolución sea respetado en cualquier ulterior procedimiento que se salde con un pronunciamiento, directo o indirecto, sobre la responsabilidad penal del interesado. Consecuentemente, el Tribunal entendió que, desde la óptica de esa presunción, no existe diferencia cuantitativa alguna entre una puesta en libertad por ausencia de pruebas y una puesta en libertad resultante de constatarse la inocencia de la persona (apartado 37 de la Sentencia Tendam).

Por ello, el Tribunal concluyó que la aludida presunción es vulnerada si una ulterior decisión relativa a un detenido refleja el sentimiento de que es culpable pese a que tal culpabilidad no ha sido legalmente probada. A propósito de ese “sentido de culpabilidad”, las sentencias del Tribunal Europeo sostuvieron que bastaba con que se utilice una motivación que conduzca a pensar que se considera culpable al interesado (apartados 51 de la Sentencia Puig Panella y 35 de la Sentencia Tendam).

Por lo mismo, el Tribunal también concluyó que exigir a una persona que pruebe su inocencia en un proceso relativo a una indemnización por prisión preventiva es poco razonable y vulnera la mencionada presunción (apartado 37 de la Sentencia Tendam, con cita de previas sentencias).

Por último, y en esa misma línea, el Tribunal Europeo entendió que la afirmación de que la no participación del reclamante en unos hechos delictivos no fue suficientemente probada deja planear una duda sobre su inocencia, supone distinguir entre la absolución por ausencia de pruebas y una absolución por constatarse que los hechos delictivos no existieron ignora la absolución previa del imputado (apartado 39 de la sentencia Tendam).

4. El alcance subjetivo de la presunción de inocencia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recalcó que esa presunción no se limita a los procesos penales, sino que se extiende, también, a las decisiones judiciales posteriores a la absolución del imputado (apartados 51 y 35 anteriormente citados) e, incluso, a “declaraciones que emanan de las autoridades públicas” (apartado 36 de la Sentencia Tendam), en la medida en que tales declaraciones equivalgan a una constatación de culpabilidad que ignore, deliberadamente, la previa absolución del imputado.

4. LA RECONSIDERACIÓN DE LA INEXISTENCIA SUBJETIVA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Tras la Sentencia Tendam, dos Sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2010, entendieron, que era necesario reconsiderar el criterio y alcance mantenidos hasta ahora en la interpretación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En esos pronunciamientos, el Tribunal Supremo sostuvo que se ha producido una interpretación extensiva de ese artículo, en la medida en que, partiendo de la inexistencia subjetiva caracterizada por ser una absolución derivada de haberse probado que una persona no participó en los hechos enjuiciados, se incluyó en ella la absolución por falta de pruebas, en particular, por aplicación del principio de presunción de inocencia. Nuestro Alto Tribunal aprecia que tal interpretación extensiva ha sido puesta en cuestión por el Tribunal Europeo para el que, desde la aludida perspectiva de proteger la presunción de inocencia, ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una sentencia absolutoria por falta de pruebas y una sentencia absolutoria resultante de una constatación de la inocencia de una persona.

En consecuencia, en las referidas sentencias, el Tribunal Supremo se inclinó por abandonar esa interpretación extensiva del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y acudir a una interpretación estricta del mismo, que limitase su aplicación a los supuestos en que se cuente con una sentencia absolutoria o con un auto de sobreseimiento libre que se basen en que, objetivamente, el hecho delictivo ha resultado inexistente.

En concreto, dice el Tribunal Supremo que *“no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre «por inexistencia del hecho imputado», es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente.”*

El Tribunal Supremo añade que *“con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el art. 294 de la LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que hay absolución”*, puntualizando que *“ello no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de dicho precepto, sino que con la modificación del criterio jurisprudencial tales reclamaciones han de remitirse a la vía general prevista en el art. 293 de la LOPJ.”*

5. UNA NUEVA REFLEXIÓN SOBRE LA INEXISTENCIA DEL HECHO IMPUTADO

Las Sentencias Puig Panella y Tendam y las del Tribunal Supremo a las que acaba de hacerse referencia recomiendan efectuar una nueva reflexión sobre los términos del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A) Algunos frentes abiertos por los pronunciamientos del Tribunal Supremo

La línea argumental que el Alto Tribunal utiliza en sus referidos pronunciamientos deja abiertas algunas cuestiones problemáticas que parece necesario destacar.

Así, debe llamarse la atención sobre el riesgo de que las Sentencias Puig Panella y Tendam, emanadas de un órgano concebido para proteger, al máximo nivel, los derechos fundamentales, pudieran desembocar en una inadecuada restricción del citado artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En ese sentido, y partiendo de que ha planteado prescindir de la inexistencia subjetiva, el Tribunal Supremo apunta, al mismo tiempo, la posibilidad de que los casos que se canalizaban hasta el momento a través de tal vertiente de la inexistencia del hecho imputado, tengan abierto el cauce representado por la vía general del error judicial del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esa apreciación descansa en la idea de que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla un supuesto específico de error judicial que no está sujeto a la previa declaración judicial del mismo, exigida con carácter general en el artículo 293 de la LOPJ.

Ahora bien, a juicio del Consejo de Estado, puede cuestionarse la eficacia de tal vía para indemnizar los casos de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre que hasta ahora venían siendo indemnizados merced a la interpretación que se hacía del aludido artículo 294. Es cierto que, en los primeros años

de andadura de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se entendió que el supuesto de ese artículo 294 podía caracterizarse como un supuesto específico de error judicial que escapaba a las exigencias de declaración por el Tribunal Supremo establecidas en el artículo 293.1 del mismo cuerpo legal (véase, por ejemplo, el dictamen de este Consejo de 2 de febrero de 1989, referido al expediente número 52.782). Sin embargo, actualmente es más que dudoso que la resolución judicial por la que se acordó la prisión preventiva pueda ser declarada errónea, especialmente teniendo en cuenta los términos en que la jurisprudencia ha configurado el concepto de error judicial susceptible de generar derecho a indemnización. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010, recogiendo abundante jurisprudencia anterior, señala que la calificación de error judicial ha de reservarse para supuestos especiales y muy cualificados, en los que se advierta en la resolución judicial un error «craso», «patente», «indubitado», «incontestable», «flagrante», que haya provocado «conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas»; y, en relación con el error judicial en la interpretación o aplicación de la Ley, ha señalado que sólo cabe su apreciación cuando el órgano judicial ha «actuado abiertamente fuera de los cauces legales», realizando una «aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido», o, en sentido negativo, el Tribunal Supremo deja claro que no cabe atacar por este procedimiento excepcional «conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales», dado que «no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden...». A juicio del Consejo de Estado, es claro que en muchos de los casos que hasta ahora vienen indemnizándose por apreciarse la inexistencia subjetiva la decisión adoptada en su día sobre la prisión provisional difícilmente podría calificarse como irracional, esperpéntica o absurda.

Es ilustrativo de la inidoneidad de la vía del artículo 293 para obtener una indemnización en los supuestos de prisión preventiva no amparados por el artículo 294, el hecho de que el Consejo de Estado no haya conocido de pretensiones que, al no concurrir los requisitos previstos en el artículo 294, se hayan orientado a través de la declaración del error judicial prevista en el artículo 293.1.

La dificultad de recurrir a ese cauce del error judicial ya ha sido constatada por el propio Tribunal Supremo, de lo que es buena muestra, por ejemplo, el Auto de su Sala de lo Penal, de 22 de noviembre de 2011 (recurso número 20544/2011), recaído en relación con una solicitud de demanda de error judicial frente a un auto de un Juzgado de Instrucción que acordó la prisión preventiva del solicitante.

Denegando tal solicitud, el Alto Tribunal declara que sólo podrá apreciarse el error judicial *“en la fijación de los hechos que sea claro y evidente, como cuando los hechos incorporados a la declaración probada o indiciaria han sido tenidos por existentes de forma absolutamente gratuita y caprichosa, por no tener los mismos relación alguna con la actividad probatoria desarrollada en el proceso”*, reiterando que debe tratarse de *“equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la aplicación de la ley, siempre en el ámbito de lo ilógico, de lo irracional o de lo arbitrario”*. Esos términos son bien elocuentes de la dificultad de que puedan acoger supuestos del tipo de los que venían canalizándose por la vía de la citada *“inexistencia subjetiva”*.

Ciertamente, podría alterarse esa jurisprudencia, ya muy consolidada, para los casos de inexistencia subjetiva del hecho imputado, que se plantea sacar del artículo 294 en una interpretación estricta de éste; pero no es difícil imaginar los efectos

perversos que podría provocar una apertura del concepto de error judicial, cuyo carácter restringido se ha preocupado de preservar el Tribunal Supremo, entre otras razones, para evitar que se convierta en una vía adicional de recurso ante discrepancias con el contenido de una resolución judicial. De ese peligro se hace eco el auto del Tribunal Supremo que acaba de citarse, que recuerda que el concepto de error judicial *“debe ser interpretado con un criterio restrictivo para evitar que el proceso se convierta en una tercera instancia o en una casación encubierta”*.

Por lo demás, no debe ignorarse que la eventualidad de dar acogida por vía del artículo 293 a los supuestos de inexistencia subjetiva que ya no tendrían acomodo en el artículo 294, podría encontrar problemas con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas objeciones a la llamada doctrina de la inexistencia subjetiva (y, en concreto, a la distinción entre absolucón por presunción de inocencia y absolucón por acreditada falta de participación) no se vinculan al hecho de que el pronunciamiento provenga del Ministerio de Justicia (después confirmado en vía judicial) o directamente del Tribunal Supremo (como sucedería si aquellos supuestos se encauzaran por la vía del citado artículo 293).

B) La posibilidad de una relectura general del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Constatados, pues, las incertidumbres e inconvenientes de la tesis avanzada por el Tribunal Supremo a propósito del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entiende este Consejo que cabe efectuar una relectura general e integradora del mismo.

Tal relectura ha de partir de reiterar que el derecho a ser indemnizado por una prisión preventiva se debe ceñir a los casos en que, en relación con el reclamante, se haya dictado finalmente una sentencia absolutoria, un auto de sobreseimiento libre o una resolución que pueda reputarse equivalente, siempre que tales pronunciamientos judiciales se basen, precisamente, en la inexistencia de los hechos imputados.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que tal inexistencia puede derivar de que no concorra cualquiera de los elementos definidores de los hechos imputados, que pueden ser varios: lugar, tiempo, instrumentos empleados,... Por ello, el sentido primigenio de la llamada inexistencia subjetiva no fue, en realidad, una interpretación extensiva de esa inexistencia del hecho imputado, sino una identificación de los casos en que la inexistencia se refería al sujeto de la acción enjuiciada, que es uno de esos elementos definidores de los hechos imputados, y uno especialmente relevante.

Por lo mismo, la inexistencia subjetiva es independiente de la cuestión en la que se centran las referidas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cual es la improcedencia de distinguir entre la prueba de la inexistencia del hecho y la falta de prueba de su existencia. En efecto, esa distinción se desenvuelve en el plano de la acreditación de determinados extremos, mientras que la inexistencia subjetiva se contrae al de los hechos en sí mismos considerados. Dicho en otros términos, la inexistencia del hecho imputado concurrirá cuando falte alguno de los elementos relevantes que lo integraban, cuestión que es distinta de la acreditación o falta de acreditación, que puede predicarse de cada uno de los elementos que configuran el hecho imputado.

Sentado lo anterior, y de conformidad con la jurisprudencia dimanante de las Sentencias Puig Panella y Tendam, entiende este Consejo que, en relación con una eventual indemnización por prisión preventiva seguida de absolución, sobreseimiento libre o resolución judicial equivalente, el foco no ha de ponerse sobre el enjuiciamiento de la conducta de los reclamantes ni, únicamente, sobre las razones de su absolución o del sobreseimiento de las actuaciones que frente a ellos se dirigieron. Por el contrario, la atención ha de centrarse en la resolución por la que se acordó aplicarles la medida cautelar de prisión preventiva y sobre las razones por las que se adoptó aquella medida privativa de libertad, a fin de comprobar si la ulterior absolución, sobreseimiento libre o resolución equivalente se acuerden “por inexistencia del hecho imputado” o por otros motivos distintos.

En ese sentido, ha de recordarse que el artículo 503.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que la prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los requisitos allí previstos que consisten, básicamente y con alguna salvedad, en lo siguiente: a) que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión (o bien con pena privativa de libertad de duración inferior en determinados casos); b) que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión; y c) que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los fines que a continuación se especifican (asegurar la presencia del imputado en el proceso, evitar el riesgo de fuga, evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes, evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, etc.).

Ciertamente, la falta de cualquiera de los requisitos –o de los elementos que lo configuran- permitiría concluir que la resolución por la que se adoptó la medida privativa de libertad fue indebidamente adoptada, lo que permitiría combatir tal resolución, utilizando el sistema normal de recursos. Sin embargo, puede suceder que, utilizado tal sistema, se mantenga la medida privativa de libertad y que el imputado resulte finalmente absuelto o sea destinatario de un sobreseimiento o resolución equivalente. Ante estas situaciones, el legislador puede optar por reconocer el derecho a indemnización siempre que hay absolución, por no reconocerlo nunca, o por reconocerlo sólo en determinados casos. Esto último es lo que ha hecho el legislador español, que ha preferido reconocer el derecho a indemnización sólo en determinados casos: aquellos en que el desarrollo ulterior del proceso revele que no existió el hecho imputado que llevó a aplicar la medida cautelar de prisión provisional. En consecuencia, esos casos han de ponerse en relación con la exigencia, a título de requisito para acordar la prisión provisional, de que conste “la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito” (inciso inicial del citado artículo 503.1). De este modo, el legislador excluye del derecho a indemnización los demás casos en que pudiera cuestionarse la decisión sobre prisión provisional adoptada en su día por el órgano judicial competente (por ejemplo, porque la pena sea diferente de la inicialmente prevista, porque hayan quedado desvirtuados los motivos que hacían creer que una persona era responsable criminalmente del delito, o porque se haya revelado que los fines perseguidos no estaban justificados).

En consecuencia, el hecho imputado cuya inexistencia exige el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es el hecho o hechos que presenten caracteres de delito cuya existencia exige el artículo 503.1.1 de la LEC para que pueda acordarse la prisión provisional. Así, si las actuaciones posteriores ponen de manifiesto que no

existía el hecho que sirvió de base a la prisión provisional, el legislador reconoce el derecho a una indemnización; en caso contrario, esto es, si concluido el proceso sigue constando la existencia del hecho imputado (esto es, del hecho que, imputado al reclamante, determinó su prisión provisional), el afectado no tendrá derecho a una indemnización al amparo del artículo 294 de la LOPJ.

En definitiva, el artículo 294 exige comparar el hecho imputado, tal y como estaba perfilado cuando se adoptó la medida de prisión provisional, con ese mismo hecho tal y como quede acreditado en el curso del correspondiente proceso penal.

A partir de todo ello, puede considerarse que concurre la “inexistencia del hecho imputado” cuando de esa comparación resulta que el hecho inicialmente imputado no existió materialmente, o que el hecho que finalmente ha quedado probado es otro radicalmente distinto de aquel que determinó la prisión provisional; lo que puede incluir no sólo los casos en que el hecho no presente caracteres de delito, sino también los casos en que el hecho, aun presentando caracteres de delito, haya sido realizado por un tercero. Cabe precisar algo más: puesto que el hecho imputado perfilado inicialmente (en particular, en el auto de prisión) incluye una incertidumbre acerca del sujeto de la acción, podrá hablarse de inexistencia del hecho imputado cuando esa incertidumbre haya desaparecido (por ejemplo, por haber sido condenada otra persona como autora), pero no cuando, manteniéndose la incertidumbre, haya de concluirse que el hecho imputado inicialmente existía como tal (como hecho que presentaba caracteres de delito, aun con la incertidumbre acerca de su autoría).

Por el contrario, podrá afirmarse la existencia del hecho imputado (debiendo por tanto rechazarse la indemnización pretendida al amparo del artículo 294) cuando,

tramitado el proceso penal, resulte que el hecho imputado que determinó la prisión provisional, esto es, el hecho que presentaba caracteres de delito, existió materialmente; y ello, aun cuando falte la acreditación de alguno de los elementos del tipo, como elementos subjetivos del tipo (voluntad, conocimiento, etc., de difícil acreditación), o cuando las actuaciones penales no han permitido aclarar determinados extremos sobre los que había incertidumbre en el momento de acordar la privación de libertad, pero esa incertidumbre no ha podido ser despejada (por ejemplo, en casos de agresiones sexuales o riñas tumultuarias en que los testimonios contrapuestos de supuestos agresores y víctimas no permiten despejar aquella incertidumbre, pero sin que se ponga en cuestión la existencia misma de los hechos que sirvieron de base a la prisión).

C) Algunas conclusiones

La relectura general del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial desemboca en las siguientes conclusiones:

1. Los expedientes administrativos relativos a reclamaciones de indemnización por prisión preventiva y las posteriores resoluciones judiciales no deben contener declaraciones o razonamientos que arrojen dudas sobre la inocencia de un reclamante que haya sido objeto de una sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento libre o resolución equivalente o que requieran una prueba específica que vaya más allá de una declaración absolutoria.

Recuérdese, en ese sentido, la importancia que la Sentencia Tendam concedió a que la resolución administrativa y posteriores pronunciamientos judiciales españoles

afirmaran que “la no participación del demandante en los hechos delictivos no fue suficientemente probada”.

Las resoluciones administrativas y judiciales tampoco deben introducir grados o escalas en el alcance de las absoluciones penales, en función de que se basen en la presunción de inocencia, en el principio *in dubio pro reo* o en otros datos, de modo que se introduzca una suerte de prelación entre tales absoluciones.

2. Una prisión preventiva que no vaya seguida de condena definitiva no origina *per se* un derecho a ser indemnizado por tal privación de libertad y no se ha cuestionado que ese derecho se ciña en España a la “inexistencia del hecho imputado”, de modo que ninguna tacha fundamental se ha opuesto al régimen contenido en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. La valoración acerca de tal “inexistencia” ha de ceñirse a comprobar si tales absoluciones se basaron en tal inexistencia de los hechos que se imputaron al reclamante en el momento en que quedó sujeto a prisión preventiva.

En consecuencia, y sin diferenciar o valorar de forma distinta los diversos pronunciamientos absolutorios imaginables, los expedientes administrativos deben limitarse a comprobar y contrastar si la ulterior absolución, sobreseimiento libre o resolución equivalente se fundamentó en datos y razonamientos que evidenciaban que no existieron esos hechos inicialmente imputados a los reclamantes.

4. En lo que concierne, específicamente, a los casos que venían englobándose en la llamada “inexistencia subjetiva”, los criterios dimanantes de las Sentencias Puig

Panella y Tendam exigen que se analice en detalle en cada caso. En concreto, no cabe descartar tal inexistencia por el hecho de que la absolución del demandante se haya basado en la presunción de inocencia o en el principio *in dubio pro reo*, sino que habrá que examinar en cada supuesto si la absolución se fundamentó en la inexistencia de los hechos imputados al interesado, en los términos anteriormente indicados.

III. LA CONSULTA DE LAS ENTIDADES LOCALES AL CONSEJO DE ESTADO

A lo largo del año 2011, han sido remitidas al Consejo de Estado diversas consultas por parte de Ayuntamientos -y, en concreto, de Cantabria- bien de carácter general, bien en solicitud de criterios orientadores a los efectos de ulteriores actuaciones procesales. Ello ha exigido determinar con exactitud el alcance y contenido de las consultas que pueden formular las Entidades Locales.

El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 de la Constitución. El Gobierno y sus miembros pueden someter a consulta de este Consejo cualquier cuestión (Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril). También lo pueden hacer las Comunidades Autónomas, a través de sus representantes, sin perjuicio de lo establecido en las leyes creadoras y reguladoras de sus Consejos Consultivos.

Tanto respecto al Estado como a las Comunidades Autónomas, la competencia del Consejo de Estado es universal en lo tocante a las cuestiones que pueden ser sometidas a su consulta. No hay materia que quede excluida del objeto de lo que puede serle consultado.

Respecto a las Entidades Locales, la posición del Consejo de Estado es sin embargo distinta.

En primer término, debe señalarse que las Entidades Locales no pueden consultar al Consejo de Estado en los casos en que, estando previsto legalmente el

dictamen en las leyes estatales o autonómicas, se dispone que la consulta debe ser evacuada por el correspondiente Consejo Consultivo. En efecto, en estos casos, las Entidades Locales deben recabar con carácter preceptivo el dictamen de dichos consejos consultivos sin que les sea dable optar, a la hora de solicitar el parecer debido, entre el Consejo de Estado y el correspondiente consejo de ámbito autonómico. En otros términos, no pueden alterar la competencia establecida en las leyes.

Cuestión distinta es la atinente a la posibilidad de consultar al Consejo de Estado cuestiones que les afectan cuando no deban hacerlo a los mencionados órganos consultivos autonómicos.

El artículo 19.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, omite toda referencia a las Entidades Locales; la misma conclusión se deduce del artículo 23. La omisión tiene consecuencias relevantes a la hora de determinar la posibilidad, el alcance y el contenido de las consultas que las Entidades Locales pueden formular al Consejo de Estado.

Desde la promulgación de la Ley de Ayuntamientos de 12 de abril de 1840, han venido siendo sometidos a dictamen de este Consejo de Estado numerosos expedientes relativos a procedimientos y cuestiones de los Municipios y Provincias. Pero siempre lo han sido por disponerlo así expresamente las disposiciones reguladoras de la Administración Local en cuestiones concretas.

Un examen de dicha legislación pone de manifiesto que el Consejo de Estado nunca ha sido un órgano de asesoramiento general de las Entidades Locales. Este hecho explica el actual tenor de los artículos 19 y 23 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22

de abril, del Consejo de Estado, que hacen referencia a la posibilidad de que la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas consulten al Consejo de Estado cualquier cuestión y omitan toda cita de las Entidades Locales.

Las Entidades Locales deben someter a dictamen del Consejo de Estado -a falta de consejos consultivos autonómicos- todos los asuntos que la legislación específica así lo disponga. Pero no pueden remitir en consulta los que no están preceptivamente sometidos a tal trámite o los que no se refieran al ejercicio de sus competencias propias, legalmente establecidas y siempre en el seno de un procedimiento administrativo concreto y ya instruido por ellas.

La mera condición de interesadas en un procedimiento administrativo concreto -que no han instruido por no ser propio de sus competencias- no les habilita para solicitar el dictamen del Consejo de Estado en relación con el objeto de dicho procedimiento. Y, ello, por cuanto el Consejo de Estado es sólo el supremo órgano consultivo del Gobierno de la Nación y, caso de no haber creado sus específicos órganos consultivos, de las Comunidades Autónomas. Respecto a los Ayuntamientos, la doctrina clásica ceñía la intervención del Consejo a los asuntos en que expresamente lo justificaba la legislación específica y la fundamentaba en la necesaria tutela por parte del Estado sobre las Entidades Locales. Ello explica que ya desde 1925, primero, y 1945, después, se previera la existencia de un órgano consultivo general de las Entidades Locales; la Sección Consultiva de Ayuntamientos y Provincias creada por Real Decreto de 10 de enero de 1926, y el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales, tras la promulgación en la Ley de 24 de junio de 1955.

En la actualidad, y a la vista de la legislación reguladora del régimen local y de los preceptos de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, la intervención de este Cuerpo Consultivo en los asuntos tocantes a las Entidades Locales -sin perjuicio de lo prevenido en la legislación autonómica para los consejos consultivos creados- debe ceñirse a las cuestiones en que las leyes establecen precisamente la necesidad de su dictamen.

Además, junto a estos casos, cabe la posibilidad de que las Entidades Locales, por el conducto de los Presidentes de las Comunidades Autónomas -cuando ello sea factible conforme a la legislación reguladora de los distintos consejos consultivos existentes-, sometan a consulta del Consejo cuestiones que, sin estar específicamente prevenidas en la legislación de régimen local o especial aplicable, estén directamente vinculadas a competencias propias, legalmente atribuidas y siempre en el seno de un procedimiento administrativo concreto y debidamente instruido por ellas. En efecto, respecto a las Entidades Locales, el dictamen del Consejo de Estado tiene perfiles que lo hacen, por su posición en el procedimiento, singular. Su carácter final hace que las consultas deban estar referidas a procedimientos ya instruidos, pendientes de ultimación por la Autoridad competente, sin que sea pertinente recabarlos ni para determinar si procede incoarlos e instruirlos ni para orientar su tramitación.

Queda excluida, por tanto, la posibilidad de que las Entidades Locales remitan en consulta a este Consejo de Estado asuntos o cuestiones que caen de lleno en el ámbito de competencias de otras Administraciones públicas; en especial, en aquellos casos, en que las cuestiones, al ser o poder llegar a ser litigiosas, abocan ante los tribunales contencioso-administrativos. Por consiguiente, no procede que las Entidades Locales recaben el dictamen del Consejo de Estado en aquellos casos en que los actos no son

propios de la Administración consultante sino de otras distintas y a los efectos de obtener orientación en las actuaciones procesales que pudieran desarrollar posteriormente.

IV. SUCESIÓN LABORAL DE EMPRESA Y CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar con ocasión de su labor consultiva la cuestión atinente a la sucesión de empresa en relación con el personal de las contratas de la Administración pública.

En efecto, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en sus dos primeros apartados dispone:

“1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”.

El precepto transcrito fue objeto de nueva redacción mediante la Ley 12/2001, de 9 de julio. La modificación hecha tuvo por objeto adecuar la regulación nacional a las previsiones de diversas directivas –en especial, la Directiva 2001/23, de 12 de marzo- y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (*Sentencias Süzen, de 11 de marzo 1987; Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998; Sánchez*

Hidalgo, de 10 de diciembre de 1998; Allen, de 2 de diciembre de 1999). Por tanto, a la hora de interpretar el mencionado artículo, ha de atenderse al contenido de las directivas y a la mencionada jurisprudencia europea.

Conforme al mencionado artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, el cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva –en los términos señalados por el número 2- no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior.

A los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecta a una unidad económica que mantiene su identidad, entendida dicha unidad como un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica y persigue un objetivo propio (*Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de marzo de 1997, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003, C-340/01; de 15 de diciembre de 2005, C-232/04 y C-233/04*).

La sucesión de empresa requiere la concurrencia de tres requisitos (*Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002, 12 de diciembre de 2002 y 14 de abril de 2003, entre otras*), a saber: uno, subjetivo, consistente en la sustitución de un empresario por otro, sin que sea necesaria la relación contractual entre ambos (*Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2005*); otro, objetivo, que comporta la entrega real de todos los factores esenciales de la empresa precisos para asegurar la continuidad del conjunto de sus elementos; es decir, la cesión de una serie de servicios que constituyen un negocio diferenciado, susceptible de constituir un soporte

productivo dotado de autonomía funcional (*Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2005, 12 de diciembre de 2002, 23 de octubre de 2009, 12 de mayo de 2010*); y, en fin, un último, de carácter finalista, consistente en la persecución de un objetivo propio.

La previsión contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores resulta de aplicación a las Administraciones públicas en cuanto empleador. Así lo ha declarado la jurisprudencia y lo previene expresamente la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo.

A la hora de interpretar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en relación con las Administraciones públicas, el Tribunal Supremo ha declarado que la subrogación puede producirse entre Entes públicos que tengan contratado personal laboral a su servicio; así puede darse entre el Estado y las Comunidades Autónomas en los casos de transferencia de servicios del Estado a las Comunidades Autónomas (*Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1992*). Además, ha afirmado que la sucesión de empresa se produce en el caso de extinción o rescate de una concesión administrativa cuando la Administración continúa el servicio -es decir, asume por sí misma la actividad previamente contratada- mediante personal laboral (*Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1992*) pese a la vigencia de los principios de mérito y capacidad que deben regir todos los procesos públicos de selección de personal. Sin embargo, no hay sucesión cuando la Administración asume la prestación del servicio con sus propios funcionarios públicos (*Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1990*).

Por otra parte, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores exige la

transmisión de la empresa o de una unidad de la misma, de tal suerte que la mera prestación contractual realizada por un empresario con sus medios propios a favor de un tercero –como ocurre en la figura de la contrata- queda en principio fuera de su ámbito de aplicación. En consecuencia, el cambio de contratista no es, sin más, una transmisión de empresa. Antes al contrario, en principio dicho cambio no comporta la existencia de una sucesión de empresa salvo cuando disponga lo contrario la normativa sectorial. En el caso de las Administraciones Públicas, hay sucesión de empresa cuando los pliegos administrativos de contrato así lo prevean expresamente.

En los supuestos de gestión indirecta de obras o servicios por parte de las Administraciones públicas, para la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, es requisito ineluctable la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación y prestación del servicio al contratista. En definitiva, sólo hay sucesión cuando se entrega al contratista o concesionario la infraestructura y demás elementos precisos para desarrollar la actividad contratada.

Ahora bien, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no agota todos los casos de subrogación empresarial. Así, a la vista de la regulación europea, ha señalado la existencia de otros casos distintos del previsto en el mencionado artículo, a saber: la sucesión empresarial establecida en los pliegos concesionales o contractuales; la subrogación empresarial convencional dispuesta en los convenios colectivos; la sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria; y, en fin, la denominada sucesión de plantillas.

Todos estos supuestos distintos del contemplado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores tienen en común: de un lado, el hecho de no ser necesaria la

conurrencia de los requisitos exigidos por el mencionado artículo para que pueda darse la sucesión y, de otro, que a todos ellos se aplican los efectos previstos por el artículo 44 para los casos de sucesión de empresa en estricto sentido.

La sucesión empresarial se puede producir por disponerlo así los pliegos contractuales o concesionales de la Administración. En este caso, la subrogación en los contratos de trabajo por parte del contratista o concesionario de la Administración deviene una obligación contractual derivada de la formulación de su oferta.

En los supuestos de contratas –y siempre que no se reciba del comitente la infraestructura principal para desarrollar el servicio-, conforme lo expuesto al glosar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no hay en principio sucesión de empresa. Ahora bien, puede producirse la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores del antiguo prestatario de los servicios si así viene impuesto por una norma sectorial o por el pliego de condiciones, aceptado por el nuevo contratista (*Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001, 6 de junio de 2001, 29 de enero de 2002, 18 de marzo de 2002, 12 de diciembre de 2002, 28 de abril de 2009, 21 de enero de 2010, 21 de octubre de 2010, 25 de octubre de 2010, entre otras*). En este caso, la subrogación puede establecerse incluso aun cuando no haya transmisión de infraestructura u organización alguna a favor del nuevo prestatario (*Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1997, 29 de febrero de 2000 y 22 de mayo de 2000*) pues no tiene un origen legal sino convencional. De cualquier modo, la subrogación debe estar prevista expresamente en el pliego, ya que no es suficiente la remisión a la norma legal o convencional que la prevea. Además, es sólo obligatoria para la empresa pero no para los trabajadores.

