

CONSEJO DE ESTADO

MEMORIA DEL AÑO 1988

que, en cumplimiento de lo dispuesto en
el artículo 20.3 de su Ley Orgánica,
eleva al Gobierno el Consejo de
Estado en Pleno



MADRID, 1989

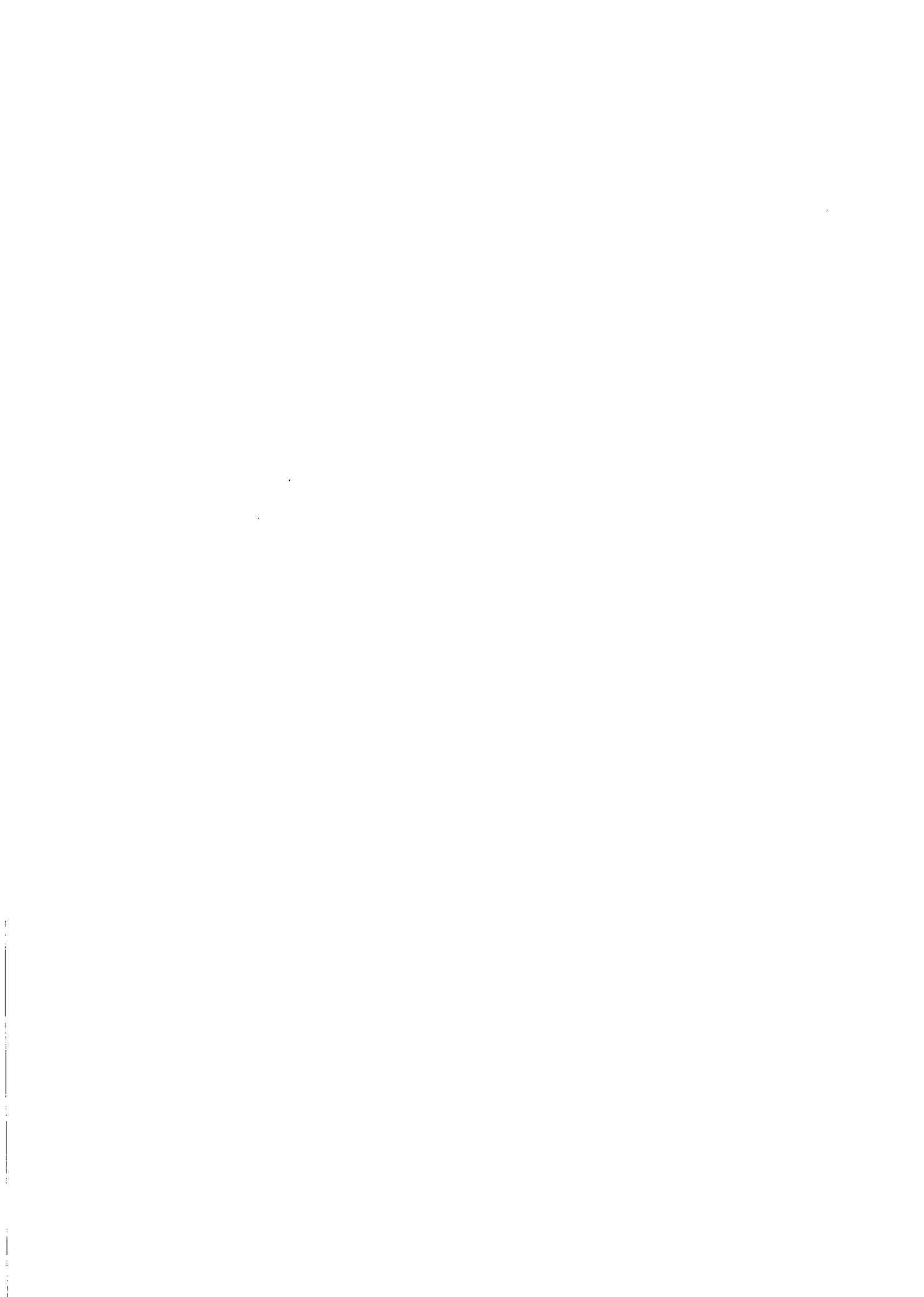


INTRODUCCION

El artículo 20.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado dispone que el Pleno de este organismo 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.

En cumplimiento de ese precepto legal se ha redactado la presente Memoria correspondiente al año 1988 que, siguiendo el esquema habitual, está dividida en dos partes, la primera de las cuales refleja la actividad del Consejo de Estado durante dicho período y la segunda contiene las observaciones y sugerencias.

Se incluyen al final unos anexos relativos a la composición del Consejo de Estado, a sus presupuestos y a las disposiciones que afectan a este órgano consultivo publicadas en el año 1988.



PRIMERA PARTE

EXPOSICION DE LA ACTIVIDAD DEL CONSEJO DE
ESTADO DURANTE EL AÑO 1988

I. LABOR CONSULTIVA

1. Número de consultas

En el año 1988 tuvieron entrada en el Consejo de Estado 1.314 expedientes, cifra análoga a la del año anterior. De ellos, 108 llevaban declaración de urgencia.

El número de consultas evacuadas a lo largo del año fue de 1.073.

192 expedientes se devolvieron a su origen en petición de antecedentes y otros 6 fueron devueltos a requerimiento de la autoridad consultante.

Al comenzar el año 1988 se hallaban pendientes de despacho 260 expedientes y al terminar había 303.

2. Clasificación

Los expedientes objeto de consulta se clasifican así:

2.1. *Por su procedencia*

Remitente	Número
Ministerios:	
Asuntos Exteriores.....	94
Justicia	126
Defensa.....	122
Economía y Hacienda.....	68
Interior	368
Obras Públicas y Urbanismo.....	142
Educación y Ciencia.....	33
Trabajo y Seguridad Social.....	25
Industria y Energía.....	8
Agricultura, Pesca y Alimentación	5
Administraciones Públicas	74
Transportes, Turismo y Comunicaciones	41
Cultura	19
Sanidad y Consumo.....	27
Relaciones con las Cortes y Secretaría del Gobierno	34
	<hr/>
	1.186

Remitente	Número
Comunidades Autónomas:	
Andalucía.....	18
Aragón.....	9
Asturias.....	7
Baleares.....	1
Canarias.....	31
Cantabria.....	2
Castilla-La Mancha.....	6
Castilla y León.....	9
Cataluña.....	4
Extremadura.....	2
Galicia.....	5
Madrid.....	16
País Vasco.....	5
Valenciana.....	13
	128

2.2. Por Secciones encargadas del despacho

Sección	Reci- bidos	Despa- chados
Sección 1. ^a		
Presidencia.....	69	47
Sección 2. ^a		
Asuntos Exteriores y Justicia.....	220	198
Sección 3. ^a		
Interior y Administración Territorial.....	434	294
Sección 4. ^a		
Defensa, Transportes, Turismo y Comunicaciones.....	168	174
Sección 5. ^a		
Economía y Hacienda.....	76	80
Sección 6. ^a		
Obras Públicas y Urbanismo.....	217	176
Sección 7. ^a		
Educación y Ciencia, Cultura, Trabajo y Seguridad Social, Sanidad y Consumo.....	112	82
Sección 8. ^a		
Industria y Energía, Agricultura, Pesca y Alimentación.....	18	22
Total.....	1.314	1.073 (1)

(1) No se incluyen en esta cifra los expedientes devueltos en petición de antecedentes o a requerimiento de la autoridad consultante.

2.3 Por materias (2)

Materias	Número
Actos administrativos:	
Anulación	8
Nulidad de pleno derecho	4
Revisión de oficio	11
Administración local:	
Agrupaciones y segregaciones.....	13
Entidades locales menores.....	5
Nulidad de acuerdos.....	9
Régimen local.....	3
Términos municipales	1
Tributos locales.....	3
Varios.....	1
Administración de Justicia.....	2
Aduanas.....	1
Agricultura	6
Aguas.....	3
Apellidos.....	8
Armas.....	2
Asambleas legislativas	1
Astrofísica	1
Bancos	7
Bolsas	1
Cajas de Ahorro	2
Cámaras de Comercio.....	1
Cinematografía	2
Clases pasivas	2
Comercio exterior	2
Comunidad Económica Europea	5
Competencias Comunidades Autónomas.....	19
Concesiones administrativas.....	20
Consumo	11
Contratos administrativos:	
Adjudicación	4
Indemnización.....	30
Modificación.....	12

(2) Figuran en más de un apartado aquellos expedientes que encajan en diferentes versos y abordan diferentes cuestiones sobre las que se ha pronunciado el dictamen emitido.

Materias	Número
Régimen general.....	1
Rescisión.....	1
Resolución.....	13
Contratos laborales.....	1
Cooperación internacional.....	4
Créditos extraordinarios y suplementarios.....	7
Cruz Roja.....	1
Cultura.....	1
Daños y perjuicios.....	84
Delegaciones insulares.....	1
Deuda pública.....	1
Educación.....	10
Empresas públicas.....	1
Establecimientos penitenciarios.....	1
Expropiación forzosa.....	8
Fármacias.....	1
Fuerzas Armadas.....	4
Funcionarios:	
Clasificación.....	2
Compatibilidades.....	1
Régimen disciplinario.....	2
Retribuciones.....	7
Selección.....	4
Situaciones administrativas.....	1
Fundaciones.....	7
Hidrocarburos.....	2
Impuestos:	
IVA.....	1
Licencia fiscal.....	2
Renta personas físicas.....	4
Sucesiones.....	1
Varios.....	3
Indemnizaciones.....	102
Industria y energía.....	8
Leyes:	
Anteproyectos.....	6
Textos refundidos.....	1
Libertades públicas.....	2
Marina civil.....	1
Médicos.....	2
Medio ambiente.....	4

Materias	Número
Metrología.....	1
Museos.....	1
Mutualidades.....	2
Objetores de conciencia.....	1
Pensiones.....	1
Pesca.....	2
Policía Nacional.....	2
Presupuestos.....	3
Propiedad industrial.....	1
Propiedad intelectual.....	4
Protección civil.....	1
Puertos.....	1
Recaudación.....	2
Recursos administrativos:	
Alzada.....	2
Reposición.....	5
Revisión.....	45
Recursos de inconstitucionalidad.....	5
Registros públicos.....	3
Reglamentos.....	53
Renta de petróleos.....	1
Responsabilidad patrimonial del Estado.....	364
Sanidad.....	11
Santa Sede.....	1
Seguridad ciudadana.....	1
Seguridad Social.....	6
Seguros privados.....	4
Subvenciones.....	1
Telecomunicaciones.....	10
Títulos nobiliarios:	
Rehabilitación.....	13
Sucesión.....	8
Varios.....	2
Tráfico.....	1
Transacciones.....	2
Transportes.....	11
Tratados internacionales.....	93
Tribunales Económico-Administrativos.....	1
Universidades.....	13
Urbanismo.....	14

2.4. *Por su interés*

Entre los asuntos consultados, merecen destacarse los siguientes:

a) Por su interés general

— Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia (Expediente n.º 51.801).

— Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Expediente n.º 51.924).

— Texto refundido de la Ley General Presupuestaria (Expediente n.º 51.954).

— Reglamento de Producción de Seguros (Expediente n.º 50.261).

— Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (Expediente n.º 51.880).

— Normas provisionales para la gestión y liquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Expediente n.º 51.512).

— Proyecto del Real Decreto sobre creación de Bancos privados e instalación en España de entidades de crédito extranjeras (Expediente n.º 52.190).

— Proyecto de Real Decreto por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de las Bolsas Oficiales de Comercio (Expediente n.º 51.081).

— Proyecto de Real Decreto por el que se crea el Consejo Económico y Social (Expediente n.º 52.262).

— Reglamento de la administración pública del agua y de la planificación hidrológica (Expediente n.º 51.352).

— Proyecto de Real Decreto por el que se regula el control metrológico (Expediente n.º 51.803).

— Proyecto de Real Decreto sobre residuos tóxicos y peligrosos (Expediente n.º 52.045).

— Plan técnico nacional de televisión privada (Expediente n.º 52.527).

— Proyecto de Real Decreto sobre derechos y deberes de los alumnos (Expediente n.º 52.369).

— Proyecto de Real Decreto por el que se regula la difusión de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales recogidas en soporte video-gráfico (Expediente n.º 51.647).

— Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleos de automoción (Expediente n.º 52.131).

— Convenio de cooperación para la defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América (Expediente n.º 52.728).

b) Por su interés doctrinal

— Adecuación al orden de competencias de la Ley 9/1987, de 25 de mayo, del Parlamento de Cataluña, de sucesión intestada (Expediente n.º 51.040).

— Segregación y posterior constitución en municipio de la localidad de Ventas de Zafarraya, dependiente del municipio de Alhama de Granada (Expediente n.º 51.742).

— Consulta relativa a las atribuciones de los Delegados Insulares del Gobierno en materia sancionadora (Expediente n.º 52.349).

— Transacción del Estado con el guardia civil Don Miguel López Hidalgo (Expediente n.º 51.528).

— Recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Ingenieros Navales contra resolución de la Dirección General de la Marina Mercante por la que se autoriza la construcción de un buque pesquero según proyecto suscrito por un ingeniero técnico o perito naval (Expediente n.º 52.291).

— Adjudicación de las obras del Parador de Bailén (Expediente n.º 51.624).

— Reclamación de daños y perjuicios formulada por Don Juan Bouzón Otero por la incautación de que fue objeto en su día el Hospital de Nuestra Señora de la Salud, de Granada, en virtud de la Ley de Responsabilidades Políticas (Expediente n.º 50.919).

— Reclamación de daños y perjuicios formulada por la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos (Expediente n.º 52.130).

— Reclamación de daños y perjuicios formulada por Don Angel Pérez y Pérez por las lesiones sufridas por su hija, menor de edad, María Esther, atribuidas a la ejecución de obras en la CN-232 (Expediente n.º 51.619).

— Reclamación de daños y perjuicios formulada por Don Francisco Javier Martínez Soto, por los sufridos en empresa de transporte marítimo de

viajeros a causa de la apertura al tráfico de un nuevo puente sobre la ría de Ribadeo (Expediente n.º 52.061).

— Solicitud de indemnización formulada por Eurodent Dentalmatic Española, S.A. (Expediente n.º 51.291).

— Solicitud de indemnización por los sucesos ocurridos el 25 de noviembre de 1.982 en el cuartel de la Guardia Civil de La Calzada, Gijón (Expediente n.º 51.651).

— Solicitud de indemnización por los daños causados a varias compañías alcoholeras a consecuencia de la inmovilización de una partida de alcohol, decretada por la Administración Pública (Expediente n.º 50.948).

— Solicitud de indemnización formulada por Doña Teresa Latorre, por el fallecimiento de su esposo arrollado por un autobús militar (Expediente n.º 52.230).

— Solicitud de indemnización formulada por Doña Victoria Bonilla Laguna por el fallecimiento de su hijo José en el transcurso de un atraco (Expediente n.º 51.454).

— Recurso interpuesto por Dragados y Construcciones, S.A. sobre abono al Ayuntamiento de Santander de la tasa de licencia municipal de construcción de un edificio destinado a Escuela Superior de la Marina (Expediente n.º 51.546).

— Recurso de revisión interpuesto por Don Domingo Domínguez García, respecto a la sanción disciplinaria militar confirmada por el Jefe del Estado Mayor del Aire (Expediente n.º 52.087).

— Recurso de revisión interpuesto por Doña María Jesús Sanjuán Villar contrar Orden del Ministerio de Educación y Ciencia el 6 de noviembre de 1986 (Expediente n.º 52.370).

— Modificaciones puntuales del Plan General de Ordenación Urbana de León (Expediente n.º 50.713).

c) Por su interés singular

— Proyectos de contratos a suscribir por el Reino de España con "Favorita Trustees Limited" y con la fundación "Colección Thyssen-Bornemisza" (Expediente n.º 52.709).

— Canje de notas entre España y Portugal relativas a la utilización de un desnivel de cincuenta metros en el río Arzoa, a partir de su desembocadura (Expediente n.º 51.518).

— Reclamación de daños y perjuicios formulada por Don Juan Pedro Domecq y Solís como Presidente de la Unión de Criadores de Toros de Lidia con motivo de la corrida de toros celebrada en la Plaza de las Ventas de Madrid, el 24 de mayo de 1987 (Expediente n.º 51.857).

— Consulta sobre el artículo 10 del Real Decreto 279/1984, de 25 de enero, por el que se establece una nueva regulación de las ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios (Expediente n.º 51.543).

— Impugnación de la Orden de 8 de abril de 1988 de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León sobre venta y tráfico de cangrejos vivos de río (Expediente n.º 52.195).

— Consulta relativa a la posibilidad de ampliar los períodos de sesiones en el funcionamiento de las Cortes de Castilla-La Mancha (Expediente n.º 52.630).

— Proyecto de Orden ministerial por la que se aclara el alcance de la no sujeción y de las exenciones establecidas en los artículos 3.º y 4.º del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede (Expediente n.º 51.470).

— Reclamación de indemnización formulada por la Asociación "Greenpeace España" por los daños sufridos con ocasión de la retención del buque "Greenpeace" en el puerto de Barcelona (Expediente n.º 52.162).

— Solicitud de indemnización de Don Francisco Pérez Gómez por los desperfectos ocasionados en un traje de pesca submarina cuando ayudaba a un policía nacional a trasladar un alijo de drogas (Expediente n.º 52.174).

— Expediente sobre responsabilidad patrimonial del Estado por traslado de mobiliario, promovido a instancia de Don Joaquín Merino (Expediente n.º 51.687).

— Proyecto de reforma de los Estatutos de la Universidad de Salamanca (Expediente n.º 51.926).

— Proyecto de Real Decreto sobre protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores (Expediente n.º 52.439).

3. Decisiones recaídas en asuntos dictaminados

3.1. *Durante el año 1988, el Consejo de Estado sólo ha tenido conocimiento de 563 decisiones 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. Como ya se ha hecho notar en alguna otra Memoria, este precepto reglamentario no siempre es tenido en cuenta.

Dichas decisiones se adoptaron:

— De acuerdo con el Consejo de Estado.....	558
— Oído el Consejo de Estado.....	4
— Oído el Consejo y de acuerdo con un voto particular formulado	1

3.2. Los asuntos en los que la autoridad llamada a resolver se apartó del dictamen del Consejo de Estado fueron:

— Expediente n.º 46.326, Junta de Andalucía. Segregación del anejo de Picena del Municipio de Nevada (Granada) para constituirse en otro independiente con la denominación de Picena.

El dictamen del Consejo de Estado es de fecha 26 de abril de 1984, mientras que el Decreto de la Junta de Andalucía lleva fecha 27 de septiembre de 1988. Entre una y otra fecha hubo un cambio en las normas aplicables y fue al amparo de la nueva regulación, concretamente del artículo 13.2 de la Ley 7/1985, como se resolvió el asunto, por lo que propiamente no puede decirse que la Junta se apartara del dictamen del Consejo.

— Expediente n.º 50.706. Sanidad y Consumo. Proyecto de Orden ministerial para coordinación de actuaciones y control del virus de inmunodeficiencia humana en las intervenciones médicas para la donación y recepción de semen.

La discrepancia se centra en que, según la Orden ministerial, el semen que haya dado resultados positivos en las pruebas de detección de marcadores VIH debe ser destruido siempre, mientras que, a juicio del Consejo de Estado, habría que contar, en determinados casos, con la decisión de quien lo haya proporcionado.

— Expediente n.º 51.880. Economía y Hacienda. Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.

Algunas de las observaciones esenciales formuladas al proyecto por el Consejo de Estado no fueron tenidas en cuenta. El texto publicado difiere bastante del que fue sometido a consulta.

— Expediente n.º 51.954. Economía y Hacienda. Proyecto de Real Decreto-Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria.

Dos fueron las discrepancias importantes que motivaron el "oído". Una, relativa al artículo 41.3 del proyecto, que recogía la disposición adicional 35.ª de la Ley 21/1986, de Presupuestos Generales del Estado para 1987, disposición que a juicio del Consejo tenía un carácter coyuntural y no permanente; otra, referente al artículo 126, apartado f), por incorporar una norma no incluida en ninguna Ley anterior.

3.3. *El asunto resuelto "oído el Consejo de Estado" y de acuerdo con uno de los votos particulares formulados fue:*

— Expediente n.º 50.957. Justicia. Cambio de capitalidad del Registro de la Propiedad de Manlleu por la de Vich.

El dictamen de la mayoría optaba por dar valor preferente a los intereses generales de los vecinos, conforme al artículo 221 de la Ley Hipotecaria, mientras que el Real Decreto, de acuerdo con uno de los votos particulares emitidos, atiende a los intereses específicos de los profesionales y al parecer relevante de la Generalidad de Cataluña.

4. Reuniones

Los diferentes órganos del Consejo han celebrado las siguientes sesiones:

Pleno	9
Comisión Permanente	45
Sección 1.ª.....	26
Sección 2.ª.....	29
Sección 3.ª.....	37
Sección 4.ª.....	35
Sección 5.ª.....	48
Sección 6.ª.....	40
Sección 7.ª.....	41
Sección 8.ª.....	14

5. Ponencias especiales

Al amparo de lo dispuesto en los artículos 119 y 121 del Reglamento orgánico de este Consejo, se constituyeron ocho ponencias especiales para el despacho de los siguientes asuntos:

— 50.976. Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria sobre productos cosméticos.

— 51.051. Reclamación de daños y perjuicios formulada por el funcionario Don Manuel Monge Villalba por los sufridos en accidente de circulación al desplazarse en comisión de servicio.

— 51.219. Responsabilidad patrimonial del Estado, reclamada por la empresa Eurodent Dentalmatic Española, S.A.

— 51.815. Adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía de Cataluña de la Ley del Parlamento de Cataluña 21/1987, de 26 de noviembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de la Administración de la Generalidad.

— 51.924. Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

— 52.061, 52.063 y 52.064. Reclamaciones de daños y perjuicios formuladas por diferentes empresas de transporte marítimo de viajeros, por los sufridos a causa de la apertura al tráfico de un nuevo puente sobre la Ría de Ribadeo.

— 52.087. Recurso de revisión interpuesto por Don Domingo Domínguez García.

— 52.262. Proyecto de Real Decreto por el que se crea el Consejo Económico y Social.

También se constituyó una ponencia especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del Reglamento orgánico, encargada de elaborar los cuestionarios de los dos primeros ejercicios de oposiciones para ingresar en el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado.

6. Votos particulares

Se formularon votos particulares a 10 dictámenes de la Comisión Permanente.

En uno de estos casos (Expediente n.º 50.957) la resolución se adoptó oído el Consejo de Estado y de acuerdo con un voto particular (B.O.E. 18 de abril de 1988).

7. Audiencia a los interesados

A petición de los interesados, se concedieron 51 audiencias con vista del expediente.

El trámite de audiencia se evacuó siempre por escrito.

II. PERSONAL

1. Consejeros

1. Fallecimiento del Marqués de Santa Cruz

El día 15 de junio de 1988 falleció en Madrid el Excmo. Sr. Don José Fernández-Villaverde y Roca de Togores, Consejero Permanente de Estado, Presidente de la Sección 2.ª "Asuntos Exteriores y Justicia".

Diplomático de carrera, había sido Embajador de España en Londres durante catorce años. Al cesar en este cargo fue nombrado Consejero Electivo de Estado y por Decreto 381/1973, de 8 de marzo, pasó a ser Consejero Permanente.

Ostentaba los títulos de Marqués de Santa Cruz, Marqués de Pozo Rubio, Grande de España y Comendador Mayor de Calatrava, y se hallaba en posesión de los Grandes Cruces de Carlos III, Isabel la Católica, San Raimundo de Peñafort, Mérito Naval y Mérito Civil.

El Presidente del Consejo de Estado abrió la sesión de la Comisión Permanente del día 16 de junio de 1988 con estas palabras:

"Comenzamos hoy la sesión de la Permanente abrumados por la noticia del fallecimiento de nuestro compañero el Marqués de Santa Cruz, noticia que se nos hace triste realidad con el vacío que esa muerte produce en este Salón de Sesiones.

Constituye siempre una paradoja el no poder decir de alguien lo que ha sido hasta que ha dejado de ser. Al comunicar hoy la noticia de su fallecimiento, se nos hace necesario a modo de despedida, y sin duda también como forma de recuperarle en la memoria, recordar cómo fue.

Al hacerlo ahora no puedo sustraerme a la evidencia de que muchos de los presentes le conocisteis más tiempo y mejor que yo, pero en la etapa final de su vida he tenido oportunidad de tratarlo asiduamente y creo interpretar bien el sentimiento de todos los miembros de esta Institución al expresar, como Presidente del Consejo de Estado, el dolor que nos aflige en estos momentos y la admiración que hemos tenido siempre por el comportamiento, la caballerosidad y la elegancia del Marqués de Santa Cruz. Creo que el rasgo que mejor define su personalidad es el de ser, haber sido siempre, un hombre de concordia; seguramente es ése un rasgo que encarnó en el ejercicio de su función diplomática y que impregnó e informó toda su vida y también su actuación en este Consejo de Estado.

Con la noticia pesando en nuestro espíritu, se hace difícil entregarnos a las tareas urgentes que nos aguardan en la sesión de hoy; el ejemplo del Marqués de Santa Cruz de hombre entregado siempre al cumplimiento de su deber, su ejemplo y su presencia, que se hace patente en el vacío de su sillón, nos ayudarán a cumplir con nuestra obligación antes de acudir a darle nuestro adiós a su domicilio."

1.2. *Cese*

Con fecha 10 de octubre de 1988, Don Manuel Díez de Velasco Vallejo presentó su renuncia al cargo de Consejero Electivo por haber sido nombrado Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

1.3. *Nombramientos*

El día 1.º de diciembre fue elegido Director de la Real Academia Española don Manuel Alvar López, cargo que lleva consigo el de Consejero.

2. **Letrados**

2.1. *Ingreso en el Cuerpo*

Por resolución de 19 de marzo de 1988, publicada en el Boletín Oficial del Estado del 4 de abril siguiente, se convocó oposición para la provisión de cuatro plazas del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado.

A consecuencia de dichas oposiciones ingresó en el Cuerpo don José María Michavila Núñez, que fue adscrito a la Sección 5.ª "Economía y Hacienda".

Al no haberse cubierto todas las plazas anunciadas, se efectuó una nueva convocatoria el 4 de noviembre de 1988 (B.O.E. del día 9), para proveer dos vacantes de Letrados.

2.2. Cambio de situación

Don José Antonio García-Trevijano y Garnica pasó a la situación de excedencia voluntaria el 7 de octubre de 1988. Hasta unos meses antes seguía desempeñando el puesto de Letrado de Secretaría.

2.3. Jubilaciones

Por haber cumplido la edad reglamentaria pasaron a la situación de jubilado los Letrados Mayores don Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande (el 27 de abril), don Antonio Carro Martínez (el 3 de mayo) y don Federico Silva Muñoz (el 28 de octubre).

De los tres, solamente el Sr. Silva se hallaba en servicio activo, como Letrado Mayor de la Sección 3.ª "Interior y Administración Territorial".

En su momento, se hizo constar en acta el agradecimiento del Consejo de Estado a estos Letrados de brillante y ejemplar trayectoria profesional.

2.4. Ascensos

Don José María Rodríguez Oliver ascendió a Letrado Mayor en comisión, para ocupar la vacante producida por la jubilación del Sr. Silva.

3. Personal administrativo

3.1. Altas

Previo concurso, se incorporaron al servicio del Consejo de Estado doña Teresa Montes Brocas (Habilitación), doña Paloma Jiménez Buendía (Archivo y Biblioteca), doña Josefa Cuevas González (Biblioteca) y don José Herrero Herrero (Personal), todos ellos pertenecientes al Cuerpo General Administrativo.

Del Cuerpo General Auxiliar y también mediante concurso, se incorporaron doña Ana María Añíbarro Díez, doña María Dolores Delgado Gómez, don José Luis García Llorente, doña Virginia Henar Prieto y doña Josefa del Río Bedmar.

Don José Blas Martín González fue trasladado, en comisión de servicio, a la Sección 6.ª.

3.2. Bajas

Causaron baja durante el año doña Fuencisla Ferradal Cuadrillero y doña Hilda Díaz López, por excedencia voluntaria, y doña Emilia Mozo Méndez, por traslado.

4. Personal subalterno

4.1. Altas

Fueron contratados como ordenanzas don Alfredo Fernández Solana, don Ramón Molina Gotor y don Antonio Montáñez Rodríguez; como limpiadoras, doña María Soledad López Sanz y doña Dolores Aguilera Pan.

4.2. Bajas

Por jubilación causaron baja don Jesús Iglesias Domínguez, doña Francisca Salazar Muñoz y dona Inés Manuela Huecas García.

5. Distinciones a miembros del Consejo

Por Real Decreto 332/1988, de 15 de abril, se nombró Presidente de la Misión Extraordinaria, que había de representar a España en las ceremonias de beatificación del Padre Francisco Palau, a don Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, Presidente del Consejo de Estado.

Por sendos Reales Decretos de 7 de octubre de 1988 se concedió la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort a don Jerónimo Arozamena Sierra, Consejero Permanente de Estado, y a don Manuel Díez de Velasco Vallejo, Consejero Electivo.

Don Luis Díez del Corral y Pedruzo, antiguo Letrado Mayor del Consejo de Estado y actualmente Consejero Nato, fue galardonado (juntamente con

don Luis Sánchez Agesta) con el Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales.

Al Teniente General don Gonzalo Puigcerver Romá, Jefe del Estado Mayor de la Defensa y Consejero Nato de Estado, se le autorizó para usar sobre el uniforme la condecoración de Gran Oficial de la Orden Nacional del Mérito de la República Francesa.

El Teniente General don Ignacio Alfaro Arregui, Consejero Electivo, recibió con sus colegas el homenaje al Ejército del Aire, con motivo del 75.º aniversario de la Aviación Militar Española, a la que ha pertenecido más de cincuenta años. S.M. el Rey les impuso la Medalla Aérea con carácter colectivo.

Con motivo del 10.º aniversario de la Constitución Española de 1978 y por su participación en las Cortes Constituyentes, fueron distinguidos con la Medalla al Mérito Constitucional los Consejeros don Gregorio Peces-Barba y del Brío, don Landelino Lavilla Alsina, don Antonio López Pina, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Josep Andreu y Abelló.

Don Manuel Alonso Olea, Letrado Mayor de la Sección 7.ª fue elegido Presidente del XII Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social celebrado en Madrid en el mes de septiembre de 1988. También fue investido doctor "honoris causa" por la Universidad de San Martín de Porres de Lima (Perú).

III. SERVICIOS

1. Archivo y Biblioteca

1.1. *Archivo*

Los fondos del Archivo se han visto incrementados este año con 1.493 expedientes.

Gracias a la informática se ha logrado una disponibilidad casi inmediata de información, ya que los documentos se procesan y ordenan al tiempo de remitirse.

Aparte del servicio prestado diariamente a los miembros del Consejo, 19 investigadores han sido autorizados a lo largo del año para consultar, con fines académicos, el fondo documental sobre estas materias:

- Reformismo colonial en Filipinas.
- Cámaras de Comercio (aspectos históricos).
- Expropiación forzosa.
- Gobierno municipal en el Antiguo Régimen.
- Vapores correo a Cuba y Filipinas.
- Guerra hispano-americana 1898.
- Tramitación de Tratados internacionales.
- Manila en el siglo XIX.

1.2. *Biblioteca*

En el año 1988 se incorporaron a la Biblioteca del Consejo de Estado 1.824 nuevos títulos y se recibieron con regularidad 204 publicaciones periódicas.

Para que los usuarios del servicio puedan disponer de una mejor y más actualizada información bibliográfica se han elaborado y distribuido un boletín de adquisiciones y cuatro sumarios de revistas. Se halla en fase avanzada el proceso de análisis documental de estas últimas que permitirá, en breve, ofrecer una información detallada de su contenido.