La subrogación empresarial convencional es aquella que viene impuesta por el convenio colectivo aplicable. Se produce aun cuando no haya transmisión de elementos patrimoniales a favor del sucesor y falten las demás exigencias del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Requiere sólo la concurrencia de los requisitos pactados en la norma colectiva convenida. Es de interpretación estricta. No cabe apreciarla cuando ni está expresamente establecida en el convenio, ni la empresa subrogada está comprendida en su ámbito de aplicación (*Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1998*). Este tipo de sucesión de empresa resulta también obligada para las Administraciones públicas cuando el personal afectado queda comprendido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo que la contempla, lo que de ordinario se da en el caso sobre todo de las Entidades locales.

La sucesión contractual precisa, por su parte, de un acuerdo entre la empresa cedente y la cesionaria y se da aun cuando tampoco concurren los requisitos legales generales. Constituye en puridad una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del artículo 1205 del Código Civil. En los casos de contrata públicas, la sucesión contractual de empresa entre contratistas prestatarios de servicios a las Administraciones públicas es cuestión ajena a éstas. El mecanismo opera entre los mencionados contratistas, sin que dicha operación jurídica incumba a las Administraciones titulares del servicio.

Por último, la sucesión de plantillas –aun no concurriendo tampoco los presupuestos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ni prever la subrogación el convenio colectivo o pliego de condiciones- se produce por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando voluntariamente a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto cuantitativamente,

como cualitativamente. En este caso, nace para el sucesor en la actividad la obligación de asumir a todos los trabajadores incluso a aquellos que inicialmente no lo habían sido.

La sucesión de plantillas es una figura creada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (*Sentencias Süzen, de 11 de marzo 1987; Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998; Sánchez Hidalgo, de 10 de diciembre de 1998; Allen, de 2 de diciembre de 1999*) al interpretar diversas directivas –en especial la 2001/23, de 12 de marzo-. Se considera que la sucesión de plantillas es una forma de sucesión de empresas en la que la organización productiva transmitida -y que justifica la subrogación- es la propia plantilla de trabajadores como conjunto de elementos personales organizados. No precisa por tanto de transmisión de ningún elemento patrimonial afecto a la actividad; basta con la transferencia de trabajadores. Configurada así, la sucesión de plantillas es, bien incardinable en el artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores, bien asimilable a la sucesión de empresas.

No puede dejar de señalarse que la figura de la sucesión de plantillas, en cuanto orilla la concepción patrimonialista de exigencia de transmisión de una organización material, permite atenuar y flexibilizar de manera notable los requisitos exigidos por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, traspasando su ámbito y extendiendo el mecanismo subrogatorio a casos tradicionalmente excluidos del mismo. Y así ha ocurrido en los últimos años, en los que se ha ampliado notablemente a través de esta figura el instituto de la subrogación. La sucesión de plantillas es plenamente aplicable a las Administraciones públicas cuando concurren las circunstancias objetivas que la producen, según se ha declarado por la jurisprudencia comunitaria (*Sentencias Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998 y Allen, de 2 de diciembre de 1999*).

La sucesión de empresas aplicable a las Administraciones públicas en cualquiera de las modalidades antes señaladas suscita una cuestión añadida: la derivada de que, de su aplicación, se puedan violentar los principios de publicidad, mérito y capacidad establecidos como criterios básicos a la hora de seleccionar al personal de las Administraciones públicas.

En efecto, la vigencia de los mencionados principios exige la existencia de procedimientos transparentes y objetivos para seleccionar el personal laboral que se incorpora a las Administraciones públicas. Los principios antes citados y los procedimientos quedan en ocasiones orillados cuando se trata de incorporaciones de personal a las Administraciones públicas producidas en virtud de las distintas formas de sucesión de empresa. En estos casos, las Entidades públicas se ven obligadas a asumir, por aplicación de las previsiones legales antes examinadas, la condición de empresario en relaciones de trabajo concertadas por quienes fueron sus contratistas, sin capacidad alguna para observar los procedimientos de selección prevenidos legal y reglamentariamente.

V. SOBRE LA NATURALEZA DE LOS CONCIERTOS SANITARIOS

Con motivo de la labor consultiva, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar la cuestión relativa a la naturaleza de los conciertos y convenios sanitarios y su sujeción a las reglas de los contratos administrativos.

El concierto es un modo de gestión indirecta de los servicios públicos (Ley de Contratos del Sector Público, artículo 156.c). Se diferencia de otros modos de gestión también indirecta por el hecho de que se desenvuelve “con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate” (Ley de Contratos del Sector Público, artículo 156.c). Mediante el concierto, la Administración presta los servicios de su competencia mediante la utilización de las instalaciones que tienen establecidos otras entidades públicas o particulares (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, artículo 143). De ordinario, dichas instalaciones están en funcionamiento antes de la suscripción del correspondiente concierto, de tal suerte que los servicios concertados aparecen como un añadido a la actividad empresarial que viene realizando el dueño del establecimiento con el que se concierta.

El concierto no origina ninguna nueva persona jurídica. Tiene naturaleza convencional pues se trata de un acuerdo entre la Administración titular de un servicio público y una entidad pública o privada propietaria de instalaciones idóneas por virtud del cual ésta cede a la Administración su utilización a cambio del pago de un tanto alzado; esto es, mediante el cobro de una cantidad resultante de la estimación de diversos factores: valor del uso de las instalaciones, de los servicios personales, de la

amortización de las mejoras o nuevas inversiones acordadas, etc. La idea de precio a tanto alzado es inherente al concierto. No obstante, dicha idea admite en nuestro ordenamiento jurídico diversas modulaciones. Pero, incluso admitiendo éstas, la existencia de un precio alzado es inherente al concierto. Y es que, mediante la forma del concierto, lo que se pretende (Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, artículo 146) es hacer innecesario un cálculo de coste que requeriría un control constante y una evaluación a posteriori. La fijación del tanto alzado tiene como consecuencia que la Administración traspaasa a la entidad concertada el riesgo de la actividad, la actividad en sí misma considerada y la fiscalización que hubiera sido inherente, características estas definidoras del concierto como figura jurídica.

El concierto, por otra parte, es un modo de gestión por períodos temporales y de caducidad automática (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, artículo 144).

En resumen, el concierto es una modalidad de contrato administrativo para la gestión de servicios públicos que participa de la naturaleza de éste y se somete a su régimen jurídico (Ley de Contratos del Sector Público, artículo 156.c).

Los conciertos sanitarios son, por su parte, una modalidad específica de los conciertos en el específico ámbito de la sanidad. Tienen por objeto facilitar la asistencia a través de entidades públicas o privadas concertadas, que son las que llevan a cabo las prestaciones sanitarias (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 90). Su objeto es la prestación del servicio público de sanidad a los pacientes beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. Tienen la consideración de contratos de gestión de servicios públicos a todos los efectos (disposición adicional vigésimo

tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Participan de la naturaleza y caracteres de los conciertos y es inherente a ellos la idea de precio a tanto alzado.

Condición previa para la formalización de un concierto es que los hospitales hayan sido homologados mediante resolución administrativa (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 90.5).

Los conciertos sanitarios con los hospitales homologados están sujetos a un concreto marco reglamentario: la Administración debe fijar los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a todos los conciertos (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 90.4). Fijados sus presupuestos generales y verificada la necesidad asistencial, cada concierto establece los derechos y los deberes de las partes (Ley 14/1986, de 25 de abril, artículo 90.6), correspondiendo a la Autoridad sanitaria ejercer las funciones de inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta del concierto (Ley 14/1986, de 25 de abril, artículo 94.2). La atribución a la Administración de estas facultades no comporta en modo alguno la publicación de la actividad del hospital.

Sabido es, por otra parte, que las Administraciones públicas celebran en ocasiones con entidades públicas o privadas, titulares de centros e instalaciones médicos, convenios sanitarios que, unas veces, expresamente excluyen su calificación jurídica como conciertos y, en otros casos, no se acomodan a las prescripciones contenidas en la Ley de Contratos del Sector Público. Surge entonces la cuestión

relativa a si dichos convenios son incardinables en la categoría de los conciertos sanitarios.

El artículo 4.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece que

"Quedan fuera del ámbito de la presente Ley:

d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales."

Los convenios de colaboración y su diferenciación respecto de los contratos regulados en la de Contratos del Sector Público –entre los que se cuentan los conciertos– radica en que son instrumentos de cooperación, de base paccionada, que tienen sustantividad propia y se sujetan a derecho administrativo. Estas características comporta que no sea infrecuente su confusión con los contratos administrativos especiales o atípicos.

En efecto, los convenios y los contratos coinciden en ser ambos negocios jurídicos bilaterales, resultantes, de una concurrencia de voluntades. Ahora bien, se distinguen por su estructura: en los contratos, lo determinante es la existencia de un intercambio patrimonial mediante prestaciones recíprocas de las partes; en los convenios, con independencia de la existencia de dicho intercambio, lo esencial es la idea de colaboración en la consecución de un fin común.

En síntesis: los convenios de colaboración existen en virtud de una concurrencia negocial de voluntades. Su celebración tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de una finalidad pública, que participa del interés general al que sirve la Administración y que se encuentra en la esfera de atribuciones propia de la Administración o de la entidad propia contratante. Su objeto no es primordialmente el intercambio de prestaciones patrimoniales, sino una obligación de comportamiento, actividad o conducta. El convenio es una forma de realización de una función pública que, a diferencia del contrato, se instrumenta a través de la actividad propia del particular conveniente, en cuyo cumplimiento concurre una razón de interés público.

Conforme a lo expuesto, puede afirmarse que los convenios de colaboración no son contratos sino negocios jurídicos bilaterales, celebrados por un ente público con personas, físicas o jurídicas, de derecho privado y sometidos al derecho administrativo. Habida cuenta de la presencia predominante de la idea de colaboración en la consecución de un fin común de interés público, se encuentran sometidos al derecho administrativo.

Ahora bien, los convenios de colaboración, pese a hallarse sometidos al derecho administrativo, están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. Por consiguiente, no les resultan de aplicación las disposiciones de ésta. El interés público del fin común determinante de la idea de colaboración y la presencia de uno o varios Entes públicos como partes en el negocio hace que se sometan en su regulación al ordenamiento administrativo, pero no a la Ley de Contratos del Sector Público. Así las cosas, los convenios se rigen por sus normas especiales, aplicándose supletoriamente las previsiones de la tan citada Ley de Contratos del Sector Público, para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. Los convenios en consecuencia

sólo se rigen por la legislación de los contratos administrativos si así lo disponen ellos mismos o si no existe regulación alguna en sus previsiones.

En todo caso, las normas reguladoras de la contratación pública no son cogentes u obligatorias para los convenios administrativos de colaboración. Dicho en otros términos, las normas de la contratación pública se aplican a falta de regulación específica en los propios convenios o en las normas especiales que disciplinan cada una de sus clases. Ahora bien, dichas normas no constituyen límites para la voluntad negocial de las partes a la hora de establecerlos o modificarlos. Las partes pueden pactar lo que tengan por conveniente sin sujetarse a las reglas o determinaciones establecidas para los contratos administrativos en la legislación reguladora de estos últimos.

Por otra parte, a la hora de caracterizar este tipo de convenios, ha de tenerse en cuenta que el Consejo de Estado ha afirmado que no debe hacerse de la utilización de estas figuras una interpretación tan restrictiva que lleve "a la conclusión de la imposible existencia de los convenios de colaboración con personas físicas o jurídicas de Derecho privado, lo cual evidentemente no ha sido la finalidad perseguida por el legislador...". En otros términos, los convenios no son figuras excepcionales que deban excluirse de los instrumentos ordinarios utilizados por las Administraciones públicas.

Finalmente, es de destacar que los convenios no constituyen ninguna forma de gestión indirecta de los servicios públicos. No está prevista su condición de tal ni en la Ley de Contratos del Sector Público ni en la legislación de régimen local que regula la materia. Los convenios son instrumentos ordinarios para encauzar la colaboración entre los particulares y las Administraciones públicas.

Una modalidad específica de los convenios previstos en el artículo 4.1.d) de la Ley de Contratos del Sector Público son los convenios singulares de vinculación a la red pública, regulados en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Conforme a la Ley General de Sanidad, *“los hospitales generales del sector privado que lo soliciten serán vinculados al Sistema Nacional de Salud de acuerdo con un protocolo definido, siempre que por sus características técnicas sean homologables, cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades económicas del sector público lo permiten”* (artículo 66.1). La vinculación a la red pública de hospitales se realiza por tanto mediante convenios singulares (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 67.1).

El régimen jurídico de estos convenios se articula sobre dos títulos: la vinculación y el convenio singular. La vinculación está sujeta a una condición previa: la homologación técnica del hospital de acuerdo con un protocolo definido. Se trata de una resolución administrativa que verifica el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos para contratación con la Administración la prestación de servicios asistenciales.

El convenio singular depende del concurso de dos presupuestos: que las necesidades asistenciales lo justifiquen y que existan suficientes recursos para su financiación. Si éstas concurren, el convenio establecerá las condiciones en que el hospital privado homologado colaborará en la prestación de la asistencia sanitaria - duración, régimen jurídico, número de camas hospitalarias,...- (Ley 14/1986, de 15 de abril, General de Sanidad, artículo 67.2). Su objeto es la realización de tareas asistenciales aunque los centros quedan obligados también al desarrollo de tareas de

promoción de la salud, prevención de las enfermedades e investigación y docencia, de acuerdo con los programas del área de salud al que resulte adscrito (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 68). Lo singular es que, en virtud del convenio, el hospital privado se somete al mismo régimen sanitario, administrativo y económico de los hospitales públicos (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 67.5 y 94). Ello es consecuencia de que, mediante el convenio, el hospital privado se vincula e integra en la red de hospitales públicos. Con el convenio se produce una publicación del régimen de organización y funcionamiento del hospital vinculado (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 30.2), salvo en lo que se refiere a la titularidad del centro y a la relación laboral con el personal (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 66.3).

A la vista de lo expuesto, queda patente que el concierto y el convenio sanitarios tienen distinto fundamento y naturaleza. Conforme al artículo 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, el concierto es una forma de gestión indirecta de un servicio público –el sanitario- que se incardina –en cuanto modalidad específica- directamente entre los contratos de gestión de servicio público; en el que la Administración despliega una menor intervención que en otras formas también de gestión indirecta –la concesión, la gestión interesada, etc.- y en el que el prestatario del servicio lo hace a cambio de una retribución a tanto alzado y sin integrarse en la organización administrativa. Por consiguiente, el concierto sanitario es una modalidad específica del contrato de gestión de servicios públicos y, en consecuencia, se somete a la legislación de contratos administrativos.

Por el contrario, a la vista de los artículos 66 y 67 de la Ley 14/1985, de 25 de abril, General de Sanidad, el convenio sanitario no es una forma de gestión indirecta sino un modo de colaboración no contractual a través del cual los hospitales privados se vinculan con el Sistema Nacional de Salud. Se incardina entre los convenios

administrativos que las Administraciones pueden suscribir con particulares en aras a la existencia de un fin de interés público común (Ley de Contratos del Sector Público, artículo 4.1.d). A través del convenio sanitario, un hospital general del sector privado se vincula de manera permanente en la red integrada de hospitales del sector público (Ley 14/1985, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 66.1), manteniendo la titularidad del establecimiento y de las relaciones laborales del personal que presta sus servicios en él (Ley 14/1985, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 66.3).

La distinta naturaleza de uno y otro instrumento se evidencia en que, mediante el concierto, se gestiona de manera indirecta un servicio público y, mediante el convenio, un hospital se vincula a la red pública; mediante aquél, el prestatario no se integra en modo alguno en la organización administrativa y mediante éste, lo hace, pasando a publicarse su actividad; el primero es un contrato y el segundo una forma inorgánica de colaboración. Así las cosas, no puede decirse que concierto y convenio sean dos formas de gestión indirecta del servicio público sanitario. Uno y otro tienen alcance y naturaleza distinto, hecho este que se ve ratificado por la ubicación sistemática de la regulación de ambas instituciones en la Ley 14/1985, de 25 de abril, General del Sanidad. El concierto está regulado, como se ha dicho, en el artículo 90 de este Cuerpo Legal, integrado en el título IV (“De las actividades sanitarias privadas”), evidenciando que se trata de un modo de gestión del servicio público indirecta; esto es, un sujeto distinto de la Administración -vicario administrativo- la asume a su riesgo y ventura, con una amplia autonomía al no integrarse en ella. Por el contrario, la regulación del convenio -artículos 66 y 67- no se ubica en el mencionado título IV sino en el capítulo III (“De las áreas de salud”) del título III (“De la estructura del sistema sanitario público”), evidenciando que se trata de una forma de colaboración, vinculación o inserción de un hospital en la red pública, pasando a formar parte de la organización administrativa. El hospital privado que se conviene pasa

a incardinarse en la red integrada de hospitales del sector público (Ley 14/1985, artículo 66.1), frente al hospital concertado que presta un servicio por cuenta de la Administración pero sin integrarse en la red. Los hospitales convenidos tienen la consideración de hospitales públicos o están asimilados a estos; los hospitales concertados, por el contrario, son meros vicarios de la Administración, distintos de ésta.

Y lo expuesto tiene sus consecuencias en lo tocante al régimen jurídico de los convenios. Como se ha dicho, las normas reguladoras de la contratación pública no son cogentes u obligatorias para ellos. Se aplican a falta de regulación específica en los propios convenios pero no constituyen límites para la voluntad negocial de las partes a la hora de establecerlos o modificarlos. Las partes pueden pactar lo que tengan por conveniente sin sujetarse a las reglas establecidas para los contratos administrativos, conforme al principio de autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1255 del Código Civil.

VI. SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE LA UTILIZACIÓN DE MATERIAL CLÍNICO EN MAL ESTADO O DE LA IMPLANTACIÓN DE DISPOSITIVOS SANITARIOS DEFECTUOSOS

Terminado hace tiempo el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas de las competencias en materia de asistencia sanitaria, la intervención del Consejo de Estado en el campo de la responsabilidad fundada en una deficiente atención médica u hospitalaria se contrae sobre todo a los casos procedentes de la Red Hospitalaria de la Defensa. No obstante, dado que el uso de esta Memoria no ha de circunscribirse al ámbito de la Administración General del Estado, se traen aquí a colación los criterios que inspiran un reciente dictamen de este Consejo, que parecen de utilidad a la hora de abordar los casos de reclamaciones por daños derivados de la utilización de material clínico o sanitario en mal estado o de la implantación de prótesis y otros dispositivos sanitarios defectuosos.

Se trata del dictamen n.º 438/2011, de 9 de junio, que aborda la materia distinguiendo entre los instrumentos que componen el material clínico, cuya función se termina con el acto médico en que son utilizados; y los dispositivos sanitarios (en particular, prótesis), que quedan incorporados indefinidamente al cuerpo del paciente. El citado dictamen comienza su análisis con el estudio de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. En lo que hace al material clínico en malas condiciones, tiene particular importancia la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1998, dictada en un caso de lesiones por rotura de una jeringa que tenía un defecto de fabricación. Declaró la sala sentenciadora que “el defecto de la jeringa no era detectable antes de uso; es durante el mismo cuando sobreviene el accidente por defecto de fabricación”. “Por ello –continuaba la

sentencia- no es correcta la imputación de responsabilidad al Servicio Vasco de Salud, pues no es lógico que tenga que montar un servicio de control de calidad de todos y cada uno de los instrumentos que se suministran los fabricantes para el desarrollo de sus actividades, asumiendo las obligaciones que a ellos competen, ni tiene tampoco lógica alguna que sea la Administración la responsable de que aquéllos no cumplan o cumplan incorrectamente el control de calidad de sus productos”.

En cuanto a la implantación de dispositivos sanitarios en el cuerpo del paciente, tiene particular relevancia la Sentencia de 24 de septiembre de 1999 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la que se declaraba la responsabilidad de la Diputación Provincial de Valencia en el caso del embarazo de una mujer a la que se había implantado un dispositivo anticonceptivo intrauterino defectuoso en el Centro de Planificación Familiar de Gandía. “Dicho dispositivo –se dice en el fundamento jurídico primero de la sentencia- había sido adquirido a la empresa codemandada DIU, S. A. (declarada rebelde), con lo que se vino a aceptar el producto sin efectuar comprobación ni verificación técnica alguna acerca de su estructura y composición, así como de su aptitud para el fin a que se destinaba, que resultó un total fracaso, y buena prueba de ello es que, ante las continuas reclamaciones e inoperancia comprobada del anticonceptivo, la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios hubo de decretar su inmovilización y prohibición de empleo”. Más adelante, en su fundamento jurídico cuarto, la sentencia que se cita señala que “la aplicación de la normativa de defensa de los consumidores en cuestiones de servicios sanitarios resulta procedente”, y ello porque la legislación protectora de consumidores y usuarios prevé, junto a la responsabilidad del fabricante, la de los terceros que hayan tenido una intervención decisiva en la irrogación del daño causado por el producto defectuoso.

Observa el dictamen n.º 438/2011 que las sentencias que acaban de citarse son complementarias y que de ellas pueden extraerse algunos principios del régimen de responsabilidad por daños derivados del uso de instrumentos clínicos defectuosos, por una parte, y de la implantación de dispositivos sanitarios disfuncionales, por otra.

Así, por un lado, la Sentencia de 17 de abril de 1998 niega que las entidades que prestan servicios sanitarios tengan, con carácter general, la obligación de “montar un servicio de control de calidad de todos y cada uno de los instrumentos que le suministran los fabricantes para el desarrollo de sus actividades”. Pero la propia sentencia establece como premisa de esa conclusión que “el defecto de la jeringa no era detectable antes de uso; es durante el mismo cuando sobreviene el accidente por defecto de fabricación”. De ello se infiere con seguridad que, una vez que se detecta un defecto en el instrumento, las entidades prestadoras de servicios sanitarios vienen obligadas a retirarlo o a revisarlo de modo que su buen funcionamiento quede garantizado.

En cambio, se diría que la Sentencia de 24 de septiembre de 1999 afirma la obligación de dichas entidades de efectuar la “comprobación” o la “verificación técnica” de la “estructura y composición” de los dispositivos sanitarios. Parece lógico que el régimen de revisión de los dispositivos sanitarios sea más exigente que el de los instrumentos clínicos dado que, como se ha indicado, los dispositivos son susceptibles de surtir efectos sobre el cuerpo del paciente durante largo de tiempo. Sin embargo, la adecuada valoración del alcance de la Sentencia de 24 de septiembre de 1999 requiere tener en cuenta que el dispositivo anticonceptivo de que se trataba pertenecía a una serie en la que todos los dispositivos resultaron defectuosos, hasta el punto de que “la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios hubo de decretar su

inmovilización y prohibición de empleo”. La existencia de todo un conjunto de dispositivos defectuosos resultó sin duda determinante en la decisión del Tribunal Supremo; pero no sería lícito extender automáticamente el criterio seguido por el Alto Tribunal en la Sentencia de 24 de septiembre de 1999 a casos en que el daño hubiera sido causado por un ejemplar defectuoso de un modelo de dispositivo que con carácter general hubiera venido funcionando adecuadamente.

Con carácter general, pues, cabe concluir que una vez que se detecta un defecto en un concreto instrumento clínico o en un dispositivo destinado en su implantación en el cuerpo humano, la Administración sanitaria viene obligada a retirarlo o a revisarlo de modo que su buen funcionamiento quede garantizado, incurriendo en responsabilidad si tal instrumento o dispositivo causan daño. Por otro lado, y con particular aplicación a los dispositivos sanitarios, cuando se haya comprobado que los dispositivos pertenecientes a una determinada serie o modelo presentan un defecto, la Administración sanitaria está igualmente obligada a retirarlos, generando asimismo responsabilidad el incumplimiento de dicha obligación.

VII. SOBRE EL USO DE CASTILLOS Y FORTALEZAS CUYA GESTIÓN SE HAYA CEDIDO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA A AYUNTAMIENTOS Y OTRAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En el dictamen n.º 1725/2011, que la Comisión Permanente del Consejo de Estado aprobó por mayoría en su sesión de 12 de enero de 2012, se examinó una petición de responsabilidad patrimonial formulada por dos personas que habían sufrido lesiones graves tras haber caído al foso de la fortaleza de la Mola, en Mahón (Menorca), durante una fiesta celebrada en la noche del 10 al 11 de agosto de 2007.

La fortaleza de la Mola se encuentra cedida por el Ministerio de Defensa al Consorcio del Museo Militar de Menorca y Patrimonio Histórico-Militar de Mahón y Cala San Esteban, por un período de 50 años. Tal consorcio es, de acuerdo con sus estatutos, una entidad pública con personalidad jurídica propia, creada en virtud de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El citado consorcio había adjudicado la gestión de los servicios públicos de visitas guiadas, vigilancia y otros servicios en la fortaleza de la Mola a una entidad mercantil, que a su vez subcontrató a otra empresa la organización de la referida fiesta durante la que tuvieron lugar los hechos que motivaron la reclamación examinada por el dictamen n.º 1725/2011.

Considerando que en la organización de dicha fiesta no se adoptaron suficientes medidas de seguridad y que, entre otras circunstancias, a ella asistieron más de tres mil personas cuando el correspondiente recinto tenía un aforo máximo de setecientas, el Consejo de Estado observó que la actividad festiva en cuestión había estado “muy

alejada (...) de la que sería propia de la naturaleza jurídico demanial de la fortaleza militar donde tuvo lugar el evento autorizado por el Consorcio, así como poco compatible con los fines que pudieran haber justificado la cesión de su uso por el Ministerio de Defensa a dicho Consorcio”.

Aunque la cuestión de la responsabilidad patrimonial de la Administración no es aquí la fundamental, sí cabe señalar que el Consejo de Estado entendió que a la producción del resultado lesivo habían contribuido tanto la conducta imprudente de los reclamantes, como la falta de adopción de medidas de seguridad suficientes por parte de la empresa organizadora de la fiesta, como el cumplimiento inadecuado de los deberes de vigilancia correspondientes al consorcio. Concluía el dictamen que procedía estimar parcialmente la reclamación y declarar la responsabilidad patrimonial del Consorcio del Museo Militar de Menorca y Patrimonio Histórico-Militar de Mahón y Cala San Esteban.

Teniendo en cuenta que existen numerosos castillos y fortalezas en toda España cuya gestión se ha cedido por el Ministerio de Defensa a ayuntamientos o a consorcios semejantes al que se ocupa de la fortaleza de la Mola, y que dichas cesiones están hechas en momentos históricos muy distintos y, por tanto, bajo condiciones diversas, entiende el Consejo de Estado que sería recomendable hacer una revisión de la situación en la que se encuentra cada una de esas fortificaciones, analizando los fines a los que la respectiva cesión quedó vinculada y asegurándose, en todo caso, de que el uso que se hace de ellas está adecuadamente gestionado y que, además, resulta compatible con la condición demanial de los bienes de que se trata.

VIII. LOS SERVICIOS BANCARIOS

Con ocasión del dictamen emitido sobre el proyecto de Orden de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (luego Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre), el Consejo de Estado se planteó el tema de la correcta delimitación de los servicios bancarios, como clase específica dentro del grupo más amplio de los servicios financieros, del que forman parte, además de los bancarios, los de mercado de valores, seguros y pensiones. La correcta delimitación de unos y otros no sólo determina la designación del supervisor competente, sino otros aspectos fundamentales del régimen jurídico que resulta de aplicación.

Antes de pasar a precisar el contenido concreto de tales servicios conviene efectuar una precisión terminológica. En razón de que existen entidades de crédito que no son bancos pues no pueden tomar depósitos en sentido estricto (en cuenta abierta con la propia entidad que recibe los depósitos) como son los Establecimientos Financieros de Crédito, se utilizará la expresión servicios bancarios en sentido lato, incluyendo los de los citados establecimientos debido a que estos últimos también están autorizados a captar fondos reembolsables del público, si bien, en forma distinta del depósito.

Los servicios bancarios propiamente dichos son los más reducidos entre los que usualmente prestan las entidades de crédito. Los servicios de caja, de captación de fondos reembolsables -especialmente depósitos-, la concesión de créditos y préstamos y servicios de pago forman parte del corrientemente denominado “monopolio bancario”, por estar reservados en exclusiva a las entidades de crédito por su directa vinculación con la función más típica de tales entidades, que no es otra que la intermediación en la gestión

del circuito del dinero mediante la transformación de los plazos de cortos (depósitos) en largos (préstamos). El núcleo de la actividad de las entidades de crédito, así entendido, viene definido en el artículo 28.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, el cual comprende la recepción de “fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza”, así como cualquiera otra “captación de fondos reembolsables de público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que no estén sujetos a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores”.

Se suelen considerar como servicios bancarios otros distintos de los citados, por la única razón de que aparecen incluidos en el elenco del artículo 52 de la Ley 26/1988. Dicho artículo, sin embargo, no forma parte de su título II, dedicado a la regulación de las actividades propias de las entidades de crédito, ni pretende definir cuáles quedan reservadas a dichas entidades: su único propósito es enumerar las actividades que pueden formar parte del denominado “pasaporte comunitario” que se reconoce a las entidades de crédito autorizadas en Estados miembros de la Unión Europea. Y de ahí que alguna de las actividades que integran la lista del artículo 52 se puedan prestar por otro tipo de entidades financieras, particularmente las empresas de servicios de inversión, como así lo establece su legislación reguladora (Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y Real Decreto 117/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicio de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de

noviembre). En concreto, son comunes con otras entidades autorizadas distintas de las crediticias las siguientes actividades: concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares; operaciones por cuenta propia o de la clientela que tengan por objeto valores negociables, instrumentos de los mercados monetarios o de cambios, instrumentos financieros a plazo, opciones y futuros financieros y permutas financieras; participación en las emisiones de valores y mediación por cuenta directa o indirecta del emisor en su colocación y aseguramiento de la suscripción de emisiones; asesoramiento y prestación de servicios a empresas en estructura de capital, estrategia empresarial y fusiones y adquisiciones y materias similares; gestión de patrimonios y aseguramiento a sus titulares, actuación, por cuenta de sus titulares, como depositarios de valores representados en anotaciones en cuenta y la realización de informes comerciales.

Con la única excepción de la actividad consistente en la concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares (que, por cierto, es asimismo prestada por entidades aseguradoras bajo la cobertura formal del contrato de seguro), las demás actividades que se acaban de mencionar también pueden ser realizadas por las empresas de servicios de inversión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley del Mercado de Valores, ya sea con carácter principal o auxiliar. Paralelamente, el artículo 65 de la propia Ley del Mercado de Valores autoriza a las entidades de crédito la prestación de los servicios de inversión.

Es cierto que las entidades de crédito pueden ofrecer otros servicios reservados en exclusiva a las mismas y que no pueden prestar otras entidades financieras distintas aunque no forman parte del núcleo de la actividad bancaria reservada, sin perjuicio de estar relacionados con él, como son los de alquiler de cajas fuertes y la emisión de dinero electrónico. Estos últimos, no obstante, guardan clara conexión con la decisiva función

de intermediación en la circulación fiduciaria del dinero que llevan a cabo las entidades de crédito, lo cual explica su atribución en exclusiva.

En realidad, los servicios comprendidos en el núcleo reservado son muy reducidos, tanto que pueden reducirse a uno solo: la combinación de la captación de depósitos reembolsables del público en cualquier forma para su aplicación a la concesión de créditos. Esta estricta tipificación de los servicios que conforman la actividad reservada bancaria explica dos fenómenos generalmente no suficientemente destacados:

- De un lado, que la actividad consistente en prestar por sí sola no está reservada en España con carácter exclusivo a las entidades de crédito, siempre que no resulte de la aplicación de fondos captados del público en España y, por extensión, en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea.

- De otro lado, que entidades no autorizadas para recibir depósitos aunque lo estén para captar fondos reembolsables en forma distinta del depósito, como los Establecimientos Financieros de Crédito, tienen la naturaleza de entidades de crédito, por tanto sujetas a autorización, por la razón de que completan el círculo de la actividad bancaria: la concesión de créditos que financian mediante apelaciones al ahorro público en forma distinta del depósito.

La correcta caracterización de los servicios de crédito determina el régimen jurídico aplicable a las entidades que los prestan y que se proyecta en aspectos tan importantes como son su supervisión y las normas de conducta que rigen sus actividades. Desde el punto de vista de la supervisión, la adecuada delimitación de los servicios bancarios justifica determinadas opciones que efectúan las leyes reguladoras del sector.

En primer lugar, la atribución de la supervisión de las entidades de crédito a una institución bancaria de acreditado rigor y experiencia, como es el Banco de España. Tan importante es la función de supervisión del sector que en Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera de 20 de julio de 2012 en las políticas del sector financiero (el corrientemente denominado MOU entre la Comisión Europea y el Gobierno del Reino de España), se prevé traspasar ciertas competencias del Ministerio de Economía y Competitividad al Banco de España directamente relacionadas con los poderes de supervisión de este último, como son la autorización de entidades, la ampliación de sus potestades de desarrollo normativo y el régimen sancionador. En esta última área, en concreto, se prevé que el Banco de España pase a ostentar todas las competencias administrativas, incluyendo la potestad de imponer todas las sanciones administrativas en la materia, mientras que, en la actualidad, el Banco de España sólo ostentaba la competencia para imponer sanciones leves y graves. La imposición de las más graves corresponde al Ministerio de Economía y Competitividad. Aunque en su actividad las entidades de crédito pueden quedar sometidas a otros supervisores distintos del Banco de España, éste ejerce la que se denomina supervisión prudencial que abarca todo lo relativo a las entidades de crédito como personas jurídicas, especialmente, en todo lo referente a su estructura corporativa y régimen de capital y recursos propios. Se denomina prudencial porque la función de vigilancia de la solvencia y liquidez de la entidad de crédito en el largo plazo, por su propia naturaleza, no puede quedar enmarcada en el proceso ordinario de aplicación de la norma mediante la subsunción de los diversos supuestos de hecho en el contenido del correspondiente precepto legal, por la sencilla razón de que la riqueza de situaciones distintas impide esta tipificación de detalle.

Pero la correcta delimitación de los servicios bancarios determina que existan otros ámbitos distintos y más limitados en los que la supervisión del Banco de España deja de

ser prudencial porque no requiere el ejercicio de potestades discrecionales o, al menos no tan amplias, en los que, ahora sí, resulta congruente utilizar el método usual de aplicación normativa buscando el encaje de los hechos en la disposición legal que la cobije. Este ámbito lo integra la vigilancia del cumplimiento de las normas de conducta que rigen la prestación de los servicios bancarios.

La otra consecuencia de la delimitación de los servicios bancarios es la siguiente: la supervisión de las entidades de crédito, que era universal para todo lo relacionado con la estructura jurídico corporativa y económica de las entidades de crédito, se convierte en particular al controlar la actividad de tales entidades, ciñéndose a lo que son propiamente servicios bancarios. El control y vigilancia de aquellas otras actividades que pueden desempeñar se atribuyen a otros supervisores especializados del mundo financiero, como son los de los mercados de valores, seguros y pensiones, que velan por su corrección en razón de los tipos de productos y servicios y de sus singularidades.

Lo expuesto genera un doble fenómeno: el de una pluralidad de supervisores vigilando la conducta de las entidades de crédito en función del concreto mercado en el que, en cada caso, operan, y el de la existencia de un diferente enfoque de las normas que regulan la actividad de quienes están autorizados para prestar servicios en los distintos sectores financieros. Mientras que, en unos casos, como sucede en los mercados de valores y seguros, la legislación que disciplina la actividad comprende todo el proceso de prestación desde la comercialización hasta la prestación y control, la legislación de las entidades de crédito, en cambio, se preocupa de la fase de prestación más que de la previa de comercialización. Así, la regulación de los mercados de valores (Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, artículo 8), la legislación de seguros (Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados) y la de pensiones (Real Decreto

Legislativo 1/1002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones), reservan en cada caso la comercialización de los servicios respectivamente regulados a entidades autorizadas en tanto que no ocurre lo mismo con los servicios bancarios.

Ni la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de la Entidades de Crédito, ni el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, reservan la comercialización de los servicios bancarios a entidades de crédito. En concreto, el artículo 10 del Real Decreto 1245/1995 citado autoriza expresamente a cualquier tipo de entidad de crédito y, por tanto, también a las no autorizadas en ningún Estado miembro de la Unión Europea a abrir oficinas de representación en España, las cuales no están capacitadas para prestar servicios bancarios en España, aunque se reconoce que pueden comercializarlos.

La explicación del diferente enfoque en materia de comercialización probablemente se encuentra en la menor complicación de los servicios bancarios en sentido propio en relación con los otros ámbitos financieros, en particular los exclusivos de las entidades de crédito plenas, es decir, aquellas autorizadas a tomar depósitos en cuenta del público. Los bancos no tienen necesidad de crear estructuras legales complejas, sino contractuales relativamente simples -que no suelen requerir más que incorporar lo relativo a la gestión de la cuenta y a la remuneración que se pacte con el cliente por los depósitos y posibles descubiertos-. Por eso, las normas de transparencia que se aplican a los servicios bancarios son también más sencillas, limitándose a exigir la adecuada constancia de los tipos que aplica cada entidad de crédito a sus diversas categorías de clientes en toda su publicidad (transparencia pre-negocial), lo que debe

plasmarse con claridad y fidelidad en los contratos que suscriban con la clientela (transparencia negocial). Una vez asegurada la transparencia de esos servicios, los riesgos de comercialización por entidades no autorizadas como entidades de crédito se perciben como menores, en razón de que cualquier cliente, incluidos los minoristas, puede consultar la información, carente de complicaciones, en principio, que aparece en la publicidad corporativa de la entidad para comprobar cuáles son las condiciones fundamentales que le ofrece la entidad con quien va a contratar.

Por el contrario, los productos de otros sectores financieros revisten bastante mayor complejidad, bien por descansar en cálculos actuariales que requieren descripciones precisas y claras de riesgos cubiertos -como sucede en el mundo de los seguros-, bien porque se derivan de estructuras legales no necesariamente diáfanas, como son los instrumentos de inversión, particularmente valores y derivados, cuyos riesgos asociados no aparentes exigen la adopción de mayores precauciones en su distribución, y requieren la posesión de conocimientos y experiencia para comprender los productos para poder explicarlos suficientemente a los usuarios. Se comprende, entonces, que la legislación reguladora de tales sectores contemple el ciclo completo de la actividad, incluyendo también la comercialización que se reserva exclusivamente a entidades autorizadas, al considerarse que tienen los conocimientos y experiencia necesarios para explicar adecuadamente los riesgos que subyacen a los productos y servicios que se ofrecen.

IX. SOBRE EL TRATAMIENTO PROCEDIMENTAL DE LOS ESTÁNDARES DE CONSERVACIÓN DE CARRETERAS

En el conjunto de asuntos despachados se vienen examinando numerosos supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado por daños ocasionados con ocasión del funcionamiento del servicio de conservación de las carreteras o vías públicas. La doctrina mantenida en estos casos atiende a la exigencia legal de la misma, al deber de conservación que compete a la Administración titular de la vía (aquí el Ministerio de Fomento), dándose el supuesto de surgimiento del derecho a la indemnización por parte del particular afectado especialmente cuando se incumple dicho deber, lo que viene a significar que no se alcanza el estándar requerido para dicha función de conservación, sea la misma atendida directamente por el Departamento (a través de la Demarcación de Carreteras del Estado correspondiente), o por la entidad contratada para llevarla a cabo, en cuyo caso se examina el nivel de exigencia contenido en los distintos contratos de conservación, que, por otro lado, difieren según el tipo de vía, el tramo de que se trate y la intensidad circulatoria previsible o estimada.

La doctrina del Consejo de Obras Públicas se viene orientando en este punto, para apreciar la procedencia o no de la indemnización ante daños ocasionados por razón del funcionamiento del servicio de conservación de las vías públicas, en el cumplimiento de los estándares de mantenimiento fijados en los respectivos contratos de conservación cuando el servicio se encuentra encomendado a un tercero, y trasladando criterios similares a los supuestos en que la conservación se realiza directamente por la respectiva Demarcación de Carreteras del Estado. En este sentido viene considerando

que una vez cumplidas las exigencias y niveles de servicio del mandato de conservación, no cabe apreciar la existencia de posible responsabilidad patrimonial del Estado. Por el contrario, cuando no se ha llevado a cabo esa exigencia de conservación, concurrirá o no dicha responsabilidad, o en uno u otro grado (compensando las culpas), según haya sido la conducta del afectado.

En realidad, en la mayoría de los casos que son objeto de consulta al Consejo de Estado en este punto, ocurrido un accidente por la presencia de un obstáculo en la vía, y descartada la ruptura del nexo causal por culpa del afectado, se viene apreciando la concurrencia del nexo de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio precisamente en atención a que se haya atendido en la realización del servicio de conservación al cumplimiento o no de esos estándares. Se valora por tanto el funcionamiento del servicio público en razón del cumplimiento o no de las concretas exigencias impuestas en razón del deber de conservación para el encargado de la misma en la vía pública.

Con ello se lleva este supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado al caso del funcionamiento anormal del servicio público (de conservación). Las ocasiones en que no es así, por desprendimiento de piedras sobre la vía, o caída de arbolado, en que no se examina con ese rigor el cumplimiento del deber de conservación del talud de la vía, son debidas a la concurrencia de otro título más específico de imputación, trasunto al régimen administrativo de carreteras de la regla del artículo 1910 del Código Civil. Y distinto es también el supuesto de la irrupción de animales en cuyo caso se descarta la indemnización al considerarse a modo de riesgo ordinario de la circulación, pese al diverso tratamiento que da la legislación de las Comunidades Autónomas respecto de

sus vías propias, y la pequeña jurisprudencia, y por el influjo del título específico de responsabilidad que supone la regla del artículo 1905 del Código Civil.

En estos casos por tanto se aprecia la posible existencia de responsabilidad patrimonial cuando hay un funcionamiento anormal del servicio público, en la medida que los requerimientos derivados del cumplimiento del deber de conservación hayan sido o no realizados efectivamente. Y para atender a los mismos se está al examen de los módulos de prestaciones que se imponen contractualmente a las entidades encargadas de conservación (terceros), de los que se extrae asimismo el criterio a utilizar cuando la propia Administración, a través de la Demarcación de Carreteras del Estado realiza por sí tales tareas. En hipótesis y dentro de esa perspectiva cabría también el examen del correcto o irregular cumplimiento de esos deberes de conservación, pero en todo caso se trata el supuesto como de posible funcionamiento anormal del servicio público.

No se ha entrado en el examen sin embargo de la posible suficiencia o no de dicho servicio con ese nivel de prestaciones, ni tampoco en la adecuación o no del existente respecto del tipo de vía, lo que requiere de un juicio técnico ad hoc. Este viene siendo elaborado por la Dirección General de Carreteras precisamente al preparar los pliegos de condiciones particulares de los contratos de conservación y mantenimiento.

Sin entrar ahora en aquellas variaciones (los casos en que el accidente es debido a la irrupción de animales o al desprendimiento de piedras), que son examinadas en otras memorias de la Sección, interesa ahora poner el acento en el tratamiento que se viene haciendo al cumplimiento de los estándares de conservación de las vías. Para ello

y ante todo ha de considerarse que el establecimiento del nexo de causalidad, propiamente, solo requiere la vinculación (causal) entre el accidente y el servicio público de mantenimiento y conservación de la vía. De lo que se trata es de determinar si, en concreto, la presencia de un obstáculo en la vía pública es imputable al servicio de carreteras, en la medida en que el deber genérico que le incumbe es el de mantener expedita para la circulación, segura, de dicha carretera. Y una vez ello establecido, habrá de examinarse si concurre alguna causa de justificación, que atiende fundamentalmente a la imposibilidad material, por parte del servicio de carreteras, de realizar una tarea distinta.

Es decir el examen de aquellos parámetros opera en torno a la concurrencia de una causa de oponibilidad por parte de la Administración a la pretensión resarcitoria del afectado, por cuanto, como es doctrina general aceptada tanto por los Tribunales cuanto por la Administración Pública, no es exigible un resultado pleno y absoluto en su eficacia para el diseño del servicio público de conservación que establece la Ley.

El hecho de que corra a cargo de la Administración el deber de conservación de la vía, no significa que haya de exigirse como resultado que en todo momento y circunstancia se encuentre la misma en perfecto estado de uso. Hacerlo así supondría convertir la responsabilidad patrimonial del Estado en una suerte de responsabilidad objetiva dominical, de modo que en tanto la Administración es titular de una vía, corre a su cargo la reparación de todo daño acaecido al usarla. Conviene precisarlo de este modo por cuanto muchas decisiones judiciales (que por razón de la cuantía o competencia corresponden a Juzgados de los Contencioso-Administrativo) se vienen orientando en esta dirección, particularmente en determinados casos que suponen

auténticos puntos de inflexión, como puede ser el accidente debido a la presencia de un animal ya muerto en la vía pública.

Ciertamente el hecho de que la titularidad de la vía pública corresponda al Estado, en tanto que dominio público, ha venido llevando en este punto a traer al instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado otros que en el régimen civil general son los correspondientes a la responsabilidad del propietario respecto de su bien (vivienda en el caso del artículo 1910 del Código Civil). Sin embargo esa tendencia deja de lado algunos elementos esenciales, cuales son el que la utilización de la vía pública no corresponde al Estado sino numerosos a los usuarios, precisamente por la configuración en su beneficio del dominio público, lo que debería alejar de ese perfil a esta institución respecto de las carreteras. De otro lado, se soslaya también el hecho de que el cuidado y mantenimiento de la vía pública, que corre a cargo del Estado, se realiza mediante la asignación de recursos que son obtenidos merced a la tributación general.

De ahí resulta que el gasto adicional para reparar esas lesiones acaecidas en accidentes no haya de ser plenamente objetiva, como en el supuesto del artículo 1910 del Código Civil, pues de ser así se desvirtuaría no solo el sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado al que ha de responder, por la construcción legal vigente, sino también el mecanismo de solidaridad derivado de la aportación de recursos públicos mediante tributos. El uso de la vía es común, y no se singulariza, individualizándose, pero la lesión si está referida al afectado de modo concreto. Un mecanismo de reparto adecuado de extenderse de esta suerte la institución requeriría de la adopción de figuras tributarias más idóneas con un gravamen más específico a los concretos usuarios de cada vía.

Todo ello debe tenerse en cuenta al abordar la cuestión relativa a la exigencia de cumplimiento del deber de conservación, construyendo una obligación cuyas prestaciones han de responder a unos parámetros de exigencia. Desde esta perspectiva la posible inadecuación, por razón de los recursos y medios disponibles, respecto de la vía en concreto, aparece como una suerte de carga general que afecta al usuario de la vía, y que éste tendría el deber jurídico de soportar.

Así pues, el examen del cumplimiento de los parámetros del deber de conservación opera a los efectos de determinar si es oponible por la Administración Pública, una vez sentada la concurrencia de una relación de imputación (de la lesión al servicio público), de una causa de inoponibilidad, la no exigibilidad de una conducta (material) distinta al servicio de conservación. Ello lleva naturalmente al examen de los presupuestos de hecho que son relevantes, y en este punto se viene observando que el cumplimiento de la carga de la prueba, ahora fijado por el artículo 217 LEC, no atiende al criterio clásico. Si bien en los términos literales de un dictamen puede leerse que la falta de prueba lleva a la desestimación de la petición de indemnización por no haberse atendido correctamente a cuanto depara la carga de la misma (incumbe al que alega para pretender la reparación), no se llega a expresar con la suficiente claridad y precisión en qué términos se llega a esa conclusión, ni como se distribuye esa carga de la prueba respecto de cada tipo de elemento probatorio.

No hay ninguna duda de que quien solicita una indemnización (por accidente debido a la presencia de un obstáculo en la vía pública) debe probar que ha sufrido un daño (la lesión material o personal de que se trate), y que ello se extiende a la prueba del lugar en que se produjo, y del momento y circunstancias en que tuvo lugar. A estos efectos, por tanto, bastará, en este sentido, con acreditar la realidad de la lesión, el

lugar (punto de la vía pública) en que se produjo, el momento en que sucedió y su circunstancia (es decir la presencia o no del referido obstáculo).

También en estos supuestos suele determinarse la concurrencia o no de culpa del afectado, con entidad suficiente según los casos para romper el nexo causal o modular su alcance por concurrir las culpas, según cuanto resulta del atestado policial que suele levantarse cuando tiene lugar un accidente. No es extraño que en muchos casos haya discrepancias entre la descripción que figura en el atestado y la hecha por los propios servicios (la Demarcación de Carreteras del Estado). Pero en este punto no se trata de una cuestión que atañe al cumplimiento por parte del reclamante de la carga de la prueba, sino a la verificación de una circunstancia fáctica que puede resultar o no favorable al mismo, la incidencia de su propia conducta en la evitabilidad o no del accidente dada la presencia del obstáculo, y el propio alcance y significación de dicho obstáculo.

Técnicamente son dos cuestiones distintas. De un lado, el alcance que tenga el obstáculo para estar en disposición de ocasionar un accidente, viene referido a la determinación de la relación de imputación del hecho lesivo al funcionamiento del servicio. Por esta razón, en cuestiones muchas veces complejas y que solo pueden ser precisadas de modo técnico, se atiende al criterio sustentado en las opiniones expresadas por el Consejo de Obras Públicas; así acaece cuando ha de determinarse la incidencia del desnivel de la vía, la formación de los trazos curvos, la colocación de vallas o barreras, la composición material del firme y su nivel de adherencia, etcétera. Por este motivo la apreciación derivada del atestado policial tiene una menor relevancia en este punto, ya que atiende más a la observación de la conducta del usuario que a las características técnicas de la vía.

Por otro lado, sin embargo, la apreciación de la conducta del afectado es una cuestión referida más propiamente al hábito de la conducción y a la materia de la seguridad vial, y en ello suele concederse más relevancia al juicio reflejado en el atestado policial, particularmente si se trata de la agrupación de tráfico de la Guardia Civil, dada la mayor experiencia de la misma en el examen de este tipo de conductas.

En ambos casos son cuestiones en las que la actividad probatoria requerida al afectado es prácticamente nula; cuando se intenta por el mismo se valora como una aportación pericial de parte, y se concede una mayor relevancia al juicio técnico oficial, dimanado de los órganos de la Administración, sea ésta la de Fomento o la de Interior.

El punto, pues, en el que no se ha definido de manera suficientemente precisa la regla a observar es el del tratamiento, en materia de prueba, que se da al cumplimiento o no de los estándares exigidos de conservación, y ello en parte por razón de la configuración de este elemento, que, como se indicó, atiende a insertar en la relación formal de causalidad el nivel de exigibilidad requerido a la conducta, de conservación, de la Administración.

Conviene a este respecto tener presente cuanto viene sentándose de modo continuado y reiterado en la doctrina del Consejo. Se parte de la afirmación de que “la Administración pública tiene el deber de cuidar y mantener las carreteras abiertas a la circulación en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilizan esté debidamente garantizada, evitando que su estado cause daños a terceros que no deban soportarlos”. Con ello se viene a configurar el examen de la no exigibilidad de una

conducta de conservación distinta (más intensa) en cuanto a la concurrencia o no del deber jurídico de soportar el daño.

Este elemento es en realidad, propiamente, una causa de justificación (de la no antijuridicidad del funcionamiento del servicio), pues cuando hay deber jurídico de soportarlo, esa conducta (lesiva) es legítima. Sin embargo, el tratamiento que viene haciéndose en la práctica, y particularmente en esta materia de carreteras, no es éste. Se trata, en efecto, de valorar la disponibilidad de medios con que cuenta la Administración pública para articular el servicio público, el de conservación de las vías. Y en la medida en que no hay disponibilidad suficiente ni adecuada de medios, se lleva esa situación a la valoración de si puede constituir una excepción o causa de oponibilidad a la pretensión de indemnización. Supone así una suerte de exculpación de la conducta administrativa, y por eso se inserta, impropiamente, en el examen del nexo de causalidad.

Así resulta de aquella doctrina, formulada de modo constante, pues, conforme a la misma, “para ponderar aquella medida ha de atenderse a unos parámetros razonables del deber de cuidado y vigilancia, tanto a la vista de los medios disponibles cuanto de las circunstancias concretas en que se haya producido la lesión en cuestión, así como del comportamiento de quien reclama, que puede modular el alcance de la reparación que en su caso procediere”.

Al ser así, se viene tratando la mayoría de estos casos como supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público, y valorándose la concurrencia de esos parámetros para determinar la culpa o no de la conducta administrativa (concurrente o no con la del afectado). Precisamente por ello la doctrina

de la jurisprudencia menor, que suele pronunciarse en otro sentido, tiende a valorar el supuesto como de responsabilidad por funcionamiento normal de la Administración, cuyo alcance es modulado en atención a la posibilidad o evitabilidad del riesgo por parte del servicio (respecto del obstáculo causante del accidente). Partiendo de la base de la utilización de recursos limitados por parte del servicio de conservación de carreteras, la pequeña jurisprudencia pone el acento en la intervención respecto de la generación de riesgo (por el uso de la vía) que supone la actuación, normal, del servicio. En este sentido la realidad de una actuación de vigilancia de la vía no elimina enteramente los posibles obstáculos en la misma (por la intrusión accidental o accidental de elementos en la misma), pero permite establecer períodos temporales de limpieza de la vía, dentro de los cuales el riesgo es ordinario corriendo a cargo del afectado, el usuario de la vía. Subyace, pues, una consideración jurídica diferente.

Dado que el régimen de aplicación de la ley tal y como está actualmente diseñado, lleva a que un gran número de casos quede ajeno al pronunciamiento de los Tribunales Superiores, cuyo criterio es más concorde con el de la doctrina administrativa, se produce una situación que lleva a cierta perplejidad, en cuanto supone de diversidad en la aplicación de la ley. Esa anomalía puede remediarse en la medida en que se alcance un grado de aceptación más elevado de criterios y enfoques jurídicos comunes, sea por la elaboración de una norma más detallada, sea por la consolidación de una opinión jurídica más asentada.

Uno de los mecanismos a través de los cuales se intenta llegar a ese resultado, más uniforme en la aplicación igual de la ley, es el de establecer unos criterios de carga probatoria, que vienen siendo reiterados en modo muy similar desde el año 2007 tanto por los Tribunales Superiores de Justicia cuanto por el Tribunal Supremo. La función

encomendada a los Tribunales y el respeto a la independencia judicial de los distintos órganos de dicho poder, de suerte que solo cabe la corrección por vía de recurso cuando la Ley establece y permite el mismo, lleva a disponer el uso de las reglas del proceso para la obtención de la evidencia judicial a fin de a través de las mismas alcanzar un resultado similar. En este sentido se utiliza el tratamiento procesal de la prueba, de la evidencia obtenida, como mecanismo para alcanzar similares resultados jurídicos aun partiendo de criterios o enfoques diferentes.

El Consejo de Estado no atiende sólo a esas reglas procesales, que igualmente valora, sino también a la posibilidad de sugerir, cuando así se observa necesario, la elaboración de una norma de rango adecuado para mejorar el funcionamiento del servicio público. En este caso se trata de uno de los aspectos que resultan del de conservación de carreteras, y, como luego se expone, puede resultar útil el diseño normativo del grado y nivel de exigibilidad a la Administración de carreteras respecto del cumplimiento de su deber legal de conservación de las vías. Para esclarecerlo adecuadamente conviene, antes, examinar ese juego de reglas probatorias, que pone de relieve la orientación del problema a resolver.

En la práctica suscitada ante los Tribunales se trata pues de examinar si la medida de limpieza y acomodo de la vía pública antes del accidente (respecto del obstáculo que lo motivaría) excedía o no de “*lo razonablemente exigible*” a efectos de examinar si ha habido por parte de la Administración titular de la vía una omisión de sus obligaciones de vigilancia y mantenimiento de la vía. A este respecto la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 11 de diciembre de .007, de la Sección 6.^a de su Sala Tercera) es la de que la acreditación de que la medida a adoptar (para evitar la presencia del obstáculo) por la Administración “*excedía de lo razonablemente exigible*

al funcionamiento del servicio” corre a cargo de la propia Administración. Es decir, ante la alegación (y prueba) de aquellos elementos fácticos antes indicados por el afectado, corresponde a la Administración responsable de carreteras la prueba de esa no exigibilidad de una medida adicional, a los parámetros aplicables al funcionamiento del servicio.

Ese pronunciamiento, en realidad, viene a trasladar la jurisprudencia civil recaída en torno a los artículos 1902 y 1903 apartado sexto del Código Civil, en cuanto imponen al autor del hecho lesivo, la Administración responsable de la vía en este caso, la obligación de demostrar que ha actuado adecuadamente en función de sus propias capacidades y en relación con el nivel del servicio que le es razonablemente exigido. De este criterio jurisprudencial ha venido entendiendo el Consejo de Obras Públicas que, a la vista de la exigencia de prueba al reclamante que le impone el artículo 6.1 del reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo), corresponde al instructor valorar esa procedencia de la que considera inversión de la carga probatoria y practicar al efecto las actuaciones (de prueba) pertinentes. No es, sin embargo, propiamente una inversión de la carga probatoria, sino la aplicación de la regla del artículo 217 LEC en atención al principio jurídico (de actuación administrativa) que se pone de relieve.

Con ello se está definiendo como carga de la prueba, para la Administración pública, de dos circunstancias, del nivel de exigencia de rendimiento de su servicio de conservación en el caso concreto, y de la razonabilidad del mismo respecto del accidente en concreto que ocasiona la lesión cuya reparación se discute. El primero se acredita en los expedientes mediante la aportación de los distintos contratos de

conservación, o la referencia a los términos usuales de los mismos en vías públicas similares cuando el servicio corre a cargo de la propia Demarcación de Carreteras. El segundo opera mediante una valoración en los casos concretos de la disponibilidad de medios o no de la Administración para establecer medidas distintas, estableciendo la razonabilidad al caso concreto de las practicadas en función precisamente de esa posibilidad material o no.

La posición jurisprudencial, sin embargo, apunta a otros aspectos, pues no se valora esa exigibilidad ni la razonabilidad (suficiencia o adecuación) de los medios disponibles a efectos de la exculpación de la conducta administrativa, sino al objeto de determinar o no la procedencia de la reparación en términos de objetividad de la posible responsabilidad patrimonial del Estado. La concurrencia o no del deber jurídico de soportar (ese nivel de actuación administrativa), se examina desde la perspectiva de una responsabilidad objetiva, con independencia del funcionamiento, en términos reales, anormal o no de la Administración. Ello es así por cuanto el examen judicial se orienta más desde la perspectiva de la omisión de la conducta que debiera haberse dado, que desde el examen de la normalidad del funcionamiento del servicio.

Se trata por tanto de una cuestión que va más allá del contenido de las obligaciones impuestas legal y reglamentariamente a la Administración por las normas reguladoras del servicio, pues, como en esta línea declara la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia (Sentencia de 21 de diciembre de 2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco, Sección Tercera), se trata de una “*valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que la Constitución Española impone a la actuación administrativa*”. En estos términos, además de corresponder a la Administración la carga de la prueba relativa a la posible

conurrencia de la culpa de la víctima o de la incidencia eficiente del hecho de un tercero (a que antes se apuntaba al hacer referencia a la valoración del atestado policial y del informe técnico), deberá la Administración acreditar, de resultar controvertidas, *“las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios de la vía, para reparar los efectos dañosos, y para prevenir su producción en caso de que se actualicen tales situaciones de riesgo”*.

En estos términos se está introduciendo un elemento distinto, que es el de valoración de la eficacia de la acción administrativa, y, respecto del caso concreto, de su eficiencia. Se observa, pues, que la definición de una regla probatoria opera de modo instrumental a la configuración técnico jurídica que se hace del supuesto. Por tanto, se está ante una propia valoración de la “deseabilidad” normativa de la actuación administrativa.

Esa tendencia viene facilitada por el lenguaje empleado cada vez más de modo habitual por las normas legales, al fijar objetivos de la actuación de los poderes públicos y proclamar derechos vinculados con aquella fijación finalista. En el mismo sentido, y probablemente como motor de ese tipo de producción normativa, se orienta la mayoría de normas europeas destinadas a ser incorporadas por los Estados (directivas). Las definiciones que contienen no solo tienen la función de facilitar una aplicación uniforme por los muy distintos ordenamientos de los Estados miembros, sino la de articular cuales sean los objetivos a cumplir por las normas de incorporación. Por esta razón además la Comisión Europea, al velar por el cumplimiento de los fines del Tratado y supervisar la actuación de los Estados miembros, suele cada vez más fijar orientaciones o criterios al hilo de los incumplimientos declarados judicialmente de los

Estados. El Derecho europeo configura derechos de los particulares precisamente en atención al grado de eficacia alcanzado por las normas nacionales en su deber de incorporación de las europeas, llegando a articular como tal derecho (europeo) el de la indemnización procedente por incumplimiento estatal de la norma europea.