Los trabajos de reprografía de dictámenes y disposiciones se pueden hacer ahora con mayor rapidez, gracias al nuevo equipo instalado.

También se han intensificado las relaciones con bibliotecas y centros de documentación de diversas entidades oficiales, relaciones que ayudan a llenar los respectivos vacíos informativos.

2. **Informática**

2.1. *Equipo*

El Sistema MV-7800 de DATA GENERAL se incrementó durante el pasado año 1988 con la adquisición de cuatro terminales para dar servicio a Secretaría General, Ponencia Especial de Memoria y Biblioteca.

Para que el Consejo de Estado pueda incorporarse al Sistema de Transmisión Automatizada de Documentación Administrativa (ESTRADA) se ins-

taló un "modem" con una línea punto a punto conectada con el Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno. Esta línea entrará en operación en el año 1989, una vez adquirido el hardware necesario.

Se está tramitando, ante la Comisión Interministerial para la Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos (CIABSI), un expediente de ampliación del equipo para dotar del material necesario a los departamentos del Consejo que todavía no cuentan con este tipo de instalaciones.

2.2. Actividad

A lo largo del año se han automatizado los procesos de nóminas, seguimiento de expedientes y gestión de personal, y se ha continuado la carga de la base de doctrina legal y de la base de datos "legis" que contendrá las disposiciones generales publicadas en el Boletín Oficial del Estado desde el 1.º de enero de 1987 y el Derecho Comunitario posterior al 1.º de enero de 1986. La grabación y edición de los dictámenes se hace ya íntegramente a través del ordenador.

Se está preparando la informatización de la Biblioteca y del Archivo con dos bases de datos (de fondos bibliográficos y de expedientes) y un sistema gestor de préstamos y pedidos. Por primera vez se ha utilizado el ordenador para la edición del catálogo de nuevas adquisiciones de libros.

Asimismo se ha continuado con la formación del personal impartiendo un curso especial de sistema operativo AOS/VS para los técnicos de informática y otros más generales para los usuarios.

3. Obras e instalaciones

De acuerdo con el plan trienal de inversiones previamente aprobado, se elaboró el proyecto de las obras de restauración de las cubiertas del Palacio de los Consejos, cuyo presupuesto de ejecución material asciende a la suma de 21.156.315 pesetas; pero, dado lo avanzado del ejercicio, hubo que diferir su ejecución hasta la primavera de 1989. El proyecto comprende no sólo el saneamiento y retejado de la cubierta sino también la restauración de las terrazas del patio interior, reposición de bajantes y adecuación de la cámara bajo cubierta para hacerla capaz de albergar los sistemas de control de las instalaciones del edificio e incluso parte del archivo.

Una mejora importante ha sido la instalación de un servicio central de reprografía, dotado de nuevo equipo; no hay que olvidar que en el Consejo de Estado se hacen más de 75.000 fotocopias mensuales.

En otro capítulo, hay que destacar la restauración del salón de sesiones, pintura de galerías, adquisición de mobiliario para algunas Secciones, compras de máquinas de escribir, equipos de grabación, encuadernadora, etc., y los incesantes trabajos de conservación que requiere el edificio.

IV. VARIOS

1. Actividades externas del Presidente

El Presidente del Consejo de Estado fue recibido en audiencia por S.M. el Rey el día 2 de noviembre de 1988.

El 22 de abril asistió en Roma a las ceremonias de beatificación del Padre Francisco Palau, al frente de la Misión Extraordinaria que representó a España, y el siguiente día 25 fue recibido en audiencia privada por S.S. el Papa.

Invitado por la Universidad de Bolonia, y dentro de las celebraciones del IX Centenario de dicha institución, asistió a la investidura como Doctor Honoris Causa de S.M. el Rey y a las reuniones de Derecho Constitucional comparado organizadas por la Facultad de Derecho de aquella Universidad, entre el 3 y el 5 de abril.

También asistió, invitado por el Gobierno Autonómico de Canarias, a la inauguración de la nueva sede del Consejo Consultivo de Canarias, el 8 de junio. El 22 de noviembre estuvo en la Conmemoración del Aniversario del Principado de Asturias, invitado por el Presidente de dicho Principado.

En abril, intervino como ponente en las Jornadas de Coordinación General Sanitaria organizadas en Madrid por el Consejo Interterritorial de Sanidad. En junio, designado ponente por el Parlamento Europeo (Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos), asistió a la reunión celebrada en Salamanca sobre "Aplicación del Derecho Comunitario en España, después de la entrada en vigor del Acta Unica Europea".

Ha impartido lecciones o conferencias en diversos centros universitarios o instituciones públicas tales como la Universidad de Verano de El Escorial,

la Universidad de Santiago, Asociación de la Prensa de Zaragoza, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, etc.

2. Visitas al Consejo de Estado

El Defensor del Pueblo, don Alvaro Gil-Robles, hizo una visita institucional al Consejo de Estado el día 27 de mayo de 1988.

También hubo visitas colectivas de profesores y alumnos del Instituto Nacional de Administración Pública y de diversas Facultades Universitarias.

3. Tribunal de Conflictos

El Pleno del Consejo de Estado, en sesión celebrada el 24 de noviembre de 1988 y para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acordó designar como titulares del Tribunal de Conflictos, para el próximo período, a los Consejeros Permanentes don Jerónimo Arozamena, don Pelegrín de Benito y don Antonio Sánchez del Corral.

4. Participación en Congresos y actividades científicas

El Consejero Permanente don Manuel Gutiérrez Mellado participó como miembro de la delegación española en la conferencia de Democracias Restauradas, celebrada en Manila en el mes de junio de 1988.

Don Landelino Lavilla, Consejero Permanente, impartió en la Fundación Juan March, entre el 15 y el 24 de noviembre, un curso de conferencias que llevaba por título general "La Constitución Española", con motivo de cumplirse el décimo aniversario de su promulgación.

El Consejero Electivo don Antonio López Pina participó en diversas actividades científicas, invitado por la London School of Economics and Political Science y por las Universidades de Leeds, Friburgo y "La Sapiencia" de Roma.

El Sr. Jiménez de Parga, Consejero Electivo, dirigió en la Universidad de Verano de El Escorial un curso sobre "Estado autonómico - Estado federal".

El Consejero Electivo don Manuel Broseta Pont fue nombrado, en su calidad de Presidente de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia, Vicepresidente mundial de la "Ligue Internationale du Droit de la Concurrence" y miembro de su Comité Ejecutivo. Asistió como ponente al Segundo Congreso Internacional de Derecho Mercantil celebrado en Caracas en octubre de 1988 y, como representante de España, al Congreso Internacional de Derecho de la Competencia celebrado en Angers (Francia).

El día 13 de enero de 1988, don Jorge Rodríguez-Zapata, Letrado Mayor de la Sección 5.ª, fue recibido en audiencia por S.M. el Rey, a quien le hizo entrega de su libro "Sanción, promulgación y publicación de las leyes".

El Letrado don Leopoldo Calvo Sotelo Ibáñez-Martín pronunció en el mes de octubre una conferencia sobre el Acta Unica Europea en la Universidad de Pittsburgh (Pennsylvania-U.S.A.)

SEGUNDA PARTE

OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS



1. Sobre la legislación básica

1.1. *Estado de la cuestión.*

En Memorias de años anteriores —y, de modo especial, en la correspondiente a 1985— el Consejo de Estado hizo observaciones y sugerencias con el explícito propósito de suscitar la reflexión, primero, y orientar la actuación, después, en relación con la “legislación básica”.

En el ejercicio de la labor consultiva en 1988, al dictaminar proyectos de reglamentos o al evacuar consultas sobre la impugnación ante el Tribunal Constitucional de disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas (puntos 3 y 6 del artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril), el Consejo de Estado ha podido percibir los términos concretos en los que las distintas cuestiones se han ido planteando, a la vez que, a través de un proceso de evidente maduración, se decantaban los criterios y se adquiría mayor seguridad en el sistema de producción normativa, tanto por parte del Estado como de las Comunidades Autónomas. Ocioso es resaltar el papel fundamental desempeñado a este respecto —en congruencia, por lo demás, con su propia naturaleza— por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional —según una síntesis incorporada por este Consejo de Estado a su Memoria de 1985— formuló dos principios capitales desde su primera y esclarecedora aproximación: 1) en virtud del primero, afirmó la posibilidad de identificar materialmente lo que, según la Constitución y los Estatutos de Autonomía, eran bases o legislación básica del Estado, de modo que, aun en defecto de un pronunciamiento del legislador y por referencia a la legislación preconstitucional, cabía inferir qué prescripciones normativas merecían la consideración de básicas y cuáles no a los efectos de que se trata; 2) en virtud del segundo, reservó a su propia función jurisdiccional el discernimiento último sobre el resultado de ese proceso deductivo o de inferencia, a la vez que salvaguardó la competencia del legislador post-constitucional para determinar la legislación básica, naturalmente bajo control de constitucionalidad del Tribunal.

Los principios así sintetizados se fijaron, en origen, sobre el doble presupuesto de que, por una parte, no existía una legislación respecto de la que las Cortes se hubieran pronunciado acerca de su carácter básico o no y, por otra parte, era inexcusable dar contenido y eficacia a la legislación básica para enjuiciar la adecuación o no de las normas del Estado y de las Comunidades Autónomas a la distribución de competencias hecha por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Como este Consejo de Estado tuvo ocasión de exponer, la legislación básica resultaba tan cardinal para hacer realidad la nueva organización territorial del Estado que, en el proceso mismo conducente al establecimiento de tal organización, no consintió una especie de eficacia demorada hasta la previa fijación de su sentido y alcance mutativos sobre el ordenamiento jurídico vigente. Dicho en otras palabras: pudo pensarse —y casi pretenderse— que la virtualidad funcional de la legislación básica pendía de una inicial manifestación de voluntad del legislador postconstitucional, a quien correspondería formular los nuevos instrumentos legales o identificar los preceptos a los que conviniera el carácter de “básicos”, bien por expresa determinación de las nuevas leyes dictadas, bien por referencia a —e inferencia de— la legislación preconstitucional que se mantuviera vigente.

Pronto se advirtió —y fue definitivo el aval del Tribunal Constitucional— que una ordenada actuación de las competencias de las Comunidades Autónomas, una vez verificada su atribución, exigía la inmediata y correlativa efectividad del concepto “legislación básica”, so pena de distorsionar, en términos constitucionalmente inadmisibles, la delicada fase de articulación de la nueva organización territorial del Estado.

En la Memoria de 1985 este Consejo advirtió ya cómo el Estado legislador —o reglamentador— quedaba directamente concernido por la salvaguardia que a su favor reconoció el Tribunal Constitucional. Y esa salvaguardia tenía que ser entendida —como el Consejo de Estado hubo de advertir en relación con el reiterativo recurso a las cláusulas “sin perjuicio...”, en leyes y reglamentos postconstitucionales— percibiendo en ella una invitación, cuando no un tácito y severo requerimiento, para proclamar con rigor y sin inhibiciones qué preceptos, en trance de incorporarse al ordenamiento jurídico, habían de hacerlo con el carácter de básicos o a cuáles de entre los preceptos preconstitucionales vigentes había que reconocer tal carácter.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al abordar en sucesivas ocasiones el que considera “espinoso problema de definir desde el punto de vista constitucional el concepto de bases”, ha evolucionado en una línea ya

apuntada y que puede muy bien expresarse, con las reservas y matizaciones que se harán, en la siguiente forma: a) acentuación del carácter formal de las bases; b) paralela sustitución del criterio tendente a la inmediata virtualidad del concepto "legislación básica", por el que responde a las exigencias de la certidumbre jurídica.

1.2. Mayor rigor en la condición formal de las normas básicas.

En términos bien expresivos la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/1988, de 19 de abril (fundamento jurídico 6.º) señaló que, una vez logrado, con el transcurso del tiempo, un sustancial avance en la construcción del sistema autonómico, razones relativas a una elemental certidumbre jurídica obligan a exigir, manteniendo el concepto material de bases, elaborado por la doctrina del Tribunal, un mayor rigor en la condición formal que dichas normas han de tener para poder ser calificadas como tales bases, lo que impone la necesidad de que la norma establezca de un modo expreso su carácter de básica o bien que aquel carácter se infiera con naturalidad de su propia estructura.

a) Es de advertir, ante todo, que el Tribunal Constitucional desarrolla su razonamiento con plena conciencia de que se inserta en una línea evolutiva, respecto de la que el propio factor tiempo, en cuyo transcurso se cubren sucesivas fases, coadyuva a orientar la interpretación constitucional. Los que al principio pudieron ser, así, criterios prevalentes, quizá únicos y, en todo caso, imprescindibles, van admitiendo su armónica conjugación con otros criterios emergentes y que en un momento originario resultaban indisponibles sin riesgo de bloqueos. Tal vez una primera impresión de la evolución jurisprudencial permitiera respaldar la convicción, no exagerada, de que se ha producido una auténtica derivación desde la concepción material de las bases hasta la categórica calificación de su condición formal. No parece, sin embargo, que esa convicción pueda cimentarse sólidamente sobre los fundamentos jurídicos de las diversas sentencias del Tribunal Constitucional. De ellas se desprende, más bien, como ya se ha anticipado, una modulada progresión hecha visible en la creciente fuerza argumental de criterios otrora postergados y en la nueva ponderación —nunca expulsión— del que inspiró con un necesario impulso de arranque los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En efecto, cuando el Tribunal hubo de plantearse la viabilidad de las potestades normativas de las Comunidades Autónomas, hallándose tales potestades sujetas a unas bases cuyo establecimiento quedaba reservado por

la Constitución al legislador estatal, optó por la respuesta afirmativa y rechazó, en consecuencia, la necesidad, que a la sazón hubiera sido paralizante, de que el ejercicio de aquellas potestades quedara pospuesto en el tiempo al de la competencia estatal.

La posición del Tribunal Constitucional, cuyo buen sentido no es del caso encarecer, supuso una apertura interpretativa que ni, de una parte, obstaba el ejercicio de las competencias normativas autonómicas hasta que el legislador estatal hubiera hecho previa definición de las bases a que debían ajustarse, ni, de otra parte, permitió que las Comunidades Autónomas, asumiendo como dato la inexistencia de una legislación básica, pudieran frustrar los fundamentos y objetivos constitucionales a que respondía la previsión de tal legislación, en su doble aspecto de competencia estatal y de correlativa delimitación de las competencias autonómicas.

Inevitable resultaba, a este fin, partir con firmeza de un concepto material de bases y subrayar la posibilidad consiguiente de inferir, incluso —y en aquel entonces, sobre todo— de la legislación preconstitucional, las prescripciones normativas a las que, expurgados sus eventuales aspectos inconstitucionales, conviniera con propiedad la calificación de básicas.

De esta suerte se emprendió —no sin vacilaciones y alguna perplejidad— el delicado y complejo proceso que suponía la construcción del sistema autonómico.

b) Como se ha indicado antes, en los albores de la jurisprudencia constitucional se percibía ya, no sólo la invitación, sino el requerimiento al legislador estatal para que tomara sobre sí la función de designar con precisión las normas que, como básicas y a los efectos de que ahora se trata, se incorporaran al ordenamiento jurídico. Es lo que la precitada Sentencia del Tribunal Constitucional 69/1988 (con importante y significativa reiteración en la Sentencia 15/1989, de 26 de enero) considera “mayor rigor en la condición formal que dichas normas han de tener para poder ser calificadas como tales bases”. El requerimiento al legislador estatal aparece manifiesto y hasta apremiante en la propia terminología del Tribunal, que utiliza los verbos “obligar”, “exigir” e “imponer” para expresar el alcance y sentido de las acciones conducentes a aquel mayor rigor en la condición formal de las normas básicas, a fin de que “la norma establezca de un modo expreso su carácter de básica o bien que tal carácter se infiera con naturalidad de su propia estructura”.

c) La argumentación del Tribunal Constitucional (y hasta la literalidad de algunas de sus aseveraciones) muestra que el desplazamiento del acento

desde lo material a lo formal no implica una sustitución sino, con más propiedad, la normal consecuencia del cambio de situación y del diverso peso de las razones en que se fundan las declaraciones del Tribunal.

De una parte, es evidente la traducción que, sobre la realidad cualitativa del sistema político y del orden jurídico, ha tenido el transcurso del tiempo: a él y, por supuesto, a su razonable aprovechamiento refiere el Tribunal Constitucional "un sustancial avance en la construcción del sistema autonómico" que, confrontado sin duda con lo que fue la situación de partida, permite ahora afinar exigencias y propiciar el deseable rigor.

De otra parte, la mayor intensidad en la valoración de las "razones relativas a una elemental certidumbre jurídica" viene impuesta por los propios principios constitucionales (artículo 9.3) en cuanto postulan que la inferencia a través de un proceso lógico-deductivo no opere sólo en fase de interpretación-aplicación de las normas por dejación que el legislador haga en la formación de su juicio y en la manifestación de su voluntad. Primero, porque sobre el propio legislador estatal se proyectan los invocados requerimientos en favor de la certidumbre jurídica; segundo, porque, aunque se mantenga el concepto material de bases, no puede negarse la inevitable existencia de márgenes de discrecionalidad que autoricen al legislador para dar una u otra extensión a la calificación de básico sin desvirtuar dicho concepto material y sin que la jurisdicción constitucional tenga por qué proyectar su control fuera de los límites en que la valoración del diseño y de los objetivos constitucionales aparezca como prudente y correcta en la manifestación de voluntad de la representación democrática del pueblo.

d) De lo que antecede resulta la inconveniencia de actuar —en esta como en tantas otras ocasiones— admitiendo una dualidad radical y en irreductible tensión polémica. A nada conduce la dogmática afirmación —o negación— de que el concepto de bases, a efectos de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, es —o no es— un concepto rigurosamente material o excluyentemente formal. Lo cierto es que la imbricación entre materia y forma es mucho más fluida de lo que pudiera pensarse y que, en no pocas circunstancias, el adecuado y pleno desenvolvimiento de un concepto material puede venir orientado y hasta definido por los términos de una calificación formal emanada de quien tiene legítima potestad de discernimiento, según criterios flexibles en que inspirar su discreción y su responsabilidad.

Es importante advertir a este respecto que el pase de un concepto material a un concepto formal de las bases quizá no sea sino una forma expresiva

—en su misma simplificación— de subrayar la evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No es, sin embargo y a juicio de este Consejo de Estado, una estrecha y rígida descripción del sentido y consecuencias de aquella evolución. Baste recordar que la exigencia de un mayor rigor en la condición formal, que las normas han de tener para poder ser calificadas como bases, resulta severamente modulada por el inciso “manteniendo el concepto material de bases elaborado por la doctrina de este Tribunal” (Sentencias 69/1988 y 15/1989).

El Tribunal Constitucional no abandona, pues, el concepto material de bases; lo que hace, vista la situación tras diez años de vigencia de la Constitución, es recordar al legislador, con firmeza, que el principio constitucional de seguridad jurídica (en su aspecto “certidumbre”) le reclama que califique inequívocamente como básicas las normas a las que atribuya tal carácter. Y esa calificación —queda entendido— la ha de fundar el legislador sobre su propio compromiso de juicio y de voluntad acerca de lo que considere materialmente básico, aunque quede naturalmente sujeto al eventual control de constitucionalidad que, incluso con el dato de la condición formal atribuida por el legislador, siempre tendrá como necesaria y última referencia el concepto material de bases según la definitiva interpretación que al Tribunal Constitucional compete.

e) Es procedente, por tanto, subrayar que, acentuado el carácter formal de las bases y vigorizada, por consiguiente, la necesidad de que sea el legislador quien atribuya ese carácter, no se sustrae al control de constitucionalidad la calificación verificada por el legislador ni se coarta la posición del Tribunal Constitucional —aunque esa calificación pueda ser elemento de reflexión y de ilustración singular— en trance de juzgar sobre la constitucionalidad de los fundamentos y alcance con que el legislador estatal ha introducido unas normas, como básicas, en el ordenamiento jurídico. El control de constitucionalidad, en general, y el del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en particular, no devienen constreñidos por la mera comprobación formal —sin referencia material sustantiva en que asentar el juicio— de que el legislador ha calificado como básico lo que ha estimado tal y por tal ha de ser tenido, en virtud precisa y exclusivamente de esa calificación.

Valga, como ejemplo, la concreta apreciación del Tribunal Constitucional, contenida en el fundamento jurídico 6.º de la Sentencia 15/1989 y según la cual una determinada norma “no puede ser considerada como base desde el punto de vista formal, toda vez que no se le ha dotado expresamente de ese carácter, ni tal carácter se deduce de la estructura de la norma, ni lo sería

tampoco desde el punto de vista material". El párrafo transcrito es sin duda bien expresivo de la final convergencia integrada de los criterios que han abierto los surcos por los que ha discurrido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la legislación básica.

1.3. *La inferencia natural*

Merece atención separada esa "inferencia natural" a la que en uno u otros términos aluden las sentencias invocadas y que ha sido objeto de ocasional o necesaria mención en los apartados precedentes.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional, que han recalcado la exigencia de un mayor rigor en la condición formal que las normas han de tener para poder ser calificadas como bases, afirman la necesidad de que la misma norma establezca de un modo expreso su carácter de básica "o bien que aquel carácter se infiera con naturalidad de su propia estructura". Lo cual significa que, en su labor de revisión, el Tribunal ha de examinar ante todo la calificación formal de las bases y, después, si materialmente lo son, "debiendo subrayarse en punto a la primera indagación que una norma podrá considerarse como base en una determinada materia cuando exista una expresa designación de su carácter o cuando se produzca la natural inferencia del mismo, por lo cual habrá de examinarse la estructura de la norma, su contexto y los demás datos que permitan descubrir, con naturalidad, la decisión del legislador al respecto".

En voto particular que acompaña a la Sentencia 15/1989, el Magistrado Sr. Díez-Picazo expresa su discrepancia, respecto del parecer del Pleno del Tribunal, en la aplicación que se hace del concepto de bases; según su opinión, de acuerdo con la más reciente doctrina del Tribunal "había que acentuar el carácter formal de las bases y, por consiguiente, la necesidad de que el legislador les atribuya expresamente este carácter". El Magistrado discrepante se manifiesta "dispuesto a aceptar también la línea de la llamada inferencia natural a partir de la estructura de la norma", si bien, a su juicio, tal natural inferencia no procedía en el caso debatido, porque cosa distinta es "deducir del contexto una voluntad del legislador, que no ha recibido un mínimo de expresión textual".

No parece difícil advertir que en el principio de la "inferencia natural" se manifiestan secuelas vivas, necesariamente vivas, de la primera línea argumental seguida por el Tribunal Constitucional. Se trataba entonces de indagar e inferir lo que en la legislación preconstitucional —mas no inconstitucional— podía y debía ser considerado materialmente básico, a la vista del

significado y finalidad propios de la competencia estatal para dictar determinadas normas básicas. Cuando —en los términos y con la limitación ya indicados— se traslada el acento, para la identificación de lo básico, desde la valoración material a la calificación formal, la operación interpretativa inicial, para el legislador autonómico o para el Tribunal revisor, no es ya aplicar un método deductivo lógico para inferir lo que sea básico, sino examinar si la norma de que se trate ha recibido la calificación de básica por parte del legislador. Pero en ese examen tanto debe quedar fijado aquello sobre lo que el legislador se ha pronunciado de modo directo e inequívoco, cuanto debe ser investigado lo que está implícito y se deduce de la estructura de la norma, de su contexto y de los demás datos que permitan descubrir, con naturalidad, la decisión del legislador al respecto.

Mientras que la inferencia característica de la primera fase interpretativa de la legislación básica operaba según criterios materiales, como se ha dicho, la nueva inferencia natural se sitúa en la fase de indagación acerca de si una norma es o no formalmente básica. Y ello quiere decir dos cosas:

a) Que esa inferencia natural conducente a descubrir la decisión del legislador al respecto no interfiere, sino que coexiste, con la reaparición de la doctrina originaria sobre la inferencia para comprobar si la norma en cuestión es o no básica según criterios materiales necesariamente extraídos del bloque de constitucionalidad. La inferencia natural, por tanto, se dirige a yuxtaponer a lo que el legislador ha calificado como básico lo que, con naturalidad, resulta básico aunque no haya mediado o sea cuestionada esa identificación.

b) Que en la llamada ahora inferencia natural ha lugar para matices interpretativos, no exentos de sutileza, como puede advertirse confrontando los términos de la Sentencia 15/1989 y los del Voto particular antes citado. Pero lo que importa dejar establecido, en cualquier caso, es que la discrepancia no se ha formalizado acerca de la admisibilidad de la inferencia natural ni de su punto de partida que es la estructura de la norma. En lo que parece haber divergencia es en la consideración de si una determinada inferencia ha de seguirse naturalmente de la estructura de la norma o puede ser consecuente a una atribución a la voluntad del legislador, según su contexto, de la que no hay la menor expresión en el texto.

1.4. Legislación básica y reserva de ley

La entrada en vigor de la Constitución supuso una importante innovación en el sistema jurídico español, que fue cuajando a través del proceso de institucionalización de las Comunidades Autónomas y de la asunción y ejercicio

de sus potestades normativas. El dato quizá más expresivamente característico es la concurrencia real de una pluralidad de ordenamientos, trabados entre sí por el esquema —constitucional y estatutario— de distribución de competencias, y no articulados, con propiedad, por razones de jerarquía.

No ha sido extraño, sin embargo, que algunas resonancias del sistema anterior pudieran percibirse, pese a la prontitud y rigor con que la doctrina, los profesionales del Derecho y, en frecuente posición de guía, el Tribunal Constitucional asimilaron, formularon y desarrollaron los principios de la nueva realidad. Cierta trasposición, a la dualidad entre legislación estatal básica y legislación autonómica, de los términos en que tradicionalmente se ha concebido y resuelto la existente entre ley y reglamento ha sido quizá la más significativa de aquellas resonancias.

Cuestión distinta, aunque concomitante y en relación más inmediata con la línea discursiva de los precedentes apartados, es la que suscita la existencia de ámbitos materiales en los que resultan convergentes la competencia estatal sobre la legislación básica y la reserva constitucional de ley.

La cuestión es distinta porque no hay superposición de dichos ámbitos ni tan siquiera un verdadero paralelismo en los elementos conducentes a su delimitación respectiva. La posición en que se halla el titular de la potestad reglamentaria, respecto del legislador, viene dada por la subordinación del reglamento a la ley y por la función primordial de aquél en cuanto vía habilitada para la introducción en el ordenamiento jurídico de los complementos normativos indispensables a fin de asegurar la efectividad y desarrollo de las decisiones legislativas. En cambio, la posición del legislador autonómico respecto del legislador estatal, titular de la potestad de dictar bases a que en determinadas materias hayan de sujetarse las Comunidades Autónomas, no es de subordinación jerárquica sino de plenitud en el ámbito competencial de lo no básico, siempre naturalmente con sujeción a los términos en que hayan asumido estatutariamente sus competencias y presupuesta la determinación de lo básico, respecto de la que ya se han hecho consideraciones anteriores.

La cuestión es, sin embargo, concomitante, porque la puesta en juego simultánea de la reserva de ley y de la preservación de la legislación estatal básica comporta derivaciones que trascienden al ejercicio de la potestad reglamentaria.

No se trata de suscitar ahora el problema relativo a la admisibilidad de que por reglamento se establezcan y califiquen, como básicas, prescripcio-

nes normativas. De los sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional puede colegirse, a juicio del Consejo de Estado, que la competencia estatal sobre la legislación básica no prefigura, necesariamente y sin más, una rígida y coincidente reserva de ley. Como antes se ha dicho, en relación con la evolución jurisprudencial acerca de "lo básico", la acentuación de la exigencia formal para su determinación no puede desplazar "a radice" el sustrato material en que se asienta el concepto, sobre el que debe operar el legislador y sobre el que necesariamente, en su caso, habría de fundarse el pronunciamiento jurisdiccional. De la misma manera, siempre hallará un límite la pertinencia de sustraer a la potestad reglamentaria la fijación de lo que, con el carácter de básico, pueda ser complemento indispensable de lo que como básico fue establecido por la ley; porque el ámbito de la legislación básica tolera —y hasta ocasionalmente demanda— el normal desenvolvimiento de las relaciones entre ley y reglamento. Es decir: entre legislación básica del Estado y potestades normativas de las Comunidades Autónomas hay un ajuste "ratione competentiae", que ni consiente una extensión tal de aquélla que alcance a vaciar de contenido las potestades autonómicas ni, desde luego, se resuelve por aplicación del principio de jerarquía normativa que es el operante para fijar los límites de validez del reglamento en su conexión con la ley.

Lo que importa destacar ahora, a partir de ese planteamiento introductorio, es que la legislación básica y la reserva de ley sobre una determinada materia no implican la exacta y necesaria coincidencia de sus confines. Aunque aparezca evidente cierta convergencia nuclear puede existir una natural divergencia en la extensión de sus respectivos ámbitos, por más que, al menos conceptualmente, tampoco haya que reputar necesaria tal divergencia. Es patente, en todo caso, la dualidad de los conceptos y de las correlativas funciones a desempeñar en la ordenada articulación del sistema jurídico.

De esta suerte,

a) La precisión de lo básico en una ley estatal no excluye su extensión a lo que constituya su necesario complemento reglamentario.

b) La legislación básica emanada del legislador estatal, respecto de materia sobre la que exista reserva de ley, no tiene por qué comportar el agotamiento de las exigencias de ésta, de forma que las Comunidades Autónomas puedan dictar, siempre y sin más, sus normas reglamentarias. Cabe y es hasta lógico que la legislación básica del Estado no agote el alcance de la reserva de ley, de modo que la primera y natural manifestación de las potestades normativas comunitarias haya de ser una ley autonómica que, conjuntamen-

te con la ley básica del Estado y ajustándose a ella, complete las exigencias del principio de reserva de ley. El modo en que se procedió respecto del régimen local —y sobre el que se hicieron ya reflexiones en la Memoria de 1985— resulta ilustrativo.

c) Cabría, también y por la misma lógica argumental, concebir una legislación básica que llegara a cubrir plenamente la reserva de ley. La afirmación requiere, sin embargo, cierta matización: aquella cobertura se produciría si hubiera una hipotética coincidencia entre el núcleo básico —medular— y el alcance de la reserva de ley; no debería producirse, en cambio, la situación considerada si fuera simple resultado comprobado de una indebida expansión de lo básico, susceptible de llegar a neutralizar la concepción desde la que opera la llamada legislación básica, a efectos de articular las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

1.5. *Sugerencia*

La situación expuesta es por sí misma suficiente para que este Consejo de Estado, en la línea de lo sugerido ya en Memorias anteriores, eleve al Gobierno las reflexiones hechas encareciendo, a modo de conclusión, la procedencia de tenerlas presentes en trance de ejercitar iniciativas normativas y, en general, en el desarrollo del sistema de producción de normas. Así lo requiere la racionalidad de éste, la certidumbre jurídica y, por supuesto, la consistente doctrina del Tribunal Constitucional.

Todo lo dicho se inserta coherentemente en la línea de las observaciones y sugerencias que el Consejo de Estado eleva anualmente al Gobierno y en las que es clave sostenida la preocupación por mejorar nuestro ordenamiento jurídico y el acceso a él de las diversas piezas que lo integran. Cualquier esfuerzo al servicio de la claridad y la certeza está cabalmente justificado; mucho más cuando convergen los efectos de la organización autonómica interna con los que simultáneamente se derivan de la adhesión a la Comunidad Europea.

En síntesis y concretando lo expuesto, el Consejo de Estado estima que la acentuación de la condición formal de las bases debe traducirse en su identificación por el propio legislador, de modo expreso o implícito (la aludida "inferencia natural"). Y cabe cuestionar la idoneidad de ciertas estructuras normativas para incluir tal identificación, pues si bien las normas de rango reglamentario pueden hacerla, a título de complemento necesario de una ley que la contenga, no les corresponde innovar el ordenamiento en este extremo a falta de cobertura legal. Tal cobertura, sin embargo, puede ser pres-

tada por una ley en la que existan normas materialmente básicas, aunque eventualmente faltara su designación formal como tales.