Pues bien, la tendencia jurisprudencial al diseñar ese mecanismo probatorio presupone precisamente la construcción de una suerte de derecho del particular, usuario de la vía pública, a un nivel o estándar de eficacia en la realización de las tareas de conservación y mantenimiento de la misma por parte de los poderes públicos, la Administración de carreteras.

Desde la perspectiva de la regla usual de la carga probatoria, el empleo por la Administración como causa de no exigibilidad (de la reparación) del cumplimiento de los estándares del servicio fijados reglamentariamente, comporta la prueba de la existencia de los mismos y de su efectiva realización en el caso concreto, pero no lleva a establecer la carga de probar la razonabilidad de aquellos estándares ni su adecuabilidad al caso concreto en que se ha producido la lesión. La extensión del deber probatorio a este punto lleva implícita una construcción jurídica al modo de la expuesta.

Todo ello pone de relieve que tanto porque en un gran número de casos (por ser la cuantía inferior a la establecida para el acceso al recurso a un Tribunal Superior) no se alcanza una uniforme aplicación de la ley, cuanto porque la orientación de la actuación judicial al controlar la acción administrativa impone una carga probatoria adicional que se orienta a otros elementos no presentes en el diseño legal explícito de

la responsabilidad patrimonial del Estado, resulte conveniente la reflexión por parte del Gobierno acerca de dos cuestiones.

De un lado, resultaría necesario que se elaborase una instrucción acerca de la modulación que haya de imponerse a los distintos estándares de exigencia de la obligación de conservación de la vía, para su incorporación contractual a los supuestos en que se encomienda el servicio a un tercero y para su fijación a los casos en que se realiza directamente por la Demarcación de Carreteras. En la misma habría de ponderarse y exponerse con la justificación adecuada el grado de razonabilidad de dicha exigencia de estándares según el tipo de vía, la intensidad de circulación estimada de la misma, y la valoración de los medios disponibles a tal fin.

Y de otro lado convendría, respecto de esta materia concreta, la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento del servicio de conservación de carreteras, la elaboración de una norma reglamentaria (a insertar en el Reglamento General de Carreteras) en la que se defina adecuadamente el alcance, los grados y términos de la eficacia impuesta a esa obligación de conservación. La valoración económica que se haga de la misma ha de tener en cuenta del mismo modo la repercusión económica que tiene la configuración que se viene haciendo judicialmente de estos supuestos, tal y como se ha reflejado anteriormente. Soslayar la definición del alcance de la eficacia debida a la acción administrativa lleva a una valoración judicial de la omisión que pueda concurrir, y a un gasto público (en indemnizaciones) cuya estimación excede de la previsibilidad requerida para el mismo. Por el contrario, su fijación normativa, a más de acomodarse al principio constitucional que exige la eficacia de la acción administrativa, ayuda a una distribución más adecuada de las cargas públicas y la consiguiente solidaridad.

En la determinación de ese postulado de eficacia, además, puede darse una solución más equitativa respecto de los casos en que, como se expuso, por incidencia de otras normas más específicas (artículos 1905 y 1910 del Código Civil), se concede una indemnización en todo caso (desprendimiento de piedras del talud), o se deniega en la práctica totalidad (intrusión de animales en la vía pública). Además de que en estos supuestos las reglas civiles no llevan al resultado más satisfactorio en términos de solidaridad, ni el más adecuado en rigor jurídico, la definición del postulado de eficacia puede permitir modular las reglas específicas que se refieren a los mismos.

Basta con observar, en relación con los supuestos de desprendimiento del talud, que no en todos los casos se da igual actuación de los servicios de conservación. Hay vías públicas en que la orografía del terreno impide en la práctica una consolidación suficiente del talud, particularmente en las zonas montañosas de muchas partes del territorio español. De igual modo la súbita irrupción de animales en la vía pública puede resultar, y lo es, habitual, en determinadas zonas, no en otras. Y en ambos casos convendría distinguir el tipo de vía, pues el diseño de una autopista se hace de manera técnicamente más segura que el de una carretera, sin que esa variación se refleje en estos casos.

En ambos supuestos, además, no se puede en la actualidad realizar una diferenciación suficiente de la circunstancia de concurrir la producción del accidente con el desprendimiento de piedras o la irrupción de animales, respecto de la de tener lugar una vez ha sucedido esa caída o esa penetración, constituyendo en realidad tanto la piedra como el animal muertos obstáculos en la vía, que, sin embargo, no reciben el mismo tratamiento. La definición normativa del grado de eficacia exigido en la

conservación de la vía a la acción administrativa, puede, por el contrario, facilitar una regulación uniforme para estos supuestos.

La norma reglamentaria que se sugiere, dentro de la habilitación legal que impone el deber de conservación a la Administración responsable de la vía, habría por tanto de introducir un elemento final en la acción administrativa, el de alcanzar el resultado de mantener expedita la vía conforme a las prescripciones técnicas aplicables para cada una de ellas (según su tipología y uso circulatorio), que habrían de elaborarse contando con la justificación adecuada de la exigencia y razonabilidad de los medios empleados, y previendo la advertencia a los usuarios respecto de las limitaciones de medios disponibles por parte de la Administración de carreteras. Ello conduciría al entendimiento de un modo más apropiado del alcance y extensión del riesgo ordinario en el uso de las vías públicas.

De otro lado, habría de extender esa exigencia también a los supuestos que, como se ha indicado, tienen un tratamiento diferente por concurrencia de normas más específicas, lo que facilitaría que desde la perspectiva del deber de conservación recibieran un tratamiento igual. Las reglas civiles no valoran en modo alguno, ni por el momento de su creación podrían haberlo hecho, la concurrencia de un elemento jurídicamente tan relevante cual es la mediación de un poder público (la Administración de carreteras) al que se impone un deber singular, el de conservación de la vía pública. En vez, por tanto, de integrar el ordenamiento público con una traslación de esas reglas civiles, puede resultar más apropiado la previsión del alcance y grado en que el deber de conservación se extiende a los supuestos por ellas contemplados.

Téngase presente que en el momento actual ese tipo de regla es la que puede inferirse del conjunto de modelos contractuales utilizados por la Administración al encomendar a terceros el servicio de conservación de carreteras, bien de modo autónomo, bien en el conjunto de la concesión de obra pública que comprende la explotación de la vía. La elaboración de una norma reglamentaria de este tipo y la previsión conforme a la misma de una serie de instrucciones técnicas, que puedan ser actualizadas y adecuadas a los diversos momentos y circunstancias, puede resultar sumamente conveniente, en particular en situaciones en las que haya de escogerse la asignación de los escasos recursos disponibles a una serie de vías públicas en detrimento de otras, y teniendo presente que, normalmente, cuando no se lleva a cabo absolutamente ninguna tarea de conservación, la presencia de un obstáculo o deficiencia en la vía suele aparejar normalmente la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado.

Ello habría de ir unido a la previsión de un régimen de información y advertencia a los usuarios de cada vía acerca del tipo de conservación que se realiza sobre las mismas. Ello no solo permite una conducción más responsable en el uso de las vías públicas, sino que también facilita el tratamiento de los supuestos de responsabilidad patrimonial.

X. LA INDEMNIZACIÓN CONTRACTUAL POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO POR VARIACIÓN DEL PRECIO DE LOS MATERIALES

En diversas ocasiones, y cada vez con mayor frecuencia, se ha observado el planteamiento de un desequilibrio económico contractual, en la ejecución de obras (singularmente vías públicas) para la Administración por variación del precio de los materiales de construcción (asfaltos principalmente), lo que ha dado lugar a una doctrina del Consejo de Estado que difiere de la seguida por el Consejo de Obras Públicas y en algunas ocasiones, con apoyo jurisprudencial, por la Abogacía del Estado. Se observa que este tipo de reclamaciones se formaliza por las contratas una vez se ha procedido ya a la liquidación del contrato de obra en cuestión. En la práctica de la contratación pública había disminuido sensiblemente este tipo de casos, pues, habitualmente, las contratas compensaban el sobreprecio de materiales acaecido ocasionalmente en alguna obra por el beneficio mayor que obtenían de otras que les eran adjudicadas. Posiblemente la disminución generalizada de la contratación pública de obras en la situación actual ha motivado que las contratas procedan a efectuar este tipo de reclamaciones, de que se observa un número creciente, como lo ha habido durante el año 2011, con visos de seguir aumentando en el futuro.

En el régimen anterior a la vigente Ley de Contratos, en atención a la previsión contenida en el artículo 4.2 del Decreto ley 2/1964, de 4 de febrero, se consideraba indemnizable una variación extraordinaria del precio de productos bituminosos en el contrato de obras, siempre que supusiera un porcentaje superior al 2,5% del presupuesto contractual, tal y como se recoge en el dictamen del Consejo de Estado número 50.220, de 5 de noviembre de 1987. Se trasladaba el criterio legal del mínimo

sin cláusula de revisión de obras, por analogía, a los supuestos en que pudiera ser de aplicación la cláusula rebus sic stantibus, pues por encima de ese margen se entendía que era mecanismo suficiente para corregir cualquier suerte de desequilibrio contractual la aplicación de la revisión de precios.

La doctrina jurisprudencial llegó finalmente, tras una constante jurisprudencia desde 1951 a 2000 en sentido contrario, a mantener que la consideración de esa variación (e indemnización al contratista para cubrirla) era contraria al principio de riesgo y ventura que rige el contrato de obras, pronunciándose de modo contrario a toda indemnización (Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 18 y 25 de abril, 6 de mayo y 4 de junio de 2008, 16 de junio y 27 de octubre de 2009), manteniendo sin embargo la existencia de un ámbito de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus *“siempre que se produzca una variación en los precios extraordinaria, que sea a la vez imprevisible, que los sistemas establecidos para recoger esa variación (mecanismos de revisión de precios) se manifiesten como no representativos de la misma, y que no deba ser asumido por el contratista dentro del riesgo y ventura, por alterar de manera muy grave la economía del contrato”*. Esta salvedad se aplicaba de modo excepcional, y es la que ha llevado en determinados casos, a pronunciamientos judiciales actuales que se orientan de modo favorable a la indemnización cuando la cuantía de la variación excede del 7 al 10%, según los casos, del presupuesto de la obra.

La doctrina del Consejo de Obras Públicas, como recoge sintéticamente en su memoria de 2010, se ha venido orientando por el contrario a fijar un límite de variación porcentual en el conjunto del presupuesto de la obra a partir del cual procedería en todo caso la indemnización, criterio que mantiene por cuanto, de otro lado, estima obsoletas

e inadecuadas las fórmulas (números 40 a 48) para la revisión de precios, y en consecuencia entiende que la utilización de este mecanismo no permite atender variaciones de precios de mercado de estos productos (bituminosos) que inciden en muchas ocasiones notablemente en la economía contractual y la obra pública (carreteras). Vincula por tanto el supuesto al mecanismo de revisión de precios, y a la insuficiencia del mismo en el caso concreto respecto de los materiales en cuestión. El criterio que mantiene es asimismo el que viene siendo sustentado por las Demarcaciones de Carreteras del Estado y por el Ministerio de Fomento para tratar estas cuestiones, con apoyo en algunas ocasiones por parte de la Abogacía General del Estado.

La cuestión concretamente suscitada es la de si, en atención al régimen contractual que vincula a la Administración con la contrata, procede la indemnización cuando concurre una variación del precio de los materiales bituminosos que determina un impacto económico considerable en el presupuesto de la obra, tal que a juicio de la contrata habría una ruptura del equilibrio económico contractual, y que, objetivamente supusiera un porcentaje respecto del presupuesto inicial de la obra tal que impidiese no solo el logro del beneficio empresarial normal sino que llevase a la situación comercial de pérdidas de la contrata respecto de la obra en cuestión.

La doctrina del Consejo de Estado, a partir de 1988, se ha venido orientando en torno a la aplicación del principio de “*riesgo y ventura*”, considerando por tanto que la contrata asume el mayor beneficio cuanto la mayor pérdida de su actividad empresarial en la obra durante el plazo de ejecución de la misma, y que la Administración se limita, al respecto, a garantizar un “aleas” normal u ordinario en la variación del precio de los materiales de construcción en los términos de la aplicación de la cláusula y

mecanismos de revisión de precios cuando los mismos proceden. En el mantenimiento de esta doctrina subyace la circunstancia de la liberalización del precio de productos derivados del petróleo desde 1981, y la armonización europea relativa a los materiales de construcción desde el ingreso de España en la Unión Europea. Por tanto, en principio, se excluye toda indemnización al margen de la aplicación del mecanismo de revisión de precios, con la sola salvedad de que se “actualice un riesgo patológico y desmesurado de suerte que se quiebre enteramente el equilibrio contractual” (dictámenes 3.205/2003, de 20 de noviembre y 635/2005, de 5 de mayo).

Así pues solo cabría esa indemnización de darse realmente el supuesto de aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”. El principio de riesgo y ventura que rige la actuación económica de la contrata solo cedería, por tanto, ante una alteración sobrevenida de las circunstancias cuando ésta (dictámenes 953 y 954/2011) *“es de tal índole que comporta una quiebra radical del equilibrio económico financiero del contrato, por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante los mecanismos contractuales regulares (la revisión de precios cuando procede, entre otros) y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales”*. Se trata de una formulación que lleva la referida cláusula a un punto más preciso que el anteriormente considerado para su aplicabilidad a los contratos públicos, no poniendo el acento meramente en la índole del riesgo, sino también en el tipo de alteración que su actualización comporta.

Dicho pronunciamiento se hace ante la situación actual, en que se aprecia la tendencia a relativizar formalmente el rigor de la cláusula rebus sic stantibus, de suerte que en vez de un mecanismo excepcional en la vida del contrato se trataría de un elemento corrector ordinario en el mismo. En efecto, en la tendencia a que se alude,

la aplicación de aquella cláusula a estos supuestos se viene realizando ponderando dos elementos respecto de los cuales no tiene exacta aplicación ni cabida, cuales son, en primer lugar, el equilibrio económico financiero contractual, y, en segundo lugar, la conmutatividad de las prestaciones en el contrato público (cuya ruptura acaece caso de excesiva onerosidad, como expresión particular del principio de prohibición del enriquecimiento injusto).

La primera que lleva a considerar que en todo caso debe reequilibrarse económicamente el contrato, proviene de la abundancia de mecanismos de concesión de obra pública y del influjo del modelo concesional (de servicios). No es igual la realización de una obra (única prestación) que el desarrollo continuado y dilatado en el tiempo de un servicio público mediando la percepción de una tarifa, supuesto para el que se articuló la relación en torno al equilibrio económico contractual. La preservación del equilibrio económico financiero del contrato tiene pleno sentido ante relaciones de servicio que se prolongan en el tiempo, y respecto de prestaciones contractuales que son continuadas.

En el contrato de obra pública, sin embargo, no se está en esa situación, pero el recurso al modelo concesional, para facilitar su financiación, provoca la tendencia a trasladar al mismo elementos que solo son típicos de la concesión de servicios. El empleo del modelo concesional no debe, sin embargo, llevar a trasladar sin más los elementos de la típica concesión (de servicio público), ni tampoco a distorsionar la aplicación de la referida cláusula *rebus sic stantibus*. En la realización de la obra el equilibrio económico se fija en el momento de la licitación, al aceptar técnicamente la Administración pública (el poder adjudicador) la oferta que hace la contrata. El objeto del contrato de obra es precisamente la entrega de la misma una vez ejecutada por la

contrata, y es el valor de esa obra terminada el que se pondera en el momento de la licitación y queda fijado al adjudicarse la obra. A ese momento, pues, ha de referirse el equilibrio económico, partiendo además de la base de que la propia Administración Pública asigna un valor de referencia (el presupuesto de la obra que se somete a licitación) y que la adjudicación pondera adecuadamente el menor precio ofertado por las empresas licitantes. Para los casos de una duración más prolongada de la obra, se articula el mecanismo de revisión de precios, como puede ser igualmente cualquier otro. De hecho en el régimen de la Ley de Contratos de 1963 se examinaba en muchas ocasiones aquel instituto de la revisión de precios como un instrumento de actualización referido al valor final de la obra.

Es decir, la introducción como elemento de la relación contractual del principio del equilibrio económico financiero en el contrato de obra supone una separación absoluta del de riesgo y ventura, que es el que preside este tipo de contratos. Y ello, lógicamente, se traslada al supuesto de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

El segundo, la conmutatividad contractual, se orienta a valorar cada concreta prestación contractual en atención al beneficio económico derivado de la misma para el poder adjudicador. Se entiende así que una ruptura de la misma comportaría un enriquecimiento injusto de la Administración, al aprovechar a precio inferior al de mercado, materiales con los que se construye la obra que recibirá. Los mecanismos de revisión de precios no obedecen en realidad a este mecanismo, sino al de erigirse en un tope o límite al aleas normal contractual asumido por la contrata conforme al principio de riesgo y ventura. Tal era el sentido de la limitación del 2,5% para la aplicación de esa cláusula fijada en el año 1964, y también lo es en la actualidad la de fijación de un período mínimo sin posibilidad de establecer mecanismos revisores (un año). Sin

embargo, la consideración de sus contenidos (las fórmulas polinómicas para la determinación de la cuantía de la revisión), viene generando una tendencia orientada en torno a ese principio, y de la misma se sigue naturalmente la apelación al criterio de la excesiva onerosidad como mecanismo genérico de revisión contractual, que otros ordenamientos jurídicos (como el italiano) articulan precisamente en razón de la diferente construcción de las prestaciones contractuales.

La introducción de esta cualificación de conmutatividad respecto de las concretas prestaciones que se realizan por la contrata para la ejecución de la obra comporta una alteración esencial de la naturaleza del contrato de obra, asimilándolo al de suministro, de suerte que la aportación continuada de materiales se erige en el elemento esencial del contrato, y respecto de cada uno de ellos se examina la correlación precio-valor. Ello supone una desviación del modelo y tipo contractual definido legalmente, y lleva también a una aplicación heterodoxa de la cláusula *rebus sic stantibus*.

De esta suerte la cláusula *rebus sic stantibus* no opera como un elemento excepcional, corrector de la frustración radical del vínculo contractual por una alteración extraordinaria de las circunstancias, sino que se inserta en la variación por el juego de las reglas del mercado del precio de los materiales de obra. El recurso a esta figura tenía pleno sentido en una situación de fijación artificial, reglada conforme a criterios públicos de gastos, del precio de los productos derivados del petróleo, y ante una alteración extraordinaria del abastecimiento. Por eso se recurrió a la misma. Pero no puede operar igual cuando rigen plenamente las reglas de mercado. Ni tampoco es la solución la construcción jurídica de una nueva figura que, ciertamente, estaría muy alejada de aquella cláusula.

Finalmente debe tenerse igualmente a la vista que en materia contractual es cada vez más intenso el esfuerzo armonizador de la Unión Europea, y que ello viene llevando a la introducción en el Derecho español de principios y conceptos jurídicos que tienen un encaje a veces difícil con los tradicionales. El modelo europeo se centra principalmente en la adjudicación del contrato público, pero también alcanza a la regulación uniforme de su contenido en la medida en que variaciones relevantes en los distintos Estados miembros de la Unión pueden suponer una cortapisa u obstáculo a la libre circulación de servicios en esta materia. De ahí que la tendencia sea la de, paulatinamente, fijar principios comunes para la contratación pública, y que sea previsible que la cuestión aquí abordada sea en su momento tratada también por las normas europeas. Ello aconseja no adoptar en este momento una decisión acerca de si sería conveniente o no otro perfil contractual, para el contrato de obras, y mantener la vigencia de aquella cláusula.

Todo lo expuesto lleva a la conveniencia de fijar con mayor precisión el alcance de la aplicación de la referida cláusula en esta materia y supuesto, a la vista del sentido propio que tiene la misma, de los supuestos en que ha venido siendo aplicada y su finalidad respecto de los mismos, de la tendencia observada en la práctica, y de las necesidades a que puede subvenir como figura jurídica, ponderando también la progresiva construcción europea de esta relación contractual.

Como se ha expuesto, la doctrina del Consejo de Estado se ha orientado, actualmente, en la definición del supuesto fáctico de “alteración” que, sobrevenida, motiva la aplicación de dicha cláusula (concurriendo sus restantes requisitos), de suerte que la misma debe revestir una triple composición, por incidir tanto en el equilibrio no solo económico sino financiero contractual, por ser de imposible reparación mediante

la aplicación de los mecanismos contractuales establecidos, y por suponer una frustración absoluta de la representación contractual inicial (la hecha por la contrata que hace la oferta, y el proyecto estimado por la Administración para en torno al mismo articularla).

En primer lugar, pues, ha de atenderse al alcance económico que suponga dicha alteración, no bastando que afecte al beneficio empresarial usual; en la doctrina del Consejo de Obras Públicas se observa cómo suele ponderarse el beneficio usual medio, incluso por sector y tipo de obra y por dimensión empresarial, para establecer un porcentaje mínimo de variación que sería admisible (en perjuicio de la contrata) del presupuesto de la obra. En el momento actual debe considerarse una finalidad económica en esta contratación por parte de los poderes públicos, la de, con la misma, en tanto que supone un gasto público, financiar (para el erario público) el coste de la obra (el valor del producto terminado que es utilizado como infraestructura por el Estado). Ello ha llevado a la introducción, antes indicada, de elementos del modelo concesional de servicios, y conduce también a considerar la presencia de ese interés público de financiación en el diseño y planificación temporal de la obra. Así, la alteración habría de considerarse con una entidad tal que supusiera la quiebra absoluta de ese interés de financiación, y no solo por su incidencia en el beneficio empresarial.

En segundo lugar, los mecanismos contractuales correctores del aleas normal del contrato tienen su propia finalidad y alcance. La perspectiva adecuada para examinar su suficiencia o no es la del valor final de la obra, y la medida en que respecto del mismo pueda llegarse al resultado de una desproporción tan absoluta que se llegara a un enriquecimiento injustificado por parte de la Administración pública que se hace dueña de la obra terminada. Por ello, la alteración que pueda dar lugar a la aplicación

de esta cláusula ha de atender asimismo a esa posible insuficiencia a la vista de dicho resultado posible.

Por último, y en cuanto elemento corrector de una variación extraordinaria, y dado que en el ordenamiento español no existe un elemento adecuado para los supuestos de representaciones contractuales (en el momento de su perfección) que supongan un error fáctico esencial, ha de suponer una alteración que comporte un error trascendente en cuanto al proyecto de la obra y su presupuesto elaborado por la propia Administración. En el esquema jurídico contractual público la Administración pública prepara, en el expediente contractual, un diseño de la obra, acabado y justificado económicamente. Como tal es susceptible de errores y los que se refieren a la conformación geológica del terreno, o a la fórmula constructiva escogida tienen su vía natural de solución a través de la modificación del contrato. Para el supuesto de la cláusula *rebus sic stantibus* ha de venir referida la alteración, del modo expuesto, a la representación reflejada en el proyecto del coste estimado de ejecución de la obra.

Con el perfil expresado, se mantendría en puridad el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus* de modo acorde a la naturaleza de este instituto. Ahora bien, ante las tendencias observadas, y dada la concurrencia de los elementos expresados, podría resultar adecuado introducir un elemento normativo que diera mayor certeza jurídica en este punto, lo que podría hacerse introduciendo una norma reglamentaria que definiera los límites del equilibrio contractual general, dentro del principio de riesgo y ventura, y los términos para su aplicación en el caso concreto.

A este respecto debe tenerse en cuenta ante todo que el mercado de materiales de obra es, con sus particularidades, un libre mercado plena y perfectamente conocido por

las empresas que se dedican a la contratación pública y que han acreditado, para su clasificación una probada experiencia en el sector. La contrata, precisamente, a la vista del proyecto y de la estimación de presupuesto que hace el poder adjudicador, presenta su oferta valorando su conocimiento de ese mercado, la accesibilidad de los materiales y su distancia a la obra, y en definitiva el coste estimado para la empresa. Conoce, por tanto, tanto la valoración estimada que hace la Administración en el proyecto cuanto la oscilación de precios, no solo general sino local (en función de la distancia a la obra), de aquellos productos. Por tanto, una variación de los mismos, aun cuando resulte notable y de cuantía considerable, debe quedar dentro del aleas asumido voluntaria y legalmente por la contrata.

En segundo lugar, en el contrato de obra la Administración no adquiere por sí los materiales, sino que contrata el servicio, la ejecución de dicha obra. El precio que abona el poder adjudicador se corresponde con un servicio, una prestación de hacer, realizada por la contrata, cuyo resultado es una obra que es entregada. No se trata del suministro de materiales a cargo y riesgo de la Administración para con los mismos ejecutar la obra. De introducirse otro elemento resultaría que se distorsionaría gravemente la transparencia en la adjudicación, contraviniéndose la regla esencial del Derecho europeo en la contratación de obras. Si el adjudicatario puede aspirar a una indemnización por la variación de materiales, siendo conocedor de dicho mercado, puede realizar una oferta más desajustada que otros competidores en la confianza de verse resarcido por este mecanismo posteriormente. La volatilidad del precio futuro impide por tanto, si ha de considerarse de esta suerte, fijar una referencia común para el conjunto de los licitadores, y comportaría una grave quiebra del principio esencial de libre competencia al adjudicarse la obra. Por tanto, cualquier consideración de esa variación ha de realizarse de una manera suficientemente objetiva.

En tercer lugar, igualmente ha de tenerse en consideración que la variación extraordinaria del precio de materiales que es la fuente de estas situaciones afecta de modo distinto a las contrataciones según el tamaño y dimensión empresarial de las mismas. Es lo que lleva al Consejo de Obras Públicas a ponderar, en sus criterios, la organización y gestión empresarial y el uso de los medios de que dispone la contrata. Ciertamente los casos en que se den fluctuaciones considerables de precios de estos materiales pueden llevar a una ordenación “natural” del mercado de la construcción de obra pública reduciendo en exceso el número de actores o limitando el acceso al mismo por parte de posibles competidores de menor dimensión empresarial. Se trata, en este punto, de una consideración que está más alejada de la propia relación contractual, y que entra más adecuadamente en el ámbito de la política de obra pública.

Finalmente, y en estos supuestos, ha de ponderarse cual sea la conducta que desarrolla la contrata al producirse esa variación. Los casos examinados por el Consejo de Estado muestran que únicamente formaliza su queja, pretendiendo una indemnización, al concluir el contrato y liquidarse el mismo, sin que en los momentos anteriores, ni cuando hace acopio de materiales, haga queja ni protesta alguna. Si efectivamente una variación tan notable determinase la imposibilidad de cumplimiento del contrato, se estaría en la fase de cumplimiento, ante una situación diferente.

Ello tiene mayor relevancia por cuanto las oscilaciones del precio de materiales en estos casos se presentan por períodos acotados de tiempo. Técnica y jurídicamente es muy diferente dilucidar si procede una indemnización por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, o si es procedente una suspensión temporal de la obra precisamente por esa alteración excesiva del precio de los materiales. De igual modo que la Administración pública procede en diversas ocasiones a demorar la finalización de una

obra por razones presupuestarias, para una distribución más adecuada o exigible del gasto público, puede examinarse el supuesto de una dilación en el plazo de ejecución de la obra cuando concurre una de estas circunstancias extraordinarias de variación notable del precio de materiales de construcción.

Además de lo anterior, en principio, no se trata de una materia que pueda resolverse con una invocación del principio de prohibición de enriquecimiento injusto por parte de la Administración. En efecto la obligación contratada es la de prestar un servicio mediante la realización de la obra, construyéndose el contrato sobre el modelo civil del arrendamiento de obra. El resultado de ese servicio, de esa obligación de hacer, es la obra ejecutada. Ciertamente ésta tiene un valor, pero la posibilidad de enriquecimiento injusto por parte de la Administración vendría dada en el caso de que el proyecto fuera tan alejado de la realidad que el trabajo efectivamente realizado hubiera supuesto el empleo de materiales no previstos ni contemplados o el empleo de medios y disposición de tareas adicionales a las contratadas. No se trata, pues, de la mera variación en el precio de materiales de construcción.

Ahora bien, no se llega a igual conclusión de atenderse al escenario temporal de la obra. Si concurriendo estas circunstancias extraordinarias resulta que la disposición de la obra por parte de la Administración en dos momentos temporales distintos, el inicialmente previsto y aquel que resultaría tras suspenderse el contrato por esa variación, comporta un empobrecimiento para la contrata que puede confrontarse al beneficio que para la Administración supone anticipar, respecto del período de esa suspensión, el beneficio de disponer de la obra ejecutada, puede darse el supuesto que llevara a la aplicación, según los casos, del principio de prohibición de enriquecimiento injusto.

Pero en estos casos, en general la introducción de este elemento, la consideración de un posible enriquecimiento injusto, distorsiona gravemente la entidad y naturaleza del vínculo contractual en torno al cual está diseñado legalmente el contrato de obra. No se trata, en modo alguno, de valorar el resultado, la obra producida, en el momento de su recepción, y de determinar a la vista de ese valor si ha concurrido o no ese correlativo empobrecimiento o enriquecimiento. La liquidación del contrato de obra tiene como referente el presupuesto de la obra y no el valor final de la misma como elemento autónomo. Hacerlo así llevaría a una distorsión grave del mecanismo de adjudicación, además de insertar en la relación jurídica de que se trata elementos que son propios de otras, cual es la accesión.

El principio de prohibición de enriquecimiento injusto tiene su pleno sentido en aquellas relaciones en las que se impone una correlación de valor del resultado y media entre las partes un necesario equilibrio económico. Cuando se está ante el arrendamiento de obra, que es la figura a que responde el contrato de obra pública, no tiene en principio cabida, a salvo situaciones excepcionales, y al margen de ese vínculo contractual (como acontece en los casos de realización de trabajos adicionales no contemplados en el proyecto inicial por razones precisamente de servicio o para la mejor ejecución de la obra, al incidir circunstancias excepcionales).

No ha de llevar a confusión el recurso, por exigencias de financiación, al modelo de concesión de obra pública, pues éste se articula de suerte que el resultado de la obra, una vez ejecutada, y por tanto con un valor autónomo, es puesto en explotación, correspondiendo la gestión de la misma, y su aprovechamiento, al concesionario. Este elemento de la concesión es el que resarce adecuadamente de la posible diferencia de valoración. Articularlo de otro modo requiere de una decisión legislativa referida al

modelo concesional, que en el momento actual no sería prudente dada la uniformidad de tipos contractuales impuesta por la Unión Europea.

En todo caso lo cierto es que en la situación actual se observa la concurrencia de diversas tendencias que llevan a una utilización desviada de su finalidad jurídica de la cláusula *rebus sic stantibus*, de manera, pues, contraria al principio de certeza jurídica. Así, la previsión de situaciones en que a la vista de esta circunstancia de hecho pueda llegarse a soluciones que son realmente contrarias a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, aconseja la introducción de una previsión normativa en la cual:

1.º Se refuerce el principio de riesgo y ventura, ponderando el equilibrio económico contractual en los contratos de obra en la fase de aprobación de la licitación, y disponiendo un mecanismo adecuado de resolución sumaria y rápida dentro del plazo señalado para la presentación de ofertas.

2.º Se pondere en su caso la formulación de modo más técnico y adecuado de los instrumentos para la aplicación del mecanismo de revisión de precios, encomendando a un organismo técnico, cual es el Consejo de Obras Públicas, actualizaciones periódicas.

3.º Se prevea la aplicación del mecanismo de suspensión contractual a supuestos de esta índole cuando revistan características tan notables que puedan llegar a suponer un posible enriquecimiento injusto por parte de la Administración por la diferencia tan excesiva en el valor de los materiales empleados.

Todo ello siempre viene orientado a mantener la correcta aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y el recurso a la misma en el seno de la relación

contractual. Cuestión distinta es la conveniencia de atender a la situación contractual de obra en la actualidad, que puede llevar a la conveniencia de establecer mecanismos distintos, atendiendo a la mayor presencia de la financiación pública (y de dicho interés general) en estos contratos, y al valor final de la obra, que, como bien público, no se ajusta únicamente al valor material y económico de la construcción realizada sino que tiene en consideración su utilidad general y el uso por parte de la colectividad de la infraestructura realizada. Sin necesidad de una reflexión de mayor calado, que sería aconsejable, puede recurrirse a estos efectos a mecanismos de actualización del valor de la obra terminada.

A este respecto puede tenerse presente que la política monetaria del Estado, que cada vez más lo es europea común, constituye un elemento esencial en la variación de valor de las cosas, y que en la contratación pública, de otro lado, se persigue un menor coste público en el logro del cual cobra trascendencia la configuración de un acceso igual al mercado de obras por parte de los participantes. No cabe, por tanto, una actualización de valor que pueda desvirtuar esa transparencia económica en la licitación de la obra, ni tampoco una que sea ajena a la intervención pública en la vida monetaria. Por ello una actualización de este tipo, en el momento actual podría serlo en referencia al valor constante de la moneda.

Debe observarse que, tal y como viene reiteradamente destacando el Consejo de Obras Públicas, el mecanismo corrector, a tal fin, que es el de revisión de precios, acusa serias deficiencias, y es ciertamente insuficiente y poco adecuado dada la paulatina construcción europea de un mercado único de materiales de obra. De otro lado y finalmente, la introducción de un elemento de este tipo, que puede hacerse por

vía reglamentaria, evitaría el recurso a aquella cláusula excepcional para solventar problemas ordinarios de la relación contractual de obra pública.

Ciertamente las instituciones jurídicas deben aplicarse en función de la realidad social, siendo tal el criterio sentado por el artículo 3.1 del Código Civil, y el adecuado, pero no debe hacerse de suerte que se desfigure enteramente el contorno de la institución en cuestión, desvirtuándola y creando en realidad una distinta y alejada por tanto de la vigente, generándola al margen del procedimiento de producción normativa. Se trata de la aplicación de la Ley, no de su creación. Por ello cuando se aprecia la concurrencia de ciertas insuficiencias, ha de reflexionarse acerca de la prudencia de elaborar una norma adecuada, que no solo permita atender mejor las situaciones que se producen sino que preserve también las instituciones jurídicas existentes para su propia finalidad.

XI. SOBRE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA RELATIVA AL RÉGIMEN FERROVIARIO EUROPEO

En materia ferroviaria son diversas las consultas que se vienen dando anualmente. En las realizadas durante el año 2011 se ha advertido de la pendencia de la nueva norma europea en esta materia, que previsiblemente quedará concluida a lo largo del año 2012. El objetivo de la regulación europea es el de crear un espacio ferroviario europeo capaz de competir eficazmente con otros medios de transporte.

Sin embargo, desde el comienzo de la regulación comunitaria (europea), mediante la Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 20 de julio de 1991, ha habido muchas resistencias por parte de los Estados miembros a la puesta en práctica de este conjunto regulatorio, lo que llevó a la Comisión Europea a iniciar procedimientos de infracción en junio de 2008 contra 24 Estados miembros, y a interponer en junio de 2010 ante el Tribunal de Justicia recurso de incumplimiento contra 13 Estados miembros. Ello es debido en parte, como reconoce la propia Comisión, a la ambigüedad en muchos puntos del arsenal legislativo ferroviario europeo, y a la existencia de importantes diferencias de interpretación entre los Estados miembros, además de la importancia que tienen las inversiones precisas para el efectivo desarrollo de esa regulación ferroviaria, las serias dificultades para obtener la participación privada en las mismas, y el dilatado período temporal de retorno de la inversión.

La regulación europea se inicia, como se ha dicho, con la Directiva 91/440/CEE, abordando la gestión de la infraestructura ferroviaria y el servicio internacional de transportes de viajeros y mercancías y ha sido objeto de complejas revisiones,

desarrollos y adaptaciones en cuatro bloques sucesivos, en los años 1995, 2001, 2004 y a partir de 2007. Su incorporación al Derecho español, tras incorporaciones puntuales de ciertas normas a nivel reglamentario, se llevó a cabo en lo sustancial por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, ambas sucesiva y posteriormente modificadas a raíz de las variaciones de las normas europeas.

Se trata del régimen de libre prestación de servicios en el transporte ferroviario, y la finalidad de la legislación que lo incorpora es la del establecimiento de una regulación pública respecto a las infraestructuras ferroviarias (su gestión y su adjudicación, así como su conexión para el establecimiento de futuras redes europeas o interoperabilidad, y su seguridad), y de las empresas ferroviarias.

Aplicada al sector del transporte queda ajena al ámbito dispuesto por la Directiva de Servicios (artículo 2.2.d) de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, incorporada al ordenamiento español por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre), aunque se haya introducido ese régimen liberalizador para ciertos servicios, adicionales, complementarios y auxiliares, en el sector ferroviario (artículo 14 de la Ley 25/2009 de 22 de diciembre), sobre cuya materia se pronunció el Consejo de Estado en el dictamen 2.177/2009.

Dentro de este sector normativo europeo se pueden diferenciar actualmente cuatro grandes bloques. En primer lugar, se trata del régimen de gestión de infraestructuras y las empresas ferroviarias, que ha sido objeto de la primera Directiva 91/440/CEE, modificada sucesivamente por las Directivas 2001/12/CE, 2004/51/CE, 2006/103/CE y 2007/58/CE. Dentro del mismo fue objeto de una atención específica el

modelo de adjudicación de la capacidad de la infraestructura ferroviaria, en la Directiva 2001/14/CE, modificada posteriormente por las Directivas 2004/49/CE, 2007/58/CE, y, por separado, la regulación relativa a la concesión de licencias a las empresas ferroviarias a partir de la Directiva 95/18/CE, modificada por la Directiva 2001/13/CE, y luego en parte por la Directiva 2004/49/CE.

En el ámbito de este subsector se desarrolla asimismo el régimen del personal técnico ferroviario (maquinistas), a través de la Directiva 2007/59/CE (incorporada por Orden FOM/2520/2010, de 27 de julio, de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado 1.830/2010), desarrollada por el Reglamento (UE) 26/2010 de la Comisión, de 3 de diciembre de 2009 sobre los modelos comunitarios de las licencias de conducción de trenes. En cuanto al tráfico de mercancías se adopta el Reglamento (UE) 913/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, sobre una red ferroviaria europea para un transporte de mercancías competitivo para garantizar la conexión del corredor europeo de mercancías con el sistema de gestión del tráfico ferroviario europeo (ERTMS) y la red transeuropea de transporte (RTE-T), atendiendo principalmente al régimen de las inversiones precisas a tal fin.

En segundo lugar, y a partir del régimen general, se creó el subsector de interoperabilidad ferroviaria, para asegurar un óptimo en la explotación de trenes en servicio comercial, asegurando la coherencia entre las características de los vehículos y la infraestructura, así como la interconexión eficaz de los sistemas de comunicación e información entre los administradores de infraestructuras y las empresas ferroviarias. Se inicia con la Directiva 96/48/CE (incorporada por el Real Decreto 1191/2000, de 23 de junio), modificada por la Directiva 2001/16/CE (que se incorpora mediante el Real Decreto 354/2006, de 29 de marzo), la Directiva 2004/50/CE, y cuyo texto consolidado

se aprueba por la Directiva 2008/57/CE (incorporada por el Real Decreto 1434/2010, de 5 de noviembre, de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado 2129/2010, de 5 de octubre), desarrollada en parte a su vez por la Directiva de la Comisión 2011/18/UE (en cuanto a su anexo) Dentro de este subsector figura asimismo la aplicación al transporte ferroviario de alta velocidad (Directiva 2004/50/CE, incorporada por el Real Decreto 355/2006, de 29 de marzo), y la creación de la Agencia Ferroviaria Europea por el Reglamento (CE) 881/2004, de 29 de abril.

En tercer lugar, se ha desarrollado un sector autónomo, a partir de 2004, en el ámbito de la seguridad ferroviaria, tras la Directiva 2004/49/CE (incorporada por el Reglamento de seguridad ferroviaria aprobado por Real Decreto 810/2007, de 22 de junio), modificada por la Directiva 2008/110/CE respecto de las entidades de mantenimiento (incorporada por el Real Decreto 918/2010 que modifica el anterior), y desarrollada de manera relevante en cuanto al certificado de seguridad por el Reglamento de la Comisión 1598/2010, de 9 de diciembre. Se trata de la regulación, gestión y supervisión de la seguridad ferroviaria, de la que se considera responsables a los distintos actores presentes en el sector: administradores de infraestructuras, fabricantes, empresas de mantenimiento, responsables de los vagones, y prestadores de servicios complementarios o auxiliares, así como las entidades de aprovisionamiento.

Se trata de un bloque normativo que tiene una gran fuerza expansiva, al extenderse a otros servicios al socaire de la exigencia de seguridad, tal y como sucede respecto del transporte aéreo, que ha sido ya objeto de un análisis propio en la Memoria de 2010. Se impone así una autorización de seguridad para el administrador de infraestructuras, un certificado de seguridad para la empresa ferroviaria, y un régimen de autorización para la puesta en servicio del material rodante, así como la

supervisión constante de su mantenimiento. Asimismo se diseña un sistema de normas técnicas de seguridad, dividido en subsistemas de seguridad que se encajan en el modelo general de interoperabilidad mediante especificaciones técnicas de interoperabilidad (ETI). Estas son elaboradas por la Agencia Ferroviaria Europea conforme al mandato recibido de la Comisión Europea (Decisión de 9 de febrero de 2006), habiéndose adoptado así por la Comisión Europea (decisión de 26 de abril de 2011) la ETI del subsistema de infraestructuras del sistema ferroviario transeuropeo convencional, o (Decisión de 15 de septiembre de 2011), la relativa al registro de la infraestructura ferroviaria.

En cuarto lugar, se viene desarrollando el modelo regulatorio del régimen de los servicios internacionales de transportes ferroviarios, en primer lugar de pasajeros. Estos servicios son objeto del Reglamento (CE) 1370/2007, de 23 de octubre, relativo al transporte de viajeros tanto por carretera como por ferrocarril, y por la Directiva 2007/58/CE, de igual fecha (que supone la adecuación del anterior para la apertura del mercado ferroviario en este punto), siendo objeto en el Derecho español de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías. Este subsector normativo es utilizado a modo de regulación específica transversal por la Unión Europea para mejorar la competencia en el sector y optimizar la utilización de la red ferroviaria, siendo objeto de sucesivas regulaciones más pormenorizadas, cual la contenida en el Reglamento (UE) 913/2010, de 22 de septiembre, sobre una red ferroviaria europeas para un transporte de mercancías competitivo.

A este conjunto se aplica la nueva regulación proyectada europea, que parte de la Resolución de 27 de junio de 2010 del Parlamento Europeo, acerca de la aplicación de ese primer paquete ferroviario, en punto, específicamente, a tres cuestiones, la

independencia del administrador de infraestructuras, la consolidación de los organismos reguladores, y el modelo de financiación y tarifas para el acceso a la red de infraestructuras.

Se trata de la propuesta de Directiva –adoptada ya como Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, al momento de aprobarse la presente Memoria-, que no es solo una refundición (para solventar las serias dificultades habidas por la práctica totalidad de los Estados miembros en su incorporación), sino también incluye determinadas y relevantes innovaciones, en punto a la introducción de requisitos de independencia jurídica organizativa y de gestión respecto de las infraestructuras y servicios de transporte, la prohibición de encomendar a los proveedores de servicios el cobro de los cánones de acceso a las infraestructuras, la introducción de un principio de utilización o pérdida para evitar la saturación de dichas infraestructuras, la obligación de los Estados miembros de establecer un plan de desarrollo de las infraestructuras a largo plazo, la modulación de los cánones de acceso a las mismas conforme a criterios ecológicos y de interoperabilidad, y una mayor independencia y facultades para los organismos reguladores.

En síntesis y conforme al acuerdo de los Ministros de Transporte de la Unión, que perfila aquella resolución del Parlamento Europeo, y da el impulso requerido a la propuesta de Directiva (junio de 2011) se trata de mejorar la competencia en el transporte ferroviario, reforzar la competencia del supervisor regulatorio, y facilitar el marco de financiación (con reglas más precisas sobre las cargas de acceso ponderando su comportamiento ecológico, dentro de planes estatales a largo plazo), y todo ello para resolver el problema observado del bajo uso del transporte ferroviario, tanto de

pasajeros cuanto de mercancías, y de las dificultades para hacer efectivas las reglas de la competencia en este sector que constituye un monopolio natural (como pone de relieve el Consejo Económico y Social Europeo, y recoge el considerando 40 de la Directiva 2001/14/CE) facilitando al efecto la tarea de los organismos reguladores.

Para ello adopta la propuesta de Directiva dos medidas relevantes al respecto. En primer lugar, se establece la diferencia entre la prestación de servicios de transporte y la explotación de instalaciones de servicio, imponiéndose el tratamiento jurídico separado de cada una y el que corra su gestión a cargo de empresas diferentes; ello impone la aparición de otro tipo de actores en el sector ferroviario, con el fin de mejorar el grado de libre competencia. En segundo lugar, se altera el criterio de imposición de tarifas, de suerte que las mismas puedan atender a los costes externos de manera equilibrada y coherente con otros modos de transporte; con esta medida se pretende fomentar tanto la participación privada en este tipo de inversiones, cuanto facilitar en mayor medida la utilización de este modo de transporte, que viene descendiendo respecto de los demás.

En los términos de la propuesta de Directiva se contienen algunas innovaciones, además de su labor de elaborar un texto consolidado resolviendo ciertas cuestiones técnicas suscitadas por la redacción anterior, cuya valoración de conjunto puede resultar útil. Asimismo se confieren poderes delegados a la Comisión para su desarrollo, en vista precisamente de las dificultades que se han venido suscitando en esta materia. Tales innovaciones son en lo sustancial las siguientes:

En primer lugar, se impone a los Estados miembros, respecto de las empresas públicas ferroviarias un régimen jurídico equivalente al de las sociedades mercantiles,

sin exceder de ese grado sus derechos de control, ni comportar intervención en las decisiones comerciales de la dirección, y del mismo modo se refuerza la separación entre el administrador de infraestructuras y las empresas ferroviarias (artículos 5.4 y 7.3). Del mismo modo se impone al Estado la elaboración quinquenal de una estrategia de desarrollo de las infraestructuras ferroviarias, y a su administrador el programa de acción conforme a la misma (artículo 8) imponiéndose un control contable y financiero más intenso (artículo 30) y se habilita la aplicación general del régimen de ayudas estatales en este sector (artículo 9.1). En cuanto a los cánones por utilización de las infraestructuras se impone el principio de coste más un beneficio razonable, y la valoración del impacto ambiental (ruido, contaminación atmosférica), estableciéndose nuevos principios de tarificación (artículos 31, 32 y 35 a 37).

Se extrema el control de los fondos públicos de suerte que no será posible traspasarlos de una partida contable a otra distinta, controlándose, pues, su afectación al destino concreto (artículo 6.4).

Se incluye entre el derecho de acceso el de la vía férrea a los puertos (artículo 10.1),

Se introduce un nuevo régimen de instalaciones de servicio, cuidando de evitarse las situaciones de posición dominante en la regulación de acceso a las mismas (artículo 11). A ellas se extenderá la declaración sobre la red (artículo 27) del administrador de infraestructuras, declaración que comprenderá también las normas y marco de tarificación (artículo 29).

Se interviene en el régimen del transporte ferroviario transfronterizo sentando sus principios generales (artículo 14).

Se altera sustancialmente el régimen de operación de una empresa ferroviaria en un Estado miembro, pues el sistema de libertad se autoriza el control de la misma (más del 50% efectivo) esté en manos de ciudadanos europeos o Estados miembros (artículo 17.1), a salvo acuerdos específicos con terceros Estados.

Se impone el régimen de seguro de responsabilidad civil sin posibilidad de utilizar medios equivalentes, respecto de la carga, correo o daños a terceros (artículo 22).

Finalmente se obliga a los Estados miembros a la creación de un organismo regulador nacional ferroviario, que puede también, cumpliendo sus requisitos, abarcar otros sectores del transporte, y que en todo caso ostentará competencias sobre la competencia en el sector (artículos 55 y 56).

Ante esta situación es conveniente realizar diversas reflexiones, en punto a las propias dificultades que la complejidad normativa europea suscita para su adaptación y efectividad, y al difícil encaje que ello acrecienta en el ordenamiento nacional. Por otro lado, la previsión de estos próximos cambios normativos europeos ha de ilustrar de modo adecuado la práctica que se viene llevando a cabo por el sector ferroviario español.

Como se ha indicado en esta materia, la propia Comisión Europea, y las instituciones europeas (como el Consejo Económico y Social Europeo) advierten que

las propias dificultades de las normas europeas llevan en muchos casos a la dificultad de incorporación por parte de los Estados. Además, se trata de un sector económicamente infradesarrollado en la perspectiva europea, y que, actualmente, puede resultar más deseable tanto desde la perspectiva económica cuanto por el menor impacto medioambiental que este tipo de transporte comporta (y consiguiente ahorro energético), a la vez que la importante cuantía de las inversiones a realizar requiere de una mayor presencia pública al no facilitar la índole de las infraestructuras ferroviarias la rentabilidad que los privados desean obtener a corto y medio plazo.

El conjunto de dificultades que afronta esta nueva regulación proyectada es sintéticamente expuesto por el Consejo Económico y Social Europeo al destacar que esa propuesta no atiende de modo suficiente a la mejora de las exigencias de interoperabilidad (cuando esa regulación técnica es realmente la que facilita la conexión a nivel europeo), ni pone el acento en la gestión de la circulación ferroviaria que suele priorizar la de pasajeros frente a la de mercancías, advirtiendo la lejanía actual del logro de unas condiciones de competencia equitativas del transporte por ferrocarril respecto de los otros medios, llamando la atención sobre desequilibrios existentes (como el que resulta de centrar el tráfico de mercancías por ferrocarril especialmente en los quince corredores internacionales existentes en la Unión, sin diseñar una propia red europea). Y se pone el énfasis en la circunstancia de que el mercado ferroviario presenta numerosos elementos que no entran propiamente en el Derecho de la competencia, tanto como el que esta consideración es solo instrumental al logro de los fines de los Tratados y no un fin en sí misma.

De un lado pues, la complejidad y dificultad de las normas europeas proviene del difícil encaje entre los distintos subsectores normativos que se han venido

desarrollando, concretamente entre el de seguridad e interoperabilidad, como se ha podido observar por el Consejo de Estado en algunas ocasiones. Baste con recordar al efecto que la Directiva 2008/110/CE (considerando 2) pretendía modificar la Directiva de seguridad 2004/49/CE al introducir un artículo 14 bis sobre las entidades de mantenimiento, llevando el régimen de su artículo 14 a la Directiva sobre interoperabilidad (texto consolidado contenido en la Directiva 2008/57/CE), lo que sin embargo no hace (artículo 1.8). En el mismo subsector, se observa cómo la propia regulación de desarrollo de la Comisión Europea (Reglamento 1108/2010, y Directiva también de la Comisión 2011/18/UE) sobre la certificación nacional de entidades de mantenimiento ferroviarias queda a reservas de los acuerdos adoptados conforme al memorando de entendimiento de los Estados miembros de 24 de mayo de 2009 sobre dichas certificaciones, coexistiendo dos sistemas diferentes, uno mediante acreditación por la autoridad nacional de seguridad, otro mediante el recurso a una entidad nacional de acreditación que lleva añadida la exigencia de un seguro de responsabilidad civil.

A ello también se une la dificultad terminológica, igualmente puesta de relieve por la propia Comisión Europea, cual es el caso, en la Directiva 2008/110/CE y respecto de los vagones ferroviarios del término “poseedor” (versión castellana), que se hace equivalente al de “keeper” (versión inglesa), o “détenteur” (versión francesa). En la terminología inglesa, “keeper” es expresión más adecuada a su lengua al connotar el sentido de “responsable” del vehículo, de quien se haga cargo del mismo en todos los ámbitos, sea o no su titular. En la lengua francesa, la expresión “détenteur” se emplea con el significado jurídico del Code respecto de la posesión del vehículo, que incluye asimismo la económica del operador del mismo. En la española, sin embargo, “poseedor” no tiene igual alcance, al diferir el régimen de la posesión del Código Civil respecto del francés. Como antes se apuntaba puede resultar conveniente en estas

situaciones indagar acerca de la finalidad de la norma que en este supuesto es la de referirse a quien opera jurídicamente el vehículo ferroviario, y utilizar sea un término sea una expresión comprensiva de la misma, como aquí sería la de quien lo explota económicamente.

Ello pone de relieve que en numerosas ocasiones los conceptos jurídicos nacionales no son útiles en relación con la recta y eficaz aplicación de las normas europeas. El Consejo de Estado ha apreciado esta situación en diversas ocasiones, y ha sugerido ante ese problema alguna solución. En tanto por parte de las normas europeas no se utilicen, en su versión española, que debe especialmente cuidarse al efecto, conceptos o expresiones que encajen con el ordenamiento nacional más adecuadamente, se hace precisa una tarea adicional que excede de la mera traducción. Sería útil al respecto establecer algún mecanismo de cooperación entre los distintos Departamentos, al que puede igualmente auxiliar el Consejo de Estado, para alcanzar un cierto grado de uniformidad en el planteamiento de esas cuestiones y en su tratamiento.

En este punto debe destacarse que la propia insuficiencia en términos de certeza jurídica de las normas europeas no es fácilmente soluble con arreglo a las normas del Derecho español. De un lado, la interpretación de aquéllas compete ante todo a la Comisión Europea al adoptar medidas de desarrollo y al supervisar su efectividad. De otro lado, la integración precisa entre dichas normas requiere acudir a principios jurídicos que resulten aplicables a todos los Estados miembros y en esa medida son ajenos a los nacionales. Así resulta que la posición del Estado es la de encontrarse ante un margen amplio de apreciación respecto de la finalidad perseguida por la norma europea, que puede llevar a cabo con libertad. Una posibilidad al respecto es de la

instrumentar en el procedimiento de elaboración normativa interno un mecanismo ágil de comunicación con la Comisión Europea por parte del Departamento al que corresponde la iniciativa de la norma. Ello además surte cierta eficacia jurídica en estos extremos, en que, como se ha aludido, la práctica totalidad de los Estados miembros se encuentra en situación de posible incumplimiento de las normas europeas.

De otro lado, se aprecia igualmente cierta insuficiencia, para la flexibilidad requerida por parte de las autoridades nacionales, en la normativa existente, contenida en la Ley del Sector Ferroviario, en la cual figuran habilitaciones para el desarrollo reglamentario tanto al Ministro (de Fomento, artículo 81.1 de la Ley) cuanto al “Ministerio” (en numerosos preceptos, como el artículo 58), lo que significa la posibilidad de desarrollo normativo por su órgano gestor (la Dirección General de Infraestructuras Ferroviarias), que habrá de concurrir con el legalmente contemplado organismo regulador ferroviario (no solo en materia de seguridad) conforme a la disposición adicional 4.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que dispondrá asimismo de competencias normativas y de ordenación. Es decir, en punto a la ordenación regulatoria ferroviaria se va a generar una situación con normas reglamentarias procedentes del Gobierno de la Nación, del Ministro de Fomento, del órgano gestor del Departamento, y del organismo regulador, sin que el criterio expresado en la Ley sea actualmente suficientemente nítido para diferenciar cada uno de los distintos casos. Convendría tenerlo presente en el momento de elaborar el instrumento legal preciso para la creación de ese organismo regulador.

Y a todo ello ha de añadirse que se trata de un sector que en sí mismo presenta particularidades suficientes para ser tratado de modo diverso al resto de los modos de transporte. Muestra de ello es la propia previsión incluida en la propuesta de la

Directiva de que el organismo regulador nacional que crea e impone, si bien pueda extenderse a los demás medios de transporte, teniendo dentro de sus facultades la de velar por la competencia, haya de mantener respecto del sector ferroviario el perfil específico diseñado por la norma europea proyectada.

Lo expuesto permite sugerir la conveniencia de articular un mecanismo más eficaz para el seguimiento de la elaboración de las normas europeas, así como de mejorar el tratamiento que se viene haciendo en la traducción de las mismas, velando porque no se desvirtúen sustancialmente los conceptos jurídicos propios del ordenamiento nacional, así como de instrumentar la tarea de producción normativa teniendo a la vista no solo la mera y simple existencia formal de las normas europeas sino también su realidad normativa y de conflicto en el seno de la Unión Europea, y las labores que se realizan para su modificación y progreso. En la práctica administrativa actual, cada Departamento, respecto de las materias de su competencia vela por preservar los conceptos y términos usuales para las mismas, pero no se dispone de una visión de conjunto suficiente.

En esa tarea, el Consejo de Estado, entre cuyas competencias se encuentran numerosas relativas a la tarea de incorporación y aplicación del Derecho europeo, puede desempeñar un papel eficaz. La construcción europea se viene realizando en gran medida a través de la creación de principios jurídicos, propios y particulares, diversos de los nacionales al confluir sistemas jurídicos bien diferenciados. Una gran medida de la misma es, pues, labor de juristas.

XII. SOBRE LA TÉCNICA NORMATIVA

En el desempeño de su función consultiva durante el año 2011 el Consejo de Estado ha examinado 297 expedientes sobre proyectos de disposiciones normativas de diferente rango, prestando especial atención al procedimiento de elaboración del proyecto, a su correcta incorporación en el ordenamiento jurídico, al rigor en su formulación y a la técnica normativa utilizada a fin de que las normas que resulten finalmente aprobadas sean lo más claras y perfectas posible. Si bien en otras Memorias anteriores el Consejo de Estado ha formulado ya diversas observaciones y sugerencias sobre esta materia (1990, 1992, 1993, 1997, 2002, 2003, 2008, 2009 y 2010) parece conveniente poner especial y renovada atención en algunas de las cuestiones suscitadas durante este año.

Es preciso destacar que la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (cuyo anteproyecto fue objeto del dictamen del Pleno del Consejo de Estado 215/2010, de 18 de marzo) ha dedicado el Capítulo I de su Título I a la mejora de la calidad de la regulación, que se inicia con el artículo 4 que contiene los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones públicas, prescribiendo para su ámbito de aplicación, que en el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia, debiendo quedar suficientemente justificada en la iniciativa legislativa la adecuación a dichos principios que en sus apartados 2 a 8 desarrolla. Finaliza dicho artículo 4 indicando que, en todo caso, los poderes públicos procurarán el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos,

posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación y sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general. El resto de preceptos que integran el mencionado Capítulo regulan los instrumentos de las Administraciones públicas para la mejora de la regulación (artículo 5), la adaptación de la regulación vigente a los principios de sostenibilidad y buena regulación (artículo 6) y la transparencia y seguimiento de la mejora regulatoria (artículo 7). El dictamen destacó el alcance general y vigencia y pleno sentido que tales principios han de tener en cualquier actuación administrativa.

1. Procedimiento de elaboración de las normas

Al ponderar los aspectos de técnica normativa son frecuentes las observaciones relativas a la tramitación de los expedientes que se remiten. El Consejo de Estado considera que las disposiciones de carácter general han de elaborarse con el debido rigor, cualquiera que sea su rango, pues no se trata simplemente de dar cumplimiento de forma rutinaria a unos requisitos formales que integran el procedimiento de elaboración de las normas sino que éste constituye una auténtica garantía para la legalidad, el acierto y oportunidad (artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, relativo al procedimiento de elaboración de los reglamentos) de la disposición de que se trate. En sus dictámenes sobre anteproyectos de Ley y proyectos de disposiciones reglamentarias el Consejo de Estado viene observando que en unos casos faltan algunos informes que se consideran convenientes o imprescindibles (en cuyo caso se devuelve el expediente para que sea completado), en otros el trámite de audiencia es incompleto o las Memorias (justificativa y económica) son insuficientes. Se advierte también que en ocasiones el procedimiento de elaboración de la disposición

lleva a la formulación de numerosos borradores en los que se van incorporando sucesivas modificaciones, que a veces no son meros retoques sino que suponen importantes cambios de criterio o modificaciones sustanciales y trascendentes que pueden perturbar el normal desarrollo del procedimiento y el natural logro de sus objetivos.

1.1. Memorias insuficientes o imprecisas

El Consejo de Estado observa en no pocos expedientes que las memorias concebidas para justificar la necesidad y oportunidad del proyecto normativo no son lo suficientemente expresivas de su finalidad, contenido y alcance. A veces no figura en la memoria una valoración de otras posibles opciones normativas o no se explica siquiera la adecuación de los medios empleados para alcanzar los fines propuestos. En otras ocasiones no se pondera adecuadamente el impacto de la norma proyectada en el ordenamiento jurídico y la oportunidad del momento elegido para dictarla. En cuanto a la estimación de los costes, las memorias económicas tampoco son lo detalladas y completas que sería deseable a fin de conocer con certeza si realmente las nuevas medidas van a poder ser aplicadas. Por ello el Consejo de Estado insiste en la necesidad de contar con memorias económicas suficientemente fundadas y desarrolladas a fin de que pueda valorarse el impacto económico global de la aplicación de la nueva disposición; en algunos dictámenes se expresa que la valoración económica adecuada de los posibles costes ha de tener lugar, en todo caso, antes de elevar el proyecto de disposición a su aprobación por el Consejo de Ministros.