2. Sobre los acuerdos normativos del Consejo de Ministros

2.1. Competencia y forma

El Gobierno que, a tenor del artículo 97 de la Constitución, “ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”, expresa su voluntad mediante actos administrativos y mediante disposiciones generales.

El artículo 24 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado establece que adoptarán la forma de decreto las disposiciones generales y las resoluciones del Consejo de Ministros “cuando así lo exija alguna disposición legal”. El inciso entrecomillado está constreñido a las “resoluciones”, por oposición a las “disposiciones generales” en la terminología de la citada Ley. El artículo 24 debe ser entendido, por tanto, en el sentido de que las disposiciones generales dictadas por el Gobierno adoptarán la forma de decreto en todo caso, mientras que los demás acuerdos del Consejo de Ministros —cuyo contenido material no sea reglamentario u ordinamental— únicamente se adoptarán bajo la forma de decreto cuando así lo exija la ley.

La afirmación hecha no parece requerir mayor fundamento argumental si se advierte que el artículo 23.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado establece la jerarquía normativa a que se ajustarán las disposiciones administrativas de carácter general, situando en primer lugar los decretos como forma jurídica propia de las normas emanadas del Gobierno y sin que en la enumeración que incluye haya ubicación para unas hipotéticas disposiciones del Gobierno en pleno y que no revistan el ropaje del decreto.

Los “acuerdos del Consejo de Ministros” quedan por ende reservados para aquellos actos administrativos competencia del Gobierno y respecto de los que no medie la exigencia legal de que adopten la forma de decreto. Por el contrario, la manifestación de su potestad reglamentaria se produce a través de decretos insertándose en el ordenamiento jurídico con el rango y alcance que les corresponde en aplicación y desarrollo del principio de jerarquía normativa.

Este planteamiento, cuya aceptación no se presta a la polémica y cuyas consecuencias no son difíciles de fijar, aparece en ocasiones desconocido o difuminado en virtud de una práctica administrativa que o bien formaliza mediante decretos determinados actos del Consejo de Ministros, sin que una ley lo requiera, o bien alumbraba disposiciones generales a través de meras resoluciones que ordenan publicar en el Boletín Oficial del Estado acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros.

Hay un ámbito —y sólo uno— para la perplejidad y la controversia: es el definido por la discrepancia que pueda suscitarse sobre si el contenido material del acuerdo del Gobierno es una disposición general o un acto administrativo. Está fuera de lugar —y es, por supuesto, ajeno al propósito de la presente Memoria— discurrir ahora sobre aquella discrepancia y perfilar las notas diferenciales entre el acto administrativo —en especial el llamado acto general— y la disposición reglamentaria. Lo que ahora importa es subrayar que, más allá de la discrepancia y sin margen real para la misma, puede advertirse que bajo la forma de “acuerdo del Consejo de Ministros”, insertado en el Boletín Oficial del Estado por virtud de una resolución concerniente a su publicación, se han dictado determinadas normas suponiendo, quizá, que quedaban situadas en el lugar que correspondía al órgano superior en la jerarquía administrativa, el Gobierno, aunque no adoptaran la forma de decreto.

Procede advertir, a este respecto, que la fijación de la jerarquía normativa a que han de ajustarse las disposiciones administrativas se hace en el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en natural correlación con la orgánica, es decir con la posición que en esta última ocupa el órgano del que emana la norma reglamentaria. Y, siendo el Gobierno —el Consejo de Ministros— el primero de dichos órganos, sus productos normativos tienen prevalencia sobre los de autoridades y órganos inferiores, por lo que deben quedar situados en el primer escalón del artículo 23.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que corresponde, precisamente, a los decretos.

Los acuerdos del Consejo de Ministros, en cuanto tales, podrán formalizar la manifestación de voluntad del Gobierno titular de la función ejecutiva, pero no ser expresión del ejercicio de la potestad reglamentaria que, como se ha dicho, ha de adoptar la forma de decreto con inserción consiguiente de la norma en el ordenamiento jurídico y en el lugar jerárquico que le corresponde.

2.2. Reflexión en torno a un ejemplo: el sistema de fiscalización limitada previa que previene el artículo 95 de la Ley General Presupuestaria

El artículo 130 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, modificó el artículo 95 de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, redactándolo en términos incorporados al artículo de igual número (el 95) del Texto refundido de dicha Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

El apartado 3 del nuevo artículo 95 dispone que "el Gobierno podrá acordar, previo informe de la Intervención General de la Administración del Estado, que la intervención previa en cada uno de los Ministerios, Centros, Dependencias u Organismos se limite a comprobar" los extremos que enuncia. Y, entre éstos, figuran por remisión los que, "por su trascendencia en el proceso de gestión, determine el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, previo informe de la Intervención General de la Administración del Estado".

En el Boletín Oficial del Estado de 16 de abril de 1988 se publicó una Resolución de 25 de marzo de 1988 que dice:

"El Consejo de Ministros en su reunión del día 11 de Marzo de 1988 aprobó el siguiente acuerdo:

Acuerdo por el que se establece el sistema de fiscalización previa que regula el artículo 95 de la Ley General Presupuestaria, en materia de contratos de obras, de suministros, de asistencia con empresas consultoras o de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales.

A fin de favorecer su conocimiento y aplicación se publica (el citado acuerdo) como anexo a esta Resolución."

En el Boletín Oficial del Estado de 4 de junio de 1988 se publica, también por Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda, de 24 de mayo de 1988, el acuerdo del Consejo de Ministros, aprobado en su reunión de 13 de mayo anterior, "por el que se establece el sistema de fiscalización limitada previa que regula el artículo 95 de la Ley General Presupuestaria en materia de retribuciones, subvenciones, indemnizaciones, contratos patrimoniales y convenios". Al igual que en la precedentemente mencionada se expresa que "a fin de favorecer su conocimiento y aplicación se publica como anexo a esta Resolución", figurando seguidamente el texto del acuerdo del Consejo de Ministros.

Los mencionados acuerdos del Consejo de Ministros y los términos en que se han formulado y publicado suscitan, a partir de una calificación sobre su naturaleza, el problema de si debieron ser objeto de Real Decreto. Problema independiente de los que puedan derivarse del contenido de los propios acuerdos y de la interpretación hecha, ya sea en ellos mismos ya lo sea en su aplicación por los órganos interventores, acerca de la previsión y habilitación contenidas en el artículo 95 de la Ley General Presupuestaria.

Conviene señalar, en primer lugar, que las Resoluciones de la Secretaría de Estado de Hacienda y los Acuerdos del Consejo de Ministros que figuran como Anexos a ellas se han insertado en la Sección I ("Disposiciones Generales") del Boletín Oficial del Estado. Este dato no es naturalmente y por sí sólo definitivo en trance de cuestionar y calificar, subsiguientemente, la naturaleza normativa o no de tales acuerdos. Constituye sin embargo un indicio de que, al menos aparentemente, han accedido al ordenamiento jurídico como tal.

Por el contrario, los términos en que se ordena su publicación parecen presuponer que no se trata de disposiciones generales, puesto que la publicación de éstas en el Boletín Oficial es condición indispensable para que produzcan efectos jurídicos (artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y artículo 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo) y la expresión utilizada por aquellas Resoluciones no revela el propósito de cumplimentar una condición jurídica de eficacia sino la utilización de una vía —en sí misma convencional pero no necesaria— para favorecer su conocimiento y aplicación. Se considera, pues, que los Acuerdos del Consejo de Ministros serían eficaces aun sin publicarlos, pero hacerlo es conveniente porque favorece su conocimiento y su aplicación.

Las Resoluciones de la Secretaría de Estado de Hacienda serían así coherentes con los fundamentos por los que aquellos acuerdos del Consejo de Ministros no adoptaron la forma de decreto: no lo hicieron porque no son disposiciones generales y, no siéndolo, su publicación no constituye requisito de eficacia jurídica. Naturalmente, esa coherencia falta cuando la publicación de los acuerdos se hace bajo la rúbrica de "disposiciones generales" y cuando, en última instancia, resulta insostenible, a juicio del Consejo de Estado, que el contenido de los acuerdos no sea normativo.

2.3. En conclusión

No es propósito de la presente Memoria —lo es más bien de la doctrina legal de ese Alto Cuerpo Consultivo— apurar la argumentación respecto de

aquellos concretos acuerdos del Consejo de Ministros y su eventual carácter reglamentario. Se han esgrimido como ejemplo expresivo de la importancia que en esta Memoria se quiere dar a la rigurosa afirmación (observación) de que las decisiones normativas del Consejo de Ministros han de adoptar necesariamente la forma de decreto y a la consiguiente indicación (sugerencia) de que en consonancia con ello debe procederse.

3. Sobre las entidades de derecho público cuya actividad se ajusta al ordenamiento jurídico privado

3.1. Situación anterior a la Ley General Presupuestaria

Las características de determinadas actividades emprendidas por la Administración, la naturaleza de los intereses públicos a satisfacer y los postulados de eficacia para enfrentarse a problemas sociales, económicos y técnicos trascendieron a la propia estructura de la Administración Pública llevando a la creación de las llamadas Entidades estatales autónomas, ya porque fuera preciso dotarlas de una personalidad jurídica distinta de la del Estado, ya porque, aun faltando esa personificación, podían requerir, no obstante, una cierta autonomía funcional y financiera, sin la cual los servicios encomendados no se atenderían o lo serían deficientemente.

Con una afirmación inicial de este porte la Ley de 26 de diciembre de 1958 aborda su propia justificación, declarando que la legislación vigente a la sazón era fragmentaria e incompleta y no se hallaba en consonancia con el desarrollo adquirido por tales Entidades. Poner remedio a dicha situación fue el declarado propósito de la citada Ley.

Es posible que, como dice el Preámbulo de la Ley de 1958, resultara errónea la frecuente identificación de los problemas que suscitaban las Entidades estatales autónomas con los que eran propios de las llamadas Cajas especiales. Ciertamente el principio de unidad de Caja, en que se inspiraba el artículo 4 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, se traducía en la prohibición de que existieran Cajas especiales, pero, al no considerar tales aquellas "en que se custodien fondos que estén debidamente intervenidos", quedaron abiertas de hecho amplias posibilidades para la creación de Entidades estatales autónomas, incluso por disposición reglamentaria, sin someterlas a más requisitos que el mencionado de la intervención.

Lo que ocurría, sin embargo, conforme al propio tenor de la parte expositiva de la Ley de 1958, es que ni la situación de los fondos en las arcas o cuentas

del Tesoro ni la intervención de sus operaciones agotaban las cuestiones planteadas por la existencia de las Entidades estatales autónomas y que hacían necesaria su regulación, ya que esas cuestiones, derivadas de las diversas modalidades y manifestaciones que, según las circunstancias, había de tener su actividad administrativa (con importantes proyecciones en el derecho financiero), afectaban, no sólo al principio de unidad de Caja y al control de dichas Entidades, sino también y muy principalmente a los principios de unidad de patrimonio del Estado y de universalidad de su presupuesto en que se inspiraban los artículos 1 y 32 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911.

No obstante la diferenciación señalada, se reconoce paladinamente en 1958 que “en varias ocasiones, a partir de la época de su aparición, se produjeron diversos intentos, más o menos radicales, de supresión de dichas Entidades autónomas o Cajas especiales, cuyas denominaciones se consideraban sinónimas (Reales Decretos de 25 de febrero y 2 de abril de 1930, Ley de 1 de agosto de 1935 y Decretos de 28 de septiembre y 31 de diciembre de este mismo año)”.

Tras las Leyes de 5 de noviembre de 1940 y 13 de marzo de 1943, la de 26 de diciembre de 1958 incluyó la regulación de los Organismos autónomos, los Servicios administrativos con autonomía de gestión y sin personalidad y las Empresas nacionales.

El régimen jurídico vigente a partir de la última Ley tuvo naturales efectos de ordenación, racionalización y disciplina. No dejaron sin embargo de acusarse insuficiencias, en unos aspectos, y errores de orientación manifestados en excesos sofocantes de cualquier autonomía real, en otros aspectos.

3.2. *La Ley General Presupuestaria*

El juicio sobre la situación alcanzada por la aplicación de la Ley de 1958 y la nueva dirección de la política legislativa pueden percibirse en los siguientes párrafos de la parte expositiva de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria.

“Los Organismos autónomos del Estado que realizan actividades empresariales y las Sociedades que esta Ley llama estatales recaban los regímenes presupuestarios especiales que establecen los artículos 84 al 92, ambos inclusive, de la presente Ley. De este modo se incorporan a ella disposiciones que hasta ahora figuraban en la Ley de Entidades Estatales Autónomas introduciendo modificaciones acon-

sejadas por las técnicas de administración empresarial, según a continuación se expone.

Los Organismos autónomos estatales con actividades comerciales, industriales o financieras recaban presupuesto de explotación y de capital que no consienten su incorporación a los de carácter administrativo, cuales son los antes mencionados. Los presupuestos de estos Organismos son, al fin, instrumentos al servicio de la eficacia en la gestión. De aquí que sólo puedan figurar como anexo a los Presupuestos Generales del Estado. En verdad, el régimen presupuestario de esta clase de Organismos autónomos del Estado ofrece peculiaridades y requiere tal grado de flexibilidad que le sitúa en el ámbito del previsto Estatuto de la Empresa pública española, pero no era prudente aplazar su disciplina normativa hasta que dicho Estatuto se promulgue.

No obstante la insatisfacción que rezuman los anteriores párrafos, puede afirmarse que todos los presupuestos que quedan enumerados tienen común asiento en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, lográndose así que su texto constituya la base física que permita, en su día, la total integración, por una parte, de los presupuestos de carácter administrativo y, de otra, de los presupuestos o programas de los Organismos o Servicios estatales titulares de explotaciones económicas y de las Entidades jurídicas que se consideran a renglón seguido.

La configuración mercantil y la actividad económica privada, que son propias de las Sociedades estatales —según la definición de esta Ley—, las excluye de cualquier régimen presupuestario de naturaleza pública y, por consiguiente, rígida. Sí, en cambio, son propios de tales Sociedades los programas económico-financieros y aun los presupuestos de explotación o coste que regula la Ley en los artículos 83 al 91, ambos inclusive, con el específico régimen que los fondos públicos siempre demandan y, sobre todo, cuando proceden de dotaciones incluidas en los Presupuestos Generales del Estado”.

El régimen jurídico de las Entidades estatales autónomas resultó natural y directamente afectado por la entrada en vigor de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, si bien sólo en aquellas materias y aspectos correspondientes al ámbito específico de esta última Ley. Por ello, en la tabla adjunta a la cláusula derogatoria, se limita el alcance de ésta, respecto de la Ley de 26 de diciembre de 1958 sobre Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, a “las materias relativas a la Hacienda Pública”, constituida “por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eco-

nómico cuya titularidad corresponde al Estado o a sus Organismos autónomos" (artículo 2).

Esta eficacia derogatoria limitada adquiriría una especial significación cuando la utilización de determinados conceptos o categorías (de relevancia dogmática o jurídico-positiva) se hizo de modo expreso "a los efectos" de la Ley General Presupuestaria.

De esta suerte, los Organismos autónomos del Estado —respecto de cuya identidad vigente la Ley General Presupuestaria se colocaba en posición meramente receptiva y no innovadora ni mutativa— "se clasifican a los efectos de esta Ley (la General Presupuestaria) en la forma siguiente: a) Organismos autónomos de carácter administrativo; y b) Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero y análogos" (artículo 4.1), añadiendo que "los Organismos autónomos del Estado se regirán por las disposiciones de esta Ley, según la anterior clasificación, y por las demás que les sean de aplicación en las materias no reguladas por la misma" (artículo 4.2.).

Es decir, que los Organismos autónomos son objeto de una mera clasificación a los efectos de la Ley General Presupuestaria que, congruentemente, los somete a prescripciones distintas, en su ámbito, según se incluyan en uno u otro de los términos de la clasificación.

Es paralelo, pero con una profunda divergencia de concepción, el criterio utilizado en el artículo 6 de la Ley General Presupuestaria. El paralelismo resulta de que su eficacia normativa, proyectada *prima facie* sobre lo que la Ley de 1958 consideraba "Empresas nacionales", está limitada "a efectos de la Ley", sin voluntad de trascender a aspectos ajenos a los que constituyen estrictamente "las materias relativas a la Hacienda Pública". La divergencia, por su parte, se acusa con claridad en tres notas:

1.ª No determina las Entidades a que atañe por pura remisión o por utilización de una categoría dogmática acuñada en el derecho positivo vigente, preexistente o externo a la Ley General Presupuestaria. Mientras que el artículo 4 no se propone decir qué son Organismos autónomos, sino que, dando por supuesta su identidad normativa, se limita a clasificarlos a efectos de la Ley General Presupuestaria, el artículo 6 sí dice qué son Sociedades estatales, bien que a efectos exclusivos de la propia Ley.

2.ª A través de la caracterización de las Sociedades estatales, puede afirmarse la existencia de dos clases (Sociedades mercantiles y En-

tidades de derecho público que hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado), pero el artículo 6 no tiene una formulación clasificadora sino definitoria, aunque aplica un mismo "nomen iuris" a dos realidades que con claridad denotan su diferencia de naturaleza y su irreductibilidad a una categoría dogmática unitaria. Ello, claro está, con independencia de que unas y otras (Sociedades mercantiles y Entidades de derecho público) puedan quedar sujetas a común disciplina desde el punto de vista propio de la Ley General Presupuestaria.

3.^a Lo que antecede conduce a una conclusión que tiene carga crítica respecto de la Ley General Presupuestaria, pero que es necesario hacer explícita para evitar desorientaciones y hasta equívocos como los que, a título de ejemplo, se expondrán después. La conclusión anunciada, cuya obviedad podría excusar su constancia expresa, es que la Ley General Presupuestaria dice que son Sociedades estatales determinadas Entidades que, desde luego, no son sociedades ni en la forma ni en el fondo de los actos jurídicos constitutivos.

La Ley General Presupuestaria incluye una salvaguardia que, al distanciarla de toda pretensión dogmática, pudiera preservarla de determinadas críticas: no dice que las Entidades de derecho público a que se refiere la letra b) de su artículo 6.1 sean sociedades, sino que se limita a decir, ciertamente de modo convencional y con la finalidad de agrupar sociedades y entidades que son objeto de tratamiento uniforme por la Ley General Presupuestaria, que "a efectos de esta Ley" son ("se considerarán" podría haber dicho) Sociedades estatales.

Hay, sin embargo, un límite de resistencia a la elasticidad de los conceptos y de las categorías jurídicas. No respetarlo, por muchas y ajustadas que fueren las cautelas, termina por favorecer la distorsión e introducir elementos de confusión dogmática. Los artículos 127 (relativo al organismo autónomo Instituto de Crédito Oficial y a su configuración "como una Sociedad estatal de las previstas en el apartado 1.b) del artículo sexto" de la Ley General Presupuestaria) y 128 (relativo a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Organismo autónomo que "se transforma en una Entidad de derecho público de las previstas en el artículo 6.1.b)" de la Ley General Presupuestaria), uno y otro de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, son un buen ejemplo de ello.

Parece más correcta —y se cita por su muy reciente acceso al ordenamiento jurídico— la Ley Foral 8/1988, de 26 de diciembre, de la Hacienda Pública de Navarra, que, aun ciñéndose también “a los efectos de esta Ley Foral”, se refiere a los Entes públicos de derecho privado enunciándolos separadamente y sin forzar su inclusión en lo que, a los propios efectos de la Ley, son Sociedades públicas de la Comunidad Foral.

El Consejo de Estado considera que, para una recta interpretación y aplicación del artículo 6 de la Ley General Presupuestaria (lo mismo en su versión originaria que en la de la Ley 33/1987, incorporada ya al texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre), hay que tener siempre presente que su propósito es exclusivamente el de llamar “sociedades estatales”, a los efectos de aplicar las previsiones de la Ley referidas a tales sociedades, a dos clases de sujetos instrumentales de la Administración. Respecto de los primeros (letra a) es dato su naturaleza de sociedades mercantiles y el propósito de la Ley, a sus efectos, es determinar —definir— cuándo esas sociedades han de calificarse como estatales (cuando sea mayoritaria la participación en el capital de la Administración del Estado o de sus organismos autónomos y demás Entidades estatales de derecho público). En cambio, respecto de los segundos (letra b) lo obvio, el dato, es su carácter estatal (Entidades de derecho público) y la función que cumple la definición legal es determinar que “son” (¿se consideran?) Sociedades estatales —siempre a efectos de la Ley General Presupuestaria— cuando “por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado”.

Y, si no se pierde de vista este planteamiento cardinal, podrán precaverse eficazmente elementos perturbadores, en virtud de los cuales se considera y se trata como transformación de un Organismo autónomo en Sociedad estatal lo que, en puridad, sólo es cambiar su calificación a los exclusivos efectos de su tratamiento desde el punto de vista y las previsiones de la Ley General Presupuestaria.

La regulación sustantiva de la personificación del ente, con arreglo al Derecho público o al Derecho privado, resulta inalterada sea una u otra su consideración a efectos de la Ley General Presupuestaria. Por tanto, la simple determinación de que un Organismo autónomo pasa a ser considerado como Sociedad estatal del artículo 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria sólo con harta impropiedad puede ser calificada de transformación: el Organismo autónomo de que se trata seguirá siendo tal a todos los efectos, menos a los de la Ley General Presupuestaria. No de otra manera pueden ser entendi-

das con rigor las disposiciones de dicha Ley. No de distinto modo uno u otro de los entes instrumentales de la Administración puede insertarse, ordenadamente y sin caer en vacíos ni suscitar perplejidades, en el régimen jurídico presupuestario que, de entre los establecidos en la Ley General, mejor se ajusta a su concepción y al logro de los específicos objetivos que tenga asignados.

3.3. *La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988*

La Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, concretó, respecto del Instituto de Crédito Oficial (artículo 127) y respecto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (artículo 128), una tendencia a sustituir el régimen económico-financiero resultante de su inclusión en el artículo 4 de la Ley General Presupuestaria (Organismos autónomos) por el correspondiente a su inserción en el artículo 6 de la misma (sociedades estatales). Los términos en que fue abordado el cambio de régimen jurídico han propiciado determinadas dudas sobre las que, a causa de su reflejo en el proyecto de "Estatutos de la Sociedad Estatal Fábrica Nacional de Moneda y Timbre", hubo de reparar este Consejo de Estado, al dictaminar dicho proyecto y con un propósito clarificador.

a) El apartado uno del artículo 127 de la citada Ley dice:

"1. El Organismo autónomo Instituto de Crédito Oficial, conservando la misma denominación, se configura como una sociedad estatal de las previstas en el apartado 1,b) del artículo sexto de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria. Dicha Entidad continuará adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda.

2. La nueva Sociedad sucederá al actual Organismo autónomo en todos los cometidos, derechos y obligaciones, manteniendo frente a terceros, con la garantía del Estado, en las mismas condiciones que en la actualidad, sus deudas y obligaciones de cualquier tipo continuando en la titularidad de sus activos y pasivos.

3. El Instituto de Crédito Oficial se regirá por el presente artículo y demás disposiciones aplicables, desarrollando su actividad con arreglo al ordenamiento jurídico privado, de conformidad con las normas de Derecho Mercantil, Civil y Laboral, salvo en aquellas materias en que expresamente le sea de aplicación la Ley General Presupuestaria y sin que le sean de aplicación las Leyes de Entidades Estatales Autónomas y de Contratos del Estado."

Aunque se prescinda en estos momentos del resto de prescripciones que, en relación con el Instituto de Crédito Oficial, se contienen en el artículo 127 de la Ley 33/1987, los párrafos transcritos son suficientes para suscitar las siguientes reflexiones:

— Es clara la voluntad del legislador de que el Instituto de Crédito Oficial que, como Organismo autónomo, estaba incluido en el artículo 4 de la Ley General Presupuestaria pase a ser reputado como Sociedad estatal de las previstas en el apartado 1, b) del artículo 6 de esta última Ley. Cabe pensar que, a tal fin, el propio artículo 127 cumplimenta el requisito necesario para que el Instituto de que se trata pueda ser incluido en dicho apartado, en cuanto dispone —y es norma con rango formal de ley— que desarrollará “su actividad con arreglo al ordenamiento jurídico privado”.

— El artículo 127, sin embargo, no guarda cabal sintonía con el alcance que es propio, en su tenor literal, de las identificaciones que hace la Ley General Presupuestaria y en cuya virtud lo indicado en el párrafo precedente no supondría, por sí, más que la sujeción del Instituto de Crédito Oficial a lo que dicha Ley General establece para las llamadas Sociedades estatales y no a lo que dispone para los Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos. Dicho alcance está fijado en los medidos términos con los que la Ley General Presupuestaria clasifica (Organismos autónomos) o califica (Sociedades estatales) “a efectos de esta Ley”. Quiere ello decir que no lo hace a otros efectos distintos y, en particular por lo que ahora importa, que las Entidades de derecho público (artículo 6.1.b.) no se convierten en sociedades, según su naturaleza jurídica, por el hecho de ser consideradas tales a los efectos de la disciplina impuesta por la Ley General Presupuestaria.

— La plena virtualidad del repetido artículo 127 comporta, consecuentemente, mucho más que el cambio de calificación del Instituto de Crédito Oficial a efectos de la Ley General Presupuestaria. El referido Instituto no deja de ser Organismo autónomo sólo a tales efectos, sino también a los demás, como puede inferirse, en orden de creciente fuerza argumental, de que, según el repetido artículo 127: a) el Organismo autónomo Instituto de Crédito Oficial se configura como una Sociedad estatal; b) la nueva Sociedad sucede al actual Organismo autónomo en todos sus cometidos, derechos y obligaciones; c) al Instituto de Crédito Oficial, según la configuración atribuida, no le es apli-

cable la Ley de Entidades Estatales Autónomas (ni siquiera en los aspectos relativos a la personificación jurídica pública ni, en general, en los que no resultó derogada por la Ley General Presupuestaria al referirse a materias ajenas a ella).

— La consecuencia a que se llegaría puede sintetizarse en los siguientes términos: el Instituto de Crédito Oficial deja de ser un Organismo autónomo para ser una Sociedad estatal; en la operación concebida el Organismo autónomo se extingue y la Sociedad estatal nace, pudiendo así hablarse de “la nueva Sociedad” y de la sucesión por ésta del Organismo autónomo preexistente. Y, al concebirse todo ello desde las previsiones de la Ley General Presupuestaria, expresamente invocada, se incurre en el contrasentido de apelar a una figura, que en dicha Ley tiene un alcance concreto y limitado, para diseñar una Entidad que, tanto desde el punto de vista doctrinal cuanto desde el jurídico-positivo, resulta atípica en su encaje y con elementos difícilmente reductibles a categorías institucionales, no ya conocidas, sino simplemente inteligibles, salvo asumiendo el punto de partida de su atipicidad.

— No parece a este Consejo de Estado que la consecuencia sea querida reflexivamente y en sus términos. Primero, porque no faltan moldes dogmáticos en los que el Instituto de Crédito Oficial pudiera hallar fácil acomodo, aun considerada la relevancia de sus singularidades. Segundo, porque, como antes se ha dicho, existen límites a la elasticidad de los conceptos y términos jurídicos, que no deben excederse —ni aun superados los problemas de estricta legalidad formal—. Tercero, en fin, porque la razonable acogida y aplicación de algunos criterios inspiradores de la Ley General Presupuestaria se han podido fundar en su eficacia y en su coherente constricción a los efectos de la propia Ley; muy otro sería el juicio que, sin duda, habrían de merecer sus artículos 4 y 6, por ejemplo, si en ellos hubiera de hallarse la plena caracterización de entidades institucionales de la Administración “a todos los efectos” (con su carga dogmática y su fuerza atractiva del derecho aplicable, por tanto) y no sólo a los efectos estrictos de la propia Ley General Presupuestaria.

— En definitiva, el Instituto de Crédito Oficial no es ni será, en sí mismo y en su naturaleza, una “sociedad”, por el simple hecho de que así lo llame la Ley de Presupuestos para 1988 ni porque, en virtud de esta misma Ley, pase a ser una de las “Entidades de derecho público,

con personalidad jurídica, que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado”, aunque a estas Entidades la Ley General Presupuestaria, a los efectos de la ordenación que establece en materias de Hacienda Pública, las llame “Sociedades estatales”, uniéndolas, bajo esa designación, a “las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de derecho público”.

b) El artículo 128 de la Ley 33/1987, por su parte, dice:

“Uno. La Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, se transforma en una Entidad de derecho público de las previstas en el artículo 6.1 b) de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, conservando su misma denominación.

Dos. La nueva Entidad de derecho público tendrá personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y ajustará sus actividades, encaminadas a dicho cumplimiento, al ordenamiento jurídico privado quedando subrogada en los derechos y obligaciones del Organismo autónomo que se transforma.

Cuatro. Los fines y funciones de la Entidad de derecho público Fábrica Nacional de Moneda y Timbre serán los actualmente atribuidos al Organismo autónomo del mismo nombre, en el artículo 1.º de la Ley de 11 de abril de 1942.

Cinco. En lo no previsto en los apartados anteriores se aplicarán, a la Entidad de derecho público Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, las normas contenidas en la Ley de 11 de abril de 1942 y demás normas de desarrollo o aplicación de la misma.

Seis. La nueva Entidad de derecho público podrá participar en el capital de Entidades que adopten la forma de Sociedades mercantiles. La titularidad de tales participaciones corresponderá a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y el ejercicio de las facultades a que se refiere el artículo 100 de la Ley del Patrimonio del Estado a los órganos rectores de la nueva Entidad. La adquisición de participaciones en el capital de las sociedades antes citadas se regirá en todo lo no previsto en este apartado por lo dispuesto en los apartados tres y cuatro del artículo

lo 6.º de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, y en la Ley del Patrimonio del Estado...

Siete. Por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda, se dictarán las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de lo previsto en los números anteriores, quedando facultado, en su caso, para introducir en la normativa vigente de aplicación al Organismo autónomo Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, las modificaciones que resulten procedentes en función de su transformación en Entidad de derecho público."

La lectura del artículo 128 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988 revela la homogeneidad del propósito básico que lo inspira con el que se ha percibido en el artículo 127 respecto del Instituto de Crédito Oficial. En uno y otro caso las prescripciones legales se dirigen a convertir un Organismo autónomo en una Sociedad estatal de las que el artículo 6.º de la Ley General Presupuestaria define como "Entidades de derecho público, con personalidad jurídica, que por Ley han de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado."

Nada de particular tiene, por tanto, que las reflexiones hechas a la vista del artículo 127 sean susceptibles de reiteración, con indudables y necesarias adaptaciones, en relación con las disposiciones contenidas en el artículo 128. Resulta por otra parte sorprendente que, en dos artículos sucesivos de una misma Ley, aquella primaria homogeneidad de propósitos coexista con la utilización de formulaciones y técnicas jurídicas notoriamente heterogéneas. Basta considerar que lo que, referido al Instituto de Crédito Oficial es una nueva configuración, aparece como transformación cuando se trata de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre; que la mención de una nueva Sociedad (artículo 127) lo es de una nueva Entidad de derecho público (artículo 128).

En cualquier caso, el desbordamiento del alcance del artículo 6.º de la Ley General Presupuestaria, por apelación al cual se da sentido a la nueva configuración del Instituto de Crédito Oficial y a la transformación de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, resulta palmario y común en las respectivas previsiones de los artículos 127 y 128 de la Ley 33/1987. Se acude, como categoría normativa receptora (Sociedad estatal), a una que se halla establecida a los efectos exclusivos de la Ley General Presupuestaria y, sin embargo, se la considera como institución con significación y perfiles propios a todos los efectos, incurriendo en una flagrante contradicción que, por lo demás, resulta acusada en el artículo 128, al aparecer repetidamente con-

trapuesta la categoría de Entidad de derecho público a la de Organismo autónomo, como si la personificación de éste no fuera precisamente y por definición una Entidad de derecho público.