Ha de recordarse, además, que el Tribunal Supremo viene exigiendo cada vez con mayor rigor el cumplimiento de los trámites exigidos por el artículo 24 de la Ley

50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Por lo que atañe a las memorias, la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006, ha llegado a anular las disposiciones adicional única y final primera del Real Decreto 2397/2004, de 30 de diciembre, por considerar que el cumplimiento del artículo 24.1.a) de la Ley del Gobierno había sido meramente formal, sin que se lograra la finalidad querida por el legislador de que, en efecto, haga patente la necesidad y oportunidad del reglamento como garantía del acierto en la decisión, y se valoren los costes económicos que serán consecuencia de la ejecución de la medida (es una sentencia que cuenta con varios votos particulares que estiman que tales preceptos anulados no incurren en la infracción que les atribuye la sentencia y que la disposición adicional única impugnada que impone a Barcelona el traslado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no es una norma sino un acto singular). Más recientemente las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011 y de 18 de junio de 2012 aprecian la concurrencia del vicio de nulidad de ciertas órdenes por incumplimiento de las exigencias de la memoria y de la explicación del impacto presupuestario. La primera de ellas recoge la doctrina contenida en anteriores sentencias (13 de noviembre de 2000, 29 de abril de 2009, entre otras) y tras señalar que tiene razón la administración autonómica recurrente cuando pone de relieve que el Consejo de Estado (en su Memoria de 1999 y en distintos dictámenes) considera rechazables cualesquiera automatismos inmotivados que no informen de los efectos de una nueva norma sobre el gasto público, al tratarse no sólo de una conducta contraria al ordenamiento jurídico sino de una actuación que puede llegar a generar consecuencias económicas negativas, afirma que, a tenor del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno “resulta esencial determinar el impacto económico global de la aplicación de una disposición general cualesquiera fuere el ámbito concernido, máxime cuando disposiciones de inferior rango muestran los apartados que debe comprender por lo que

no se evidencia, a priori, dificultad alguna en su cumplimentación. Son rechazables los razonamientos estereotipados en una actuación que puede generar consecuencias económicas negativas”. La memoria económica, añade, debe tener en cuenta todas las repercusiones económicas que para el sector público pudieran seguirse de la disposición que se pretendiera aprobar.

En efecto, la relevancia de las memorias en el procedimiento fue ya objeto de examen en su momento por el Consejo de Estado con ocasión de la emisión del dictamen 419/2009, de 16 de abril, recaído en el proyecto de Real Decreto por el que regulaba la memoria del análisis de impacto normativo (que sería el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio) y en la Memoria de 2009.

El tiempo transcurrido desde la implantación del nuevo sistema de memoria de los proyectos normativos ha permitido al Consejo sentar algunos criterios en esta materia crucial tanto desde el punto de vista jurídico como económico. Estos criterios no pueden desconocer el papel que las memorias tienen a la hora de dictar normas, pues se configuran como instrumento fundamental para asegurar la corrección y calidad de éstas.

Como ya se dijo en la Memoria de 2009, las normas constituyen instrumentos básicos para el desarrollo de las políticas públicas. Por ello, resulta primordial que las normas tengan unos determinados niveles de calidad, tanto en su elaboración como en su aplicación y cumplimiento. En tal sentido se ha desarrollado un amplio *corpus* doctrinal en torno a los problemas de la efectividad y la eficiencia de las normas, alrededor de la llamada "mejora de la regulación". Tiende ésta a garantizar la participación de los ciudadanos y, en especial, de los interesados en los procesos de elaboración normativa, a asegurar que la legislación sea clara, comprensible,

proporcional a los objetivos perseguidos y ejecutable (*factibilidad*) y, en fin, a comprobar que las normas generan los beneficios prometidos con ocasión de su aprobación y no se constituyen en una rémora, bien para la libertad de los ciudadanos, bien para la actividad económica (*practicabilidad*).

Las finalidades señaladas tanto por la OCDE como por la Unión Europea en relación con la llamada "mejora de la regulación" son coincidentes en exigir una redacción clara y precisa de las normas; en la necesidad de identificar en su proceso de elaboración los factores que facilitarán una ejecución adecuada; en establecer claramente los objetivos que se propone alcanzar; en contar con los recursos materiales suficientes para su aplicación y en la posibilidad de ser cumplida con los menores costes y distorsiones posibles. Para asegurar la consecución de tales fines, se preconiza la introducción y aplicación de diversas técnicas como son: la consulta de las partes interesadas, la recogida y uso de información técnica, la simplificación normativa, la cuantificación del coste económico de la regulación que se va a introducir, el diseño de alternativas normativas a la proyectada y, en fin, la evaluación del impacto de la norma. El cumplimiento de todas estas labores debe tener adecuado reflejo en las memorias. Y es que éstas constituyen el instrumento adecuado para llevar a cabo los cuestionarios de evaluación a que deben someterse los proyectos de normas conforme a lo recomendado en el Acuerdo del Consejo de la OCDE de 9 de marzo de 1995, por el que se aprobó el documento "*Mise à point et utilisation des listes des critères à prendre en compte pour l'élaboration des réglementations OCDE/GD (93), 181*". Así, en las memorias se debe dejar constancia de la ponderación de la concurrencia de ciertos principios que, expresados en forma de preguntas, pueden y deben guiar la redacción de las normas: ¿está definido correctamente el problema?, ¿está justificada la intervención del Estado?, ¿constituye la regulación la mejor forma de intervención pública?, ¿tiene la

regulación un fundamento jurídico?, ¿cuál o cuáles son los niveles administrativos apropiados para esta acción?, ¿son suficientes los beneficios para compensar los costes?, ¿es una norma clara, coherente, comprensible y accesible a los usuarios? y ¿han tenido posibilidad de expresar sus opiniones las personas afectadas?

De acuerdo con lo expresado, las memorias no pueden ser meros informes sobre la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, sin ir más allá, ni meros documentos redactados a posteriori, a la vista del texto normativo cerrado y que ofrecen una justificación de lo hecho. Antes al contrario, deben ser reflejo de los estudios de evaluación de las políticas públicas, esto es, de los estudios encaminados a ponderar y valorar los efectos de la política que se va a poner en práctica conforme a criterios definidos de manera previa y estricta. Deben adecuarse a los criterios generales de evaluación de dichas políticas públicas, a saber: el de pertinencia, que compara los objetivos de la política y la enjundia del problema a resolver; el de eficacia, que compara los efectos de la política y los objetivos perseguidos; el de eficiencia, que analiza los medios económicos invertidos o a invertir y los efectos de la política y, en fin, el de economía, que analiza su coste. Así lo ha puesto de manifiesto el Consejo en diversos dictámenes emitidos en 2011.

Así el Consejo de Estado ha considerado en el dictamen 740/2011, de 28 de abril, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula la celebración de contratos de puesta a disposición por las Administraciones Públicas con empresas de trabajo temporal, que la memoria del análisis de impacto normativo si bien es completa en su consideración de los diferentes posibles impactos de la norma, también es inconcreta en su evaluación, en particular la relativa al impacto económico pues, sin realizar estimación alguna, se limita a afirmar que, aun siendo obvio que cada contrato de

puesta a disposición que finalmente realice una Administración Pública va a tener un impacto presupuestario, ello no supondrá, necesariamente, un incremento de las partidas globales de gasto. Igualmente, el dictamen 1.532/2011, de 6 de octubre, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio de hogar familiar, subraya que la valoración del impacto económico no ha sido efectuada con la precisión que sería deseable en una disposición normativa de indudable repercusión, dado su contenido, para los empleadores.

También se advierte falta de fundamentación y desarrollo en la memoria en el dictamen 1.567/2011, de 6 de octubre, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se establecen los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución que deben satisfacer los productores de energía eléctrica, que estima que la memoria no contiene un análisis suficiente de algunas de las medidas previstas en el proyecto, limitándose a exponer su contenido. Añade que más allá de las consideraciones que se contienen en la memoria sobre el impacto normativo, habría debido realizarse un análisis económico riguroso acerca del impacto económico real de la medida. En parecido sentido el dictamen 1.646/2011, de 27 de octubre, relativo al proyecto de Orden de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, destaca que la memoria se limita en gran medida a reproducir el preámbulo; especialmente al referirse a la oportunidad de la propuesta y a su impacto económico y presupuestario y al abordar el examen del contenido de la norma proyectada, lo hace con un carácter meramente descriptivo y apenas dedica una página a esta finalidad.

En otras ocasiones el Consejo de Estado estima que, antes de la elevación del proyecto al Consejo de Ministros para su aprobación, debe realizarse el necesario estudio económico y su incidencia presupuestaria de las medidas contenidas en él, sin

duda para evitar ulteriores dificultades o, incluso, la imposibilidad misma de llevar a cabo la aplicación de la nueva disposición. Así, el dictamen 1.243/2011, de 21 de julio, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo, propugna que, con carácter previo a la elevación del proyecto al Consejo de Ministros, se atienda la observación que realizó el Ministerio de Economía y Hacienda (que apreció la necesidad de cálculos económicos que verifiquen si lo proyectado tiene encaje en los presupuestos del Ministerio de Educación para el ejercicio 2012-2013 en el marco de lo establecido en el Plan de Austeridad y el cálculo que las medidas tendrán sobre el presupuesto de las Comunidades Autónomas) y se lleve a cabo la determinación de tales cálculos económicos que justifiquen que el proyecto tiene encaje en los presupuestos del Ministerio de Educación para el ejercicio 2012-2013 y del impacto que las medidas tienen sobre el presupuesto de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, se valore el impacto presupuestario que tendrá la implantación del nuevo sistema tanto a nivel estatal como autonómico.

1.2. Falta de informes

En ciertas ocasiones se omiten informes que hubiera sido conveniente incorporar al expediente, aunque no se trate de informes preceptivos, que obviamente deben formar parte de él so pena de nulidad (*a. e.*, el de la Secretaría General Técnica según el artículo 24.2 de la Ley del Gobierno). Ya la Memoria de 2002 llamaba la atención sobre la necesidad de que los estudios de carácter sociológico y económico deben estar presentes en los informes previos y en las memorias para ilustración del legislador, en su caso, o de los titulares de la potestad reglamentaria, debiendo prestarse mayor

atención al cumplimiento sustancial y no meramente formal o rutinario del procedimiento de elaboración de las disposiciones.

El Consejo de Estado al examinar el anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, en el dictamen 805/2011, de 16 de junio, llama la atención sobre la conveniencia de haber sido recabado el informe del Consejo Económico y Social pues es claro que este específico anteproyecto incide en materia socioeconómica (régimen del sector financiero) pudiendo entenderse la norma proyectada como una “de especial trascendencia en la regulación de dicha materia”, aun cuando este último requisito haya de dejarse a la consideración del Gobierno (cf. artículo séptimo, apartado 1.1 a), de la Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social). También el dictamen 1.541/2011, de 13 de octubre, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se determinan los funcionarios y autoridades competentes para realizar la legalización única o “Apostilla” prevista por el Convenio XII de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 5 de octubre de 1961, tanto en soporte papel como electrónico, considera que hubiera sido deseable haber sometido el proyecto al examen de otros órganos como la Comisión Ministerial de Administración Electrónica del Ministerio de Justicia, una de cuyas funciones es asesorar a los órganos y organismos autónomos del Departamento que lo soliciten en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones, o a otros órganos colegiados responsables en materia de Administración electrónica de acuerdo con el Real Decreto 589/2005, de 20 de mayo, o al propio Ministerio de Política Territorial y Administración Pública en lo relativo a las cuestiones de administración electrónica y de desarrollo de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, teniendo en cuenta la importante novedad que introduce el proyecto al dar

entrada a la “Apostilla” emitida en soporte electrónico. Asimismo, en el dictamen 1.650/2011, de 27 de octubre, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, el Consejo de Estado entiende que hubiera sido deseable que se recabara el informe del Consejo del Trabajo Autónomo, aun cuando se entendiera que en relación con el proyecto es facultativo, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, en la medida en que el proyecto completa el régimen de protección social de los trabajadores autónomos y, por consiguiente, complementa su Estatuto.

Otras veces el expediente sobre el proyecto de disposición ha sido devuelto para ser completado con determinados antecedentes que el Consejo de Estado considera necesarios para la correcta evacuación de la consulta, sin que cuando es remitido de nuevo se haya dado el adecuado cumplimiento a dicha solicitud de antecedentes. El dictamen 991/2011/1.250/2011, de 21 de julio, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Suelo, observa que no se ha incorporado al expediente el informe del Ministerio de Economía y Hacienda solicitado por el Consejo de Estado en trámite de devolución por antecedentes, sin que las razones esgrimidas para ello puedan considerarse suficientes, ya que la corrección de determinadas fórmulas de valoración utilizadas en la norma proyectada ha sido puesta en cuestión durante la tramitación del expediente, lo que hacía conveniente que el Ministerio de Economía y Hacienda se pronunciase de manera expresa sobre el particular.

1.3. Audiencia incompleta

En ocasiones se echa en falta el haber oído en el expediente de manera suficiente a los interesados o a las organizaciones y asociaciones que los representan, lo que viene a impedir la posibilidad de ponderar consecuencias no suficientemente previstas de la regulación proyectada o una mejor adecuación de la misma a la realidad económica y social sobre la que incide. La necesidad de dar adecuado cumplimiento al trámite de audiencia ha sido subrayada ya en anteriores Memorias (1992, 1993, 1999, 2002 y 2008). La Memoria de 1999 afirma que la audiencia a los afectados permite ponderar los posibles contraefectos, inconvenientes o inadaptaciones de la regulación proyectada con una función profiláctica o preventiva en el proceso de producción normativa.

El Consejo de Estado valora ponderadamente la trascendencia de la falta de audiencia en cada caso y si ha podido ser suplida de alguna manera en la tramitación del expediente, de modo que su ausencia no vulnere su carácter preceptivo, ya que, como viene declarando en reiteradas sentencias el Tribunal Supremo el trámite de audiencia tiene como finalidad “contribuir al acierto y legalidad del texto que se aprueba, propiciando que se tengan en cuenta todos los puntos de vista desde el que la cuestión objeto de regulación puede ser analizada y enriqueciendo dicha disposición mediante las observaciones de los sectores, personas o entidades consultadas” (Sentencias de 8 de mayo de 2009, de 31 de enero de 2012 y de 6 de junio de 2012, entre otras). Así, el dictamen 396/2011, de 24 de marzo, relativo al proyecto de Real Decreto sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital, estima que hubiera sido deseable que se hubiera sometido el proyecto al Consejo de Consumidores y Usuarios, dado que el artículo 45 de la Ley General de

Telecomunicaciones, al referirse a la posibilidad de que por el Ministerio se lleve a cabo la revisión de los títulos habilitantes, se establece que se deberá oír al citado órgano. No obstante, debe tenerse en cuenta que la participación de este sector -los representantes de los consumidores y usuarios- se ha producido a través del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, entre cuyos vocales se encuentran diversos representantes de sus asociaciones.

También en el ejercicio de su labor consultiva el Consejo de Estado ha llamado la atención acerca de la omisión del trámite de audiencia respecto de asociaciones voluntarias de naturaleza privada. Debe recordarse, a tal efecto, que el Tribunal Supremo ha señalado en muchas ocasiones (*a. e.* Sentencias de 31 de enero y de 6 de junio de 2012) que la audiencia es preceptiva para asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata de asociaciones voluntarias de naturaleza privada que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan “por Ley” la representación a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Gobierno. En este sentido, el dictamen 2.409/2010, de 13 de enero de 2011, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se regula la ordenación zootécnica y sanitaria de las explotaciones equinas y se establece el plan sanitario equino, echa de menos en la elaboración del proyecto que, tratándose de una norma de desarrollo de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, no se haya consultado a ninguna entidad constituida con la finalidad de proteger a los équidos. Dice el dictamen que, “como ha señalado el Consejo de Estado repetidamente (véase por todos el dictamen 2.545/2004, de 14 de octubre), aunque en el proyecto se ha dado audiencia a una multiplicidad de organizaciones y asociaciones, lo cierto es que no se ha dado audiencia a aquellas que representan los intereses que la norma pretende al menos en parte regular, cual es el bienestar de los équidos en las explotaciones, por lo

que no se ha interpretado correctamente el artículo 24 de la Ley 50/1997, en relación con el artículo 105 de la Constitución, ya que la audiencia no puede limitarse a la de los sectores regulados sino que debe alcanzar también a las asociaciones y organizaciones privadas constituidas precisamente en defensa de intereses generales que la norma pretende alcanzar, máxime cuando desde la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 28 de junio de 2001 (en el asunto VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland) estas organizaciones gozan de un estatuto especial”.

En ocasiones se echa en falta la valoración motivada de las alegaciones formuladas por los órganos preinformantes y los diversos comparecientes durante el trámite de audiencia. Así el dictamen 54/2011, de 17 de marzo, sobre el anteproyecto de Ley de Cantabria de Montes, recuerda que ya la Memoria del Consejo de Estado de 1993, expresó que “la audiencia de los ciudadanos prevista en la Constitución, no puede convertirse en un rito democrático vacío”. La finalidad última de la audiencia es la de mejorar la calidad de la norma, no solo desde el punto de vista técnico sino con el propósito primordial de asegurar su adecuación a la realidad económica y social que trata de configurar. Todo ello “requiere prestar atención a las alegaciones con mentalidad receptiva y se traduce, a veces, en la obligación de explicar los motivos por los que determinadas propuestas no han sido tenidas en cuenta”.

1.4. La consulta a las Comunidades Autónomas

En el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, el artículo 24 de la Ley del Gobierno prevé en apartado 3 que será necesario informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria

podría afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No contiene ninguna previsión específica acerca del trámite de audiencia a las Comunidades Autónomas. Como se sabe el artículo 18.º uno de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, sí prevé la audiencia (en general, en todo tipo de asuntos) de las Comunidades Autónomas en cuanto interesadas, disponiendo que “la audiencia se concederá, en todo caso, cuando en la consulta esté directamente interesada, y así lo manifieste, una Comunidad Autónoma”. Subrayaba la Memoria de 2008 que, si se prescinde de leyes singulares del Estado cuyo contenido incluye la obligación de conceder audiencia a las Comunidades Autónomas en la elaboración de sus normas de desarrollo, no existe ninguna ley de carácter general que imponga la obligatoriedad de consulta a la Administración General en iniciativas de las Comunidades Autónomas, o a éstas cuando quien legisla es el Estado. Consideraba razonable defender la necesaria consulta cuando la consumación del proceso normativo requiere la participación del Estado y de las Comunidades Autónomas para su pleno desarrollo y constataba que es práctica usual aunque no preceptiva que las Administraciones del Estado conceda audiencia a las Comunidades Autónomas cuando elabora disposiciones de carácter básico.

Durante 2011 el Consejo de Estado ha llamado la atención acerca de la conveniencia de dar audiencia a las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta el contenido de la disposición proyectada y en supuestos en que se ejercitaba una competencia estatal exclusiva. La falta de participación de las Comunidades Autónomas en la tramitación del proyecto se advierte en el dictamen 1.505/2011, de 27 de octubre, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación

con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar. Consideró el Consejo de Estado que, al menos en el marco del principio de colaboración que ha de presidir las relaciones entre las Administraciones públicas, las Comunidades Autónomas podrían –deberían- haber sido informadas del proceso de elaboración de la norma proyectada en el seno de la correspondiente Conferencia Sectorial, aunque la acción protectora en el caso examinado se integra dentro del sistema de la Seguridad Social y el título competencial en que se amparaba el proyecto fuera el artículo 149.1.17.^a de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de régimen económico de la Seguridad Social.

El dictamen 1.541/2011, de 13 de octubre, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se determinan los funcionarios y autoridades competentes para realizar la legalización única o “Apostilla” prevista por el Convenio XII de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 5 de octubre de 1961, tanto en soporte papel como electrónico, también llamó la atención sobre la conveniencia de haber sometido la norma proyectada a consulta de las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta que una de las razones que justifican la nueva regulación a la vista del preámbulo es que la estructura territorial del Estado, tras la Constitución de 1978, no hacía mención a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales ni, en consecuencia, a los documentos expedidos por las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración de las Comunidades Autónomas y sus Organismos Públicos ni a los expedidos por las autoridades y funcionarios de la Administración Local y sus Organismos Públicos.

Un caso especial fue analizado en el dictamen 991/2011/250/2011, de 21 de julio, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se trataba de aprobar el Reglamento de la Ley del Suelo, ya que la omisión de la audiencia no afectaba a Comunidades Autónomas sino a las Ciudades de Ceuta y Melilla que, como se sabe, no son Comunidades Autónomas como ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 240/2006, de 20 de julio, que reconoce que no se integran en la organización provincial del Estado y son entes municipales dotados de un régimen de autonomía singular, reforzado respecto del régimen general de los demás municipios, que viene regulado por las previsiones específicas contempladas para ambas ciudades en sus respectivos estatutos de autonomía en cuanto a su estructura organizativa, sistema de competencias, régimen jurídico, mecanismos de cooperación con la Administración del Estado y régimen económico y financiero, especialmente. El dictamen, sin duda atendiendo a esta especial naturaleza de entes municipales, observó que no se ha concedido audiencia a las Ciudades de Ceuta y Melilla tal como el Consejo advirtió (al devolver el expediente para ser completado), siendo así que el trámite venía requerido por el hecho de que las Ciudades de Ceuta y Melilla, aun careciendo de competencias legislativas, en general como en materia urbanística, resultan afectadas por la nueva normativa, lo que, unido a la autonomía constitucionalmente reconocida a ambas ciudades, hacía pertinente que fuesen oídas o tuvieran la oportunidad singularizada de serlo.

1.5. Las modificaciones introducidas en sucesivos borradores

La falta de coincidencia entre el texto informado o sometido a audiencia y el que finalmente será objeto de aprobación puede producir discordancias y hasta carencias importantes. Cuando el texto informado o sometido a audiencia difiere del que

finalmente es sometido a dictamen del Consejo de Estado, puede resentirse la valoración de los trámites relativos a informes preceptivos o a las audiencias concedidas, ya que cabe que parte del proyecto no haya podido ser valorada por aquéllos. Lo mismo ocurre cuando la configuración final del proyecto es distinta de la inicial. La incorporación de variaciones de calado también puede repercutir en el contenido de las Memorias que se elaboran junto con el borrador inicial ya que, si no son actualizadas, quizá no reflejen fielmente el contenido del proyecto consultado e, incluso queden ayunos de motivación los cambios introducidos.

Determinadas disfunciones se pueden llegar a producir no sólo por la incorporación de sucesivas disposiciones al texto proyectado sino también por lo contrario, por ser éste despojado a lo largo de su tramitación de la mayor parte de su contenido inicial. Así, el Pleno del Consejo de Estado en el dictamen 654/2011, de 26 de mayo, relativo al anteproyecto de Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, tras señalar que el texto que inicialmente se denominaba Anteproyecto de Ley de la Calidad Agroalimentaria con casi medio centenar de preceptos y un planteamiento modificador ambicioso (sistemas de protección de calidad vinculados a orígenes geográficos, nueva regulación de los Consejos Reguladores, control de localidad agroalimentaria, etc.) destaca que ha quedado reducido básicamente a uno de sus seis capítulos (el correspondiente al código de buenas prácticas comerciales) y a algunas –no todas- de las disposiciones finales. Subraya que la audiencia a los sectores y a los entes públicos ha sido concedida mayoritariamente sobre el texto original, el cual apenas se ha conservado en una cuarta parte del finalmente remitido a consulta. Añade el dictamen que “nada impide a la Administración consultante reorientar el procedimiento de elaboración normativa para ajustar el texto final a las observaciones hechas por los interesados y

Administraciones”. Tal es el sentido último de la tramitación cumplimentada. Pero un cambio de rumbo normativo como el descrito debe ser objeto, cuando menos, de una importante llamada de atención por parte del Consejo de Estado puesto que no se enjuicia con igual intensidad y profundidad por los intervinientes en la consulta un texto –el primero- que supone una modificación de mucho calado en la ordenación de la calidad agroalimentaria (uno de los ejes centrales de la acción administrativa actual en materia agrícola, ganadera y alimentaria) al que acompañan otros contenidos colaterales (por muy relevantes que puedan ser), que otro texto –el segundo- donde solo permanecen los contenidos colaterales del primero y se ha extraído el punto central sobre el que vertieron sus observaciones docenas de intervinientes públicos y privados. Continúa el dictamen afirmando que, por ello, quizá habría sido conveniente reiterar el trámite de audiencia sobre el nuevo texto, pues poco tiene que ver con el que inicialmente se remitió en consulta. Así, cuestiones como el código de buenas prácticas, las organizaciones interprofesionales o los contratos tipo agroalimentarios dejan de ser acompañantes de una regulación central –la de la calidad agroalimentaria, que motivaba incluso el propio título del anteproyecto original- y se convierten sobrevenidamente en puntos centrales de una regulación legal que cambia incluso su propia denominación –pasando exclusivamente a ocuparse del funcionamiento económico de la cadena alimentaria-. Añade el dictamen que más del 80% de las alegaciones de todos los intervinientes giraron lógicamente sobre una regulación central que ha venido a desaparecer por completo. Y, en algunos casos, apenas hay reflexión o pronunciamiento sobre los extremos colaterales a los que ha quedado reducido el anteproyecto (muy probablemente porque el foco de atención era otro muy diferente). Es verdad, añade el dictamen, que nada obsta desde la perspectiva de la legalidad a esa reducción del contenido conjunto de la futura ley, entre otras cosas porque esa reducción puede deberse precisamente a la complejidad o la falta de

consenso necesario para acometer una regulación más amplia, o a una valoración de conjunto de las alegaciones recibidas en fase de consulta. Aun así, el procedimiento de iniciativa legislativa debe estar presidido por unas reglas de proporcionalidad y fiabilidad que impidan o desaconsejen culminar un trámite de audiencia sin que éste haya sido verificado efectivamente sobre el eje de la regulación cuya aprobación se pretende. Hacer desaparecer el núcleo de la acción normativa y remitir en consulta última un texto que guarda un lejano parecido con el originario no parece corresponderse con propiedad con la auténtica realización y el fundamento mismo del trámite de audiencia en el seno del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales.

La pluralidad de sucesivos textos del proyecto normativo puede dar lugar a que el trámite de audiencia realizado con uno de los primeros borradores no cumpla suficientemente su verdadero sentido al no haber versado sobre parte del contenido del texto final. El dictamen 2.051/2010, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, aprecia una heterogeneidad de criterios a la hora de recabar el parecer de las organizaciones representativas (Consejo General de la Abogacía Española y Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España) ya que, solicitado el de ambas en relación con la primera versión del proyecto, el Consejo General de la Abogacía Española tuvo ocasión de pronunciarse, de nuevo, en relación con su segunda versión, mientras que no consta que se ofreciera tal oportunidad al Consejo General de los Procuradores de los Tribunales de España (en los antecedentes del dictamen constan seis versiones del proyecto). Destaca el dictamen que el tiempo transcurrido entre la primera versión del proyecto y sus ulteriores formulaciones hacía aconsejable conceder una nueva oportunidad de informe

a las organizaciones representativas de los profesionales a los que se refiere el régimen de acceso objeto del proyecto. Añade que parte de las carencias queda subsanada por el hecho de que tanto el Consejo General de la Abogacía Española como el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España han podido expresar sus puntos de vista ante el Consejo de Estado, pero recuerda que la audiencia ante éste no supe el papel que debe desempeñar la audiencia ante los órganos instructores que preparan cierta regulación. Ello es así tanto por lo que se refiere a los destinatarios de la audiencia como por lo que concierne al momento en que se produce, de modo que la audiencia en fase de preparación de una regulación colabora con más flexibilidad y posibilidades a que el texto que se elabore pueda tener en cuenta los puntos de vista de los sectores a los que va a afectar.

También llama la atención, acerca de las perturbaciones que se pueden derivar de una larga tramitación de un proyecto normativo con sucesivos textos, el dictamen 510/2011, de 7 de abril, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, circulación y comercialización de bebidas refrescantes, añadiendo algunas observaciones acerca de la falta de informes y de audiencias. En este caso la primera versión del proyecto era de junio de 2009 y la sometida a dictamen de febrero de 2011 (según los antecedentes del dictamen hubo cinco borradores). En dicho dictamen se aprecian varias consecuencias del alargamiento en la tramitación. Así, las memorias económicas que se incorporan a cada borrador tienen el mismo contenido y prescinden de las modificaciones contempladas en cada nuevo proyecto: tal ocurre llamativamente con la incorporación al proyecto inicial en la última versión de la disposición final primera que prevé la modificación de las autorizaciones de comercialización de medicamentos de uso humano otorgados con anterioridad al 1 de enero de 1998. Recuerda el Consejo de Estado la conveniencia de

incorporar las sucesivas memorias que se elaboren ya que ello permite un más cabal conocimiento y valoración de los diversos criterios justificativos y económicos que se van teniendo en cuenta al preparar la correspondiente iniciativa normativa (en tal sentido dictamen 1.530/2007, de 26 de julio). Subraya asimismo que la audiencia al sector y a las Comunidades y Ciudades Autónomas se hizo entre los meses de julio y agosto de 2009 sobre el primigenio proyecto de Real Decreto. Una de las consecuencias que de ello se desprende es que, como mínimo, las entidades territoriales autonómicas desconocen la modificación que introduce la citada disposición final primera a la disposición adicional única del Real Decreto 1091/2010, de 3 de septiembre. Esta observación es extrapolable *mutatis mutandis* a un sector importante y numeroso como el de la industria farmacéutica, que parece desconocer todavía la modificación que se pretende introducir a través de una Reglamentación técnico-sanitaria. De tal novedad debería haber sido preceptivamente informada la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y se debería haber dado audiencia como mínimo a los Colegios Profesionales de Médicos, Veterinarios y Farmacéuticos, así como a representantes patronales y sindicales de la industria farmacéutica. Por otra parte, en la Memoria no se justifica en modo alguno la incorporación al final de la tramitación de la proyectada disposición final primera.