El Consejo de Estado, en trance de estudiar el proyecto de Estatutos de la Sociedad Estatal Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, tuvo la oportunidad y necesidad de reflexionar sobre los diversos aspectos que hasta aquí han sido indicados. Percibió, además, que el efecto desfigurador de la técnica normativa utilizada en la Ley se reflejaba en el citado proyecto de Estatutos que llegaba a declarar la Ley de Sociedades Anónimas derecho supletorio (¡de una Entidad de derecho público!) y exponía en su preámbulo que al Ministro de Economía y Hacienda correspondían las atribuciones que en las sociedades anónimas son propias de la junta general de accionistas.

La originaria utilización impropia de determinadas categorías dogmáticas en la Ley General Presupuestaria podía reputarse de importancia relativa, por su reiterada limitación a los efectos de la propia Ley. Los términos en que la Ley 33/1987 apelaba a tales categorías, como moldes adecuados en los que verter instituciones jurídicas preexistentes, causaban ya —como se ha dicho— un desbordamiento del sentido y alcance de la Ley General Presupuestaria. Los proyectados Estatutos de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre revelaban, como expresivo ejemplo, las distorsionadas consecuencias que se podrían producir y las razonables perplejidades en que se podía caer.

El Consejo de Estado advirtió que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una regulación general sobre las Entidades de derecho público, que ajustan su actuación al ordenamiento jurídico privado y a las que se refiere al artículo 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria. Estas Entidades son creadas y dotadas de personalidad jurídica en virtud de una ley y esa ley fundacional constituye el primer cuerpo normativo por el que se rige cada una de ellas. Como segundo cuerpo legal inmediatamente aplicable, según el artículo 6.2 de la Ley General Presupuestaria, estarían las normas contenidas en los artículos 87 a 91 de la Ley General Presupuestaria (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre), siguiendo, en todo lo demás, el derecho privado.

Este planteamiento, que aun en sí mismo resulta ya forzado por las exigencias prescriptivas de la Ley 33/1987 en los artículos antes recordados y comentados, no puede dejar de demandar, so pena de una última e inadmisiblemente desnaturalización, una necesaria modulación por la concurrencia de normas de derecho privado y de derecho administrativo en la organización y

funcionamiento de la Entidad. Aunque el "nomen iuris" de ésta sea el de "Sociedad" estatal (trasvasado con notorios excesos desde la Ley General Presupuestaria en la que —se repite— sólo se aplica a efectos de fijar su regulación en materias de Hacienda Pública), no ha de olvidarse que, en su personificación, la Entidad se sujeta al derecho público y que —al margen ahora las interferencias de la Ley 33/1987— sus fines y funciones son los atribuidos al Organismo autónomo originario y, en puridad, la condición de tal Organismo no tenía por qué resultar afectada en materias ajenas a la Hacienda Pública (por ejemplo, en lo que concierne a su personificación), porque sólo "a efectos de la Ley General Presupuestaria" tiene sentido y real alcance el criterio central desde el que dicha ley concibe e identifica los Organismos autónomos y las Sociedades estatales.

3.4. *Reflexión final*

El Consejo de Estado eleva al Gobierno las precedentes consideraciones, que, aun ciñéndose a supuestos específicos y a concretos ejemplos, tratan de advertir —y las coherentes sugerencias son inmediatamente deducibles— que nuestro ordenamiento jurídico parece deslizarse hacia zonas de confusión. A ello puede contribuir y contribuye, sin duda, la falta de un Estatuto de la Empresa pública —echado ya de menos al promulgarse la Ley General Presupuestaria, según se reconoce en su parte expositiva— y de las Entidades de derecho público, sea en el marco de aquél, cuando someten sus actividades al derecho privado, sea como pieza normativa propia que cubra insuficiencias de la Ley de Entidades Estatales Autónomas. Recuérdese que, como antes se ha dicho, esta Ley está derogada, por la Ley General Presupuestaria, sólo en materia de Hacienda Pública, hallándose vigente en lo demás; y es, por ello, muy posible que la comprobación de sus carencias y defectos, tras treinta años de vigencia —con frecuencia controvertida en su alcance y aplicación—, se halle en el trasfondo de prescripciones normativas como las contenidas en los artículos 127 y 128 de la Ley 33/1987 y respecto de cuyas contraindicaciones y eventuales (o reales) efectos perturbadores sobre el ordenamiento jurídico se han hecho las observaciones pertinentes.

Pocas dudas pueden caber sobre el fundamento consiguiente con el que se sugiere la toma de las adecuadas iniciativas que faciliten la seguridad y transparencia, la homogénea racionalidad, en el régimen jurídico de unas Entidades sobre las que con facilidad —y a veces interesadamente— se pueden cernir inconvenientes sombras. Es fundamental, desde luego y a este respecto, el ámbito cubierto por la Ley General Presupuestaria; no es, sin

embargo, exhaustivo. Y, como se ha visto, su pretensión ordenadora ha trascendido los propios límites para los que estaba concebida sin que se perciban efectos útiles o ventajosos.

4. Sobre las modificaciones de créditos presupuestarios

Las reflexiones que siguen se hacen a partir de un reconocimiento satisfactorio y encomiable: las solicitudes de créditos extraordinarios y suplementos de crédito, que en otros momentos y circunstancias pudieron levantar voces de alerta por su frecuencia y hasta su habitualidad práctica, parecen ajustarse, según la experiencia del Consejo de Estado por modo general, a la excepcionalidad del recurso y están lejos de amenazar el buen orden presupuestario.

No sería justo silenciar, sin embargo, que a la razonabilidad de la situación alcanzada —y de la que cualquier serie estadística da cuenta cumplida— ha contribuido poderosamente, junto a la mejora de la técnica presupuestaria y un innegable rigor en el comportamiento al efecto del sector público, la intensa flexibilización en la gestión que, a través de las transferencias —otrora proscritas y hoy ampliamente autorizadas y reguladas—, provee desde el propio presupuesto anual a la cobertura de necesidades para cuya atención sólo la concesión de nuevos créditos resultaba antes vía legal idónea.

Lo dicho no es óbice para que el Consejo de Estado pueda y deba elevar al Gobierno algunas observaciones inducidas de su labor consultiva y de las que se extraen, con naturalidad y sin necesidad de explícita formulación, correlativas sugerencias para proseguir en el decidido propósito de respetar sin concesiones los cánones de la mejor gestión presupuestaria.

4.1. *Créditos extraordinarios por obligaciones derivadas de ejercicios anteriores*

Conforme al artículo 64 de la Ley General Presupuestaria, vienen sometidos a dictamen del Consejo de Estado algunos expedientes de concesión de créditos extraordinarios cuya característica, inicial y común, es que, habiendo asumido el Estado la obligación de cubrir déficits de explotación de determinados servicios públicos, en concepto de subvención o de compensación de bonificaciones o singularidades impuestas, y resultando insuficiente la dotación presupuestaria consignada para el ejercicio correspondiente, la habilitación de los créditos en definitiva necesarios se realiza en algún ejercicio posterior, por la vía excepcional del artículo 64 y no por la

incorporación de tales dotaciones al Presupuesto aprobado para ejercicios sucesivos.

Esa caracterización introductoria puede completarse con ciertas precisiones:

a) Con arreglo a una consolidada doctrina, cuya corrección técnica no ha sido cuestionada, la insuficiencia de la consignación presupuestaria, que, primariamente, legitimaría un suplemento de crédito, funda la tramitación y concesión de un crédito extraordinario cuando se trata de atenderla en un ejercicio presupuestario ulterior a aquel en el que la insuficiencia se produjo.

Sabido es que la legislación presupuestaria ha diferenciado tradicionalmente entre créditos extraordinarios y suplementos de crédito, correspondiéndose, respectivamente y ante la necesidad de realizar un gasto no demorable, a los supuestos de inexistencia y de insuficiencia de consignación presupuestaria. Si no hay consignación presupuestaria, el crédito que eventualmente procede conceder será crédito extraordinario. Si existe consignación presupuestaria insuficiente y no ampliable, la posible dotación para necesidades adicionales se hará como suplemento de crédito.

Es claro el principio de unidad y cierre de cada ejercicio presupuestario, pese a la notoria laxitud experimentada al hilo de las exigencias de programaciones plurianuales y en prevención de prácticas difícilmente defendibles (contracción acumulada —y a veces precipitada— de créditos a finales de año para obstar la anulación de remanentes que imponía el artículo 44 de la vieja Ley de Administración y Contabilidad de 1911). Pues bien, en virtud de tal principio, lo que es insuficiencia de consignación presupuestaria en un ejercicio se transforma en inexistencia de consignación en el ejercicio siguiente, a falta de dotación en el Presupuesto de éste para cubrir la insuficiencia correspondiente a aquél. Dicho en otros términos: si el crédito consignado en el Presupuesto de un año dado no alcanza a cubrir la necesidad real de gasto, dicho crédito y en dicho año puede ser suplementado; pero si no lo es, no cabe atender a la necesidad subsistente mediante un suplemento del crédito dotado para el ejercicio siguiente, pues la insuficiencia arrastrada no lo es de la previsión hecha para este último; sino de la producida en el año anterior y para la cual, en el caso considerado, no hay dotación ya en el Presupuesto en curso. Por ello y como se ha dicho, lo procedente es solicitar y tramitar la concesión de un crédito extraordinario en el ejercicio en que el gasto se haya de realizar, aun cuando exista en origen una insuficiencia presupuestaria en el ejercicio al que correspondía la obligación a atender.

b) Las afirmaciones hechas no son fruto de un mero esfuerzo disquisitivo al servicio de pruritos técnicos y sin mayor relevancia. Por el contrario, su simple formulación capta y dirige la atención hacia lo que constituye hoy, probablemente, el punto negro —o quizá tan sólo un punto especialmente nebuloso— en la materia. Su identificación puede hacerse de manera inmediata y expresiva con una simple pregunta: comprobada la insuficiencia de la consignación en el Presupuesto de un ejercicio y no habiendo obtenido en su transcurso un suplemento de crédito ¿por qué en el Presupuesto del año siguiente no se proveyó a la cobertura de aquella insuficiencia? La pregunta se hace, naturalmente, más incisiva si la necesidad de afrontar el gasto deviene inaplazable en un año posterior (el segundo, el tercero), como no es extraño que ocurra.

Con el planteamiento hecho puede verificarse ya una invocación al artículo 64 de la Ley General Presupuestaria y extraer sin dificultad alguna conclusión. El apartado 1 del citado artículo define así el supuesto legal:

“Cuando haya de realizarse con cargo a los Presupuestos del Estado algún gasto que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente y no exista en ellos crédito o sea insuficiente y no ampliable el consignado...”.

Es decir, que el recurso al crédito extraordinario o al suplemento de crédito requiere que el gasto a realizar —y para el que no hay consignación o la que hay es insuficiente— “no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente”. Esa imposibilidad de demora —que fija los términos de la específica urgencia en que se funda el supuesto— no es un mero rasgo cualificador y de comprobación estática; no expresa ni menos agota su natural eficacia jurídica en una argumentación del siguiente tenor: si en el ejercicio no puede demorarse cabe solicitar el crédito extraordinario o el suplemento de crédito, pero no cabe solicitarlo en caso contrario; si puede demorarse hasta el ejercicio siguiente, la cuestión se suscita en los mismos términos en ese año, tras inquirir si la realización del gasto puede o no demorarse hasta otro ejercicio; y lo mismo cabría esgrimir en años sucesivos. La conclusión final se expresaría así: puede solicitarse y obtenerse un crédito extraordinario o un suplemento de crédito sólo en el ejercicio en el que ya no quepa aplazar más la realización del gasto. No parece necesaria justificación alguna respecto de la calificación, como absurda, de esa interpretación. Y, sin embargo, aunque con algunos matices de atenuación —y hasta ocasionalmente exculporios— a ella parece atenerse a veces la práctica administrativa: un déficit, por ejemplo, del año 1986 se trata de atender en 1988, mediante dotación de un crédito extraordinario a

los Presupuestos de este último año, con la razonable y hasta incontrovertible alegación de que ya no puede dejar de atenderse, sin graves riesgos o quebrantos, la obligación adquirida y pendiente de cumplimiento.

Pero la previsión legal de que se trata, es decir, la de "que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente" halla su verdadero sentido en una secuencia lógica inmediata, según la cual, si puede demorarse hasta un ejercicio posterior, no es para que se posponga hasta éste, en paralelo, la tramitación del crédito extraordinario, sino para que la dotación correspondiente se consigne en el Presupuesto de ese nuevo ejercicio.

Así habría que proceder —aunque no suela hacerse—, cuantificando incluso estimativamente la dotación si, como a veces acaece, el traslado de ejercicio, en lo que respecta a la inexcusabilidad de realizar el gasto, resulta afectado por estudios o actuaciones a través de los que se llegue a depurar y fijar el importe definitivo del gasto.

Lo que es frontalmente objetable, a juicio del Consejo de Estado, y quebranta el recto entendimiento del artículo 64 de la Ley General Presupuestaria es que, tras la afirmación de la existencia o insuficiencia del crédito para afrontar una obligación —por ejemplo, correspondiente a 1986—, ello no trascienda a los Presupuestos de los dos ejercicios siguientes y en 1988 se recabe la concesión de un crédito extraordinario, porque el gasto no es susceptible ya de demora hasta el ejercicio de 1989: debió ser objeto de consideración y dotación en los Presupuestos de 1987 o de 1988. Arrastrar hasta dos años después —siempre en el ejemplo propuesto— la posibilidad de aplicar el artículo 64 de la Ley General Presupuestaria, prescindiendo en absoluto de los Presupuestos correspondientes a los ejercicios intermedios, ni cumple las exigencias de la técnica presupuestaria ni, desde luego, se atiene a las previsiones de la Ley General Presupuestaria.

La mayor o menor flexibilidad con la que el Consejo de Estado haya dictaminado en los casos de que se trata no es obstáculo, sino razón y acicate, para elevar al Gobierno las observaciones que preceden y sugerir en consecuencia que, en fase de elaboración de los Presupuestos —y, formalmente, en el ejercicio de la correspondiente iniciativa legislativa— se proceda con respeto a los criterios que, como correctos, han quedado expuestos.

4.2. La concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito por Decreto-ley

El artículo 64.1 de la Ley General Presupuestaria prevé que, cuando concurra el supuesto legitimador, "el Ministro de Economía y Hacienda, previo

informe de la Dirección General de Presupuestos y dictamen del Consejo de Estado, elevará al acuerdo del Gobierno la remisión de un proyecto de Ley a las Cortes Generales de concesión de un crédito extraordinario... o de un suplemento de crédito... y en el que se especifique el recurso que haya de financiar el mayor gasto público". La reserva de ley, así reflejada en la Ley General Presupuestaria, es por lo demás plenamente concorde con la que, en relación con los Presupuestos Generales del Estado (de cuya modificación se trataría), resulta inconcusa de la Constitución y se descubre sin dificultad en las propias raíces del sistema parlamentario.

La posibilidad de que el Gobierno dicte "disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes" opera, con naturalidad y precisamente, en el ámbito reservado a la ley y no excluido de tal posibilidad por el artículo 86.1 de la Constitución. La concesión de créditos extraordinarios y suplementos de crédito no aparece entre las materias sustraídas a la potestad legislativa excepcional del Gobierno para dictar Decretos-leyes "en caso de extraordinaria y urgente necesidad", por lo que, en principio, quizá no hubiera por qué cuestionar siquiera dicha concesión por Decreto-ley, en caso de concurrir los requisitos legitimadores constitucionalmente establecidos.

Sin embargo, el Consejo de Estado considera necesario elevar al Gobierno algunas observaciones al respecto. El punto de partida es que, en el normal desarrollo de su labor consultiva, este Consejo ha dictaminado acerca de la concesión de créditos extraordinarios y suplementos de créditos que el Gobierno, según resultaba explícita o implícitamente de los expedientes, se proponía hacer por Decreto-ley. El incorporar a la Memoria anual las presentes reflexiones se explica porque, aunque pudieran haberse hecho y no se hicieran en los correspondientes dictámenes, éstos quedaban formalmente acotados por los términos de la consulta (cuando, con expresa invocación del artículo 64 de la Ley General Presupuestaria se ceñía a la concesión de un crédito extraordinario o de un suplemento de crédito, abstracción hecha del instrumento normativo —el Decreto-ley— y del contexto en que se pretendía hacer) y materialmente limitados por las exigencias que imponía la consulta en trámite de urgencia. Por otra parte, en casos vinculados a la perentoriedad ostensible de subvenir a necesidades generadas por eventos catastróficos, el Consejo de Estado ha sido sensible a las contraindicaciones que pudiera tener la extensión de su dictamen a aspectos en los que el juicio de oportunidad y conveniencia llamaba de modo directo a la responsabilidad de las instancias específicamente políticas.

Determinadas preocupaciones e inexcusables meditaciones suscitadas en trance de emitir los referidos dictámenes pueden aflorar en la presente Memoria, ajena a las circunstancias de cualquier caso singular y sin las constricciones, por tanto, que quizá se manifestaran por referencia a expedientes concretos pero que no tienen por qué interferir las observaciones y sugerencias de una Memoria.

a) Como antes se ha dicho, la concesión de créditos extraordinarios y suplementos de crédito no figura en el ámbito material excluyente del Decreto-ley, conforme al artículo 86 de la Constitución. Pero debe advertirse que tampoco los Presupuestos Generales del Estado resultan excluidos en dicho precepto y, sin embargo, una interpretación armónica de la Constitución respalda la conclusión de que tales Presupuestos no pueden ser aprobados por Decreto-ley. El argumento parece inmediato y sencillo: el artículo 86 de la Constitución legitima una potestad legislativa excepcional del Gobierno para casos de extraordinaria y urgente necesidad; una necesidad así cualificada y en relación con los Presupuestos Generales del Estado sólo es en hipótesis concebible para el caso de que la Ley de Presupuestos no hubiera sido aprobada antes del primer día del ejercicio económico correspondiente y, para ese evento, el artículo 134.4 de la Constitución prevé la prórroga automática de los Presupuestos del ejercicio anterior; ante esa solución excepcional y específica, decae lógicamente la previsión también excepcional pero genérica que el artículo 86 arbitra para afrontar los casos de extraordinaria y urgente necesidad.

Si, pues, los Presupuestos Generales del Estado se hallan excluidos del ámbito material en el que el Gobierno puede dictar Decretos-leyes, nada de particular tiene que, hasta de modo natural y espontáneo, surja un interrogante acerca de si las modificaciones de los Presupuestos Generales —en que consisten, en definitiva, las concesiones de créditos extraordinarios y de suplementos de crédito— se hallan también excluidas del ámbito material propio de la potestad gubernamental para dictar disposiciones legislativas provisionales bajo la forma de Decretos-leyes.

Ninguna razón concluyente permite fundar una respuesta afirmativa a tal tipo de interrogación, aunque argumentos de desigual fuerza confluyan para postular alguna prevención cautelar y restrictiva.

b) Es claro, a este respecto, que la específica razón de urgencia con que se tipifica el supuesto legal que permite conducir a la concesión de un crédito extraordinario o de un suplemento de crédito ("cuando haya de realizarse

con cargo a los Presupuestos del Estado algún gasto que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente”) no define, por sí ni por simple y directa transposición, un caso de extraordinaria y urgente necesidad a los efectos del artículo 86 de la Constitución. Entiéndase bien que la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes quizá permita fundar la doble convicción de que es preciso realizar un gasto no demorable y que facilitar el crédito es, además, de tan extraordinaria y urgente necesidad que legitima un Decreto-ley (así, por ejemplo, lo ha podido apreciar el Consejo de Estado, prestando respaldo en términos quizá incidentales cuando la dotación de créditos, nuevos o adicionales, tenía por objeto permitir perentorias actuaciones de los poderes públicos para afrontar las consecuencias de inundaciones catastróficas); lo que se quiere decir es que son supuestos legales distintos, por su configuración, por su intensidad y por los propios efectos legitimadores —aunque subyazca a ambos una calificación sobre la urgencia— el del artículo 64 de la Ley General Presupuestaria y el del artículo 86 de la Constitución Española. Sería bastante para advenirlo —si no fueran suficientemente expresivos los términos literales de uno y otro precepto— con la directa comprobación de que la concurrencia del supuesto del artículo 64 de la Ley General Presupuestaria se sitúa ante eventuales quiebras del principio de universalidad del Presupuesto definiendo los términos en los que el propio legislador (por ello prevé la remisión de un proyecto de ley a las Cortes Generales) puede restañar tales quiebras y conjurar sus inconvenientes consecuencias. Poco tiene que ver una prevención legal de tal sentido y alcance con la que constitucionalmente confronta una extraordinaria y urgente necesidad con la imposibilidad de lograr su atención por la vía de un proyecto de ley (ésta y no aquélla —aunque una y otra puedan ser en hipótesis concurrentes— legitima el recurso por el Gobierno al Decreto-ley).

c) Debe advertirse, finalmente, que la estricta interpretación del artículo 86 de la Constitución requiere, desde luego, que la extraordinaria y urgente necesidad exista, según apreciación en que se compromete la responsabilidad política del Gobierno al dictar el Decreto-ley, así como la del Congreso de los Diputados al convalidarlo, y respecto de la que opera con plenitud el control de constitucionalidad (al que se hallan sometidas las disposiciones normativas con fuerza de ley —como lo es el Decreto-ley—, conforme al artículo 161.1 de la Constitución y los artículos 2, 27 y demás concordantes de la Ley Orgánica 2/1979). Requiere también que esa extraordinaria y urgente necesidad no pueda ser satisfecha por vías y según previsiones legales ajenas a la puesta en juego de la potestad legislativa excepcional y provisional del Gobierno.

Ya este fin, no cabe prescindir del cauce ofrecido por el artículo 65 de la Ley General Presupuestaria, que dice así:

“1. Con carácter excepcional, el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, podrá conceder anticipos de Tesorería para atender gastos inaplazables, con el límite máximo en cada ejercicio del 1 por 100 de los créditos autorizados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en los siguientes casos:

a) Cuando, una vez iniciada la tramitación de los expedientes de concesión de créditos extraordinarios o de suplementos de crédito hubiera dictaminado favorablemente el Consejo de Estado, o

b) Cuando se hubiera promulgado una ley por la que se establezcan obligaciones cuyo cumplimiento exija la concesión de crédito extraordinario o suplemento de crédito”.

Como antes se ha indicado, existe una diferencia cualitativa y de grado entre la necesidad y urgencia que permite la aplicación del artículo 64 de la Ley General Presupuestaria y la que habilita al Gobierno para dictar disposiciones legislativas provisionales bajo la forma de Decretos-leyes conforme al artículo 86 de la Constitución. No parece aventurado añadir ahora que la distancia entre uno y otro supuesto, aunque hipotéticamente pudieran superponerse en un caso determinado, no quedaría neutralizada si cupiera cubrir los gastos inaplazables mediante anticipos de Tesorería o si esa posibilidad no fuera objeto, al menos, de una ponderación responsable. La decisión del Gobierno de instrumentar por Decreto-ley la concesión de un crédito extraordinario o un suplemento de crédito quizá resultara afectada en su misma legitimidad si prescindiera de tal posibilidad o la desdeñara puesto que, de existir, ofrecería razones capaces de enervar el ejercicio de la excepcional potestad legislativa provisional atribuida al Gobierno por el artículo 86 de la Constitución.

Innecesario resulta cualquier desarrollo argumental complementario para fundar la indicación —la sugerencia— de que lo expuesto debe ser tenido presente en trance de formalizar la iniciativa para que por Decreto-ley se concedan créditos extraordinarios o suplementos de crédito. Puede, en cambio, resultar conveniente completar las reflexiones hechas con las que adicionalmente se van a incluir en relación con el carácter del dictamen del Consejo de Estado en los expedientes de que se trata.

4.3. *El dictamen del Consejo de Estado*

A efectos de mera introducción, procede el recordatorio inicial de que la consulta al Consejo de Estado puede ser preceptiva o facultativa y que sus dictámenes no serán vinculantes salvo que una ley disponga lo contrario (apartados 2 y 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril).

Es frecuente ejemplificar los casos en que el dictamen del Consejo de Estado es vinculante invocando la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 que, en relación con la revisión de oficio de los actos administrativos, exige previo dictamen favorable del Consejo de Estado para declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47 (artículo 109) y permitir la anulación de los actos declarativos de derechos cuando infrinjan manifiestamente la Ley “y en tal sentido lo haya dictaminado el Consejo de Estado” (artículo 110.2). No menos usual es traer a colación la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril) que exige el previo informe favorable del Consejo de Estado para la modificación de los Planes, Normas Complementarias y Subsidiarias y Programas de Actuaciones que tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan (artículo 50) y para disminuir, cuando circunstancias excepcionales lo exijan, las cuantías de las reservas a que se refieren los artículos 12.1.b) y 13.2 b), c), d) y e) (apartado 1 de la disposición final tercera). No tanto se cita —sin duda por su virtualidad limitada al ámbito orgánico del propio Consejo de Estado— la exigencia de informe favorable de su Pleno y de su Comisión Permanente, que, respectivamente, previenen los apartados 3 y 4 del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/1980.

Los términos en los que, según los mencionados preceptos, queda la Administración activa vinculada por los dictámenes del Consejo de Estado denotan la justeza con la que doctrinalmente se ha subrayado el alcance relativo de su carácter vinculante. En puridad, el órgano competente para decidir no aparece tanto obligado a dictar una resolución de acuerdo con el Consejo de Estado, cuanto tiene vedado dictarla en discordancia con el mismo. Se trataría pues de una especie de vinculación unidireccional, en consideración a la cual hay quien ha estimado más propio calificar los dictámenes de que se trata como condicionantes o habilitantes que, en estricto y pleno rigor, como vinculantes.

El propósito de la presente Memoria, al recordar lo que antecede, no es sino emplazar sistemáticamente algunas consideraciones que muestran la

singularidad del dictamen del Consejo de Estado en los expedientes de modificación de créditos presupuestarios, en lo que particularmente respecta a la eficacia habilitante de ese dictamen, cuando es favorable.

a) Conforme al ya citado artículo 65 de la Ley General Presupuestaria, el Gobierno, respetando los límites establecidos, puede conceder anticipos de Tesorería “cuando, una vez iniciada la tramitación de los expedientes de concesión de créditos extraordinarios o de suplementos de crédito, hubiere dictaminado favorablemente el Consejo de Estado”.

La previsión legal de que haya mediado un previo dictamen favorable de este Alto Cuerpo Consultivo figura en términos que, según su estricta literalidad, escasamente difieren de los que utilizan las Leyes antes citadas. Sin embargo, el sentido y el alcance con el que la previsión se incorpora al artículo 65 de la Ley General Presupuestaria presenta rasgos que, en el texto y en el contexto, rechazan la mera traslación analógica de los que se han considerado ejemplos de usual invocación, en cuanto al carácter vinculante del dictamen del Consejo de Estado.

En aquellos ejemplos, el cuidado y preciso análisis de la vinculación legalmente impuesta ha conducido, como ya se ha dicho, a una modulada interpretación en la que se funda la afirmación del carácter habilitante (o condicionante) más que plenamente vinculante del dictamen del Consejo de Estado; tal afirmación acredita su sentido más significativo cuando se advierte que no niega la vinculación sino que fija el sentido y el alcance con el que la misma se produce. Pero, en cualquier caso, el efecto (vinculante, habilitante o condicionante) opera en el mismo marco delimitado por la definición legal del supuesto en que es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado. Las diversas Leyes mencionadas imponen el dictamen del Consejo de Estado y predeterminan que el sentido favorable del mismo constituye una exigencia para que el órgano titular de la competencia resolutoria pueda ejercer tal competencia.

No acontece así en relación con los expedientes de concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito, respecto de los cuales hay una diferencia bien relevante entre la configuración legal del supuesto en que el dictamen es preceptivo y la determinación de un específico efecto habilitante para el caso de que el dictamen fuera favorable.

Es decir: siempre que haya de realizarse con cargo a los Presupuestos del Estado algún gasto que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente

y no exista en ellos crédito o sea insuficiente y no ampliable el consignado, el dictamen del Consejo de Estado es preceptivo, como trámite esencial y previo, para que el Ministro de Economía y Hacienda pueda elevar al acuerdo del Gobierno la remisión de un proyecto de ley a las Cortes Generales de concesión de un crédito extraordinario o suplemento de crédito. Así lo dispone el artículo 64.1 de la Ley General Presupuestaria, que presta cabal contenido a la previsión genérica del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 3/1980, sin interferir la del artículo 2.3 de la misma. Queda así definido por Ley un caso de consulta preceptiva sin que quepa asociar a la misma efecto alguno vinculante. Cualquiera que sea el sentido en que dictamine el Consejo de Estado —favorable o no a la concesión del crédito extraordinario o del suplemento de crédito— la remisión del proyecto de ley a las Cortes Generales puede producirse. La incorporación del dictamen del Consejo de Estado al expediente acredita que ha mediado su consulta preceptiva.

b) Sin embargo, si al evacuarse la consulta preceptiva el dictamen del Consejo de Estado resultare favorable, éste sería habilitante para que el Gobierno pudiera conceder un anticipo de Tesorería.

Es digno de observar que, pese a su evidente conexión, no aparece desdibujada la dualidad entre los supuestos en los que el dictamen es preceptivo (todos los expedientes de crédito extraordinario y suplemento de crédito) y el específico ámbito (concesión de anticipos de Tesorería) en el que el dictamen favorable del Consejo de Estado puede desplegar su limitada eficacia habilitante.

También cabe resaltar que la afinada disección doctrinal respecto del carácter vinculante, habilitante o condicionante del dictamen del Consejo de Estado se suscita en términos distintos en relación con los artículos 64 y 65 de la Ley General Presupuestaria, a cuya vista sólo puede hablarse de una eficacia derivada (a la que quizá convenga la consideración de habilitante o condicionante) de un dictamen preceptivo y no vinculante, según la primordial calificación que resulta del artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1980. Cualquier vinculación al o por el dictamen del Consejo de Estado es, desde luego, ajena a la concepción del artículo 64 de la Ley General Presupuestaria. La circunstancia de que el Gobierno pueda conceder anticipos de Tesorería en caso de haber sido favorable el dictamen del Consejo de Estado no hace que la concesión de tales anticipos sea objeto de consulta preceptiva ni convierte en vinculante el dictamen del Consejo de Estado, aunque su mediación y su sentido favorable a la remisión de un proyecto de Ley a las Cortes Generales

constituya un requisito para que el Gobierno pueda conceder anticipos de Tesorería.

c) No parece difícil, según lo expuesto, establecer una distinción entre los dictámenes preceptivos y vinculantes (o habilitantes), sin posibilidad de disociar los supuestos legales en los que opera ese doble carácter, y aquellos dictámenes preceptivos y no vinculantes a los que la Ley puede atribuir una eficacia habilitante, de alcance limitado, en relación con aspectos colaterales o competencias instrumentales, conexos con los que definen el supuesto legal en que la consulta es preceptiva, pero no identificados cabalmente con él.

d) En cualquier caso, lo que importa, a los fines de la presente Memoria, es señalar que el artículo 65 de la Ley General Presupuestaria tiene desde luego eficacia legal habilitante para que el Gobierno, concurriendo los requisitos que aquel precepto establece, otorgue anticipos de Tesorería para atender gastos inaplazables. Y esa posibilidad debe ser adecuadamente ponderada para tomar la decisión de recurrir o no al Decreto-ley, pues, en caso de existir tal posibilidad, cabe que la misma se erija en límite obstativo a la conversión de la necesidad de atender gastos inaplazables (a efectos de alterar las consignaciones presupuestarias) en un caso de extraordinaria y urgente necesidad (a efectos de hacerlo mediante Decreto-ley como disposición legislativa provisional emanada del Gobierno).