De igual modo, destaca la falta de adecuación de los informes al nuevo contenido que va adquiriendo el proyecto a lo largo del proceso de elaboración, el dictamen 7/2011, de 3 de marzo, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Estatuto del Fondo Español de Garantía Agraria, aprobado por Real Decreto 1441/2001, de 21 de diciembre (en el que el primer borrador era de 2008); señala que en el expediente no están debidamente actualizados la mayoría de los informes y que determinados puntos discutidos por los órganos de los Ministerios

coproponentes han sido respondidos en última instancia por el Ministerio de iniciativa sin recibir ulterior réplica (con conformidad o rechazo) en cuanto a las objeciones formuladas. En parecido sentido el dictamen 1.524/2011, de 27 de octubre, sobre el proyecto de Decreto de Cantabria de simplificación documental en los procedimientos administrativos, llama la atención acerca de que en la versión última del Decreto proyectado se han introducido cambios significativos respecto del texto inicial, lo que habría hecho recomendable incorporar al expediente una memoria expresiva y justificativa de tales cambios y que reflejara de manera más extensa que la primera el contenido de la norma, su necesidad y oportunidad y la finalidad perseguida.

En algún caso la modificación del proyecto en el proceso de elaboración de la nueva norma alcanza al propio rango de la iniciativa, supuesto que también puede generar ciertas disfunciones. Así, en el dictamen 1.566/2011, de 13 de octubre, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, el cambio introducido a lo largo del procedimiento de elaboración del proyecto consistió en la transformación de la primera iniciativa de orden ministerial que pasaría a ser proyecto de real decreto. Aprecia que ello ha generado ciertos desajustes en la versión consultada. Llama la atención sobre la falta de incorporación al expediente del informe o acuerdo en cuya virtud se decidió la comentada transformación, en el que quizás podrían encontrarse las razones que han llevado a considerar que esa transformación no implicaba la necesidad de alterar el contenido de la iniciativa normativa en cuestión. Pone de manifiesto que una operación normativa de este género exige ciertas cautelas y, quizá, hubiera demandado la reorientación, al menos en parte, de la iniciativa normativa transformada.

Es preciso recordar, a la vista de estas posibles disfunciones, que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 13 de octubre de 2011, considera causa de nulidad de un real decreto haber introducido una modificación en el texto final del proyecto sin que los informes preceptivos hayan versado sobre dicha modificación, atendiendo a la importancia del cambio, aunque sea un solo inciso y que, por lo demás, no es consecuente de una indicación o sugerencia de los citados informes. En parecido sentido se expresa la Sentencia de 21 de octubre de 2009 cuando subraya que el cambio producido es sustancial y no puede considerarse sin más un resultado natural del proceso de tramitación. Por todo ello, en el proceso de elaboración de las normas se ha de poner especial cuidado a la hora de valorar la suficiencia de las audiencias concedidas y de los informes emitidos a la vista de la entidad de los cambios que se pueden haber incorporado en el texto final del proyecto.

2. La integración de la norma en el ordenamiento jurídico

El Consejo de Estado cuando procede al examen de los proyectos de disposiciones valora especialmente si se produce correctamente la integración en el ordenamiento jurídico de la futura norma, atendiendo al sector específico al que pertenece y en el que ha de desplegar sus efectos, a fin de que las nuevas normas se enmarquen adecuadamente en un sistema jurídico ordenado, coherente y sin contradicciones, en atención a las exigencias del principio de seguridad jurídica.

Desde hace muchos años el Consejo de Estado viene llamando la atención acerca del problema de la dispersión normativa y sobre la necesidad de que la producción de normas sea una tarea bien orientada y ordenadamente cumplida (*a. e.* Memorias de

1990, 1997 y 1999, entre otras, y en numerosos dictámenes). La Memoria de 1990 ya destacó que la seguridad jurídica puede verse afectada como secuela de la técnica elegida, por quiebra o debilitamiento de: a) la certeza que obliga a proporcionar al administrado la suficiente claridad y precisión en el desarrollo de la norma legal; b) la autovinculación de la Administración, que proscrib, desde luego, el arbitrismo, pero también la mera versatilidad en la determinación del sentido de la ley de cuyo desarrollo reglamentario se trate; c) la estabilidad, que ha de permitir al administrado una razonable previsión respecto de la conducta a observar y de los efectos que de ella se sigan. Dada la trascendencia para el titular de la potestad reglamentaria de mantener una coherencia real en el contenido de las normas y de lograr un desarrollo armónico, completo y sistemático de las leyes y dada la repercusión en los destinatarios por lo que atañe a la facilidad en la selección racional del texto aplicable a un caso determinado, el Consejo de Estado examina con especial cuidado en los dictámenes sobre disposiciones normativas la forma en que se lleva a cabo su incardinación en el ordenamiento jurídico.

Debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha apreciado vicio de inconstitucionalidad, por la vulneración del principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución, cuando la ley impugnada genera una situación de incertidumbre jurídica (Sentencia 46/1990, de 15 de marzo) y ha entendido que “una legislación confusa, oscura e incompleta dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia (Sentencia 150/1990, de 4 de octubre). La Sentencia 136/2011, de 13 de septiembre, recuerda que el Tribunal Constitucional ha dicho, “con relación al principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 CE, que ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses

jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, fundamento jurídico 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano de cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (...), como claridad del legislador y no confusión normativa (...). De tal modo, que si en el ordenamiento jurídico en que se insertan las normas, teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica”.

3. El carácter completo de los reglamentos

El Consejo de Estado viene dedicando su atención al examinar los proyectos de disposiciones generales al contenido de éstos en relación con la ley que desarrollan, en particular por lo que se refiere a la unidad del desarrollo reglamentario y al carácter completo de los reglamentos que se dictan en ejercicio de la habilitación legal, ya que la unidad del mandato legal de desarrollo impone que las disposiciones reglamentarias sean elaboradas, primero, e interpretadas y aplicadas, después, según criterios uniformes. Cabe destacar, en este sentido, el dictamen 87/2011, de 10 de marzo, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que deben reunir los entornos, productos y servicios necesarios para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales, que postula que el carácter completo de un reglamento, evitando distorsiones derivadas de la aprobación de otras disposiciones de igual rango sobre la misma materia y llamadas a convivir con él, siempre ha sido una cualidad encarecida por el Consejo de Estado; el propio

dictamen considera que la mayor concentración normativa también es relevante cuando los reglamentos desarrollan leyes diversas, como en el caso que examina, por lo que estima que cabe fusionar en una sola norma reglamentaria el proyecto consultado y el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, que regula un procedimiento de voto accesible que facilite a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, y que, incluso podría ser deseable incorporar estas dos disposiciones reglamentarias al Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales. Señala el dictamen, en fin, que si se acogiera una o ambas observaciones el ordenamiento ganaría en claridad y los ciudadanos en seguridad jurídica, pues tendrían que manejar menos textos reglamentarios, idealmente uno solo, a la hora de conocer y aplicar el desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Esto también podría facilitar la tarea de los miembros de las mesas electorales y de otros sujetos del proceso electoral, que no tienen por qué ser expertos en la materia.

El rigor y la eficacia ordenadora de las iniciativas normativas en aras de la integridad, coherencia, calidad y armonía del ordenamiento jurídico requiere, en todo caso, que la disposición reglamentaria de desarrollo de una ley habilitante sea completa para evitar desajustes que no sólo pueden incrementar la complejidad y la falta de claridad para los destinatarios de las normas y dificultar su interpretación unitaria sino que pudieran llegar a afectar a la igualdad y seguridad jurídicas. Cabe mencionar dos dictámenes que examinan los proyectos de disposiciones desde esta perspectiva y que contienen dos observaciones esenciales en relación con los proyectos consultados. En un caso la falta de regulación se sustituye por una habilitación al Ministro para que la lleve a cabo por orden ministerial, contradiciendo los términos de la ley que se

pretende desarrollar y, en el otro, hay una completa falta de regulación de una materia que debería estar contenida en el proyecto.

Así, el dictamen 1.567/2011, de 6 de octubre, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se establecen los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución que deben satisfacer los productores de energía eléctrica, subraya que la Ley del Sector Eléctrico encomienda al Gobierno el establecimiento de la metodología de cálculo de los peajes; se diría, pues, que el objeto de la norma consiste en establecer dicha metodología y así parece inferirse de la rúbrica del artículo 3 que se refiere a “metodología y estructura general de los peajes de acceso”. Resulta, sin embargo, que la norma no contiene realmente una verdadera metodología, pues ni hay análisis económicos que la sustenten, ni, desde luego, pueden estimarse como tal los principios que se recogen en el apartado 1 del artículo 3. Por ello, estima el Consejo de Estado que la norma se presenta incompleta en cuanto no incorpora dicha metodología. Ello determina que el artículo 3.3 resulte contrario al artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico, en la medida en que habilita al Ministro de Industria, Turismo y Comercio a aprobar mediante orden ministerial las disposiciones necesarias para el establecimiento y revisión de los peajes de acceso sin mediar la previa y necesaria aprobación por el Gobierno de la metodología,

También detecta una omisión en el contenido del proyecto el dictamen 1.836/2011, de 24 de noviembre, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en centros especiales de empleo, que expresa que en el proyecto se ha omitido lo referente a las garantías por cambio de empresarios y, en particular, la regulación de la sucesión de empresas. El Consejo de Estado considera esta omisión especialmente

llamativa porque la habilitación reglamentaria contenida en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ha incluido un encargo específico (“... así como a regular las cuestiones relacionadas con los supuestos de sucesión o subrogación empresarial que afecten a los trabajadores con discapacidad o a los centros especiales de empleo”) que no ha sido tenido en cuenta por el redactor del proyecto reglamentario. Estima el dictamen que el proyecto debería contener una regulación específica de acuerdo con el citado mandato legal o hacer una expresa remisión al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (que desarrolla una directiva comunitaria aplicable también a esta relación laboral de carácter especial) en cuanto norma suficiente para regular esa sucesión o subrogación empresarial.

4. La parte final de las disposiciones

El Consejo de Estado viene formulando frecuentemente observaciones de diverso alcance a las disposiciones contenidas en la parte final de las normas (disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales) y a los anexos. El Consejo de Estado examina si la ubicación del precepto contenida en dichas disposiciones es correcta atendiendo a su naturaleza, ya que la colocación de las normas fuera de contexto repercute en la seguridad jurídica al dificultar su localización e incluso puede llegar a distorsionar su alcance.

4.1. Las habilitaciones reglamentarias

Especial consideración han merecido las disposiciones habilitantes del ejercicio de la potestad reglamentaria contenidas en los proyectos sometidos a consulta. El

dictamen 479/2011, de 31 de marzo, relativo al proyecto de Orden por la que se regula el tablón edictal de la Seguridad Social, se refiere a la disposición adicional quincuagésima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, añadida por la disposición final quinta de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección de cese de actividad de los trabajadores autónomos. Dicha disposición adicional prescribe que el tablón edictal será gestionado por la Secretaria de Estado de la Seguridad Social y la práctica de la notificación en el mismo se efectuará en los términos que se determinen por Orden del Ministro de Trabajo e Inmigración. Recuerda el dictamen que, en ocasiones, el Consejo de Estado ha señalado que se trata de una habilitación *per saltum*, cuando la ley no remite a un real decreto sino a una orden ministerial (entre otros, en el dictamen 46.013, de 16 de febrero de 1984, se afirmó que “una disposición que es desarrollo directo e inmediato de los preceptos de una Ley debe ser objeto de aprobación por Real Decreto”). También ha expresado el Consejo de Estado que la ley puede remitir a una orden ministerial la regulación de ciertos aspectos de su desarrollo, fundamentalmente de carácter organizativo y procedimental (dictamen 841/2005); dicho en otros términos, la secuencia normal que debe seguir la habilitación normativa es que la ley remita a la potestad reglamentaria del Gobierno su desarrollo, quedando la orden reservada y, a su vez, limitada a cuestiones de organización interna del departamento ministerial respectivo. Añade el Consejo de Estado que, en efecto, las normas reglamentarias externas que afectan como *normae agendi* a todos los ciudadanos no pueden ser dictadas por los Ministros como tales, ya que implican una incidencia general sobre el pueblo que es propia del Gobierno como órgano político. Es cierto, sin embargo, que los Ministros pueden también dictar normas que sobrepasen el ámbito puramente organizativo o doméstico de sus departamentos y que pueden afectar a terceros, al referirse a expedientes o actos

que atañen a los ciudadanos. Ello cabe si cuando el contenido sustancial de tales disposiciones y sus efectos están determinados en las normas superiores respectivas, ya sean leyes, ya sean reales decretos. En definitiva, se trata de órdenes ministeriales de ejecución a las que, como tales, no corresponde crear derecho material nuevo. En el caso consultado, la materia se encuadraba en el ámbito procedimental y de gestión administrativa, sin perjuicio –decía- de que, afecte a terceros por la propia naturaleza del objeto material que se regula. En el dictamen 940/2011, de 7 de julio, relativo al anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados, al examinar el artículo 149 del anteproyecto que establece el contenido de la supervisión de conductas de mercado, habilitando al Ministro de Economía y Hacienda para fijar normas de transparencia y declarar abusivas determinadas prácticas, el Consejo de Estado consideró que sería mejor definir en sede legal o en el escalón superior de la potestad reglamentaria los elementos esenciales de esta habilitación *per saltum*, que definirían, a su vez, el marco de adopción de las medidas en esta materia.

En algunas ocasiones el Consejo de Estado ha apreciado que los términos de la habilitación proyectada vulneran de forma clara las previsiones de la ley que desarrollan. El dictamen 602/2011, de 9 de junio, relativo al proyecto de Real Decreto sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de la Administración marítima, formuló una observación esencial a la disposición final tercera del proyecto en cuanto contenía una autorización al Ministro de Fomento para la modificación de los supuestos de actuación de las organizaciones autorizadas a que se refiere el artículo 6 del proyecto. Estima que esta previsión carece de fundamento jurídico y resulta contraria al artículo 86.5.II de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; la previsión dispuesta legalmente es la de que la

encomienda de la realización efectiva de las inspecciones y controles de buques a entidades colaboradoras (las organizaciones a las que se refiere la Directiva) ha de realizarse "en los términos que se establezcan reglamentariamente", es decir, mediante una norma reglamentaria del Gobierno; por tanto no cabe degradar su rango y habilitar al Ministro para variar esos términos. La ley puede habilitar directamente al Ministro para ejercer su potestad reglamentaria (derivada); pero en el supuesto considerado no lo hacía, por lo que la variación del contenido reglamentario habría de hacerse, a juicio del Consejo de Estado, por el Gobierno de la Nación.

Un singular supuesto es objeto de examen por el dictamen 2.051/2010, de 27 de enero, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. El proyecto consultado, al desarrollar el artículo 2.3 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, según el cual los títulos profesionales de Abogados y Procuradores de los Tribunales serán expedidos por el Ministerio de Educación y Ciencia -lo que apela a uno de los títulos competenciales en que se basa el texto legal (149.1.30.^a CE)-, indica que los referidos títulos serán expedidos por el Ministerio de Justicia por delegación del Ministro de Educación. Dice el dictamen que con ello el proyectado Real Decreto sería un reglamento ejecutivo que contiene una delegación de una competencia que la ley que desarrolla expresamente atribuye a un determinado Departamento ministerial. El dictamen recuerda que la figura de la delegación de competencias descansa en la decisión del órgano titular de la competencia en cuestión, que, ya sea por sí solo o previa autorización de su superior, la encomienda a otro órgano. La delegación encierra, por tanto, una manifestación de la voluntad del órgano al que está atribuida la competencia de que se trate. Estima que nada de ello ocurre en este caso, ya que la

proyectada delegación sería consecuencia de una decisión del Consejo de Ministros, que incidiría en el ámbito competencial que una ley atribuye expresamente al Ministerio de Educación. Entiende el Consejo de Estado que, tanto desde el punto de vista de la expresa atribución legal de competencias, como desde la óptica de la jerarquía en la delegación de competencias, no resulta admisible la fórmula contenida en el proyecto. Debe revisarse y mantener en dicho artículo la atribución legal de competencia que figura en el artículo 2 número 3 de la Ley 34/2006. Tal observación se formuló con carácter esencial.

En alguna ocasión el Consejo de Estado advierte acerca del hecho –ciertamente excepcional- de que no se contenga ninguna remisión al reglamento en todo el texto de un anteproyecto de ley, lo que se debe principalmente al grado de detalle contenido en él. El riesgo del reglamentismo puede llevar a la falta de estabilidad de las normas o por el contrario a una excesiva rigidez en la regulación de determinadas cuestiones, que siendo de carácter marcadamente técnico o tangenciales o de detalle, deben deferirse a la norma reglamentaria con pleno respeto siempre del principio de reserva de ley, de modo que ésta fije los aspectos principales de la regulación. Ya las Memorias de 2004 y de 2008 trataron de esta cuestión que ha tenido una especial incidencia en el ámbito de la contratación pública (dictamen 514/2006, de 25 de mayo, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público) pero no ha estado ausente en otros ámbitos (805/2003, de 3 de abril, sobre el anteproyecto de Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas). Ahora el dictamen del Pleno del Consejo de Estado 209/2011, de 24 de marzo, relativo al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, considera conveniente introducir una habilitación genérica al desarrollo mediante real decreto del Consejo de Ministros para los aspectos que pudieran requerirlo en un futuro.

En cuanto a las habilitaciones para dictar disposiciones de desarrollo contenidas en los proyectos de real decreto, el Consejo de Estado viene recordando reiteradamente que tal habilitación no debe hacerse a los Ministerios, sino a sus titulares, los Ministros, que son quienes, al formar parte del Gobierno, comparten su potestad reglamentaria (artículo 97 de la Constitución, artículo 12.2, letra a), de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, artículos 4.1, letra b), 23 y 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno). En tal sentido se expresa el dictamen 87/2011, de 10 de marzo.

También ha examinado el Consejo de Estado una previsión normativa relativa a un supuesto de avocación (que por su naturaleza no se contiene en una disposición final sino en el articulado). El dictamen 389/2011, de 14 de abril, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, al examinar el artículo 2 proyectado sobre la autoridad laboral competente para la resolución de los procedimientos de regulación de empleo distingue en el ámbito de la Administración del Estado la atribución de la competencia al Director General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración (cuando los centros de trabajo o los trabajadores afectados por el procedimiento de regulación de empleo radiquen en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas) y la atribución de la competencia al Delegado o Subdelegado del Gobierno. El último párrafo del apartado 2 dispone que, cuando la resolución que haya de dictarse en los casos atribuidos al Delegado o al Subdelegado del Gobierno “pueda afectar a más de doscientos trabajadores o la medida tenga especial trascendencia social, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración podrá recabar la competencia para tramitar y resolver el procedimiento”. El dictamen recuerda que el artículo 12 de la Ley 30/1992 dispone que

la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, “salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes”. En el supuesto aludido del artículo proyectado, la competencia no se atribuye directamente al Director General de Trabajo, sino que, estando atribuida a otros órganos, se permite que el Director General de Trabajo la pueda “recabar”, con lo que parece que en realidad quiere establecerse un supuesto de avocación. La avocación está regulada en el artículo 14 de la citada Ley 30/1992, de acuerdo con el cual los órganos superiores podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto, cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente. En consecuencia, la avocación puede realizarla el órgano superior jerárquico o el delegante (en relación con el inferior jerárquico o con el delegatario, respectivamente) sólo cuando concurren las circunstancias aludidas y, además, puede efectuarla siempre que concurren. Por tanto, si no concurren las circunstancias previstas en la Ley no podrá haber avocación (y un reglamento no podría admitirla); y, si concurren aquellas circunstancias, podrá tener lugar la avocación sin necesidad de que un Reglamento como el proyectado así lo prevea (y aun cuando no se diera el supuesto previsto en el artículo 2.2.d proyectado). En todo caso, la previsión reglamentaria no excusa el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 14.2 de la Ley 30/1992, que exige acuerdo motivado y notificado a los interesados con anterioridad a la resolución final que se dicte, ni excluye la impugnación prevista en ese mismo artículo de la Ley. En definitiva, si bien es razonable concluir que concurren “circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial” que hagan conveniente la avocación cuando el expediente de regulación de empleo (ERE) pueda afectar a más de 200 trabajadores o la medida tenga especial trascendencia social, ni la

avocación queda excluida en otros supuestos (por ejemplo, con menos de 200 trabajadores o en casos de especial trascendencia jurídica o económica), ni el supuesto previsto en el proyecto excusa la exigencia de acuerdo motivado y notificado a los interesados antes de la resolución final. Por todo ello entiende el Consejo de Estado que ha de adecuarse el contenido del artículo proyectado a lo dispuesto en la Ley 30/1992 (y, en particular, en sus artículos 12 y 14), de modo que la competencia esté atribuida de forma clara y precisa a uno u otro órgano en cada caso, sin perjuicio de que pueda producirse la avocación en los supuestos y con los requisitos previstos en el artículo 14 de la Ley 30/1992.

4.2. Las declaraciones de supletoriedad

El Consejo de Estado viene formulando también diversas observaciones a determinadas declaraciones de supletoriedad contenidas en los proyectos de disposiciones reglamentarias. Así, el dictamen 396/2011, de 24 de marzo, relativo al proyecto de Real Decreto sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital, al analizar la disposición final cuarta que establece la aplicación supletoria, en lo regulado de forma expresa por el Real Decreto, de diversas normas entre las que incluye la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, considera que tal formulación es equívoca pues no corresponde a un real decreto como el sometido a consulta determinar en qué medida es de aplicación directa o supletoria una norma de rango legal como las citadas. Añade que la Ley General de Telecomunicaciones no se aplica de forma supletoria, sino directamente, y el Real Decreto en proyecto no puede excluir dicha aplicación ni establecer su supletoriedad, al menos con el carácter general que se hace. También el

dictamen 1.532/2011, de 6 de octubre, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, entiende que la llamada a la aplicación supletoria “del resto de la legislación laboral que sea de aplicación”, en aquello que sea compatible con la especialidad consultada, plantea problemas de notable alcance pues, además de haber normas que prevén expresamente la exclusión de las relaciones especiales de su ámbito de aplicación –Ley de Prevención de Riesgos Laborales-, no es una norma de orden reglamentario el instrumento adecuado para determinar en qué grado son aplicables las normas laborales de orden legal, algunas de las cuales, además, revisten carácter de ley orgánica. La delimitación de qué normas laborales son aplicables no corresponde hacerla al proyecto, sino a las normas legales laborales. No debe desconocerse que estas relaciones especiales se desgajan del marco laboral común constituido por el Estatuto de los Trabajadores, por lo que el resto de las normas laborales no afectan en principio a cuestiones propias de la relación laboral, sino a otros extremos -por ejemplo, la Seguridad Social, el empleo- cuya aplicabilidad no procede determinar a la norma reguladora de una relación laboral de carácter especial.

4.3. La modificación de normas de inferior rango

En el examen por el Consejo de Estado de la adecuada inserción en el ordenamiento de los proyectos de normas modificativas de otras anteriores, se presentan en ocasiones problemas de articulación entre el régimen nuevo y el que se viene a sustituir. El dictamen 2.644/2010, de 27 de enero de 2011, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se regula la actividad de gestor de cargas del sistema, analiza la disposición final del proyecto de Real Decreto que viene a derogar una Orden Ministerial (ITC/1659/2009, de 22 de junio). Considera objetable la técnica

seguida consistente en emplear una norma de un rango superior para modificar otra de inferior jerarquía. Tal práctica no resulta conforme con una buena técnica normativa ni favorece la seguridad jurídica y la claridad, que exigen que las normas de un rango – real decreto, órdenes ministeriales- sean modificadas por normas del mismo tipo. Sólo de esta forma puede evitarse la confusión que se podría producir en cuanto al rango de la modificación operada (que se inserta en una orden ministerial pero ha sido aprobada por un real decreto). Buena muestra de estos problemas es la propia disposición final tercera del proyecto que se consulta, que habilita al Ministro de Industria, Turismo y Comercio a modificar la Orden del propio Ministro cuya modificación se proyecta. No se oculta al Consejo de Estado que la finalidad de poner en funcionamiento una actividad –la de gestor de cargas del sistema que llevará a cabo la recarga de los vehículos eléctricos- puede requerir la modificación de diversas disposiciones, incluso de diferente rango. Sin embargo, estas modificaciones normativas pueden y deben articularse en su marco adecuado, instrumentando por orden ministerial los cambios normativos que se operen por normas de este rango. El dictamen propone que el contenido de la disposición final primera que modifica la citada orden se excluya de la norma consultada y su contenido se lleve en una orden ministerial que podría aprobarse a la vez que el real decreto, sin necesidad de reiterar los trámites ya efectuados.

4.4. La derogación de las normas

El Consejo de Estado en desarrollo de su función consultiva ha realizado diversas observaciones en relación con el alcance derogatorio de los proyectos de disposiciones consultados con la finalidad de aclarar su efecto innovador y su integración en el ordenamiento jurídico, en garantía de la seguridad jurídica. Las disposiciones derogatorias han de permitir conocer con certeza cuál es la legislación

vigente, indicándose las disposiciones que a partir de la nueva norma van a resultar total o parcialmente derogadas.

Así, en el dictamen 88/2011, de 17 de febrero, relativo al anteproyecto de Ley de residuos y suelos contaminados, puso de manifiesto que una derogación ha de ser precisa y concreta expresando qué es lo que se deroga a fin de preservar la obligada certidumbre de la norma aplicable.

4.5. La entrada en vigor de las normas

En cuanto al plazo de *vacatio legis* y momento de entrada en vigor de las disposiciones proyectadas, el Consejo de Estado viene advirtiendo que debe ponderarse la necesidad de un período más o menos amplio de *vacatio* en atención al alcance innovador y significado de las nuevas normas. El Pleno del Consejo de Estado en el dictamen 2.222/2010, de 17 de febrero de 2011, relativo al anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, al examinar su disposición final séptima que prevé la entrada en vigor de la Ley que se proyecta a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, considera que convendría ampliar el período de *vacatio legis* no sólo por las importantes novedades introducidas por el texto del anteproyecto y lo que supone para nuestro ordenamiento jurídico la incorporación del instituto de la mediación en el ámbito civil y mercantil, sino también por la necesidad de contar con un tiempo razonable que permita a los destinatarios de la norma adaptarse a las novedades que incluye el anteproyecto y adecuar algunas de las previsiones que se proyectan en el ámbito procesal o administrativo.

Debe destacarse la práctica seguida en no pocas disposiciones normativas que prevén la entrada en vigor el mismo día de su publicación (a. e. Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, y, otras más recientes como la Ley 5/2012, de 22 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos). El Consejo de Estado advierte que en muchos casos no se explica la razonabilidad de tal medida ni se justifica la necesidad de una entrada en vigor tan urgente, que puede plantear serias dificultades en la inmediata aplicación de la nueva norma.

4.6. Los anexos

El Consejo de Estado examina con igual rigor los anexos de las disposiciones reglamentarias que también requieren su integración armónica y concorde con la disposición en que se insertan. Una de las cuestiones más frecuentes que se suscitan es el la posibilidad de su modificación por una norma de rango inferior a aquella a la que se incorporan a fin de agilizar su adecuada puesta al día. El dictamen 389/2011, de 14 de abril, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, considera que, aunque no es infrecuente que normas legales o reglamentarias incorporen anexos cuya modificación autoricen –simultáneamente– mediante una norma de rango inferior, resulta más correcto técnicamente que cada contenido sea directamente aprobado por una norma del mismo rango que aquella que puede modificar ese contenido, en particular cuando no se aprecia una conexión tan intensa que aconseje su aprobación como anexo a otra norma de superior rango y sin perjuicio de que ambas normas, aun con distinto rango, puedan aprobarse o entrar en

vigor simultáneamente si se considera pertinente. En definitiva, sería preferible que el Real Decreto proyectado habilitara o remitiera directamente la determinación de la información a que se refiere el anexo a una orden ministerial. Con ello se evitaría la falsa apariencia de que un determinado contenido aprobado mediante real decreto, sólo puede haber sido alterado por un real decreto posterior (frente a la habilitación contenida en un inciso inserto en una disposición final incorporada no al reglamento que se complementa, sino al real decreto que lo aprueba).

Otra cuestión suscitada en relación con los anexos es la relativa a la necesidad de que estén insertos en una disposición que es la que les confiere su propio alcance y virtualidad. En tal sentido, el dictamen 2.462/2010, de 13 de enero de 2011, sobre el proyecto de Real Decreto relativo a la mejora de la calidad del aire en España, al examinar el alcance derogatorio del proyecto consultado, entiende que los anexos de las normas no pueden quedar en vigor sin que haya algún artículo o precepto que remita a los mismos para decir qué valor tienen y como se aplican. Los anexos, o parte de los mismos, no pueden pervivir como tales sin una norma, con fuerza dispositiva, que expresamente remita a los mismos. Es decir, es necesario un precepto que diga de la manera más precisa, cuáles son los anexos (o parámetros de los anexos) que siguen en vigor y cómo y cuándo tienen que aplicarse en función de los nuevos preceptos dispositivos que tiene el proyecto de real decreto consultado.

5. La conveniencia de una revisión final del texto

Es frecuente que los dictámenes del Consejo de Estado sobre disposiciones normativas en preparación, tras el examen de la parte final de los proyectos, formulen la advertencia de que el texto debe ser sometido a una cuidadosa y sosegada revisión

global, lo que exige una lectura atenta de sus disposiciones a fin de mejorar su forma y contenido. Se trata de depurar los textos de posibles contradicciones derivadas de sucesivas redacciones propuestas o de la introducción de normas modificativas, de eliminar errores de concordancia, menciones y remisiones innecesarias y reiteraciones de contenidos, de corregir citas de leyes incompletas, de precisar ciertos conceptos y completar remisiones, de ordenar determinadas previsiones, de mejorar la redacción de algunos preceptos, la puntuación y el uso homogéneo de mayúsculas y minúsculas o colmar las lagunas de que pudiera adolecer y corregir las posibles erratas que pudiera contener (*a. e.* dictámenes 2.222/2010, de 17 de febrero, 2.736/2010, de 3 de marzo de 2011, 389/2011, de 14 de abril, 396/2011, de 24 de marzo, 515/2011, de 7 de abril, 1.402/2011, de 8 de septiembre, y 1.567/2011, de 6 de octubre).

6. Cuestiones suscitadas en orden a la articulación de las competencias estatales con las de las Comunidades Autónomas

La mayoría de los dictámenes sobre proyectos de disposiciones normativas tratan de los aspectos competenciales que puedan suscitarse en relación con la norma en elaboración. Se examina el título o títulos competenciales invocados por el Estado y otros eventualmente afectados y las cuestiones que pudieran suscitarse en relación con la compatibilidad del proyecto con la distribución constitucional de competencias.