5. Sobre la responsabilidad del Estado legislador

5.1. *Planteamiento sobre el que se han fundado consultas al Consejo de Estado*

En el desarrollo de su labor consultiva, el Consejo de Estado ha tenido necesidad y ocasión de reflexionar sobre la eventual imputación al Estado de consecuencias indemnizatorias para la cobertura de efectos lesivos presuntamente derivados de decisiones legislativas, aunque mediaran acciones administrativas meramente ejecutivas o de aplicación de prescripciones incluidas en una ley.

Los planteamientos sobre los que han versado las consultas al Consejo de Estado no han sido siempre rigurosamente homogéneos. Pero, considerando oportuno que la presente Memoria se haga eco del problema, resulta especialmente ilustrativo tomar como referencia el que en definitiva se ha te-

nido presente al examinar determinadas reclamaciones de funcionarios públicos por los perjuicios derivados de la reducción de la edad de jubilación forzosa.

La consulta formulada por la Administración activa, a partir de las alegaciones en que los interesados fundaban su reclamación, situaba la cuestión en los términos siguientes extraídos de la propuesta de resolución:

1.º La ausencia de una regulación específica en la Constitución acerca de la responsabilidad del Estado legislador determina la inadmisibilidad de tal figura en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de la responsabilidad de la Administración (art. 106) y de la Administración de Justicia (art. 121).

2.º Las Cortes Generales ya se han pronunciado sobre la cantidad que procede abonar a los funcionarios que se jubilaran anticipadamente, como consecuencia de la innovación legislativa, en la disposición transitoria quinta de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos para 1985, en cuyo desarrollo se dictó el Real Decreto 306/1985, de 20 de febrero. Además el entonces Proyecto de Ley de Presupuestos para 1989 se propone ampliar la cobertura de la ayuda prevista en la Ley anterior, por lo que el legislador arbitra las medidas que estima conformes a la situación del funcionario, en relación con los recursos económicos de la Nación, para remediar el posible perjuicio. Por ello, los Tribunales no pueden corregir dichas medidas, estimándolas insuficientes para indemnizar los perjuicios causados, y menos aún el Consejo de Ministros. Sólo el Poder Legislativo puede acordar nuevas medidas correctoras o indemnizatorias, si lo estima justo y oportuno.

3.º El Tribunal Constitucional en sus Sentencias 108/1986, 99/1987 y 70/1988, ha señalado que las normas que determinan la jubilación anticipada no vulneran el artículo 9.3 de la Constitución, ni los artículos 33.3 y 106.2, sin haberse pronunciado acerca de una supuesta responsabilidad del Estado legislador con base en el artículo 9.3 de la Constitución.

4.º El artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, desarrollo normativo del artículo 106.2 de la Constitución, no puede amparar la responsabilidad del Estado legislador, según ha declarado el Tribunal Constitucional especialmente en su Sentencia de 19 de abril de 1988.

5.º La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1988 sobre un supuesto de responsabilidad del Estado legislador, en relación con la Ley de

Amnistía 46/1977, de 15 de octubre, recoge la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de su constitucionalidad, por lo que su aplicación no genera indemnización, salvo cuando la ley expresamente así lo hubiera dispuesto.

6.º La situación en el derecho comparado no es muy diferente:

— En Francia el Consejo de Estado ha entendido que, para que pueda declararse la responsabilidad del Estado legislador, es requisito imprescindible el silencio de la ley, ante el cual pueda presumirse la voluntad tácita del legislador de indemnizar conforme a los principios generales del Derecho; pero cuando la ley se pronuncia sobre la procedencia o no de indemnización, el juez no puede sino aplicar la ley.

— En Alemania se exige una ley previa declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Según la Ley de 26 de julio de 1981 (cuya inconstitucionalidad fue declarada por falta de competencia de la Federación) había que estar a la determinación que, en tal sentido, realizara el legislador.

— En Italia la doctrina estima que la ley que nada dice acerca de la indemnización es constitucionalmente legítima, pudiendo, no obstante, ser declarado el derecho a indemnización por los Tribunales si llegan a estimar que la propia ley ha admitido tácitamente tal derecho.

— En Estados Unidos la constitucionalidad de una ley excluye que su aplicación genere derecho de indemnización.

— En Inglaterra la Crown Procceding Act de 1947 no admite la responsabilidad patrimonial del Poder Legislativo.

7.º En el caso concreto de las reclamaciones consideradas se entendía que no hubo privación o lesión alguna de derechos o bienes, según la declaración del Tribunal Constitucional, por lo que no cabía establecer equivalente económico alguno de una pérdida o lesión no producida.

5.2. *Algunas precisiones en la doctrina del Consejo de Estado*

Ante el planteamiento general así sintetizado, el Consejo de Estado ha elaborado y expuesto en sus dictámenes algunas consideraciones, comentando por advertir que en el derecho español la cuestión es objeto de debate doctrinal, en el que son significativas las posiciones sustentadas por quienes entienden que el problema de los daños derivados de la ejecución de las leyes se inserta en el ámbito de la llamada expropiación legislativa.

Es cierto, desde luego, que la responsabilidad del Estado legislador no halla en nuestro derecho un reconocimiento inmediato y específico, como el que existe en relación con el Estado juez y con la Administración (artículo 121 y 106.2 de la Constitución), aunque quepa invocar, como lo han hecho algunas Sentencias del Tribunal Supremo, el principio de responsabilidad de los poderes públicos que, con otros, proclama el artículo 9.3 de la Constitución. Las Sentencias de 15 de julio y de 25 de septiembre de 1987 dicen al respecto:

“no se puede negar la efectividad de esa responsabilidad (diminante de un acto legislativo) siquiera su declaración presente el problema de su falta de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, pero de ello no puede colegirse que de tal ausencia de regulación deriva la exención de responsabilidad para el Estado, pues ello implicaría una absoluta falta de ética en sus actuaciones y el desconocimiento de unos valores y principios reconocidos en la Constitución al inspirar preceptos concretos de la misma, así como los principios generales del Derecho a que hace referencia el artículo 1 del Código Civil, en su redacción de 31 de mayo de 1974 (...); si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango, incluso las Leyes, de lo que se infiere que, si fácticamente se da perjuicio alguno para los ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados si, además, concurren los restantes requisitos señalados en la alegación precedente”.

“La cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos del legislador es un problema que la doctrina científica y el derecho comparado abordaron en un sentido favorable a declarar esta responsabilidad, cuando la aplicación de una Ley conforme a la Constitución produzca unos graves y ciertos perjuicios, y que en el ordenamiento legal que rige en nuestra patria encontraría su respaldo y cauce legal en los artículos 9 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado”.

El razonamiento anterior se reitera en sentencias más recientes. En la de 12 de febrero de 1988 se indica:

Como dice la Sentencia de este Pleno de 17 de noviembre de 1987 dictada en asunto igual al que aquí se enjuicia, consagrada en el

artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de todos los poderes públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las obligaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización, cuya cuantía, de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado”.

Por otra parte, el Consejo de Estado ha entendido que es posible la existencia de responsabilidad del Estado derivada de actos del legislador en sus dictámenes 45.905, de 12 de enero de 1984, 46.977, de 7 de febrero de 1985, y 47.499, de 13 de noviembre de 1986.

A partir de principios constitucionales, como el de responsabilidad de todos los poderes públicos (artículo 9.3), en su inmediata relación con valores que proclama la Constitución, como son el de la justicia y el de la igualdad (artículo 1.1), parece al Consejo de Estado que no podría negarse en términos absolutos el principio de responsabilidad del Estado legislador. Tal principio operaría, ante todo, como límite al ejercicio de la potestad legislativa, de modo que una ley, atentatoria a esos principios y valores constitucionales, podría someterse a juicio de constitucionalidad. La vinculación que proclama el artículo 9.1 de la Constitución española significaría para el Gobierno (sujeto a la ley por exigencias del principio de legalidad) que sólo mediando ley podría reconocer derechos o imponer obligaciones, en los términos definidos por aquélla. Y es que el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la ley de modo inmediato, o, al menos, de manera mediata a través de la necesaria habilitación. La posición del juez tendría que fijarse con esa doble vinculación que proclama el aludido artículo 9.1 y por la vía cuyo marco constitucional está en el artículo 163.

Si el legislador se pronuncia por la exclusión de la responsabilidad, ni el Consejo de Ministros podrá admitir una responsabilidad, porque traspasaría, violándolos, los límites que le impone la Constitución (artículo 97), ni el juez podría, en tanto la ley mantuviera su vigencia, resolver fuera del marco trazado por ella (artículo 163).

La necesidad de ley que expresamente admita la responsabilidad, no debe, sin embargo, llevarse a extremos tan excluyentes que, ante el silencio del legislador, no pueda el intérprete y aplicador de la ley llegar a una conclusión favorable, basada en un juicio acerca de la voluntad legislativa y en una interpretación de la norma en el sentido mejor ordenado a la efectividad de los principios constitucionales.

a) La posibilidad de que un acto legislativo determine la procedencia de una indemnización ha sido objeto de estudio en nuestra doctrina, con orientación favorable a la tesis de que, si se dan los requisitos pertinentes —singularidad del daño o perjuicio y licitud del bien o derecho lesionado—, ningún inconveniente existe en admitir el derecho del afectado a una indemnización. Los obstáculos que en el siglo pasado se opusieron a la admisión de la llamada responsabilidad patrimonial del Estado-legislador parecen hoy superados: junto a la idea de soberanía que encarna el Parlamento o la del carácter general e impersonal de la Ley se erigen el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas y la propia garantía constitucional del contenido económico del derecho de propiedad.

b) La evolución seguida en diversos ordenamientos europeos muestra una tendencia sostenida hacia el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos. Es un claro ejemplo el Derecho francés, a través de los “arrêts” de su Consejo de Estado: desde la inicial proclamación de irresponsabilidad basada en la inmunidad del poder legislativo (Arrêt Duchaletier de 11 de enero de 1838, Arrêt Ferrier de 6 de agosto de 1852, Arrêt Moroge de 5 de febrero de 1875 o Arrêt Compagnie Algerienne de 7 de diciembre de 1894), se pasa ya en este siglo (Arrêt La Fleurette de 14 de enero 1938) a admitir la procedencia indemnizatoria ante el silencio de la Ley, en virtud de principios generales e imperativos del Derecho, como es el que veda “hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente”, carga “que debe ser soportada por la colectividad”; esta doctrina se consolida en el Arrêt Bovero de 23 de enero de 1963, en el que claramente se expresa que la producción de un daño por acto normativo obliga, como regla general, a indemnizar, salvo que el legislador haya excluido expresamente ese derecho.

c) Es importante recordar que una posición muy caracterizada de la doctrina española ha puesto de relieve cómo, en nuestro Derecho, la

expropiación forzosa no es sólo una institución para la transferencia coactiva de inmuebles a la Administración, sino una garantía general y abstracta de todos los bienes, derechos e intereses patrimoniales legítimos frente a las actuaciones de los poderes públicos (según resulta expresamente del artículo 33.3 de la Constitución, en relación con el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa), por lo que dicha garantía se extiende incluso a los casos de leyes materialmente expropiatorias, sin necesidad de acudir a la teoría de la responsabilidad civil.

5.3. *La cuestión de los derechos adquiridos*

Con independencia de cuanto antecede, el Consejo de Estado no ha dejado de hacerse eco de la jurisprudencia constitucional en lo concerniente a la cuestión subyacente a las reclamaciones consideradas, esto es, si la anticipación de la edad de jubilación por determinación de la Ley actuaba en un ámbito en el que no eran exhibibles verdaderos derechos o intereses legítimos, susceptibles de condicionar la legitimidad de la decisión, o hábiles, al menos, para fundamentar una pretensión indemnizatoria.

El artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificó la edad de jubilación, rebajándola, y fue sometido a juicio de constitucionalidad, habiendo concluido el correspondiente proceso con un fallo que considera constitucional la indicada anticipación de la edad de jubilación. La doctrina, aunque referida a otros textos legales, se mantuvo también en ulteriores sentencias, de modo que se cuenta hoy con un cuerpo jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Constitucional 108/1986, de 29 de julio, 99/1987, de 11 de junio, y 70/1988, de 19 de abril) al que necesariamente están sujetos los poderes públicos. El juicio de constitucionalidad del indicado artículo 33 (o del artículo 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o del Real Decreto-Ley 17/1982, equivalentes para otros sectores de la función pública) significa, obviamente, que, tanto desde el punto de vista de los preceptos constitucionales que determinan el modo de producción de las normas como de los preceptos sustantivos —normas y principios— de la Constitución que garantizan los ámbitos y las condiciones definidores del contenido constitucionalmente posible de la ley, el mencionado artículo 33, en los términos en que ha sido concebido, no incurre en inconstitucionalidad.

Para la citada doctrina, el funcionario ostenta el derecho a la jubilación y al disfrute de las situaciones administrativas legalmente establecidas, pero no

el derecho, sino la expectativa frente al legislador, a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificadas, en modo que permanezcan tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la función pública. La jubilación anticipada de los funcionarios —dice la Sentencia 99/1987— responde a “una limitación, delimitación o regulación —general— del contenido de un derecho, que no les priva del mismo, sino que lo configura ex novo o modificando una situación normativa anterior”.

Se alegó entonces (en los procesos constitucionales) que la anticipación de la edad de jubilación era contraria a principios consagrados por la Constitución española (artículo 9.3) e implicaba, además, una expropiación ilegal —una privación de derechos—, por cuanto no se acompañaba de la garantía de la correspondiente indemnización (artículo 33.3). Y es que, más que negar al legislador el poder de modificar el “status” funcional, lo que se sostuvo es que el ejercicio de tal poder debía hacerse dentro del marco de los principios constitucionales (en el caso del artículo 9.3) y mediando la correspondiente indemnización (artículo 33.3).

Es lo cierto que en punto a la indemnizabilidad —o no— de la anticipación de la jubilación la doctrina constitucional se construyó al hilo del alegato fundado en el artículo 33.3 de la Constitución. En las reclamaciones ante la Administración, en cambio, el objetivo indemnizatorio se buscó argumentando desde el instituto de la responsabilidad. En una consideración general, la calificación de una determinada medida como expropiatoria o como generadora de responsabilidad tiene un interés que, ciertamente, traspasa las fronteras de lo abstracto. La cuestión aquí, sin embargo, en el análisis de la doctrina constitucional, no conduce, parece al Consejo de Estado, a conclusiones distintas con base en el instituto de la responsabilidad patrimonial. La reducción del debate constitucional en los términos que resultarían del acotamiento pretendido, además de no armonizarse con el sentido que fluye de preceptos propios de la justicia constitucional (por ejemplo artículo 39.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), desconocería que tanto la garantía expropiatoria como la garantía de la responsabilidad se proyectan, “sobre los bienes y derechos” (así, en la Constitución española, los artículos 33.3 y 106 y, en la legislación, los artículos 1 y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa).

El Tribunal Constitucional en las tres sentencias que versan sobre la anticipación de la edad de jubilación ha deferido al juicio del legislador —según interpreta este Consejo de Estado— la conveniencia de arbitrar medidas compensatorias que, al menos, reduzcan los efectos negativos que para los

funcionarios supone la anticipación de la edad de jubilación establecida con anterioridad.

Así en la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986, al considerar en el fundamento 22 el escalonamiento de edades para aplicar en forma gradual la nueva edad máxima de jubilación para los jueces y magistrados y fiscales (hoy, transitoriamente modificado, de modo que la edad de sesenta y cinco años operará a partir de 1 de enero de 1995 según la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre), dice:

“Su finalidad evidente es la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos. Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación...”

La misma reflexión ha hecho el Tribunal Constitucional en la Sentencia 99/1987, en cuyo fundamento 6 se dice al respecto:

“... No hay privación de derechos; sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible. Esto no impide añadir —como se dijo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986, de 29 de junio, referida al anticipo de la edad de jubilación de los Jueces y Magistrados— que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que puedan merecer algún género de compensación”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 70/1988 matiza más las posibles medidas compensatorias, orientándolas a un tratamiento (por medio de ley formal) en el régimen de clases pasivas. Así en su fundamento tercero dice:

“... Por lo demás, y al margen de la solución judicial que se dé al caso aquí planteado, es claro que las resueltas por el Tribunal Supremo y como la que ha de enjuiciar la Audiencia de Albacete tendrían más fácil y justa solución si el legislador, que constitucionalmente ha rebajado la edad de jubilación, revisara también por medio de ley formal y en términos generales los años de servicio activo necesarios para alcanzar

los diversos porcentajes previstos para el cálculo del haber regulador. La legislación sobre derechos pasivos descansa en último término sobre el binomio edad de jubilación-años de servicio, y es de pura lógica (y por tanto una razonable exigencia de los ciudadanos en términos de justicia material) que quienes han visto o verán anticipada su jubilación respecto a la edad fijada en el momento de su ingreso en la función pública, y no han podido por ello alcanzar el número de años de servicio necesario para obtener el haber regulador que hubieran podido lograr de haber permanecido cinco años más en activo, encuentren una solución que les permita, mediante un ajuste establecido por el legislador, percibir esos mismos haberes pasivos inalcanzables para cada uno de ellos por una decisión legislativa no contraria a la Constitución, pero creadora de perjuicios difícilmente justificables”.

Considera el Consejo de Estado que las medidas compensatorias, inherentes a las “frustraciones” y a los “perjuicios económicos” (en determinados casos) o las medidas que concreta una de las sentencias del Tribunal Constitucional (la citada 70/1988) no están en la disponibilidad del Consejo de Ministros, más allá de la iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno; requieren una decisión del legislador (por medio de ley formal, como dice la Sentencia 70/1988).

El Consejo de Estado, como lo ha hecho en otras oportunidades, subraya ahora estas consideraciones del Tribunal Constitucional, por la autoridad de quien las hace y la preocupación que muestran —y que el Consejo de Estado comparte plenamente— por alumbrar soluciones que neutralicen los efectos negativos que puede comportar la reducción de la edad de jubilación.

En cualquier caso, el Consejo de Estado, al hilo de sucesivas consultas se ha planteado la procedencia de que el régimen estatutario de los funcionarios públicos pueda ser ponderado por aspectos contractuales o derivados del propio derecho constitucional al trabajo. La ponderación de que se trata no supone, naturalmente, mengua de las potestades administrativas de ordenación y conformación, pero impone la búsqueda de un equilibrio entre el ejercicio de aquellas potestades y la consideración de sus consecuencias de forma que no se traduzcan en sacrificios individualizados y sin compensación.

No deja de ser ilustrativo a este respecto que el propio Tribunal Constitucional que, como antes se ha recordado, funda sus fallos en la inexistencia de derechos adquiridos oponibles a la decisión del legislador —afirmando

incluso la existencia de meras expectativas— haya preservado cautelaramente la eventual procedencia de compensaciones por las expectativas canceladas, bien que, según parece debe ser entendida la posición del Tribunal, ese juicio de procedencia comporta una remisión —quizá una invitación— al legislador.

Resulta oportuno, por consiguiente, sugerir la necesidad de atemperación, que bien puede fundarse en la eventual introducción de categorías dogmáticas intermedias (como la de derechos expectantes, entre derechos plenos consolidados y meras expectativas) o en la fijación del alcance de los derechos del funcionario, que, aun no siendo esgrimibles globalmente para obstar el ejercicio de la potestad ordenadora, sí pueden serlo en algunas de sus manifestaciones —por conexión con otros derechos o por inocuidad respecto del efecto reformador pretendido— y deben ser medidos e indemnizados cuando la acción pública —incluida la del legislador— comporte efectos privativos o sacrificios individualizables que, si resultaren requeridos por el interés público, a la comunidad, en cuanto beneficiaria de la satisfacción de tal interés, corresponde reparar.

Al fin indicado, puede acreditar especial relevancia y fecundidad el principio de "protección de la confianza legítima", con origen en el derecho alemán (concretamente en la jurisprudencia contencioso-administrativa) y aceptado por el Tribunal Europeo de Justicia desde su Sentencia de 13 de julio de 1965. No es, desde luego, un principio de valor absoluto capaz de bloquear todo intento de modificación o reforma; pero sí protege eficazmente frente al cambio brusco y por sorpresa, frente a la alteración sensible de una situación en cuya durabilidad podía legítimamente confiarse, sin dar tiempo ni medios al afectado para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación. Este principio tiene un carácter general —aunque suela operar con preferencia en el campo económico y en el funcional—, está vinculado a los principios de seguridad jurídica, buena fe, interdicción de la arbitrariedad y otros, con los que suele combinarse y, por supuesto, no exige la preexistencia de derechos subjetivos perfectos, que tienen otras vías de protección.

6. Sobre la colaboración en la seguridad ciudadana

El Consejo de Estado ha tenido ocasión, en 1988, de abordar la cuestión relativa a la cobertura de los efectos lesivos sufridos por quienes, en cumplimiento de un deber de ciudadanía, asumieron riesgos prestando su colabo-

ración para impedir o dificultar la consumación de una acción delictiva o la huida de sus responsables.

Dadas las circunstancias concurrentes en los hechos enjuiciados, el Consejo de Estado hubo de fundamentar la conclusión que estimó obligada en justicia, sin posibilidad de que la pretensión indemnizatoria deducida ante la Administración quedara directamente acogida ni a la legislación general relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado ni a la específicamente conocida como antiterrorista o, con más propiedad, de seguridad ciudadana.

El Consejo de Estado entiende que sus reflexiones al respecto son merecedoras de incorporación a la Memoria anual por la utilidad orientadora que pueden tener, en trance de valorar determinados comportamientos en los que lucen la diligencia y el desinterés. Así, en el caso de un particular, agredido y finalmente fallecido, por obstaculizar y perseguir a quien acababa de cometer un delito en la vía pública (dictamen núm. 51.454, de 24 de noviembre de 1988).

Un comportamiento de esta clase debe conducir a considerar a quien lo acredita como circunstancialmente integrado en la organización que tiene encomendada la seguridad pública, siendo notoria la injustificada postergación de las naturales exigencias de los postulados de la justicia si, por determinados pruritos o formalismos legales, quien así colaborara al bien común y recibiera un grave daño fuera abandonado a su suerte, negándole una equitativa indemnización, por la comunidad beneficiaria de su proceder.

El ordenamiento jurídico no es, en general —y mucho menos uno tan avanzado como el vigente—, una mera estructura formal alejada de la realidad e insensible a la justicia. La misma fuerza de lo fáctico marca el ritmo de alumbramiento de normas sucesivas y el sentido de su recta interpretación en cada época (el artículo 3-1 del Código Civil, se refiere, precisamente, a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, entre los criterios que han de regir su interpretación). La justicia, por su parte, constituye el más básico y elemental de los principios que inspiran todo sistema jurídico y el fin último al que tiende, de forma que cada etapa en su evolución revela —o al menos debería demostrar— una progresión hacia la realización más plena del postulado de la justicia.

El ordenamiento vigente, como no podía ser de otro modo, permite situar a quienes actúen de forma análoga a la descrita en la posición de ejercientes de una función pública y, por lo mismo y a tal efecto, considerarlos investidos de título legítimo, del que se halla una proyección en los artículos 490,

491 y 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; son colaboradores de la Administración, transitoria y eventualmente, aunque esa afirmación reclame de inmediato las cautelas necesarias para mantener el supuesto en los términos propios de la categoría que define el ejercicio legítimo por un particular de funciones que, originaria y prevalentemente, corresponden a sujetos públicos.

Es evidente que la legislación amparadora de cualquier limitación o condicionamiento de derechos fundamentales ha de ser estricta, tanto en lo que respecta a los instrumentos susceptibles de utilización, cuanto en lo que concierne a la organización llamada primariamente a actuar, puesto que la adecuada ponderación de estos elementos —materiales y subjetivos— constituye, sin duda alguna, la clave que permite resolver la tensión manifiesta, en el seno del ordenamiento, entre la libertad y dignidad de la persona, de un lado, y las exigencias de seguridad y orden público, de otro.

A esa tensión —pulso de problemas cotidianos de cualquier sistema jurídico— fue sensible la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, limitando los medios de coacción admisibles y sujetando su uso a severos principios. Es importante la declaración contenida en su Preámbulo, según la cual, “a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se ejerce el monopolio por parte de las Administraciones Públicas del uso institucionalizado de la coacción jurídica”, lo cual determina, en última instancia, que la seguridad pública sea “competencia exclusiva del Estado” y que “su mantenimiento corresponda al Gobierno de la Nación” (artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo).

La participación de las demás Administraciones Públicas se configura, por tanto y de modo principal, en términos de colaboración, siempre dentro del respeto a aquella declaración, con el alcance que establezca la respectiva legislación y en el marco de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

El deber de colaboración para la consecución de la seguridad pública no se acota a los agentes de las diversas Administraciones Públicas, sino que la misma Ley lo generaliza al disponer que “todos tienen el deber de prestar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el auxilio necesario en la investigación y persecución de los delitos en los términos previstos legalmente” (artículo 4.1, de la Ley 2/1986, de 13 de marzo). Y ese deber de colaboración se especifica en supuestos de delitos “in fraganti” con la posibilidad de utilizar un medio coactivo típico, cual es la detención del presunto criminal (artículo 490-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Llegados a este punto, se impone una reflexión de capital importancia. Si el uso de la coacción es monopolio del Estado según el preámbulo de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, y la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado (artículo 1.1) cuyo mantenimiento se ejerce a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 1.4), el artículo 4 de dicha Ley, en cuanto extiende a todos el deber de prestar colaboración, lleva a la afirmación de que, en el cumplimiento de ese deber, los ciudadanos participan en la función de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y quedan en una posición jurídica que, en algunas de sus consecuencias, se asemeja al régimen propio de dichos Cuerpos y Fuerzas.

El monopolio de la coacción requiere, en efecto, que su ejercicio por "particulares" pueda ser imputado al ente monopolista o que haga las veces de tal; imputación que habrá de hacerse, precisamente, a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en cuanto son las organizaciones llamadas a mantener la seguridad pública (artículo 1.4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo).

De lo expuesto se deduce con naturalidad que, en un aspecto limitado materialmente y circunscrito en el tiempo al cumplimiento del deber legal de colaboración, el particular que lo lleva a efecto desempeña una función pública típica, coyuntural, desde luego, pero que, en cualquier caso, implica asumir por llamamiento de la Ley un haz o conjunto de competencias con la posibilidad de imputar la actividad en que se concreta su ejercicio a la organización de la cual forma parte ocasionalmente.

La concepción objetiva de las funciones, de los órganos y, por ende, de la organización explica, de una parte, la atribución del carácter de Agente de Autoridad que el artículo 7.1 de la Ley 2/1986 otorga a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no en su condición única y subjetiva de tales sino en el "ejercicio de sus funciones", pudiendo, por tanto, actuar como autoridad en ciertos momentos y circunstancias y no en otros. A la inversa y por las razones apuntadas, cabe atribuir en determinados casos el mismo carácter al "particular" que, temporal y eventualmente, se incrusta en la organización al dar cumplimiento a su deber de colaboración, de forma que "actúa" como autoridad sin que resulte exacto decir que "es" autoridad.

Esta misma noción está presente en el tratamiento penal del atentado, pues el artículo 236, párrafo segundo, del Código Penal extiende su tutela a los que acudieren en auxilio de la Autoridad, sus agentes y funcionarios. Y es dable añadir que el artículo 119 del Código —según ha sentado la jurisprudencia desde antiguo— concibe, a sus efectos, al funcionario desde un pun-

to de vista acentuadamente objetivo, de modo que la nota definitoria es más el ejercicio de una función pública que la índole de la relación.

En este sentido, ya la Sentencia de 27 de mayo de 1878 calificó de Agentes de la Autoridad a quienes por razón de su cargo están obligados a auxiliar a la autoridad en el ejercicio de sus funciones, sin especificar si el cargo requería la preexistencia de alguna relación especial con la Administración; más en concreto, la Sentencia de 7 de marzo de 1884 consideró como tales Agentes a los vigilantes particulares, a los que —por cierto— la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, incluye en el mismo precepto que los “particulares” a la hora de atribuirles un deber de auxilio respecto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el desempeño de sus funciones.

Así pues y en conclusión, quien presta esa función de auxilio, en los términos en que viene legalmente definida y ordenada, desempeña una función pública cuyo ejercicio no obsta la posibilidad de imputar sus efectos a la Administración. Pese a que la Ley no configure una obligación jurídicamente exigible, sino un deber de ciudadanía, actualizado en cada caso por decisión propia, se está en presencia del ejercicio objetivo de una función pública, por un particular, que, si bien no es funcionario público, actúa como tal.

Tras lo expuesto, no parece aventurado admitir que la legislación orgánica propia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueda aplicarse a este tipo de actuaciones, en la medida en que exista “identidad de razón” (artículo 4.1 del Código Civil) entre ellas y las que contempla aquella legislación. Ese criterio —la identidad de razón— constituye guía segura para discernir lo que sea susceptible de extensión analógica, dada la dificultad —a veces insuperable— de separar en un cuerpo normativo lo que atañe a la actividad y lo que concierne a las situaciones subjetivas de quienes tienen profesionalmente asumida la función.

En todo caso, la idea de solidaridad, presente en otros institutos afines, lleva, según entiende el Consejo de Estado, a que quien, con causa en el ejercicio de una función pública, sufre daños debe obtener justa reparación, que traslade sobre la colectividad la onerosidad de una adecuada indemnización económica.

A tal efecto, el Consejo de Estado ha recordado la vigencia del Decreto 2038/1975, de 17 de julio, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, en el que se contiene una previsión de cobertura de los daños materiales que se le originan a un miembro del Cuerpo Nacional

de Policía en acto u ocasión del servicio (artículo 179), así como de los daños de índole personal que hubiera sufrido, también en acto y ocasión de servicio, sin mediar dolo, negligencia o impericia (artículo 180). Y nótese, que ni una ni otra reparación vienen definidas como inherentes a la carrera de funcionario, sino consiguientes al efectivo desempeño de su función.

7. Sobre las multas coercitivas

7.1. Ejecutividad de los actos administrativos

El artículo 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo proclama que los actos de la Administración sujetos al Derecho público serán ejecutivos, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo V del título IV de la propia Ley. El artículo 101, ubicado en el mencionado capítulo y reproduciendo el artículo 33 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, declara que los actos y acuerdos de las autoridades y organismos de la Administración del Estado serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en el artículo 116 y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o requiera aprobación o autorización superior.

Por su parte, el artículo 116 previene que la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pero la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de parte la ejecución del acuerdo recurrido, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho. Dicho artículo 116, redactado hoy de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 164/1963, de 2 de diciembre, viene a ser virtual reiteración de los términos del artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y guarda concordancia, en su orden, con los artículos 122 a 125 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la que ha introducido un tratamiento singular, justificado por su propio objeto, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (artículo 7).

La Ley de Procedimiento Administrativo parte —lo “consagra”, según la literalidad de su parte expositiva— del principio del régimen administrativo que exige la decisión previa para que la Administración pueda emprender cualquier actuación material. “Si no existe la decisión ejecutiva —dice el

Preámbulo—, los particulares afectados por la actuación material de la Administración podrán acudir a la jurisdicción ordinaria, incluso a través del procedimiento interdictal, para defenderse de ella”. La traducción normativa del principio y de su efecto, así enunciados, se contiene en los artículos 100 y 103. “La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico” (artículo 100.1); “el órgano que ordene un acto de ejecución material está obligado a comunicar por escrito y a requerimiento del particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa” (artículo 100.2); “no se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido” (artículo 103, concordante con el artículo 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, en su ámbito específico, con el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa).

La escueta referencia a tales preceptos, aunque traídos a colación para respaldar la invocación del principio de ejecutividad de los actos administrativos, como introducción a ulteriores observaciones sobre la imposición de multas coercitivas —concreto medio de ejecución forzosa—, muestra algunas notas, expresivamente acogidas en la Ley y distintivas, desde luego, del actuar de las Administraciones Públicas.

Puede ser la más característica, conviniéndole incluso una función matriz, la que, fruto de la asimilación del moderno régimen administrativo, subordina la legitimidad de la actuación material de la Administración a la existencia de un acto que le sirva de fundamento jurídico, adoptado por órgano competente y siguiendo el procedimiento fijado legalmente. La Administración opera con sujeción al Derecho y éste es soporte y cauce —además de horizonte y límite— para su acción.