Uno de los aspectos esenciales a la hora de analizar proyectos que inciden en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas es la necesidad de respetar adecuadamente la distinción entre atribución de competencias (que sólo corresponde a la Constitución y a los Estatutos de Autonomía) y la delimitación de una competencia previamente atribuida. El Consejo de Estado en su

dictamen 1.059/2011, de 22 de junio, relativo al anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, destaca, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2011, de 3 de marzo, que la Ley puede delimitar o precisar las competencias que se atribuyen al Estado, pero no atribuir competencias a las Comunidades Autónomas, ya que ello es función de la Constitución y los Estatutos de Autonomía. En este dictamen a fin de compatibilizar las exigencias de la jurisprudencia constitucional con la necesaria claridad normativa, que exige que queden delimitadas las competencias en la materia, dado que de otra forma se podrían suscitar innecesarias dificultades al operador jurídico en relación, en ese caso, con la concreta autoridad a la que debe dirigirse la solicitud de autorización, se propone la modificación de uno de los artículos proyectados de modo que en lugar de determinar cuándo corresponde a la Administración autonómica la autorización de determinadas instalaciones, se establezcan los supuestos en los cuales la competencia corresponde a la Administración General del Estado (que son obviamente los contrarios de los que se contemplan como de competencia autonómica) añadiendo para evitar las dudas que pudieran suscitarse que también corresponderá a la Administración General del Estado la autorización en el resto de los casos cuando la Comunidad Autónoma no haya asumido la correspondiente competencia en su Estatuto. De esta manera se consiguen dos objetivos: primero, respetar la doctrina constitucional y, segundo, delimitar con la mayor claridad posible a qué autoridad concierne, en cada caso, la correspondiente competencia.

En algunos dictámenes el Consejo de Estado viene advirtiendo que no es preciso que una norma reglamentaria invoque los preceptos de la Constitución al amparo de los

que es dictada, pues de ordinario su fundamento normativo se encuentra en la norma legal que desarrolla resultando en ocasiones redundante su invocación (*a. e.* dictámenes 490/2011, de 12 de mayo, y 1.646/2011, de 27 de octubre). También llama la atención el Consejo de Estado acerca de la utilización de la calificación de un título competencial como prevalente ya que puede no serlo sino responder a la existencia de dos títulos competenciales, operando cada uno de los cuales en su ámbito respectivo. Estas observaciones se formularon en el dictamen 515/2011, de 7 de abril, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

También ha llamado la atención el Consejo de Estado algunas veces acerca del alcance de la supraterritorialidad ya que el Tribunal Constitucional viene considerando que por sí mismo el hecho de que una actividad afecte al un ámbito geográfico territorial de más de una Comunidad Autónoma, es decir, la supraterritorialidad, no es un título competencial, como recuerda su Sentencia 38/2012, de 26 de marzo, que recoge otras sentencias anteriores como la 329/1993, de 12 de noviembre o la 194/2004, de 4 de noviembre. En el dictamen 389/2011, de 14 de abril, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, se recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en diversas sentencias, de acuerdo con la cual la supraterritorialidad no configura por sí un título competencial ni desplaza la competencia de ejecución al Estado, pues a este traslado de la titularidad tan solo puede llegarse cuando la actividad pública que sobre él se ejerza no pueda fraccionarse ni llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación y

coordinación, o cuando sea necesario integrar intereses contrapuestos de varias Comunidades Autónomas (cfr. SSTC 194/2004, 223/2000, 243/1994 o 329/1993).

7. Cuestiones de técnica normativa e incorporación del Derecho comunitario

El Consejo de Estado, al examinar la incorporación de normas del Derecho comunitario al ordenamiento interno, verifica cuidadosamente la compatibilidad del texto proyectado con la directiva que se incorpora o transpone con un examen pormenorizado la mayoría de las veces de los rasgos fundamentales de la ordenación comunitaria en la materia.

El primer aspecto que se analiza por el Consejo de Estado en tales dictámenes es el relativo al rango de la disposición proyectada y su adecuación al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico. Buen ejemplo de ello es el dictamen 940/2011, de 7 de julio, relativo al anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados, en el que se afirma que la cuestión del rango es dejada al criterio de los ordenamientos internos de los Estados miembros (informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008, Capítulo IV, apartado 4.3; dictámenes 740/2007, de 17 de mayo, y 1.694/2008 y 1.754/2008, ambos de 27 de noviembre de 2008). En ese caso parece fuera de duda que la transposición debe llevarse a cabo en primer término mediante norma con rango legal, al menos por dos órdenes de razones: por constituir el primer paso en la incorporación a nuestro ordenamiento de las previsiones de la Directiva Solvencia II, cuya importancia en el sector de seguros privados no necesita ser subrayada; y por la circunstancia de que –aparte de aquellas materias sujetas rigurosamente a reserva constitucional de ley–, el bloque normativo en cuestión comienza en nuestro Derecho mediante norma de este rango (texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión

de los seguros privados), cuya derogación está prevista por la Ley cuyo anteproyecto se somete a consulta. En parecido sentido el dictamen 805/2011, de 16 de junio, relativo al anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, señala que, en este caso, la modificación de diversos aspectos ya recogidos en una norma previa de rango legal (Ley 35/2003) determina que el primer escalón de la transposición deba hacerse en norma de dicho rango, sin perjuicio de las remisiones al reglamento en aspectos más técnicos o de detalle. En otros supuestos, existe reserva legal en sentido propio, como cuando se trata de delimitar los tipos infractores (artículos 80 y 81 LIIC, que también son objeto de modificación por el anteproyecto). Del mismo modo el dictamen 903/2011, de 2 de junio, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras, destaca que la naturaleza y el rango de las normas de adaptación o incorporación del Derecho de la Unión son cuestiones que deben resolverse según el sistema interno de fuentes y será de acuerdo con éste como habrá de determinarse en cada caso si la norma interna ha de tener o no rango de ley (así lo viene entendiendo el Consejo de Estado desde el dictamen 48.377 de 1985 sobre el anteproyecto de Ley de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas; como más reciente cabe citar el Informe 1/2007, de 14 de febrero de 2008, en especial por lo que se refiere a la elección de la norma de transposición).

Un caso particular es el relativo a la posibilidad de la incorporación de una Directiva se pueda llevar a cabo por una Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En el dictamen 1.874/2011, de 24 de noviembre, relativo a un proyecto de Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se expresa que el Consejo de Estado ha recordado ya en diversas ocasiones (así dictámenes 664/2008, de 8 de

mayo, y 1.779/2008, de 20 de noviembre) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de acuerdo con la cual “la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de su contenido en una disposición legal expresa y específica y, en función de su contenido, puede ser suficiente la norma que proceda en su contexto jurídico general, siempre que este último garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva de manera suficientemente clara y precisa” (así, desde la Sentencia del TJCE de 30 de mayo de 1991, Comisión/Alemania, C-361/88, que proscribió el empleo de circulares internas de naturaleza no normativa para la incorporación de exigencias contenidas en directivas comunitarias; jurisprudencia reiterada después en las Sentencias de 7 de enero de 2004, Comisión/España, C-58/02, y de 20 de octubre de 2005, Comisión/Reino Unido, C-6/04). Es decir, partiendo del principio de que la naturaleza y el rango de las normas de adaptación o de incorporación son cuestiones que deben resolverse según el sistema interno de fuentes, no hay inconveniente en que la labor de transposición se complete mediante circular de la CNMV, cuya naturaleza normativa está fuera de duda, conforme al artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores. Añade el dictamen que, en los casos como el presente en que existe una transposición escalonada en el tiempo y rango de las normas (ley, real decreto, circular) resulta deseable que la habilitación normativa a los organismos supervisores se produzca en aspectos de alto grado de especificación técnica, como en su mayor parte son los que regula el proyecto consultado.

En segundo lugar, el Consejo de Estado examina la adecuación del proyecto normativo al sistema de distribución constitucional de competencias. Así, por ejemplo, el dictamen 940/2011, de 7 de julio, sobre el anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados, expresa que, en cuanto al reparto competencial en la materia, está

sujeto a la regla de que las directivas comunitarias no predeterminan por sí ni alteran la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (criterio al que se ha referido reiteradamente la jurisprudencia constitucional: STC 252/1988, de 20 de diciembre, y 64, 76 y 236, todas ellas del año 1991; y que el Informe del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 2010, sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario, denomina “principio de no alteración del reparto competencial a consecuencia del fenómeno europeo”).

En tercer lugar, el Consejo de Estado trata del plazo para incorporar las disposiciones del Derecho comunitario. Aunque la preocupación por el retraso en la transposición del Derecho comunitario llevó al Consejo de Ministros a adoptar su Acuerdo de 27 de julio de 1990 por el que se dictan una serie de instrucciones dirigidas a determinados órganos de la Administración para acelerar el procedimiento de elaboración de las normas que transponen directivas comunitarias, en la práctica el deber de agilizar la tramitación de los proyectos de transposición no consigue en muchos casos operar con la celeridad debida para llevar a cabo la incorporación en tiempo oportuno, bien por la necesidad de coordinar diversos Departamentos ministeriales afectados, bien por la complejidad técnica de la materia o por la dificultad de articular las modificaciones legislativas necesarias. Es frecuente que el Consejo de Estado llame la atención en sus dictámenes emitidos normalmente con carácter de urgencia, a la vista de los concretos plazos de incorporación, sobre la necesidad de completar (incluidas las normas reglamentarias de desarrollo) la incorporación a la mayor brevedad posible (*a. e.* dictamen 805/2011, de 16 de junio, y dictamen 1.874/2011, de 24 de noviembre). El dictamen 903/2011, de 2 de junio, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras, señala que el dictamen sobre

el anteproyecto de la que sería Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, recordó ya la conveniencia de “proceder a una redacción coordinada y simultánea de los anteproyectos de ley y de las normas reglamentarias que los vayan a desarrollar”, así como de “encomendar simultáneamente la preparación del anteproyecto de ley y los primeros borradores de la norma reglamentaria para que, iniciada la tramitación parlamentaria del primero, se pueda avanzar *pari passu* la concreción progresiva del texto reglamentario” (entre otros, dictámenes 1.786/2000, de 25 de mayo, y 1.344/2001, de 19 de julio). Añade el Consejo de Estado, “con especial énfasis”, la necesidad de proceder a la aprobación en el más breve plazo posible de las reglas reglamentarias proyectadas. Lo acuciante del plazo queda más de relieve, si cabe, si se toma en consideración “la importancia de que, por medio de una actitud preventiva y planificadora, se cumpla la obligación de transposición en plazo, máxime cuando el artículo 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en la redacción dada al mismo por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 y con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009) contempla la posibilidad de que el Tribunal de Justicia imponga el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva, sin necesidad de una sentencia condenatoria anterior, a los Estados miembros que hayan incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo” (dictamen 1.905/2009 de 17 de diciembre, e Informe del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 2010 sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario, apartado II.C, punto 2).

Un caso singular en relación con el tiempo de cumplimiento del Derecho comunitario se examina en el dictamen 411/2011, de 24 de marzo, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se regula el reconocimiento de las organizaciones de productores de leche y las organizaciones interprofesionales en el sector lácteo y se establecen las condiciones de contratación en el sector lácteo (pretende regular la contratación misma tanto a nivel individual como colectivo, estableciendo la obligatoriedad de previo contrato escrito y con determinadas condiciones para las ventas de leche cruda). En lo que atañe a esta última materia se establece un límite a la facultad de contratación hasta la fecha inexistente tanto en el Derecho de la Unión como en el Derecho interno español y se reconoce la contratación colectiva de las organizaciones de productores o sus asociaciones que tampoco está reconocida ni en nuestro derecho ni en el comunitario. El dictamen considera que, desde la perspectiva del Derecho interno español, haría falta para imponerse al principio de autonomía de la voluntad y libertad de contratación bien una norma habilitante con rango de ley que así lo previera, bien una norma clara en el mismo sentido del Derecho de la Unión. Ninguna de ellas existe a esa fecha. El proyecto intenta salvar su legalidad mediante el recurso –una vez reguladas en detalle tanto la contratación individual como la colectiva- de retrasar la entrada en vigor de esa parte del futuro real decreto hasta el momento en que el nuevo Derecho de la Unión, que lo permitirá, entre en vigor (disposición transitoria única en relación con la disposición final tercera del proyecto). El dictamen considera que el problema radica en que el proyecto, para salvaguardar su validez, pospone su entrada en vigor en el tiempo al momento en que entre en vigor la modificación del Reglamento (CE) 1234/2007 que va a regular las nuevas condiciones contractuales en el sector lácteo. Añade el dictamen que, si se tratara de un mero problema de tiempo o término pero el contenido de la modificación fuera cierto, no habría problema. Pero no es eso lo que ocurre. No conociéndose el texto definitivo del

nuevo reglamento (UE), la incertidumbre alcanza no sólo al término sino también al contenido mismo del régimen de contratación ya que solo si se promulga dicho reglamento (UE) con exactamente el mismo contenido que tiene en este momento la propuesta de la Comisión al Parlamento y al Consejo –y que casi literalmente copia el texto de los artículos que constituyen el régimen de contratación- será válido el real decreto. Lo que suscita la disposición final tercera en proyecto no es tanto un problema de plazo sino de condición suspensiva del contenido mismo del real decreto, aunque no lo diga expresamente y aparente solo ser lo primero.

Más adelante afirma el dictamen que tantos condicionantes de una regulación generan una incertidumbre tal que difícilmente puede el sistema constitucional español de fuentes del derecho y el principio de seguridad jurídica admitirlo. Es decir, sería posiblemente contrario a los mismos establecer un régimen jurídico de contratación que sólo será válido y entrará en vigor: a) si se produce una modificación del Derecho de la Unión que todavía no se ha producido; y b) si -y en la exacta medida en que- el Derecho de la Unión acaba coincidiendo cien por cien con lo que ahora es una mera iniciativa legislativa que el proyecto copia en su integridad. Y lo que ocurre es que, si bien la finalidad por la que se pretende adoptar este sistema es legítima, el resultado, en términos de incertidumbre, es más que meramente “innovador”. Desde la perspectiva de la finalidad de la norma sometida a consulta en realidad lo que se pretende, incluyendo ya en el texto concreto del articulado del real decreto como norma exclusivamente española el contenido del texto del futuro reglamento (UE), es adelantar la regulación de los trámites que se van a seguir y los requisitos que tendrán que tener los contratos, sean individuales o colectivos, para asegurar la inmediata aplicación, sin dilación alguna, del futuro reglamento (UE) en el momento mismo en que se pueda aplicar; futuro reglamento (UE) que se estima de gran utilidad de cara a

racionalizar el funcionamiento de un sector cuya crisis tanto a nivel de la Unión como en España lleva intentado abordarse desde hace varios años sin mucho éxito. Si el Consejo de Estado ha reiterado hasta la saciedad la conveniencia de tramitar en tiempo correcto las medidas de transposición (directivas) o de desarrollo y facilitación de la aplicación (reglamentos) del Derecho de la Unión en España, poco puede objetarse a los supuestos en que, como en el presente, en previsión de cambios, el ordenamiento español va preparando las medidas adecuadas, que deberán o podrán tomarse inmediatamente, siempre y cuando, eso sí, queden deferidas en el tiempo y condicionadas a la efectiva entrada en vigor de dicho Derecho de la Unión y -lo que olvida el proyecto- condicionadas a que dicho Derecho lo permita y en los términos que lo haga.

El Consejo de Estado subraya que el futuro reglamento (UE) será de aplicación directa sin necesidad de norma española de transposición. Es decir, el problema de legalidad que presenta el proyecto se produce en gran parte porque, en vez de tomar el reglamento futuro de la Unión Europea como lo que es, un reglamento de aplicación directa, se ha optado por incorporar su contenido (que puede todavía variar y eso es lo que genera precisamente el potencial problema de legalidad) al articulado mismo del proyecto como si aquel se tratara de una directiva, probablemente para que el sector en su conjunto vaya visualizando cuál va a ser el contenido de ese futuro régimen de contratación. Y es que no hay necesidad alguna de repetir en el proyecto de real decreto lo que ahora es contenido de una mera propuesta de reglamento, ni lo habría tampoco incluso si el reglamento (UE) estuviera ya aprobado. Basta y sobra –y eso evita en gran medida el problema de legalidad- con poner ahora en marcha los mecanismos que aseguren de manera clara la aplicación directa del futuro reglamento (UE) cualquiera que sea su contenido final. El dictamen estima que no hay obstáculo

alguno a que el real decreto, en una disposición adicional, haga ya una remisión en bloque a que la contratación en el sector lácteo se regirá por el futuro Reglamento (UE) de modificación, para el sector lácteo, del Reglamento (CE) n.º 1234/2007 del Consejo, que se podría completar con la imposición al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino de la obligación, a medida que se vaya culminando el proceso de aprobación de dicho reglamento (UE), de informar de manera actualizada en su página *web*, o mediante otros mecanismos de publicidad como podrían ser los anexos a dicha disposición adicional que, sin ser vinculantes, sean claramente informativos -o incluso admonitorios-, acerca de la evolución y de cuál será el contenido mínimo de los futuros contratos, de manera que los que se vayan firmando en la actualidad –en uso de la autonomía individual o colectiva- puedan considerarse válidos en el futuro si se ajustan al Reglamento de la Unión Europea.

Se observa, pues, que la creciente importancia de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de directivas comunitarias y la complejidad de su estructura interna determinan que la labor de elaboración de las normas de transposición requiera una técnica normativa depurada que dé lugar a regulaciones claras e inteligibles, en aras -una vez más- de la seguridad jurídica.

XIII. SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Con ocasión de su labor consultiva, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar diversas modificaciones contractuales, poniéndose de manifiesto los diferentes regímenes aplicables en esta materia según la fecha de adjudicación o formalización de los contratos.

En efecto, conforme a una reiterada opinión de este Cuerpo Consultivo, los contratos se rigen por las normas vigentes al momento de su adjudicación –en el caso de los contratos adjudicados con anterioridad a 9 de septiembre de 2010- o al momento de su formalización –en el caso de los contratos celebrados con posterioridad a dicha fecha de 9 de septiembre de 2010-, salvo que expresamente se prevea otra cosa en las normas que las sustituyan. Todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo primero. seis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre, que da nueva redacción a su artículo 27.

Este criterio se compadece, por lo demás, adecuadamente con las previsiones contenidas en las disposiciones transitorias del Código Civil y, en especial, con la segunda, que dispone que *“los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y sean válidos con arreglo a ella, surtirán sus efectos según la misma”*.

La modificación de los contratos administrativos ha evolucionado notablemente en nuestra legislación reguladora de los contratos administrativos.

La posibilidad de modificar los contratos administrativos por parte de la Administración estaba reconocida en los artículos 18 y 48 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, dentro de los límites establecidos en la propia Ley y su Reglamento. La Ley no señalaba límite alguno en cuanto al alcance objetivo de la modificación; no la circunscribía a reformas menores o de poca monta. Lo único que requería era que se hiciera por razones de interés público y que mediara la anuencia del contratista cuando se rebasara, en más o en menos, determinado porcentaje del precio inicial, que se fijaba en el 20%.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, contempló con carácter general la posibilidad de modificar los contratos administrativos. En tal sentido, el artículo 102.1 preveía que *“una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación podrá introducir modificaciones por razón del interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”*.

Por su parte –y para el contrato de gestión de servicios públicos-, el artículo 164 disponía *“1. La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que hayan de ser abonadas por los usuarios. 2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación”*.

También el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, -de aplicación a los contratos adjudicados con posterioridad a su entrada el 22 de junio de 2000-, contemplaba entre las prerrogativas de la Administración la de modificar los contratos, por razón de interés público, siempre que la modificación viniera precisa por necesidades nuevas o causas imprevistas –artículos 59 y 101-. Respecto de los contratos de gestión de servicio público, el texto refundido reproducía las previsiones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

Con arreglo a las normas citadas, la modificación de los contratos podía imponerse unilateralmente por la Administración siempre que no comportara una variación, en más o en menos, del 20% de la cuantía del contrato. Si se superaba dicho umbral, la modificación no era obligatoria para el contratista, quien no estaba constreñido a aceptarla y, en consecuencia, podía entonces desligarse del contrato.

Con ocasión de la interpretación de los preceptos de las disposiciones legales citadas, se conformó una perfilada doctrina que reconocía a la Administración la facultad de modificación contractual como una prerrogativa singular y privilegiada (dictamen del Consejo de Estado 1.598/2002, de 31 de octubre). Exigía primordialmente la concurrencia de un interés público (dictamen del Consejo de Estado 55.586, de 10 de enero de 1991), en cuya apreciación la Administración tenía un amplio margen de discrecionalidad.

La potestad de modificación de los contratos tenía ciertos límites: unos, formales, requerían el consentimiento del contratista cuando superaba el 20% de la cuantía del contrato y, eventualmente, la intervención del órgano consultivo correspondiente y,

otros, materiales. Estos fueron establecidos por la doctrina administrativa que afirmó que el límite del *ius variandi* estaba en aquellos casos en los que la modificación era de tal magnitud que implicaba un nuevo contrato (dictamen del Consejo de Estado 50.461, de 12 de noviembre de 1987) o comportaba en realidad un contrato distinto o un proyecto nuevo (dictámenes del Consejo de Estado 51.698, de 25 de febrero de 1998 y 4.350/1997, de 6 de noviembre).

En relación con el límite material del *ius variandi*, debe señalarse que la legislación no establecía límite cuantitativo alguno para apreciar la concurrencia de una modificación sustancial que comportara la obligación de licitar nuevamente por parte de la Administración. No constituía límite el 20%, puesto que dicho montante tenía relevancia a los efectos de la obligatoriedad de su ejecución por parte del contratista. Así fueron numerosas las modificaciones que superaron con creces el 50% del importe del contrato o incluso el 100%. Los abusos cometidos en este sentido provocaron que, a partir de un momento determinado, la doctrina administrativa considerara que se superaba el límite de lo admisible cuando la modificación comportaba una variación en más del 50% del importe del contrato y, posteriormente, dicho porcentaje se redujo al 30%. Pero –hay que resaltarlo– tales porcentajes no tuvieron nunca reflejo legal. Fueron fruto del parecer de los órganos administrativos.

La concurrencia de “*necesidades nuevas o causas imprevistas*” no precisaba que éstas fueran inherentes al contrato, sino que podían ser externas a él, debidas a acontecimientos extraños a la relación contractual. Y, respecto del interés público, se consideró que cabía apreciarlo cuando la modificación comportaba alguna ventaja o concurría alguna necesidad para la Administración pública.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 202, dispuso que *“una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato”*.

Añadía el precepto que *“no tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b y 158.b)”*.

Por último, el precepto preveía que *“la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual”*.

La redacción anterior estuvo vigente desde diciembre de 2007 hasta la promulgación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modificó la regulación de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea y la postura manifestada por la Comisión Europea sobre las modificaciones no previstas en los documentos de licitación. En concreto, hasta el 6 de marzo de 2011.

Por su parte, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, introdujo una nueva regulación en la materia, incluyendo los artículos 92 bis, 92 ter y 92 quáter en la Ley 30/2007, de 20 de octubre. La nueva regulación –mucho más rigurosa y estricta que la anterior- era sólo de aplicación a los contratos celebrados a partir del 6 de marzo de 2011.

El primero de los preceptos mencionados establecía lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva

contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b)”.

Además, la Ley distinguía entre modificaciones previstas en la documentación reguladora de la licitación –artículo 92 ter- y modificaciones no previstas en la documentación reguladora la licitación –artículo 92 quáter- y disciplinaba el procedimiento –artículo 92 quinquies- de aprobación de la modificación.

Las modificaciones sólo eran obligatorias para el contratista cuando, por separado o conjuntamente con todas las habidas, no se superara el 10% de la cuantía del contrato.

La regulación recogida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, se incorporó posteriormente, de manera íntegra, al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Esta regulación resulta aplicable sólo a los contratos celebrados con posterioridad al 16 de diciembre de 2011 –artículos 105 y ss.-.

Así las cosas, durante el año 2011, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de enfrentarse con diversas modificaciones contractuales que tenían por objeto introducir variaciones en el objeto y en el precio a fin de dar cumplimiento a las exigencias legales sobrevenidas que obligan a reducir el gasto público de las distintas Administraciones públicas.

La respuesta a la cuestión planteada ha venido modulada por la legislación expuesta aplicable en atención a la fecha de adjudicación o de formalización de los correspondientes contratos.

En todo caso, el Consejo de Estado ha declarado que la necesidad de reducir el gasto público es una exigencia legal derivada de lo dispuesto en las sucesivas normas aprobadas –Ley de Presupuestos, reales decretos leyes que establecen medidas de reducción del gasto público-, de tal suerte que, en los actos encaminados a hacerla efectiva -entre los que se cuenta la reducción del precio de los contratos-, debe apreciarse de forma palmaria la concurrencia de un interés público, a los efectos de la legislación de contratos públicos. Por otra parte, la obligación de dar cumplimiento a dichas exigencias legales constituyen causas sobrevenidas, no contempladas al momento de celebrarse, de tal suerte que son calificables de imprevistas a los efectos del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público.

La mayor dificultad se ha planteado sin embargo a la hora de delimitar el concepto de “condiciones esenciales”. En efecto, el artículo 202.1 de la Ley de Contratos del Sector Público previene que únicamente se pueden introducir modificaciones por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificadas debidamente en el expediente, que no afecten a las condiciones esenciales del contrato. Por su parte, el párrafo segundo del mismo apartado, como se ha señalado, establece que “no tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para

la contratación de las prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b)”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea -en la sentencia recaída en el asunto C-496/99 P-, la Comisión Europea –en su comunicación interpretativa de 5 de febrero de 2008- y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa –en su informe 43/08, de 28 de julio- han hecho hincapié en entender como esenciales aquellas estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubiera permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente. El Tribunal de Justicia, en la sentencia antes citada, ha incluido en estas últimas las relativas a las “modalidades de pago de los productos que han de suministrarse”. Por su parte, la Comisión Europea –también en la comunicación interpretativa mencionada- ha considerado como tal los cambios relevantes en el “objeto de los trabajos o de los servicios a prestar por el adjudicatario o el canon impuesto a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario”. Y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha resaltado la necesidad de conformar el concepto en atención a las circunstancias concretas de cada caso.

La fórmula de que hay afectación a las condiciones esenciales cuando se trate de modificación de estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego, hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente es lo suficientemente imprecisa para no proporcionar al operador jurídico un criterio claro y cierto a la hora de interpretar y aplicar el mencionado artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Porque, en puridad, es harto difícil saber cuándo se dan circunstancias que hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta diferente y cuándo esta es calificable de diferente.

En su labor consultiva, el Consejo de Estado ha considerado que la noción de “condición esencial” a los efectos del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público es un concepto jurídico indeterminado que, si bien a la hora de su determinación y alcance exige la ponderación de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, tiene un núcleo que permite objetivarlo y por consiguiente facilitar unas pautas interpretativas a la Administración contratante.

La objetivación del concepto ha de hacerse de tal manera que pueda verificarse de forma clara y precisa cuándo los elementos esenciales del contrato se ven alterados con la modificación. Ello ocurre, cualitativamente, bien cuando se varía la índole de la prestación del contrato; bien cuando se alteran otros elementos configuradores como la modalidad del precio o el canon que han de pagar los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario.

Y hay también afectación a las condiciones esenciales, cuantitativamente, cuando se modifican las magnitudes de objeto o del precio del contrato. Ahora bien, no cualquier alteración de dichas magnitudes es una modificación sustancial. Para merecer tal calificación debe ser especialmente relevante. Y, ante la falta de una determinación general y cierta en la Ley de Contratos del Sector Público, un criterio interpretativo para determinar dicha relevancia puede encontrarse en su artículo 221 que se refiere al 30% del objeto –para un determinado tipo de contratos-. En consecuencia, toda modificación que supere dicho montante ha de considerarse, en principio, sustancial.

ÍNDICE

PRIMERA PARTE: EL CONSEJO DE ESTADO DURANTE EL AÑO 2011

I. COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

1. Consejo de Estado en Pleno	4
2. Comisión Permanente	6
3. Comisión de Estudios.....	7
4. Secciones	8
5. Letradas y Letrados	12

II. FUNCIÓN CONSULTIVA

II. A. DICTÁMENES

1. Consultas	15
2. Clasificación de los expedientes	16
3. Decisiones recaídas en asuntos dictaminados	34
4. Reuniones	36
5. Ponencias especiales.....	37
6. Votos particulares.....	37

II. B. ESTUDIOS E INFORMES

Informe sobre las posibilidades de actuación contra anuncios de contenido sexual y prostitución publicados a diario en diversos medios de comunicación de prensa escrita.....	43
---	----

III. PERSONAL

1. Consejeros Permanentes.....	43
2. Consejeros Natos	54
3. Consejeros Electivos	62

4. Letrados	74
5. Personal administrativo	74
6. Personal laboral	76
7. Varios	77
IV. SERVICIOS	
1. Archivo y Biblioteca	77
2. Informática	83
3. Gestión y Servicios Generales.....	87
4. Conservación y mantenimiento.....	90
V. RELACIONES INSTITUCIONALES	92
VI. HONORES Y DISTINCIONES	100
VII. TRIBUNAL DE CONFLICTOS.....	101
VIII. DISPOSICIONES QUE AFECTAN AL CONSEJO DE ESTADO	111

SEGUNDA PARTE: OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

I. Resolución de expedientes con competencias concurrentes de varios departamentos. El artículo 25.f) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno	115
II. Los criterios seguidos en torno a las indemnizaciones por prisión preventiva y las sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos Tendam y Puig Panella.....	122
III. La consulta de las entidades locales al Consejo de Estado	141
IV. Sucesión laboral de empresa y contratación administrativa	146

V. Sobre la naturaleza de los conciertos sanitarios	154
VI. Sobre la responsabilidad por daños derivados de la utilización de material clínico en mal estado o de la implantación de dispositivos sanitarios defectuosos.....	164
VII. Sobre el uso de castillos y fortalezas cuya gestión se haya cedido por el Ministerio de Defensa a ayuntamientos y otras Administraciones públicas	168
VIII. Los servicios bancarios.....	170
IX. Sobre el tratamiento procedimental de los estándares de conservación de carreteras.....	178
X. La indemnización contractual por desequilibrio económico por variación del precio de los materiales	197
XI. Sobre la producción normativa relativa al régimen ferroviario europeo	214
XII. Sobre la técnica normativa	228
XIII. Sobre la modificación de los contratos	281