En virtud del principio de autotutela, “la Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrá proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo cuando por Ley se exija la intervención de los Tribunales” (artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo); ejecución forzosa que cabe efectuar por los siguientes medios: a) apremio sobre el patrimonio; b) ejecución subsidiaria; c) multa coercitiva; d) compulsión sobre las personas (artículo 104).

En el cumplimiento de su función consultiva en 1988, el Consejo de Estado ha advertido alguna desviación, en lo concerniente a las multas coerciti-

vas, tanto en trance de alumbrar previsiones reglamentarias sobre su imposición, cuanto en concretas resoluciones que las imponían. Justifica ello que la presente Memoria incorpore algunas consideraciones al respecto.

7.2. Naturaleza de la multa coercitiva

Es clara la distinción entre los medios de ejecución forzosa y las sanciones administrativas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 239/1988, de 14 de diciembre, al denegar sendos recursos de amparo acumulados y fundados en la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución española, razona con precisión que los postulados de dicho precepto constitucional no pueden extenderse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica (como resulta de las Sentencias del propio Tribunal 73/1982, de 2 de diciembre, 69/1983, de 26 de julio, y 96/1988, de 26 de mayo) a supuestos distintos o actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador, "como es el caso de las multas coercitivas, previstas como medios de ejecución forzosa de los actos administrativos por los artículos 104 c) y 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo".

En dicha clase de multas, cuya independencia de la sanción resulta del propio criterio sistemático de aquella Ley y del tenor literal del apartado 2 de su artículo 107, no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo sino que se actúa una constricción económica tendente a obtener la acomodación del comportamiento del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa. "No se inscriben, por tanto, estas multas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de autotutela ejecutiva de la Administración, prevista en nuestro ordenamiento jurídico con carácter general por el artículo 102 de la Ley del Procedimiento Administrativo", cuya constitucionalidad ha sido expresamente reconocida por el Tribunal (Sentencias 22/1984, de 17 de febrero, 137/1985, de 17 de octubre, y 144/1987, de 23 de septiembre) y respecto de la que no cabe predicar el doble fundamento de la legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la Constitución, a que se refiere la Sentencia 101/1988, de 8 de junio, esto es: "de la libertad (regla general de la licitud de lo no prohibido) y de la seguridad jurídica (saber a qué atenerse), ya que, como se ha dicho, no se castiga una conducta realizada porque sea antijurídica, sino que se constriñe a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación con-

creta previamente fijada por el acto administrativo que se trata de ejecutar y mediando la oportuna conminación o apercibimiento”.

En consecuencia, el planteamiento de la suficiente cobertura legal en relación con las multas coercitivas, como respecto de los demás medios de ejecución forzosa del artículo 104 de la Ley de Procedimiento Administrativo, opera en el ámbito de la sumisión de la Administración a la ley en el marco del general principio de legalidad proclamado en los artículos 9.3 y 103 de la Constitución, controlable en sede contencioso-administrativa, pero sin generar un correlativo derecho fundamental susceptible de amparo por el Tribunal Constitucional.

Es claro que la aplicación de la indicada distinción, y el efecto derivado de excluir las multas coercitivas del campo del derecho sancionador, requiere en cada caso el análisis y determinación del carácter de las multas impuestas como coercitivas, atendiendo a su verdadera naturaleza, “sin que sea suficiente y decisivo, a tal efecto, el nomen iuris utilizado en los correspondientes actos”, pues no puede quedar en manos de la Administración la posibilidad de sustraerse a las garantías constitucionales establecidas en relación con el ejercicio de su potestad sancionadora.

Quiere ello decir que no son necesariamente coercitivas unas multas por el hecho de que como tales las califique la Administración, sino porque respondan con rigor a los perfiles y características con que se hallan configuradas en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo) y sobre los que descansa su diferenciación e independencia de las multas que puedan imponerse en concepto de sanción. Como el Consejo de Estado tuvo ocasión de indicar (dictamen núm. 50.292, de 10 de marzo de 1988), esta medida coercitiva “no puede ser aplicada como un complemento o suplemento de la sanción..., sino que tiene que producirse en la fase de ejecución forzosa, una vez que se haya agotado el plazo de ejecución voluntaria, y como medio de evitar la compulsión directa sobre las personas o sobre las cosas...”.

Las consideraciones hechas no implican —como se infiere de lo dicho— que la sustracción de las multas coercitivas al alcance del artículo 25.1 de la Constitución tolere la ausencia o debilitamiento de las exigencias de cobertura legal o confiera a la Administración, en trance de prever reglamentariamente su imposición o en trance de imponerlas, márgenes de arbitrio o de discrecionalidad que no cumplan los principios de la Ley de Procedimiento Administrativo o que puedan desvirtuar la naturaleza misma de las multas coercitivas.

7.3. Cobertura legal

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 239/1988, de 19 de diciembre, las multas coercitivas que sean tales, en su realidad material y no en su designación meramente nominal, no están sujetas a los términos de la legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la Constitución. El problema de su cobertura legal no queda por ello diluido ni olvidado, sino que se sitúa en el ámbito de la sumisión de la Administración a la ley en el marco del principio general de legalidad proclamado en los artículos 9.3 y 103 de la Constitución.

Importa subrayar, a este respecto, que la previsión básica de las multas coercitivas contenida en el artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo se asienta en la necesidad de una habilitación legal puesto que, en su literalidad, la Administración podrá, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas "cuando así lo autoricen las leyes y en la forma y cuantía que éstas determinen". Si bien, pues, las multas coercitivas no se insertan en el núcleo de la específica legalidad sancionadora a que se refiere el artículo 25.1 de la Constitución, es lo cierto que, en el plano de la llamada legalidad ordinaria, su eventual regulación reglamentaria y su imposición están sujetas a una necesaria cobertura formal de ley, que no resulta cumplida sino exigida por el artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

No basta, pues, la genérica invocación del artículo 107 para que la Administración, con o sin interposición de una previsión reglamentaria, pueda imponer multas coercitivas. La autorización para hacerlo y la determinación de su forma y cuantía requieren la mediación de una norma con rango de ley. El precitado dictamen de este Consejo de Estado (núm. 50.292) comprueba y resalta, en el caso que considera, el cabal cumplimiento de este requisito (autorización legal), "toda vez que se trata de una medida coercitiva expresamente prevista y regulada, en cuanto a su forma y cuantía, en el artículo 5 de la Ley 7/1980 de 10 de marzo".

El artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo no se limita a imponer esta necesidad de una previa ley autorizante, sino que concreta un diseño básico de la multa coercitiva al prever su reiteración "por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado" y al referir su posible imposición a los siguientes supuestos: "a) actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado; b) actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente; c) actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona".

En un plano jurídico-formal cabe suscitar razonablemente la cuestión relativa a la eficacia normativa de las previsiones a través de las que la Ley de Procedimiento Administrativo fija los perfiles propios de las multas coercitivas. Si el artículo 107 de dicha Ley apela a la necesidad de que medie una habilitación legal específica para que la Administración imponga multas coercitivas, ¿será admisible que el contenido material de aquélla condicione eficazmente a la ley habilitante, de manera que quede vedado a ésta introducir en el ordenamiento una regulación de las multas coercitivas en colisión con los que constituyen sus rasgos de identidad según la Ley de Procedimiento Administrativo?

La paridad de rango entre ambas leyes en hipótesis confrontadas y la vigencia de la ley posterior conducen, primariamente, a una respuesta negativa: la Administración podrá imponer multas coercitivas con sujeción estricta a la ley que las autorice, aunque ello suponga un apartamiento de las prescripciones contenidas en el artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Sin embargo, sólo con serias reservas y rigurosos condicionamientos es respaldable tal conclusión, puesto que los términos de la ley habilitante y la posibilidad de que la Administración se atenga a ellos no convierten en multa coercitiva, aunque como tal se designe, la que no lo sea materialmente.

Algunas consideraciones antes hechas, acerca del riesgo nominalista y al hilo de determinados pronunciamientos del Tribunal Constitucional, pueden ser traídas de nuevo a la argumentación con la finalidad de marcar las exigencias materiales de las instituciones jurídicas frente a la limitada virtualidad de un "nomen iuris", quizá desafortunadamente utilizado o torpemente forzado. La multa coercitiva —cabría decir de modo expresivo— es lo que es, y no es otra cosa por el simple expediente de que esa otra cosa sea llamada multa coercitiva.

La cuestión no es baladí, aunque desde el punto de vista de la legalidad ordinaria pudieran hallarse límites para oponer eficazmente el artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo a la actuación de la Administración ajustada a una específica ley habilitante.

Pero si antes se ha recordado la posición del Tribunal Constitucional que sustrae la imposición de multas coercitivas, propiamente tales, al control de constitucionalidad fundado en el artículo 25.1 de la Constitución, por no suponer ejercicio del "ius puniendi" del Estado, ¿no hay que entender, en cabal reversión del argumento, la susceptibilidad del amparo frente a la imposi-

ción de multas coercitivas que no fueran en puridad tales, sino sanciones encubiertas por desnaturalización de aquel medio de ejecución forzosa?

En cualquier caso, el Consejo de Estado entiende que, abstracción hecha de su valoración y efectos desde el punto de vista de legalidad o de jerarquía normativa, el sistema de producción de normas, primero, y la actuación de los poderes públicos, después, han de asumir los condicionantes que derivan de lo que puede ser considerado carácter o naturaleza de las distintas instituciones jurídicas. No ya porque se recurra —desde luego innecesariamente— a una especie de iusnaturalismo de uno u otro tipo, sino porque el Derecho, por positivista que se sea, nunca puede prescindir de determinados apriorismos conceptuales —en su orden— o de ciertas sendas instrumentales y aún convencionales —en el suyo— si realmente se quiere que cumpla su finalidad de ordenación y disciplina de una convivencia.

Cabrá llamar multa coercitiva a lo que el legislador quiera en cada caso, rindiendo tributo al más descarnado positivismo, pero mal servicio se prestaría al ordenamiento jurídico si el lenguaje normativo no captara y respetara, con pulcritud y rigor técnico, el acervo de conceptos y rasgos institucionales que ofrecen la inteligible correlación entre significantes y significados, considerados en sí mismos y como normal desenvolvimiento de los principios informadores del ordenamiento.

En última instancia, las apreciaciones contenidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional conectan “*expresis verbis*” con la naturaleza material de las multas coercitivas, en cuanto medio de ejecución forzosa de previas decisiones jurídicas, extrayendo de los artículos 104 y 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo el soporte argumental para su calificación y caracterización. El Tribunal Constitucional, pues, razona y extrae consecuencias a la vista de lo que las multas coercitivas son en nuestro ordenamiento, con arreglo al diseño acogido por la Ley de Procedimiento Administrativo.

No se trata, claro está, de preservar la mencionada Ley, cual si se la atribuyera una singular prevalencia frente a disposiciones ulteriores de idéntico rango. Sí se trata, por supuesto, de preservar los perfiles de la institución que, en cuanto tal, hallan límites naturales a la posibilidad misma de su moldeación normativa.

Puede así ya afirmarse, a modo de eslabones en la línea expositiva, lo siguiente: a) las multas coercitivas no son sanciones ni están, por ende, sujetas a las exigencias del derecho sancionador; b) ello comporta, en particular, la improcedencia de recabar, frente a tales multas, el amparo del Tribunal

Constitucional por presunta vulneración del artículo 25.1 de la Constitución; c) no comporta, en cambio, que la imposición de multas coercitivas pueda llevarse a efecto sin la concreta y suficiente cobertura legal; d) la ley que autorice la imposición de multas coercitivas, su forma y su cuantía, así como la propia Administración que eventualmente las imponga han de actuar en el marco de la institución (multas coercitivas como medio de ejecución forzosa), marco que viene definido, más por acogimiento receptivo que por decisión política creativa, en la Ley de Procedimiento Administrativo.

7.4. La reiteración de las multas coercitivas

El artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo, tras referirse a la previa y necesaria cobertura legal ("cuando así lo autoricen las leyes y en la forma y cuantía que éstas determinen"), establece que "la Administración podrá, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado", en los supuestos que relaciona.

En el ejercicio de su función consultiva en 1988 el Consejo de Estado se ha encontrado ante la realidad de un acto administrativo en el que, junto a la imposición de una sanción, se ordenaba la demolición de una obra en el plazo de 15 días, "pasado el cual sin haberse realizado se impondrá una multa coercitiva de 200.000 pesetas semanales...".

No había en el caso de referencia problema alguno de cobertura legal, toda vez que la concreta medida coercitiva se hallaba expresamente regulada, en cuanto a su forma y cuantía, en el artículo 5 de la Ley 7/1980, de 10 de marzo. Sin embargo, se advertía la incorrecta utilización del medio de ejecución forzosa en cuanto había dado lugar a una especie de liquidaciones alzadas que, referidas a períodos de tiempo determinados, desvirtuaban la naturaleza de la multa coercitiva, convirtiéndola en una sanción adicional; situación que se da cuando una multa coercitiva se impone "a priori", en el mismo acto de imposición de una sanción y no como consecuencia de una comprobada reiteración en el incumplimiento de lo ordenado, previo el transcurso de plazos razonables, que "sean suficientes para cumplir lo ordenado", como dice la Ley de Procedimiento Administrativo.

No parece correcto, pues, un acto inicial de imposición de multas coercitivas, devengables sin más por el mero transcurso de sucesivos períodos de tiempo ya predeterminados. El Consejo de Estado entendió en el concreto caso examinado y reitera ahora, con carácter general, que la utilización de es-

te medio de ejecución forzosa requiere la comprobación del incumplimiento de la obligación del administrado en el plazo o plazos sucesivos —y uno a uno suficiente— que se le hayan fijado, de modo que la imposición de cada multa coercitiva sea objeto de una específica resolución expresa, motivada y notificada en debida forma.

No corresponde, pues, a la naturaleza de la multa coercitiva su imposición preventiva, con establecimiento anticipado de los sucesivos plazos en que se irá devengando, de forma que la actuación inmediata subsiguiente de la Administración sea la práctica de la liquidación (cuantía de la multa multiplicada por el número de plazos sucesivamente transcurridos y automáticamente computados), sin interponer nuevas decisiones y requerimientos previos y llegando incluso a la vía de apremio para hacer efectiva una cantidad alzada que se estimara exigible por la meritada liquidación.

El Consejo de Estado considera que un proceder como el expuesto viene a desvirtuar el sentido de esta medida coercitiva, que no ha de ser concebida ni aplicada como complemento de una sanción "principal", sino que tiene que producirse en fase de ejecución forzosa, una vez agotado el plazo de ejecución voluntaria y en virtud de acuerdos que se han de ir adoptando sucesivamente, siendo la reiteración objeto de nuevas decisiones consecuentes a la comprobación de que la multa ya impuesta no ha resultado eficaz para la ejecución del acto administrativo.

8. Sobre los terrenos ganados al mar

8.1. *El problema tal como fue abordado en 1988*

En el desarrollo de su función consultiva, este Consejo de Estado hubo de abordar, antes y al margen de la nueva Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, la cuestión relativa a los terrenos ganados al mar; y lo hizo al hilo del expediente de caducidad de una relación concesional establecida en 1914.

El Consejo de Estado formuló algunas observaciones generales acerca de la naturaleza y efectos de este tipo de concesiones que, como la entonces examinada, tienen por objeto la realización de obras para desecar terrenos originariamente sumergidos en aguas marítimas.

El Consejo estimó necesario partir de que la concesión para la desecación de marismas o la construcción de obras a fin de ganar terrenos al mar no es, en sí misma considerada, una simple colación de un uso privativo sobre

bienes de dominio público, asimilable a las demás concesiones sobre zona portuaria o marítimo-terrestre. Su finalidad directa y explícita es la de transformar la naturaleza física y jurídica de los terrenos concedidos, de tal manera que, una vez concluidas las obras, a cuya realización se obliga el concesionario, se produzca automáticamente una mutación demanial: los terrenos dejarán de ser "dominio público" y pasarán a ser bienes "intra commercium", patrimoniales o de propiedad privada. La concesión no tiene por objeto, en estos casos, autorizar a un particular para que utilice en beneficio propio una determinada parcela del dominio público, de suyo destinada al uso general o a la prestación de un servicio público, sino que, por el contrario, se propone conseguir que los terrenos concedidos, públicos pero inútiles, se transformen en patrimoniales pero productivos. No hay, pues, el propósito de otorgar un uso privativo, compatible con el interés general, manteniendo inalterada la condición demanial de los terrenos; de lo que se trata, precisamente, es de que los terrenos concedidos pierdan su carácter demanial, mediante su transformación física en bienes patrimoniales y productivos.

El Consejo de Estado ya había tenido ocasión de pronunciarse, en el sentido expuesto, en dictamen de 14 de diciembre de 1949 (núm. 5.127) recaído en expediente de deslinde sustanciado para dirimir discrepancias entre el Estado y el Ayuntamiento de Santander. Decía entonces este Consejo, entre otras cosas:

"Existen bienes a los que la calificación de dominio público se otorga artificialmente, buscando nada más que la dirección administrativa de su aprovechamiento por los particulares, por lo mismo que dicho aprovechamiento interesa de modo especial y por consideraciones de política económica a la utilidad pública, a la que quedan, de ese modo, afectados. (Es notoria la diferencia con los supuestos normales de dominio público en que la afectación a la utilidad pública resulta de la destinación natural a necesidades del servicio público como, por ejemplo, carreteras, ferrocarriles, fortificaciones, puertos, etc.). Así resulta que, en cuanto ese aprovechamiento particular se ha logrado, la utilidad pública ha quedado definitivamente satisfecha, y al no tener, respecto de esos bienes, sino las exigencias generales que tiene sobre todos los bienes patrimoniales de su economía ocurre, efectivamente, aunque de este modo particular, una verdadera desafectación de aquellos bienes, con lo que se convierten en bienes de propiedad privada (art. 341 del Código Civil) en la persona de su concesionario, entrando en el comercio jurídico común."

“Ocurre aquí una verdadera conversión jurídica. El supuesto es bien conocido en nuestras leyes: saneamiento de pantanos, lagunas, marismas y terrenos pantanosos (art. 65 de la Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879; Ley de 24 de julio de 1918, art. 1, letra B, en relación con el art. 52 de la Ley de Puertos)”.

“Así pues, el derecho al aprovechamiento, una vez cumplido éste en la forma de saneamiento, puede implicar la propiedad privada del terreno por la pérdida de su condición demanial”.

“Véase que es preciso no entender la regla de la inalienabilidad del dominio público en un sentido absoluto y abstracto. La inalienabilidad es un atributo del principio de la afectación a la utilidad pública y, así como esta afectación ... al uso general no es realizada siempre por un acto formal y solemne ‘publicatio’, así la desafectación puede resultar igualmente por un medio tácito remisible a la interpretación fáctica; y esto ocurre ya en los mismos casos de dominio público ordinario y natural; los ejemplos son obvios: caminos y pasos, los más frecuentes”.

En fecha más reciente (dictamen de 14 de octubre de 1983, núm. 45.575), el Consejo de Estado ratificó esta misma doctrina, ya con referencia directa a una propuesta de caducidad de concesión de marismas, en los siguientes términos:

“Las concesiones para sanear marismas no tienen por objeto, cualquiera que sea su régimen específico, el disfrute del dominio público por el concesionario, sino la ejecución de obras necesarias para desecarlas o, lo que es igual, para que dejen de ser marismas y se transformen en terrenos aprovechables para la agricultura o cualquier otro uso de verdadero interés económico...”

Alguna vez se ha dicho, que, así como en las concesiones que se rigen por la Ley Cambó de 24 de julio de 1918 resulta clara la atribución de la titularidad dominical a favor del concesionario, una vez realizadas las obras, no puede decirse lo mismo de las que fueron otorgadas al amparo de la Ley de Puertos de 1880. Pero, como ya se había indicado en el dictamen que acaba de citarse, los efectos jurídico-reales de la concesión, que se traducen en una atribución de la plena propiedad de los terrenos o de un simple derecho de uso, permaneciendo la titularidad pública de los mismos, no dependen del dato formal de que la concesión deba regirse por la Ley de 1880 o la de 1918, sino que se deriva de su propia naturaleza y de las cláusulas concretas que hayan sido acordadas.

Este tipo de concesión, aunque no es el más característico de los que se regulan en la Ley de Puertos de 1880, que primordialmente se refiere a la autorización de usos exclusivos y temporales sobre superficies adscritas de modo permanente al servicio público, tampoco parece proscrito; por el contrario, es objeto de expresa previsión, ocupándose el legislador de precaver posibles extralimitaciones o usurpaciones de las superficies que deben mantenerse en el dominio público. Así se desprende de todo su texto y, en especial, de su artículo 57 que dice: "En las concesiones de obras de puertos con las cuales se ganen terrenos al mar, se exceptuará siempre, de los que se reconozcan de propiedad del concesionario, la parte necesaria para la zona de servicio a que se refiere el artículo 31, la cual quedará de propiedad del Estado."

Obsérvese que, con arreglo a este artículo 57 de la Ley de Puertos de 1880, cuando, por virtud de la concesión, "se ganen terrenos al mar", se da por supuesto que dichos terrenos se reconocen de propiedad del concesionario, garantizándose la preservación de la zona litoral de servidumbre.

La primera consecuencia que se derivaba de todo lo anterior es la de que la concesión, en cuanto tal, debía reputarse extinguida desde el momento en que quedó agotado su contenido o, lo que es lo mismo, una vez que se cumplieron las condiciones impuestas al concesionario y los terrenos objeto de concesión perdieron su condición demanial. A partir de este momento, cabe que subsistan, como secuelas de la concesión extinguida, relaciones entre la Administración que otorgó la concesión y el concesionario y sus causahabientes; pero los conflictos que se susciten han de ser resueltos en el marco de las normas y de los principios generales, sin apelación posible a una subsistencia de la relación concesional.

Porque hay un hecho indiscutible, cuyas consecuencias jurídicas son en principio irreversibles, salvo que hubiese lugar a una "restitutio in integrum". Y este hecho consiste en que se han realizado materialmente unas obras que han transformado la naturaleza física y jurídica de los terrenos concedidos, los cuales, por virtud de las mismas, han dejado de ser de "dominio público" y se han convertido en bienes de propiedad privada, siendo cuestión distinta la atribución de su titularidad dominical a un sujeto determinado.

Si se parte, pues, del hecho de que se ha operado una mutación demanial ("degradatio"), resulta inviable la tesis de la subsistencia de la concesión, sin perjuicio de que con ello no se agotaran los problemas planteados.

Quedaban, en efecto, por resolver cuestiones de gran importancia, como son, entre otras: a quién debía ser atribuida la titularidad dominical de los terrenos; con qué carácter o en qué condiciones; y qué facultades conservaba la Administración concedente, en el caso de que la titularidad fuera conferida al concesionario o a un tercero.

La primera y fundamental de estas cuestiones es la relativa a la atribución de la titularidad dominical de los bienes, porque su solución constituye una premisa indispensable para la dilucidación de las restantes.

Como es sabido, tanto en los casos de "degradatio" (alteración de la configuración física de los bienes que los excluye del dominio público) como en los de desafectación, expresa o tácita, la regla general es la de que los bienes sean incorporados al patrimonio del Estado o de la Administración local, en su caso.

Sin embargo, en el supuesto de que se trataba esta regla general no era aplicable, por mediar una relación singular (contrato, concesión) cuyos efectos obligacionales trascienden a la esfera de las titularidades reales.

La concesión, en estos casos, no tiene un contenido "locativo" (arrendamiento, cesión de uso), sino que su finalidad es esencialmente "traslativa": la Administración "cede" los terrenos al concesionario, siempre que antes los transforme a su costa en bienes económicamente productivos y cumpla las restantes condiciones que se le impongan en el acto de otorgamiento de la concesión.

Así pues, si el concesionario cumple con regularidad las condiciones que le fueron impuestas, hay que entender que se convierte en propietario de los terrenos concedidos, sin otras limitaciones que las que puedan derivarse de las cláusulas concesionales pactadas y cuya eficacia se mantenga con carácter obligatorio.

Puede ocurrir, en efecto, que se trate tan sólo de una propiedad "ad tempus" (limitada en el tiempo) o que quede condicionada por determinadas obligaciones y sea por tanto "revocable" de mediar incumplimiento. Pero, en todo caso, lo cierto es que la transformación física de los terrenos desemboca, por sí misma, en un cambio de su titularidad dominical a favor del concesionario.

Se efectúa, pues, una transmisión del dominio tan pronto como se produce el hecho determinante de la "degradatio" de los terrenos objeto de concesión, a menos que otra cosa se deduzca de las cláusulas de la conce-

sión. El análisis de éstas dirá, en cada caso concreto, cuál sea su alcance último y cuáles las posibilidades de una "vuelta atrás" (restitutio in integrum).

Es evidente, por otra parte, que si el concesionario no hubiese cumplido alguna de las condiciones, que le fueron impuestas y él aceptó, en un momento anterior a la transformación física de los terrenos, no habría podido adquirir la propiedad de los mismos, por defecto de título, y procedería la caducidad de la concesión y la incorporación de los terrenos al patrimonio del Estado.

Ahora bien, si el incumplimiento se produce "ex post", cuando ya se ha operado la transmisión dominical y la concesión se ha extinguido, por agotamiento de su contenido jurídico-real, aunque puedan subsistir obligaciones de índole contractual, la Administración concedente sólo dispone de las dos opciones que son clásicas en la doctrina de los contratos: exigir el cumplimiento, llegando incluso a la ejecución forzosa, o bien provocar la resolución de la relación contractual, con todas sus consecuencias, pero dejando siempre a salvo los derechos legítimamente adquiridos por terceros de buena fe.

En el caso que a la sazón ocupaba al Consejo de Estado era patente, ante todo, la intencionalidad traslativa (y no meramente locativa) de la concesión otorgada en 1914 y modificada en 1922. Así se desprendía del propio título concesional y de toda la documentación que lo precedía, e incluso de la subsiguiente, donde reiteradamente se indicaba que la superficie comprendida en el ámbito de la concesión quedaba distribuida en tres partes o zonas diferenciadas: la destinada a "zona de muelles", la dedicada a "calles y ensanche" y la "zona edificable". Ninguna duda cabía acerca de que la primera de estas zonas ("zona de muelles") conservaba su carácter de dominio público estatal, afecto a los servicios portuarios. La destinada a "calles y ensanche" correspondía, por definición, al dominio público municipal y, de hecho, ya había quedado incorporada al sistema viario del casco urbano y así se reflejaba en el planeamiento urbanístico producido con posterioridad. La "zona edificable", finalmente, una vez realizadas y recibidas las obras objeto de concesión, era considerada como de propiedad privada del concesionario.

No cabía pensar en una propiedad "ad tempus", puesto que la concesión había sido otorgada a perpetuidad, de acuerdo con lo preceptuado en la Ley de 1880. Y, en cuanto a la posible caducidad, por incumplimiento de condiciones, tampoco era posible encontrar una razón suficiente que justificara la revocación de la propiedad otorgada.

Es claro que, desde la situación normativamente definida por la Ley de Puertos de 1880 hasta la hoy vigente, se ha producido una profunda evolución legislativa. La circunstancia de que en el dictamen emitido en 1988 este Consejo tuviera que ajustarse al régimen jurídico aplicable a la relación concesional entonces considerada, no fue —no podía ser— obstáculo para que la complejidad de los problemas y las derivaciones de la disciplina jurídica concerniente a los terrenos ganados al mar fueran objeto de cuidadosa reflexión. Los resultados de ésta se ofrecen en la presente Memoria, con la confianza de que constituyan observaciones y sugerencias útiles para prevenir problemas y para orientar la actuación administrativa en los términos más acordes con los declarados propósitos de la vigente legislación. A ello responde el contenido de los apartados siguientes.

8.2. *Concepto de “terrenos ganados al mar”*

Aun cuando la legislación española ha venido refiriéndose al supuesto de “terrenos ganados al mar”, no se halla en la misma una precisión clara de este concepto, cuya elaboración ha correspondido más bien a la jurisprudencia.

Así, cuando se realizan obras ganando terrenos sobre el mar, se está en el caso que la jurisprudencia considera estrictamente como “terrenos ganados al mar”, mostrando la diferencia existente entre su régimen jurídico y el normal de la accesión natural producida por los aterramientos sobre la costa, por cuanto, desde el punto de vista jurídico-administrativo, la accesión propia es sólo la natural, en tanto que la artificial comporta la concurrencia de varios institutos jurídicos que, en su misma diversidad, producen también un resultado diverso.

A tal fin, han sido caracterizados dichos terrenos por dos rasgos:

1.º Los terrenos se ganan como consecuencia de obras de desecación y relleno del mar efectuadas por el hombre, siendo por tanto un fenómeno artificial, a diferencia de la accesión natural (prevista por los artículos 2 de la Ley de Puertos de 1928 y 5.1 de la Ley de Costas de 1969 y, actualmente, por el artículo 4.1 de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio).

En este sentido se pronuncian, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1981, 18 de mayo de 1984 y 4 de febrero de 1987, puntualizando que falta en el supuesto considerado la imprevisibilidad que caracteriza a los fenómenos naturales.

El que se trate de obras realizadas por el hombre obliga, además, a delimitar el ámbito en que se permiten, ya que recaen sobre un objeto sustraído a la disposición civil ("res extra commercium"), cual es el mar, y comportan la ocupación de un bien demanial, cual es la zona marítimo-terrestre.

2.º Las obras han de ser efectuadas sobre el mar territorial, definiéndose su límite interior por la línea de la bajamar escorada (conforme el artículo 2 de la Ley 10/1977, de 4 de enero), que coincide con el límite exterior de la zona marítimo-terrestre, como subraya la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1986. De este modo se dejan al margen los supuestos de desecación de marismas, según afirmó claramente la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1976.

Aunque los terrenos ganados al mar en su ribera quedarían bajo la cobertura de la regulación especial de las marismas, en principio y como luego se indicará, la vigente Ley de Costas 22/1988 acoge aquella diferencia al distinguir en su artículo 4.2 los "terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras", de los terrenos "desecados en su ribera".

Con esta última característica parecen excluirse del régimen jurídico propio de los terrenos ganados al mar el de los que lo sean sobre la zona marítimo-terrestre, al conceptuarse el mar como mar territorial (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1986), pudiendo por ello afirmarse la existencia de un régimen específico para los terrenos ganados al mar en la zona marítimo-terrestre, que derivaría fundamentalmente (y en ausencia de regulación sectorial aplicable) de la concesión. Así, por ejemplo, dentro de los puertos, actuó el sistema concesional que, al amparo de la Ley de Aguas de 1866 y por virtud de los Decretos del Ministerio de Fomento de 26 de diciembre de 1870, autorizó la ganancia al mar de sendos terrenos en el puerto de Vigo y en la bahía de Cádiz con el régimen vigente en aquel momento respecto de los terrenos ganados al mar (adquisición de su propiedad por el concesionario).

Ello sentado procederá aclarar cuál sea el régimen jurídico de dominio aplicable a estos terrenos y, al efecto, debe en primer lugar revisarse sumariamente el conjunto de normas sectoriales, para examinar después la actual regulación general tras la promulgación y vigencia de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio.

8.3. Regulaciones sectoriales aplicables a los terrenos ganados al mar

La razón de ser de la diversidad de regulaciones se halla en la acogida legislativa de la especificidad de los terrenos ganados al mar en virtud de

obras que, al comportar una mutación demanial, requieren una autorización o concesión con régimen jurídico adecuado a la atribución dominical que eventualmente se pretenda.

En esas regulaciones ha lucido, como principio jurídico común, el de que los terrenos ganados al mar son propiedad de quien los haya ganado; "principio sancionado por la jurisprudencia de todos los tiempos", en palabras de la consulta del Consejo de Estado que fundamenta la Real Orden de 1 de noviembre de 1863, reproducidas por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972.

Desde luego y en cualquier caso, la atribución dominical privada no actúa por sí sola, sino que, "iure proprio", precisa un reconocimiento jurídico público de la necesidad y destino de la obra. Cuando ese reconocimiento venía amparado por el interés público de estimular económicamente la ampliación del espacio disponible, en el marco de la actividad administrativa de fomento, se configuraba como una autorización. Pero si llevaba consigo la atribución de potestades sobre un bien demanial mediaba una concesión en sentido técnico-jurídico. En el primer caso, se partía de una originaria libertad de actuación del particular para obtener el resultado de ganar terrenos al mar; en el segundo, el punto de partida era la reserva de esa actuación al Estado, quien habría de concederla para habilitar a un particular.

La técnica utilizada fue, con frecuencia, mixta, por cuanto las obras a realizar comportaban la ocupación o utilización de porciones de terreno de carácter demanial. Se trataba de una fórmula impropia de concesión reflejada —y aún vigente— en la Ley General de Obras Públicas de 1877, que suponía una autorización (condicionamiento del ejercicio de la libertad de obrar del particular, proclamada por el artículo 52 de la Ley para el caso de no ocupar bienes demaniales ni demandar subvención pública) y una concesión demanial.

a) Deseccación de marismas.

En primer lugar, ha de considerarse el régimen jurídico aplicable a la denominada deseccación de marismas, figurado con propósito de fomento en los artículos 60 a 68 de la Ley de Aguas de 1879 y objeto directo y específico de la Ley de 24 de julio de 1918, cuya vigencia ha quedado cancelada tras la disposición derogatoria primera de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 y los artículos 275 a 283 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986 de 11 de abril, con altera-

ción sustancial de los criterios de acción administrativa (artículo 103.6 de la vigente Ley de Aguas).

Debe ante todo tenerse en cuenta que el concepto jurídico de marismas, en la práctica administrativa española, ha comprendido terrenos incluidos en la zona marítimo-terrestre, bienes por tanto de naturaleza demanial, anegados por razón de su comunicación natural con el mar, aun cuando pudieran aparecer ocasionalmente en el interior del territorio. Prueba de ello es la calificación de las marismas como bienes de dominio público, que hizo el artículo 2.1 del Reglamento de la Ley de Costas de 1969 (aprobado por el Real Decreto de 23 de mayo de 1980). Así también se hallaba confirmado por la facultad de reintegración del dominio atribuida a la Administración, respecto de las zonas de marismas, por el artículo 1 de la Ley de 1918 ("es de la competencia de la Administración el regir su uso y aprovechamiento y el deslindar y apejar los terrenos que la constituyen"), como reconoció la consulta del Consejo de Estado núm. 5.127, de 14 de diciembre de 1949.

La regla básica de la legislación sectorial en este punto vino siendo la atribución de la titularidad dominical privada al concesionario de la obra de desecación de la marisma: "una vez ejecutadas las obras con arreglo al proyecto aprobado, quedará dueño el concesionario de los terrenos saneados, entendiéndose que aquellos que por ser del Estado le hubieran sido concedidos gratuitamente revertirán a él pasados noventa y nueve años de la terminación de la obra... El concesionario podrá cancelar esta reversión cuando la totalidad de los terrenos saneados en una determinada concesión hubieran sido cedidos por el Estado, si le reintegrase el importe de la subvención con un interés anual del 8 por 100..."

Esta atribución había sido configurada como concesión "a perpetuidad" por el artículo 51 de la Ley de Puertos (de 1880 y 1928) y por tanto como una concesión demanial. Por ello, se suscitó la duda de si, en cuanto tal concesión demanial, le sería aplicable el límite máximo de 99 años establecido por el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado, cuestión sobre la que la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1982 distinguió dos tipos de concesiones de marismas, las que estuviesen en el interior y las junto al mar, procediendo el límite de noventa y nueve años en cuanto a las últimas que ya no podrían ser, por tanto, concesiones a perpetuidad.

La razón de ser de esta distinción pareció estribar en que la legislación sectorial aplicable (fundamentalmente la Ley de 24 de julio de 1918 de auxilios a la desecación de marismas) suponía la incidencia de dos normas diferenciadas, la que regulaba la concesión "a perpetuidad" respecto de las

marismas en el interior de los puertos o junto al mar (artículos 48 a 51 de la Ley de Puertos) y la amparada en la legislación hídrica sobre las zonas húmedas en el interior del territorio (artículo 65 de la Ley de Aguas de 1879). Así el Tribunal Supremo se pronunció por la aplicación del límite de noventa y nueve años, conforme al artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado (que así lo establece genéricamente para toda concesión demanial), respecto únicamente de la concesión para desecación de marismas concurrente con la legislación de puertos y en los términos de la misma.

Esta ruptura jurisprudencial de la unidad normativa aplicable a las marismas, con quiebra de la institución concesional diseñada para las mismas, se completó con la definitiva desaparición de ésta al derogarse la Ley de 1918 por la Ley de Aguas de 1985, en concordancia con la decisión legislativa de incorporar al ordenamiento un principio jurídico distinto del de fomento de la actividad de desecación, cual fue el de protección de las zonas húmedas como hábitat de las aves acuáticas (Convenio para la protección de humedales de 2 de febrero de 1971, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de mayo de 1982, momento pues de su incorporación al ordenamiento jurídico conforme al artículo 1.5 del Código Civil), que es precisamente el proclamado por el artículo 103 de la Ley de Aguas de 1985 y que trunca, en consecuencia, la causa de la anterior transmisión permitida de la facultad de accesión por medio de la concesión para la desecación de marismas.

Por ello, actualmente puede considerarse extinguida esta figura concesional con sus perfiles propios y cuyo otorgamiento "a perpetuidad" venía a significar propiamente el reconocimiento de eficacia a la "vetustas", impeditiva de la reivindicación del dominio por el Estado transcurrido el tiempo de noventa y nueve años.

La línea jurisprudencial aludida, aun situada en términos de interpretación y aplicación de la Ley, encubría ya un verdadero cambio tendente a obstaculizar la eficacia de esta figura y propiciar su superación; cambio consolidado por el artículo 103 de la Ley de Aguas de 1985. Consecuentemente, no podrá hacerse uso de esta categoría en adelante, bien que su fisonomía dogmática siga conservando interés y no sólo académico (si cualquiera de sus rasgos sobrevive en alguna institución vigente).

b) Terrenos ganados al mar por la construcción de paseos marítimos.

En el supuesto de ganarse terrenos al mar por causa y consecuencia de la construcción de paseos marítimos, el régimen jurídico viene dado por una norma singular, la Ley de 24 de julio de 1918 para la construcción del paseo

marítimo de Barcelona, que por virtud de su disposición adicional permite la extensión, también singular, a otros municipios del litoral, por acuerdo del Gobierno.

El artículo 2.º de aquella Ley dispuso:

“Dicho paseo marítimo, una vez construido, pasará a ser de uso público municipal. Los terrenos que se ganen al mar, así como los de la actual zona marítimo-terrestre comprendidos dentro del proyecto que se aprueba, y que pierdan esta condición a consecuencia de la construcción del paseo marítimo, se cederán al Ayuntamiento de Barcelona como bienes patrimoniales del mismo, con la condición de que no podrá enajenar ni ceder parte alguna de dichos terrenos hasta la completa terminación del paseo marítimo...”

Se autorizaba, por tanto, una mutación demanial; la consecuente calificación como patrimoniales de los bienes permitía su entrada en el comercio jurídico, con los efectos derivados de la aplicación plena de la legislación de régimen local respecto de tales bienes, incluida su posible cesión a los particulares, aunque sólo tras la terminación de la construcción.

Al tratarse de un régimen jurídico singular, no resultó alterado por el derecho considerado como común, esto es por la Ley del Patrimonio del Estado (dictamen del Consejo de Estado núm. 34.758, de 20 de enero de 1966) ni tampoco por la ulterior Ley de Costas de 1969 (dictamen núm. 39.345, de 5 de diciembre de 1974).

Esa configuración como derecho singular quedaba fundada en la separación que se establecía respecto de la Ley de Puertos de 1880 (vigente al promulgarse la Ley de 1918), en punto al régimen jurídico de los terrenos. Como subrayó este Consejo de Estado en su citado dictamen núm. 34.758, la Ley de 1918 estableció:

“una nueva forma de utilización de la zona marítimo-terrestre y del mar litoral no prevista en la Ley de 1880: construcción de paseos marítimos por los Ayuntamientos; fijó una nueva atribución de competencias al Gobierno, para resolver estos expedientes de aprovechamiento y otorgó un nuevo destino jurídico a los bienes utilizados, cesión en propiedad privada a los Ayuntamientos interesados, distinto del derivado del régimen común”,
por lo que se hizo precisa la utilización de una norma con rango de ley.

Así, al amparo de la Ley de Paseos Marítimos, el concesionario (Ayuntamiento) obtendría la propiedad no sólo de los terrenos ganados al mar, sino también los de la zona marítimo-terrestre comprendidos en el proyecto, a diferencia de lo establecido por el artículo 5.3 de la Ley de Costas de 1969, que reservó en todo caso al dominio público los de la zona marítimo-terrestre.

La razón de esa norma singular estribaba en el favorecimiento de la construcción de paseos marítimos, ya que, conforme a la Ley de Puertos, quedaría excluida de la concesión y atribución dominical en todo caso la zona de servicio (artículo 57 de la Ley, que la reservaba al Estado, especificado por el artículo 101 del Reglamento de Puertos de 19 de enero de 1928). Por ello constituía un derecho singular frente al común de puertos y, consiguientemente, también frente al de costas, posterior, como razonó el Consejo de Estado en el antes recordado dictamen núm. 39.345, añadiendo para justificar la continuación de la vigencia de la Ley de Paseos Marítimos:

“La Ley de Costas no regula ni se refiere en absoluto a la construcción de paseos marítimos por los Ayuntamientos litorales del país, sino que reduce su previsión al destino de los terrenos ganados al mar, por obras de todo tipo realizadas fuera de los puertos. Si el legislador hubiese abrigado ánimo derogatorio tácito respecto a la Ley de 1918, hubiera incluido la mención explícita del régimen de construcción de aquellos paseos, concretando las correspondientes modificaciones o restricciones respecto al sistema legal anterior. Esta mención de los paseos marítimos, que no se encuentra en la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, se halla en cambio en la Ley de Puertos Deportivos de la misma fecha, cuyo artículo 14 se refiere inequívocamente al caso de que un Ayuntamiento solicite autorización para la construcción a sus expensas de un paseo marítimo de ribera en la zona del propio puerto deportivo a la vez que insta la construcción del mismo. Este tipo de mención falta en la Ley de Costas, lo que a sensu contrario autoriza plenamente la conclusión de su falta de eficacia derogatoria respecto de aquella Ley anterior”.

Por ello estimó este Alto Cuerpo que no se había producido la derogación, por falta de coincidencia de objeto e intención en ambas normas, impeditiva de aquella eficacia.

La configuración dogmática del título concesional es similar a la antes expuesta, pues la concesión atribuye la facultad de ejercicio de la accesión (como facultad dominical), a fin de poder efectuarse la adquisición por título ju-

rídico privado de los terrenos ganados al mar. No otra cosa significa que los terrenos resultantes sean calificados como patrimoniales del Ayuntamiento y que éste pueda, en su caso, disponer de ellos conforme a la legislación aplicable.

Pues bien, esta ordenación singular se halla hoy extinguida, al ser derogada la Ley de Paseos Marítimos por la vigente Ley de Costas 22/1988, sin que pueda estimarse subsistente al amparo de normas específicas como el artículo 14 de la Ley de Puertos Deportivos (no derogado expresamente, al contrario de lo que acontece con el artículo 18 como luego se indica). La calificación del paseo construido como de uso público municipal (que hace el mencionado artículo 14 en su apartado tres) puede perfectamente integrarse en el sistema diseñado por los artículos 9 y 49 de la Ley de Costas de 1988.

Las consecuencias de la derogación, en lo que aquí importa, son, fundamentalmente, la desaparición del régimen jurídico singular de atribución de la propiedad y la correlativa aplicación, no sólo del sistema concesional hoy vigente para la obra a realizar, sino también del régimen jurídico común en lo concerniente a la titularidad dominical de los terrenos ganados al mar.

c) Terrenos ganados al mar fuera de los puertos.

En el sistema de la Ley de Aguas de 1866 (artículo 5), la previsión genérica de apropiación de los terrenos ganados al mar por quien efectuase la obra se condicionaba a los términos de la autorización, que podría por tanto no prever esa apropiación, aunque en la práctica este supuesto no llegara a darse. Con la Real Orden de 20 de agosto de 1883 se consagra definitivamente esa facultad de apropiación, confirmada por el tenor del artículo 101 del Reglamento de la Ley de Puertos de 1928 y, antes, por el artículo 99 del Reglamento de Puertos de 1912, respecto de la Ley de 1880, ambos del mismo tenor, siendo reproducción sustancial la Ley de 1928 de la de 1880, lo que hace inútil la cuestión acerca de la vigencia de una u otra.

Esa genérica apropiación es matizada por el artículo 5.3 de la Ley de Costas de 1969, al dejar fuera de la misma la zona marítimo-terrestre, y precisada por el artículo 10 de su Reglamento de 1980, al exigir una determinación concreta del contenido de la apropiación.

Ahora bien, esa apropiación no constituía una declaración autónoma en el Ordenamiento jurídico, por reconocimiento de un modo de adquisición de propiedad, sino la atribución del ejercicio de la facultad dominical de acce-

sión, previo otorgamiento de su titularidad al efecto por virtud de una concesión, que, al amparo de la Ley General de Obras Públicas de 1877 y, luego, conforme a la Ley del Patrimonio del Estado (artículo 126), estaba limitada por el plazo de noventa y nueve años, con el alcance expuesto antes.

Pues bien, este sistema, incorporados los rasgos y caracteres diseñados por la Ley de Costas de 1969, ha sido derogado por la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, ya que conforme a su artículo 4 pertenecen al dominio público marítimo terrestre estatal:

“1. Las accesiones a la ribera del mar... cualesquiera que sean las causas.

2. Los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras...

3. (Los terrenos)... desecados en su ribera.

... ..

7. Los terrenos incorporados por los concesionarios para completar la superficie de una concesión de dominio público marítimo terrestre que les haya sido otorgada, cuando así se establezca en las cláusulas de la concesión.”

Esa proclamación obstativa de la atribución de una titularidad dominical —no demanial— se completa con el artículo 9 de la Ley, que pretende evitar el juego del título adquisitivo de la usucapión o de la accesión, al establecer:

“1. No podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera...

2. Serán nulos de pleno derecho los actos administrativos que infrinjan lo dispuesto en el apartado anterior. Los actos particulares en fraude del mencionado precepto no impedirán la debida aplicación del mismo”.

Aparece así cancelado aquel principio jurídico general, según el cual la adquisición de terrenos ganados al mar correspondía a quien efectuase la obra.

El problema que surge es el de determinar su extensión, por cuanto el dominio público marítimo-terrestre comprende inicialmente, conforme al artí-

culo 3 de la Ley de Costas y a estos efectos, la ribera del mar, es decir la zona marítimo-terrestre y las playas, pero, conforme al artículo 4 de la Ley, parece quedar comprendida también toda porción de terreno añadida a esa ribera con independencia de que pueda sobre la misma formarse igualmente una zona marítimo-terrestre, incluyéndose todo el terreno añadido ganado al mar y no sólo la extensión en el mismo de la zona marítimo-terrestre.

En definitiva, cabe polemizar sobre el sentido del artículo 4 de la Ley; si se limita a vedar el reconocimiento genérico de propiedad de terrenos ganados al mar y se agota al impedir el juego de la accesión y el de la usucapión, deberá aceptarse que sobre todo terreno añadido a la ribera pueda emerger la parte de dominio público comprensiva de la zona marítimo-terrestre y playa, quedando el resto al margen de esa calificación demanial; por el contrario, si se considera un precepto definidor de la demanialidad de los bienes, extendería su carácter demanial a la totalidad de esos terrenos.

La Ley es imprecisa en este punto, sin que, por otro lado, pueda derivarse una regla segura del artículo 132 de la Constitución. Baste considerar que la Ley utiliza el término "pertenece" que acusa un significado ambiguo, pues tanto evoca el sentido dogmático clásico en el ordenamiento administrativo de porciones integrantes del demanio ("pertenencias del dominio público") cuanto el concepto jurídico civil de bienes añadidos a la parte principal ("pertenencias").

d) Terrenos ganados al mar en el interior de los puertos.

La atribución de propiedad a quien efectuase la ganancia de terrenos al mar en el interior de los puertos se hallaba sancionada tradicionalmente por la legislación, según se percibe en los artículos 54 de la Ley de Puertos y 101 de su Reglamento (ambos de 1928). Conforme a este último:

"En las concesiones de obras dentro de los puertos, en las cuales se ganan terrenos al mar, sólo se reconocerá de propiedad de los concesionarios la parte que ocupe la zona de servicio a que se refiere el artículo 27 de la Ley y, fuera de ella, no resulte destinada a vías y servicios públicos en el estudio de los terrenos sobrantes, así de los ya existentes como de los ganados al mar, para distribuirlos con relación al ensanche de las poblaciones y a su enlace con los puertos..."

Ese principio jurídico general, establecido por la legislación común de puertos, aparece matizado en el caso de los puertos deportivos. El artículo 18 de la Ley 55/1969, de 26 de abril, de Puertos Deportivos, dispone:

“Los terrenos ganados al mar como consecuencia de la construcción de un puerto deportivo o de su paseo marítimo de ribera serán propiedad privada de sus concesionarios, sin perjuicio de las servidumbres y limitaciones a que quedaren sometidos de acuerdo con la legislación vigente.”

De esa atribución se excluye la zona de servicio del puerto, la nueva zona marítimo-terrestre que resulte, las nuevas playas y accesos (artículo 30.2.º y 3.º del Reglamento de la Ley de Puertos Deportivos aprobado por Real Decreto 2486/1980, de 26 de septiembre); por otra parte, para consolidar tales derechos de propiedad, se requiere “que (los concesionarios) lo manifiesten en su petición en el momento de solicitar la concesión y que la Administración los conceda explícitamente en los términos de la misma, en la que se determinarán las normas de uso a que quedan sometidos” (artículo 30.1.º del Reglamento de la Ley de Puertos Deportivos).

Pues bien, esta legislación sectorial de puertos y puertos deportivos viene a hacer aplicación del mismo esquema antes indicado, si bien la concesión de obra para la realización de los trabajos quedaba absorbida en la relativa a la construcción del puerto y sujeta al régimen jurídico particular indicado.

La legislación de que se trata ha quedado igualmente derogada por la Ley de Costas vigente, en cuanto al sistema concesional y de atribución de propiedad de la Ley de Puertos, y, en lo que hace a los puertos deportivos, únicamente respecto de la atribución de propiedad (se deroga expresamente su artículo 18), quedando pues vigente el procedimiento y estatuto concesional específico, en lo que no se oponga a lo dispuesto en la Ley de Costas 22/1988, según los términos de su disposición derogatoria.

Ello significa, ante todo, una imprecisión en punto al régimen jurídico de la propiedad de los terrenos ganados al mar, prueba de la cual es la regulación contenida en la Ley de Puertos Deportivos de la Comunidad Autónoma de Andalucía 8/1988, de 2 de noviembre, al mantener implícitamente, en sus disposiciones transitorias, las condiciones sustantivas de dominio derivadas de la aplicación de la Ley de Puertos Deportivos estatal, anterior a la promulgación de la Ley de Costas 22/1988, y al caber conforme al tenor literal de su artículo 23 la determinación de terrenos patrimoniales y de propiedad privada que no reviertan a la Comunidad al término de la concesión (de treinta años).

Lo anterior suscita de nuevo la cuestión del significado del vocablo "per-tenencias", en el artículo 4 de la Ley de Costas, a efectos de aclarar si los terrenos ganados al mar son enteramente dominio público o si sobre los mismos procede la determinación de la extensión de la zona marítimo-terrestre correspondiendo al resto la calificación de bienes patrimoniales.

Corroborar la duda anterior el que el artículo 4 de la Ley de Costas excluya de su ámbito el régimen de puertos deportivos, cuya legislación, con la salvedad indicada (artículo 18), tampoco queda afectada por la derogación expresa efectuada por la Ley de Costas.

e) Régimen especial de zonas turísticas.

Resta finalmente considerar como supuesto específico el previsto en el artículo 21.e) de la Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional 197/1963, de 28 de diciembre, a que remite el artículo 5.4 de la Ley de Costas de 1969, que presupone la atribución de propiedad de los terrenos ganados al mar y el derecho a obtener el uso y disfrute de la porción demanial en los mismos.

Con arreglo a esa regulación sectorial, cabe la posibilidad de conferir, por la aprobación del plan de promoción y ordenación del centro o zona declarado de interés turístico nacional, "derechos de uso y disfrute y en la forma que proceda de los bienes de dominio público del Estado y de las Corporaciones Locales", exceptuando su procedimiento del normal (adjudicación mediante subasta).

Ello comporta la susceptibilidad de una concesión demanial singular fundada por el interés de fomento de la legislación sectorial turística, que podría discurrir por dos cauces diferenciados: ya el propio de la concesión demanial, ya el anteriormente desarrollado al hilo de la realización de una obra también concedida (para la realización del plan de promoción y ordenación del centro o zona de interés turístico nacional).

Ahora bien, sobre este régimen especial se proyecta igualmente la eficacia derogatoria de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio. Y no es aventurado concluir, tras todo lo expuesto, que la vigente Ley de Costas ha venido a constituir una ordenación uniforme y común de diversos supuestos preexistentes y objeto de regulación heterogénea, de forma que hoy se puede afirmar que los terrenos ganados al mar se hallan sujetos a un único régimen jurídico propio, lo que lleva necesariamente a examinar cuál es el tratamiento que conviene a tales terrenos en la Ley de Costas 22/1988.

8.4. *El sistema de la Ley de Costas respecto del dominio sobre los terrenos ganados al mar*

El principio jurídico antes invocado, el de atribución en dominio a quien efectuase la obra de los terrenos ganados al mar, derivaba precisamente de la calificación de tales bienes en el Derecho clásico español. Efectivamente, la calificación correspondiente a las riberas, orillas del mar, era la de cosas "comunes", mejor que cosas "públicas" (ya en el Derecho romano como prueba el texto de Neracio, Digesto 41.1.14, atribuyéndoles el carácter de res nullius), con la consecuencia de que lo edificado en la ribera podía pertenecer al edificante, por no ser cosa pública y supuesto un acto de apropiación del sustrato material de la cosa (de utilización exclusiva), posible también por la falta de atribución a una entidad, el Estado (sea como bien vacante, sea a título demanial o de mera policía). Y el principio así formulado pasaría a las Leyes de Partidas (Leyes 3.^a y 4.^a del Título 28 de la Partida III).

Esta calificación late en el artículo 1 de la Ley de Puertos, que define la zona marítimo-terrestre y del mar litoral como "de dominio nacional y uso público"; también en la calificación demanial otorgada a las "playas y riberas" por el artículo 339.1.º del Código Civil, entendido el demanio en este Cuerpo como dominio o propiedad (privada) del Estado. El proceso de publicación del ordenamiento (formación sectorial del ordenamiento administrativo) consume un período dilatado en que aquel inicial planteamiento (apropiación del terreno y accesión) va cambiando sus perfiles con la exigencia de una mediación pública al efecto que, primero, se cubre con el ropaje formal de una autorización y, después, con el de una concesión. En este sentido, la Ley de Costas 22/1988 viene a significar la culminación de ese proceso de publicación y la sustracción de la materia al ejercicio de una facultad jurídico-privada por el particular.

Por ello puede considerarse que la auténtica calificación demanial viene operada por el artículo 132.1 de la Constitución, que, además, remite a la Ley las especificaciones de la demanialidad. En este sentido, el Preámbulo de la vigente Ley de Costas 22/1988 declara tajantemente:

"La presente Ley viene, además, a cumplir el mandato expreso en nuestra Constitución, que en su artículo 132.2 ha declarado que son bienes de dominio público estatal los que determine la ley, y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Esta es la primera vez en nuestra historia legislativa que por una disposición del

máximo rango se clasifican determinados bienes como de dominio público, con la particularidad de que los únicos a los que la Constitución atribuye directamente esa definición pertenecen precisamente al dominio público marítimo-terrestre. Y es evidente que ello ha sido para cortar, de una vez por todas, las anteriores confusiones y actitudes contrarias a la demanialidad de espacios tan importantes.”

En realidad, la Ley de Costas consagra definitivamente la aplicación del ordenamiento administrativo como derecho común aplicable a estos bienes. La razón de las confusiones estuvo precisamente en la construcción sectorial de ese ordenamiento. Por ello se ha requerido un respaldo normativo de especial vigor, ya que la Ley no sólo persigue su objeto natural (apropiación con carácter demanial) sino también el desgajamiento de esta materia del derecho privado para su atracción y plena cobertura por el derecho público. El artículo 132 de la Constitución tiene así pleno sentido y parece concluir ya la discusión acerca de la posibilidad de existencia de enclaves jurídico-privados en las playas.

Si resulta por tanto que la Ley de Costas, en aplicación del artículo 132.2 de la Constitución, rectifica la imprecisión legislativa que derivaba de la inicial calificación del dominio marítimo-terrestre no como público sino como “res communes omnium”, el artículo 4 de la Ley habrá de ser rigurosamente entendido en el sentido atributivo del carácter demanial a los bienes que enumera.

Podría quizá argüirse que la Constitución sólo impone la calificación demanial para las playas y la zona marítimo-terrestre pero no para los bienes enumerados por el artículo 4 de la Ley de Costas, respecto de los que la Constitución sólo contiene la mera remisión a la ley, a la que corresponde determinar la extensión del demanio en este punto (artículo 132.2). A partir de tal argumentación, cabría seguir manteniéndose la tensión con el ordenamiento jurídico privado, ya que, a fin de cuentas, la discusión acerca de cuál fuere el sentido de la inclusión como demaniales de los terrenos ganados al mar conforme al artículo 4 de la Ley de Costas derivaría en un conflicto entre su consideración como objeto del derecho público (cosa pública) o del derecho privado (cosa dentro del comercio de los hombres), bien que por imperio de la Ley la cuestión se hallaría ya parcialmente sustraída a la cobertura de este último.

No parece que pueda aceptarse tal tensión a la vista del artículo 132.2 de la Constitución, cuya remisión a la ley tiene otro sentido además, cual es el di-

rigir un mandato al legislador que debe culminar la configuración del demanio marítimo-terrestre, sobre la base del principio que supone su conceptualización como cosa pública y objeto, por ende, del ordenamiento administrativo. La Constitución exige en este punto esa consecuencia inmediata, que se traduce en la imposibilidad de efectuar una interpretación del artículo 4 de la Ley de Costas susceptible de desvirtuar aquel mandato.

Y este criterio es en síntesis el que, en algún supuesto, mantenía ya la jurisprudencia. Así, respecto de las accesiones —naturales—, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1.ª, de 28 de noviembre de 1973, decía:

“Tampoco la posesión de esos terrenos de accesión puede justificar su prescripción adquisitiva, pues al igual que es de dominio público el mar territorial y la zona marítimo-terrestre, lo son esos terrenos unidos a ella por accesión o aterramientos y por tanto sin que su posesión sea apta para prescribir, por no ser ‘res habilis ad usucapionem’, ya que como bien de dominio público está fuera del comercio de los hombres...”

Ello viene confirmado especialmente por la proclamación que hace el artículo 9 de la Ley, impeditivo del reconocimiento de un carácter distinto al demanial sobre tales bienes. Es decir, la Ley de Costas establece, respecto de los terrenos ganados al mar por consecuencia directa o indirecta de obras, el mismo régimen jurídico que para los terrenos añadidos por razones naturales, poniendo fin por tanto a la distinción entre accesión natural y artificial.

Esta conclusión no se desvirtúa por el examen de los posibles bienes excluidos de esa calificación demanial —no incluidos— en el artículo 4 de la Ley de Costas.

1.º Conforme al apartado siete, son demaniales los terrenos incorporados por los concesionarios para completar una concesión de dominio público marítimo-terrestre que les haya sido otorgada, “cuando así se establezca en las cláusulas de la concesión”. Sería pues preciso que expresamente se determinase en el título concesional la condición demanial de tales terrenos para que pudieran ostentarla.

2.º Los puertos e instalaciones portuarias que no sean de titularidad estatal, de acuerdo con el artículo 4.11 de la Ley.

3.º Las edificaciones autorizadas sobre la zona de servidumbre de protección e incluso la zona marítimo-terrestre que no constituya playa, conforme al artículo 25.3 de la Ley de Costas.

4.º En otro caso sería preciso, como dice la sentencia de 23 de junio de 1981, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, "un acto de soberanía para producir la entrada en el comercio de los hombres, concretamente la desafectación o el cambio de destino, a partir de cuyo momento dejan de pertenecer al dominio público para entrar en el comercio humano..." El sentido del artículo 9 de la Ley en este punto es el de impedir la eficacia desafectadora de las disposiciones de rango inferior a la Ley.

5.º No cabría incluir en principio, al amparo del título concesional, el régimen derivado de la construcción de paseos marítimos, ya que existe respecto de los mismos la expresa previsión de que se localicen fuera de la ribera y sean preferentemente peatonales, conforme al artículo 44.5 de la Ley.

6.º Según la Disposición Transitoria segunda, apartado dos, "los terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de esta Ley, serán mantenidos en tal situación jurídica, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuarán siendo de dominio público en todo caso". Para los mismos, sin embargo, se prevé la declaración de utilidad pública a efectos de la expropiación por la disposición adicional tercera, número dos, de la Ley de Costas.

Ahora bien todas estas posibilidades no llevan por sí a la conclusión de la permisible existencia de terrenos ganados al mar y desprovistos de carácter demanial, salvo que se considere limitada la eficacia del artículo 4 de la Ley de Costas, en contradicción con su tenor literal y con el de su artículo 9.

Tal modo de discurrir, sin embargo, sólo se justificaría si la propia Ley de Costas previera un específico sistema concesional que pudiera llevar a ese resultado, dando un carácter funcional a la proclamación de demanialidad, cual el contenido en la Ley General de Obras Públicas para la concesión de obra pública. En este sentido podría tal vez pensarse en el mantenimiento del sistema y procedimiento concesional de la Ley de Puertos Deportivos, puesto que únicamente aparece derogado de modo expreso el de la Ley de Puertos. Pero no parece que sea así, pues, conforme a los artículos 64 y 65 de la Ley de Costas, deben distinguirse dos títulos concesionales respecto de los puertos, el específico y sectorial (el de la legislación de puertos en este caso) y el de la ocupación del demanio regulado exclusivamente conforme a la legislación de costas. Precisamente por esta razón la Ley de Costas contiene una derogación de toda norma contradictoria, cual sería una reguladora de la concesión demanial con otro alcance, y también la específica del siste-

ma concesional predispuesto por los capítulos VIII y IX de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, que podría llevar a otro resultado que el querido por aquella Ley respecto de los terrenos ganados al mar.

Procede, por tanto, examinar el sistema concesional de la Ley de Costas a efectos de determinar las posibilidades abiertas a la atribución no demanial y por virtud de concesión de la propiedad de los terrenos ganados al mar.

8.5. *El sistema concesional de la Ley de Costas*

La idea de concesión en el ordenamiento administrativo muestra dos funciones bien definidas y diferenciadas: la de satisfacer necesidades generales mediante, por lo común, la construcción de obras públicas, y la de explotar servicios públicos. La primera, eventualmente, lleva consigo la previsión de utilización del dominio público —concesión demanial— así como del ejercicio de determinadas facultades estimadas necesarias para la ejecución de la obra; la segunda, en su caso y tras la ordenación estatal de la actividad a realizar, no es sino una concesión industrial.

Pues bien, el primer instrumento normativo cuyos principios aún permanecen, siquiera parcialmente, vigentes y que incide en la regulación de la concesión es la Ley General de Obras Públicas de 1877. En la misma luce el principio del concesionario interpuesto, tras el reconocimiento de la libertad de ejecución de obras de interés privado que no precisen de subvención ni de ocupación de demanio conforme al artículo 52; en el esquema concesional adoptado (con el límite temporal de noventa y nueve años de acuerdo con los artículos 55, 75 y 101 de la Ley) aparece ya cierta planificación y cobra relieve la exigencia del proyecto técnico (artículos 14 y 56).

Fundada esa regulación en un postulado de originaria libertad, las potestades administrativas se ordenaron de un modo limitado, al contrario de lo que sucederá posteriormente con la potenciación del principio planificador, ya no sólo previsor sino también delimitador de las situaciones jurídicas subjetivas del concesionario, o con la valoración del proyecto técnico no como meramente descriptivo de la obra a ejecutar sino también como delimitador de la posesión precisa para su ejecución.

Por virtud del mecanismo de la concesión de obra pública se producía la cesión de la facultad de accesión, lo que autorizaba la adquisición dominical, jurídico-privada, de los terrenos ganados al mar y, concurriendo normalmente, además, una ocupación de dominio público mediante una concesión demanial, el bien concedido podía llegar a ser de propiedad privada por el juego

de la prescripción inmemorial. Este mecanismo ha sido concreta y expresamente proscrito por la Ley de Costas, al disponer su artículo 37.1:

“La ocupación del dominio público no implicará en ningún caso la cesión de éste ni su utilización significará la cesión de las facultades demaniales de la Administración del Estado...”, cual es la de acrecer.

En el sistema de la Ley de Costas se prevé la utilización de dos técnicas: la de autorización (artículo 51) para el supuesto de instalaciones desmontables y la de concesión (artículo 64) para el supuesto contrario. El plazo, dentro del máximo de treinta años, será determinado reglamentariamente, atendiendo a los usos (artículo 66.2 de la Ley), y la autorización o la concesión se otorgará siempre conforme a un proyecto técnico (artículo 42), adecuado al principio de planeamiento (artículo 44).

Ambas técnicas presuponen sin embargo la desaparición de aquel principio jurídico originario inspirador del sistema de la Ley de Obras Públicas. En cuanto a la configuración del derecho nacido de la concesión, es clara la posición vicaria en que queda su titular, no sólo por la propia discrecionalidad de otorgamiento (artículo 67 de la Ley de Costas) sino, sobre todo, por el mecanismo particular de reversión que refuerza el reintegro al patrimonio público (artículos 72 y 81), siempre bajo los principios de protección de la costa, el entorno y la integridad del demanio (artículos 44 y 46). Con ello se impide que, a través de la concesión, se contraríe el postulado legal en el demanio de los terrenos ganados al mar. Según la Ley de Costas, la variación que esa ganancia comporta en modo alguno puede traducirse en una apropiación privada del terreno.

De todo lo expuesto resulta que, al amparo de la Ley de Costas, la única posibilidad de que sobre terrenos ganados al mar nazca un derecho de propiedad privada habría de radicar en el propio título concesional, en cuanto que en el mismo:

1.º Se prevea la no inclusión en el dominio público marítimo-terrestre de algunas obras e instalaciones y, consecuentemente, así se especifique al determinar el objeto de la reversión.

2.º Se autorice, conforme al artículo 25.3 de la Ley, la ejecución de edificaciones sobre el terreno. No bastaría en efecto la anterior nota si, por sí sola, supusiera un acto de fraude sancionado con la estricta aplicación de la Ley (artículo 9). En cambio, unido a la concesión para las edificaciones mencionadas, el resultado jurídico podría llegar a ser distinto.

9. Sobre las decisiones recaídas en asuntos dictaminados por el Consejo de Estado

9.1. Constancia de su conformidad o no con el dictamen.

El artículo 2.6 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, establece que las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo de Estado expresarán si se adoptan conforme con su dictamen o se apartan de él. En el primer caso se usará la fórmula "de acuerdo con el Consejo de Estado"; en el segundo, la de "oído el Consejo de Estado". El artículo 7.3 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, tras reiterar la previsión legal en sus propios términos, añade que, cuando la resolución se conformare enteramente con algún voto particular, se empleará la fórmula "oído el Consejo de Estado y de acuerdo con el voto particular formulado por el Consejero (o los Consejeros)..."

La circunstancia de que, como después se advertirá, no parezca plenamente atendida la exigencia de que las autoridades consultantes comuniquen al Consejo de Estado la adopción o publicación de las resoluciones o disposiciones generales consultadas dificulta la comprobación del grado de efectivo cumplimiento que tiene, en la práctica administrativa, el artículo 2.6 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Pueden señalarse, sin embargo, dos datos, relativos a normas publicadas y cuya aparente contraposición no hace sino acreditar el normal ajuste entre la función consultiva y la decisoria.

El primer dato, de fácil demostración empírica, es la frecuencia con que en los dictámenes del Consejo de Estado sobre proyectos de disposiciones generales se incluye una observación acerca de la necesidad de cumplir lo que dispone el repetido artículo 2.6. Unas veces tal observación responde a que, vistos los términos en que es presentado el proyecto normativo objeto de consulta, no parece haberse reparado en la necesidad de expresar, al dictarse en su momento la norma, si se conforma o no con el dictamen del Consejo de Estado. Otras veces, la observación satisface una finalidad meramente cautelar puesto que, aun no ofreciendo base el texto normativo consultado para pensar en una omisión u olvido (en el supuesto, por ejemplo, de no incorporar la fórmula promulgatoria tópica), tampoco incluye indicación alguna de la que pudiera deducirse el carácter superfluo o pertinente de la observación de que se trata.

El segundo dato, en plena coherencia con la acogida de aquella observación, es que sólo de modo esporádico se comprueba que las disposiciones

generales informadas por el Consejo dejan de expresar si se dictan conforme con el dictamen del Consejo de Estado o se apartan de él.

Cuestión distinta es la relativa al rigor con que se utilizan las fórmulas legalmente estereotipadas (“de acuerdo con el Consejo de Estado” u “oído el Consejo de Estado”). El Consejo ha podido advertir la ocasional utilización de fórmulas distintas en su literalidad, singularizadas en la eventual aparición, por inercia o hábito no actualizado, de la expresión “de conformidad con el Consejo de Estado”, que era la legalmente procedente con anterioridad a la vigente Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.

Por otra parte, se han dado casos —de mayor envergadura por su trascendencia de fondo— en los que la expresión utilizada se ha considerado palmariamente errónea, una vez confrontados la disposición promulgada y el dictamen emitido por el Consejo de Estado, habiéndose producido alguna vez la ulterior rectificación (vía corrección de errores). Más frecuente es, sin embargo, la posibilidad de sostener una razonable discrepancia de juicio entre la valoración que el Consejo da a sus observaciones y la trascendencia que les atribuye la autoridad consultante. Pero forzoso es reconocer que, salvedad hecha de algún supuesto límite, es al propio Consejo de Estado al que, con expresiones ya acuñadas y de alcance explicado en precedentes Memorias, corresponde fijar el sentido de sus criterios y cumplimentar así la previsión contenida en el artículo 130.3 de su Reglamento orgánico: “Cuando el dictamen contenga observaciones y sugerencias de distinta entidad establecerá, siempre que sea posible, cuáles se consideran esenciales a efectos de que, si éstas son atendidas en su totalidad, la resolución que se dicte pueda utilizar la fórmula “de acuerdo con el Consejo de Estado”.

Cuanto antecede, que presupone naturalmente la corrección de la práctica ritual y de sus manifestaciones concretas, no es obstáculo para recordar que todavía a veces —y la cuestión fue abordada con mayor alcance en Memorias de años anteriores— la disconformidad con el dictamen del Consejo de Estado y su expresión según la fórmula legal descansan en una distorsión del procedimiento de elaboración de disposiciones generales y de la función consultiva, revelada en una divergencia, no ya entre el dictamen del Consejo de Estado y la disposición promulgada, sino entre ésta y el texto proyectado y sometido a consulta. Innecesario resulta reiterar, por lo demás, las indicaciones hechas al efecto en otras Memorias y cuya virtualidad se mantiene en la medida misma en que el supuesto se repite.

En cualquier caso, parece oportuno recordar que la exigencia del artículo 2.6 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado se funda, más allá de un apa-

rente rigorismo formal, en razones de fondo, que son precisamente las que inspiran las presentes reflexiones. Razones que están conectadas con la esencia del acto consultivo, con el carácter del Consejo de Estado según su perfil constitucional y con la procedencia de asegurar la puesta en acción de la garantía comportada por el dictamen del Consejo de Estado y la transparente manifestación de los términos en que aquella garantía ha operado y del modo en que definitivamente se han articulado el acto consultivo y el acto final decisorio de la Administración consultante.

Es obvia, a este respecto, la importancia de la previsión contenida en el artículo 2.6 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, si se tiene presente el vicio de nulidad —no convalidable— que comporta la omisión de su dictamen preceptivo (pese a alguna reciente declaración jurisdiccional generadora, al menos, de cierta perplejidad) y las consecuencias que los destinatarios de la norma y en relación con la vulnerabilidad de ésta puedan extraer de una tan explícita declaración sobre su concordancia o disentimiento con el dictamen del Consejo de Estado.

9.2. Reflexión especial acerca de los anteproyectos de Ley.

El Consejo de Estado es consultado acerca de anteproyectos de leyes, bien con carácter preceptivo (así en los supuestos de los apartados 2 y 6 del artículo 21 y 4 del artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1980), bien con carácter potestativo.

El dictamen del Consejo de Estado se inserta, lógicamente y con el carácter final que le corresponde (artículo 2.4 de su Ley Orgánica), en el procedimiento administrativo de elaboración de los referidos anteproyectos de ley. Ello, unido a la propia configuración del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno (artículo 107 de la Constitución) hace impropio considerar que pueda ser el propio legislador el destinatario de la previsión del artículo 2.6 de la Ley Orgánica 3/1980 y que quepa pensar tan siquiera que en las propias leyes, sobre cuyos anteproyectos hubiera dictaminado el Consejo de Estado, deba quedar constancia de si se conforman con los criterios del Consejo de Estado o se apartan de ellos.

No quiere decirse, empero, que en el supuesto considerado resulte inoperante el repetido artículo 2.6. Por el contrario, rige y debe ser cumplimentado en la fase y momento en los que sin esfuerzo puede tener su natural sentido y desplegar su razonable eficacia. La fase es, claro está, la administrativa —o gubernamental—; el momento es, obviamente, el del acuerdo del Gobierno que, convertido el anteproyecto consultado en proyecto de ley, lo

eleva a las Cortes Generales para su ulterior tramitación parlamentaria. Tal acuerdo debe expresar, en los términos del artículo 2.6 de la Ley Orgánica 3/1980, si se adopta conforme al dictamen del Consejo de Estado o se aparta de él. Y el acuerdo así tomado debe ser remitido a las Cortes, lo mismo si el proyecto de ley aparece como anexo del acuerdo que si éste se inserta al final de la exposición de motivos, como consecuente a la misma y con el valor resolutivo de elevar a las Cortes Generales el "siguiente Proyecto de Ley...".

9.3. *Devolución de expedientes en petición de antecedentes*

La configuración del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno (artículo 107 de la Constitución y artículo 1.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril) predetermina algunas consecuencias que, con plena coherencia, acoge la legislación orgánica del Alto Cuerpo. Así, el carácter final de su dictamen, al punto que los asuntos en que se hubiera producido no pueden remitirse a informe de ningún otro Cuerpo u Órgano (artículo 2.4 de la Ley Orgánica 3/1980), debiendo ser sometidos, sin más trámite, a la decisión del órgano competente, con la peculiaridad de que la competencia para resolver se traslada al Consejo de Ministros siempre que, siendo preceptiva la consulta, el Ministro consultante disienta del parecer del Consejo de Estado (artículo 2.5 de la Ley Orgánica 3/1980). Del mismo modo, aquella configuración y la concepción consecuente de la función consultiva ordenada a velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (artículo 2.1 de la Ley Orgánica 3/1980) se traducen en la obligada constancia de que ha mediado el dictamen del Consejo de Estado y, por tanto, la garantía que el mismo supone, con expresión de si la decisión recaída se ha adoptado conforme con el dictamen del Consejo de Estado o apartándose de él (artículo 2.6 de la Ley Orgánica 3/1980).

A fin de dar plena efectividad a su función institucional, el Consejo de Estado se halla facultado para oír directamente a los interesados, para invitar a que le informen los Organismos o personas que tuvieran notoria competencia técnica en las cuestiones relacionadas con los asuntos sometidos a consulta y para solicitar del órgano consultante que se complete el expediente con cuantos antecedentes, informes y pruebas estime necesarios, incluso con el parecer de los Organismos o personas de acusada competencia en cuestiones relacionadas con los asuntos sometidos a dictamen (artículo 18 de la Ley Orgánica 3/1980 y artículos 125 a 127 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio).

Es corolario de todo ello que el expediente sobre el que ha de dictaminar el Consejo de Estado sólo pueda reputarse completo a todos los efectos —y también, desde luego, para el cómputo del plazo en el que debe dictaminar— cuando, en los respectivos supuestos indicados, han tenido lugar las audiencias, se han producido los informes y han quedado incorporados los antecedentes cuya necesidad o conveniencia hubiera estimado el propio Consejo de Estado.

De un modo particular procede advertir que la petición de antecedentes dirigida a la autoridad consultante, aunque en ocasiones se formule con expresa reseña de antecedentes de hecho y con fundamentación jurídica propia —dictamen sobre aspectos formales o de procedimiento—, supone siempre y por principio una posposición del dictamen sobre el fondo para el momento en que, atendida aquella petición, el expediente, ya "completo", sea remitido de nuevo al Consejo de Estado.

Así suele entenderse con carácter general sin mayores problemas.

En el año 1988, sin embargo, se ha producido una experiencia, quizá ocasional y por mero error o inadvertencia, que merece ser objetada por sí misma y para precaver su repetición.

Un expediente remitido por la Junta de Andalucía y que tuvo entrada en el Consejo de Estado el 20 de mayo de 1988 fue devuelto a la autoridad consultante, en petición de antecedentes, a propuesta de la Sección ponente, el día 29 de junio siguiente. El expediente no fue remitido de nuevo al Consejo de Estado y, sin mediar por tanto su dictamen preceptivo sobre el fondo, se dictó el Decreto 283/1988, de 27 de septiembre (Boletín Oficial del Estado del día 19 de enero de 1989), incorporando la expresión "oído el Consejo de Estado" que, a tenor del artículo 2.6 de la Ley Orgánica 3/1980, es la procedente cuando se decide en discrepancia con el dictamen del Consejo de Estado.

La circunstancia de que, según parece deducirse de la parte expositiva del Decreto, el expediente fuera completado con los trámites inicialmente omitidos, según resultaba de la petición de antecedentes hecha por el Consejo de Estado, genera alguna perplejidad adicional sobre los términos en que pudo fundarse el modo de proceder descrito.

Es evidente que, cuando no ha mediado el dictamen de fondo del Consejo de Estado, las disposiciones o resoluciones que se dictan no pueden serlo "de acuerdo con el Consejo de Estado" ni "oído el Consejo de Estado", tanto porque, de indicarse una u otra expresión, se revelaría un claro desajuste con

la realidad, cuanto porque, según el tenor literal del artículo 2.6 de la Ley Orgánica 3/1980, aquellas fórmulas sólo pueden legalmente utilizarse cuando el Consejo de Estado ha emitido dictamen. Y el dictamen ha de recaer sobre el fondo de lo que es objeto de la disposición o resolución administrativa.

Lo que antecede debe ser tenido en cuenta, no sólo desde el punto de vista de aquella obligación formal, sino valorando que el establecimiento legal de la misma y, por ende, su cumplimiento están orientados a dejar constancia externa de lo que en definitiva importa, es decir, la existencia del dictamen previo del Consejo de Estado (y la concordancia o no con él de la decisión recaída). Esa constancia resulta especialmente relevante en los casos en que el dictamen del Consejo de Estado es preceptivo, de modo que su omisión puede afectar a la propia validez de la disposición o resolución adoptada.

En cualquier caso, la previsión legal en cuya virtud el Consejo de Estado debe ser consultado en determinados asuntos no se satisface con la solicitud del dictamen sino con la efectiva evacuación de la consulta. De esta suerte, una eventual petición de antecedentes, con devolución del expediente para que fuera adecuadamente completado, nunca podría ser entendida como el acto consultivo que cumple la exigencia legal porque aquella petición presupone la reserva del dictamen sobre el fondo para el momento ulterior en el que, incorporados los antecedentes, el expediente se halle completo.

Considerar cubierto el trámite por el hecho de haber remitido el expediente al Consejo de Estado y, atendida o no la indicación de este Consejo sobre la necesidad y forma de completarlo, decidir sin nueva y previa remisión de las actuaciones al Consejo de Estado para que dictamine sobre el fondo, ni permite considerar emitido el dictamen ni, por lo mismo, legitima la constancia en la disposición o resolución de que se ha dictado de acuerdo u oído el Consejo de Estado.

9.4. Comunicación al Consejo de Estado de las decisiones recaídas

El artículo 7.4 del Reglamento orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, prescribe que "la autoridad consultante comunicará, en el plazo de quince días, al Secretario general la adopción o publicación de la resolución o disposición general consultada"; añade que "a estos efectos, el Secretario general llevará el registro a que se refiere el artículo 59, 7.ª de este Reglamento orgánico".

Es importante subrayar, pues, que sobre el apoyo de las comunicaciones a que se refiere el artículo 7.4 se produce la llevanza del registro de las resoluciones recaídas en los expedientes sometidos a consulta. Y no es menos importante recordar que, sobre la misma base, actúa la previsión del artículo 7.6 relativa al informe del Letrado Mayor a la Comisión Permanente acerca de las "diferencias de criterio entre el dictamen y la resolución o disposición definitiva".

A partir de todo ello, debidamente cumplimentado y articulado, el Consejo de Estado puede verificar el seguimiento de su propia labor consultiva, contrastar sus criterios con los de la Administración activa y procurar, si es del caso, perfeccionar y afirmar los términos en que desempeña su labor. Prescindir de ello es tanto como renunciar a la disponibilidad de unas referencias, a la par elementales e indispensables, para la valoración y eventual crítica, por el propio Consejo, de su función consultiva.

Las Memorias anuales del Consejo de Estado, en su primera parte dedicada a "exponer la actividad del Consejo en el período anterior" (artículo 20.3 de la Ley Orgánica 3/1980), vienen dejando constancia de las decisiones recaídas en asuntos dictaminados por el Consejo de Estado y que han sido o bien publicadas o bien comunicadas al Secretario general conforme al artículo 7.4 del Reglamento orgánico. Así, en la Memoria inmediatamente anterior a la presente se decía literalmente:

"Durante el año 1987, el Consejo sólo ha tenido conocimiento de 625 decisiones en expedientes por él dictaminados, bien por su publicación en el Boletín Oficial del Estado, bien por haber sido comunicadas a la Secretaría General. Las comunicaciones proceden exclusivamente de los Ministerios de Justicia, Interior y Obras Públicas."

De modo tan discreto se trasladaba al Gobierno el hecho notorio de que el artículo 7.4 del Reglamento orgánico del Consejo de Estado no resulta debidamente cumplimentado por las autoridades consultantes, consideradas en su conjunto. La notoriedad se revela por la directa y anual comparación entre los datos numéricos relativos a dictámenes emitidos y a decisiones conocidas por el Consejo de Estado. No tienen por qué coincidir, ciertamente, unos y otros datos. Diversas causas explican su discordancia al punto que, sobre su incidental manifestación o sobre sus moderados desajustes, no podría fundarse sólidamente la presente observación. Pero si tales desajustes son sostenidos y de magnitud más que significativa la observación deviene necesaria, vista la falta de reacción ante los datos elevados al Gobierno.

Cuando en el párrafo transcrito de la Memoria de 1987 se suministra el dato de las decisiones recaídas indicando que el Consejo "sólo ha tenido conocimiento de ellas", se está evidenciando que en la convicción del propio Consejo no son todas las decisiones adoptadas y que hay una diferencia apreciable entre éstas y las conocidas. No otra puede ser la interpretación del adverbio "sólo", utilizado.

Por otra parte se acumulan como "conocidas" las que lo son por publicación y las que lo son por comunicación. Se recurre así a una disyuntiva que valora la importancia del efecto último (el conocimiento) pero que no se halla respaldada por el artículo 7.4 del Reglamento orgánico, puesto que en el mismo no se da la alternativa entre publicación y comunicación, sino que, según se desprende derechamente de su lectura, la propia publicación de la resolución o disposición general consultada ha de ser objeto de comunicación, por la autoridad consultante y en el plazo de quince días, al Consejo de Estado.

Por último, la categórica afirmación de que las comunicaciones proceden "exclusivamente" de tres Departamentos Ministeriales denuncia que las mismas son en un todo ajenas a la práctica administrativa de los demás.

Nada de particular tiene, por lo expuesto, que el Consejo de Estado considere acusado el grado de incumplimiento del artículo 7.4 de su Reglamento orgánico y que, remitiéndose a lo antes dicho sobre la importancia de la previsión reglamentaria a efectos del adecuado seguimiento y ponderación de su labor consultiva, recuerde ahora, como observación, la vigencia de aquel precepto y proponga, como sugerencia, que se instruya a todos los Departamentos sobre la necesidad de su cumplimiento, de modo que el Consejo tenga puntual y cabal conocimiento, a través de las comunicaciones preceptivas, de todas y cada una de las decisiones recaídas en expedientes sobre los que haya dictaminado.

ANEXOS

I. COMPOSICION DEL CONSEJO DE ESTADO

AL 31 DE DICIEMBRE DE 1988

Presidente

Excmo. Sr. D. Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo.

Consejeros permanentes

Excmo. Sr. D. Manuel Gutiérrez Mellado.

Excmo. Sr. D. Jerónimo Arozamena Sierra.

Excmo. Sr. D. Pelegrín de Benito Serres.

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

Excmo. Sr. D. Gregorio Peces-Barba del Brío.

Excmo. Sr. D. Miguel Vizcaíno Márquez.

Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina.

Secretario general

Excmo. Sr. D. Antonio Pérez-Tenessa Hernández.

Consejeros natos

Excmo. Sr. D. Luis Díez del Corral y Pedruzo, Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Excmo. Sr. D. Javier Moscoso del Prado y Muñoz, Fiscal General del Estado.

Excmo. Sr. Teniente General D. Gonzalo Puigcerver Romá, Jefe del Estado Mayor de la Defensa.

Excmo. Sr. D. Antonio Pedrol Rius, Presidente del Consejo General de la Abogacía.

Excmo. Sr. D. Fernando Valdés Dal-Ré; Director General del Servicio Jurídico del Estado.

Excmo. Sr. D. Francisco Laporta San Miguel, Director del Centro de Estudios Constitucionales.

Consejeros electivos

Excmo. Sr. D. Ignacio Alfaro Arregui.

Excmo. Sr. D. Tomás Ramón Fernández-Rodríguez.

Excmo. Sr. D. Joan Prats i Catalá.

Excmo. Sr. D. Antonio López Pina.

Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

Excmo. Sr. D. Josep Andreu i Abelló.

Excmo. Sr. D. Eduardo Jauralde Morgado.

Excmo. Sr. D. Manuel Broseta Pont.

Excmo. Sr. D. Angel Liberal Lucini.

Letrados mayores

Excmo. Sr. D. Florencio Valenciano Almoíña (1).

Excmo. Sr. D. Manuel Alonso Olea.

Excmo. Sr. D. Manuel Delgado-Iribarren Negroa.

Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina (2).

Excmo. Sr. D. Alvaro Alonso Castrillo y Romeo, Marqués de Casa Pizarro (1).

Excmo. Sr. D. José Manuel Romay Beccaría (2).

Excmo. Sr. D. José María Martín Oviedo (1).

Excmo. Sr. D. José Suay Milio.

Excmo. Sr. D. José Luis Yuste Grijalba.

Excmo. Sr. D. Pedro José Sanz Boixareu.

Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón (2).

Letrados

Excmo. Sr. D. Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona (2).

Excmo. Sr. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant (1).

Excmo. Sr. D. Ignacio Bayón Mariné (1).
Excmo. Sr. D. José Solé Armengol (3).
Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata y Pérez (3).
Ilmo. Sr. D. Enrique Alonso García (1).
Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Gálvez Montes (1).
Excmo. Sr. D. José María Rodríguez Oliver (3).
Excmo. Sr. D. Federico Trillo-Figueroa y Martínez-Conde.
Ilmo. Sr. D. José Antonio García-Trevijano y Garnica (1).
Ilmo. Sr. D. Jaime Aguilar Fernández-Hontoria.
Excmo. Sr. D. José María Pérez Tremps (2).
Ilmo. Sr. D. Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín.
Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Gómez-Acebo Sáenz de Heredia.
Ilmo. Sr. D. Luis María Domínguez Rodrigo.
Ilmo. Sr. D. José Leandro Martínez-Cardós Ruiz.
Ilma. Sra. D.^a Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos.
Ilmo. Sr. D. Ernesto García-Trevijano y Garnica.
Ilmo. Sr. D. José María Michavila Núñez.

(1) En situación de excedencia voluntaria.

(2) En servicios especiales.

(3) Letrado Mayor en comisión.

II. PRESUPUESTOS DEL CONSEJO DE ESTADO PARA 1988

Sección 05

Capítulos y artículos	Dotaciones en miles de pesetas
1. GASTOS DE PERSONAL	
10. Altos Cargos.....	74.536
11. Personal eventual de Gabinetes.....	3.743
12. Funcionarios.....	215.306
13. Laborales.....	43.652
14. Otro personal.....	1.202
15. Incentivos al rendimiento.....	15.468
16. Cuotas, Prestaciones y Gastos Sociales a cargo del empleador.....	18.831
Total Capítulo 1.....	372.738
2. GASTOS EN BIENES CORRIENTES Y SERVICIOS	
21. Reparación y Conservación.....	8.799
22. Material, Suministro y Otros.....	54.639
23. Indemnizaciones por razón del servicio.....	10.048
Total Capítulo 2.....	73.486
6. INVERSIONES REALES	
63. Inversión funcionamiento operativo servicios.....	32.000
Total Capítulo 6.....	32.000
TOTAL CONSOLIDADO.....	478.224

III. NUEVAS DISPOSICIONES

1. Que prescriben la consulta al Consejo de Estado.

Ley General Presupuestaria. Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (B.O.E. del 29 de septiembre).

Artículo 39

“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”.

Artículo 64

“1. Cuando haya de realizarse con cargo a los Presupuestos del Estado algún gasto que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente y no exista en ellos crédito o sea insuficiente y no ampliable el consignado, el Ministro de Economía y Hacienda, previo informe de la Dirección General de Presupuestos y dictamen del Consejo de Estado, elevará al acuerdo del Gobierno la remisión de un proyecto de Ley a las Cortes Generales de concesión de un crédito extraordinario, en el primer caso, o de un suplemento de crédito, en el segundo, y en el que se especifique el recurso que haya de financiar el mayor gasto público”.

Por tratarse de un Texto refundido, estos preceptos no suponen ninguna innovación en el régimen vigente con anterioridad.

2. Relativas al Consejo de Estado

— Ley 23/1988, de 28 de julio de modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (B.O.E. del 29 de julio).

Disposición adicional novena.

“Se modifica la redacción de su apartado Uno, 4:

4. El Cuerpo Superior de Letrados del Estado pasa a denominarse Cuerpo de Abogados del Estado, manteniéndose en él la integración de los funcionarios pertenecientes a los extinguidos Cuerpos de Abogados del Estado, Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia y Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado”.

Subsiste, por tanto, el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado.

INDICE

	<u>Páginas</u>
INTRODUCCION	5
PRIMERA PARTE: EXPOSICION DE LA ACTIVIDAD DEL CONSEJO DE ES- TADO DURANTE EL AÑO 1987	
I. Labor Consultiva	
1. Número de consultas	9
2. Clasificación de los expedientes:	
2.1. Por su procedencia	9
2.2. Por Secciones encargadas del despacho	10
2.3. Por materias	11
2.4. Por su interés	14
3. Decisiones recaídas en asuntos dictaminados	17
4. Reuniones	19
5. Ponencias especiales	20
6. Votos particulares	20
7. Audiencias a los interesados	21
II. Personal	
1. Consejeros:	
1.1. Fallecimiento del Marqués de Santa Cruz	21
1.2. Cese	22
1.3. Nombramientos	22
2. Letrados:	
2.1. Ingreso en el Cuerpo	22
2.2. Cambio de situación	23
2.3. Jubilaciones	23
2.4. Ascensos	23

	<u>Páginas</u>
3. Personal Administrativo:	
3.1. Altas	23
3.2. Bajas.....	24
4. Personal subalterno:	
4.1. Altas	24
4.2. Bajas.....	24
5. Distinciones a miembros del Consejo.....	24
III. Servicios	
1. Archivo y Biblioteca:	
1.1. Archivo	25
1.2. Biblioteca.....	26
2. Informática:	
2.1. Equipo.....	26
2.2. Actividad	27
3. Obras e instalaciones.....	27
IV. Varios	
1. Actividades externas del Presidente.....	28
2. Visitas al Consejo de Estado.....	29
3. Tribunal de Conflictos.....	29
4. Participación en Congresos y actividades científicas.....	29
SEGUNDA PARTE: OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS	
1. <i>Sobre la legislación básica</i>	
1.1. Estado de la cuestión	33
1.2. Mayor rigor en la condición formal de las normas básicas.....	35
1.3. La inferencia natural	39
1.4. Legislación básica y reserva de ley	40
1.5. Sugerencia	43
2. <i>Sobre los acuerdos normativos del Consejo de Ministros</i>	
2.1. Competencia y forma.....	44
2.2. Reflexión en torno a un ejemplo:	
el sistema de fiscalización limitada previa que previene el artículo 95	
de la Ley General Presupuestaria	46
2.3. En conclusión.....	47

	<u>Páginas</u>
3. Sobre las entidades de derecho público cuya actividad se ajusta al ordenamiento jurídico privado	
3.1. Situación anterior a la Ley General Presupuestaria.....	48
3.2. La Ley General Presupuestaria.....	49
3.3. La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988.....	54
3.4. Reflexión final.....	60
4. Sobre las modificaciones de créditos presupuestarios	
4.1. Créditos extraordinarios por obligaciones derivadas de ejercicios anteriores	61
4.2. La concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito por Decreto-ley	65
4.3. El dictamen del Consejo de Estado.....	69
5. Sobre la responsabilidad del Estado legislador	
5.1. Planteamiento sobre el que se han fundado consultas al Consejo de Estado.....	72
5.2. Algunas precisiones en la doctrina del Consejo de Estado.....	74
5.3. La cuestión de los derechos adquiridos.....	78
6. Sobre la colaboración en la seguridad ciudadana.....	82
7. Sobre las multas coercitivas	
7.1. Ejecutividad de los actos administrativos	87
7.2. Naturaleza de la multa coercitiva	89
7.3. Cobertura legal.....	91
7.4. La reiteración de las multas coercitivas	94
8. Sobre los terrenos ganados al mar	
8.1. El problema tal como fue abordado en 1988	95
8.2. Concepto de "terrenos ganados al mar"	100
8.3. Regulaciones sectoriales aplicables a los terrenos ganados al mar	102
8.4. El sistema de la Ley de Costas respecto del dominio sobre los terrenos ganados al mar	111
8.5. El sistema concesional de la Ley de Costas.....	114

Páginas

9. *Sobre las decisiones recaídas en asuntos dictaminados por el Consejo de Estado*

9.1. Constancia de su conformidad o no con el dictamen	116
9.2. Reflexión especial acerca de los anteproyectos de ley	118
9.3. Devolución de expedientes en petición de antecedentes.....	119
9.4. Comunicación al Consejo de Estado de las decisiones recaídas	122

ANEXOS:

I. Composición del Consejo de Estado al 31 de Diciembre de 1988	127
II. Presupuestos del Consejo de Estado para 1988	130
III. Nuevas disposiciones.....	132