CONSEJO DE ESTADO

MEMORIA
DEL AÑO 2006

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

Madrid, 2007

INTRODUCCIÓN

La presente Memoria del Consejo de Estado, correspondiente al año 2006, fue aprobada por el Pleno en sesión celebrada el día 22 de noviembre de 2007.

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

Esta Memoria consta de dos partes: en la primera se da cuenta de la organización y de la actividad del Consejo; en la segunda se analizan diversos temas de actualidad surgidos en el ejercicio de la función consultiva durante 2006, que se refieren al funcionamiento de los servicios públicos y a la sugerencia de medidas para la mejora de la Administración.

PRIMERA PARTE

EL CONSEJO DE ESTADO DURANTE EL AÑO 2006

I. COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO (AL 31 DE DICIEMBRE DE 2006)

1. CONSEJO DE ESTADO EN PLENO

PRESIDENTE

Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente

CONSEJEROS PERMANENTES

Excmo. Sr. Don Landelino Lavilla Alsina
Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra
Excmo. Sr. Don Fernando de Mateo Lage
Excmo. Sr. Don Antonio Sánchez del Corral y del Río
Excmo. Sr. Don José Luis Manzanares Samaniego
Excmo. Sr. Don Miguel Vizcaíno Márquez
Excmo. Sr. Don Enrique Alonso García

SECRETARIO GENERAL

Excmo. Sr. Don José María Martín Oviedo

CONSEJEROS NATOS

Excmo. Sr. Don Víctor García de la Concha, Director de la Real Academia EspañolaExcmo. Sr. Don Enrique Fuentes Quintana, Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación[1]

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

Excmo. Sr. Don Cándido Conde-Pumpido Tourón, Fiscal General del Estado

Excmo. Sr Don Félix Sanz Roldán, Jefe del Estado Mayor de la Defensa

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

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

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

Excmo. Sr. Don José Álvarez Junco, Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

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

CONSEJEROS ELECTIVOS

Excmo. Sr. Don Manuel Díez de Velasco Vallejo

Excmo. Sr. Don Juan José Badiola Díez

Excmo. Sr. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant

Excmo. Sr. D. José Luis Meilán Gil

Excmo. Sr. D. Juan Ramón Quintás Seoane

Excmo. Sr. D. Pedro Cruz Villalón

[1] El señor Lavilla Alsina ya forma parte del Consejo de Estado en calidad de Consejero permanente.

Excma. Sra. Dña. Josefina Gómez Mendoza

Excmo. Sr. D. José Bono Martínez

Excma. Sra. Dña. Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós

2. COMISIÓN PERMANENTE

PRESIDENTE

Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente

CONSEJEROS PERMANENTES

Excmo. Sr. Don Landelino Lavilla Alsina

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

Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra

Excmo. Sr. Don Fernando de Mateo Lage

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

Excmo. Sr. Don José Luis Manzanares Samaniego

Excmo. Sr. Don Miguel Vizcaíno Márquez

Excmo. Sr. Don Enrique Alonso García

SECRETARIO GENERAL

Excmo. Sr. Don José María Martín Oviedo

3. COMISIÓN DE ESTUDIOS

Presidente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente

Consejeros permanentes:

Excmo. Sr. Don Landelino Lavilla Alsina

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

Consejeros natos:

Excmo. Sr. Don Carlos Carnicer Díez

Excmo. Sr. Don Joaquín de Fuentes Bardají

Consejeros electivos:

Excmo. Sr. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant

Excmo. Sr. Don Pedro Cruz Villalón.

Secretario General:

Excmo. Sr. Don José María Martín Oviedo.

Para la elaboración del "Informe sobre las competencias de las distintas Administraciones Territoriales y Órganos de la Administración General del Estado en materia de protección de hábitats y especies marinas y gestión de áreas marinas protegidas", el Pleno, a propuesta del Presidente, incorporó a la Comisión de Estudios a la Consejera Electiva Excma. Sra. Doña Josefina Gómez Mendoza.

4. SECCIONES

Primera

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Landelino Lavilla Alsina

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Don José Solé Armengol

Letrados:

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

Ilma. Sra. Doña Áurea María Roldán Martín

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

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes de la **Presidencia del Gobierno** y de los Ministerios de **Asuntos Exteriores y de Cooperación**, **Presidencia** y **Administraciones Públicas**.

Segunda

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

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

Letrados:

Ilmo. Sr. Don Francisco Javier Gomá Lanzón.

Ilmo. Sr. Don Rafael Pablo Jover Gómez-Ferrer

Ilmo. Sr. Don Jesús Avezuela Cárcel

Ilmo. Sr. Don Lucas Manuel Blanque Rey

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

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes de los Ministerios de **Justicia** y de **Trabajo y Asuntos Sociales**.

Tercera

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Don Miguel Herrero Rodríguez de Miñón

Letrados:

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

Ilma. Sra. Dña. Rosa María Collado Martínez

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

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

Cuarta

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Fernando de Mateo Lage

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

Letrados:

Ilmo. Sr. Don José María Jover Gómez-Ferrer

Ilma. Sra. Doña Beatriz Rodríguez Villar

Secretaría: Doña Elvira Fernández Montero y doña María de las Mercedes Gallego Martínez

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes de los Ministerios de **Defensa** y de **Medio Ambiente**.

Quinta

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

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Don Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona

Letrados:

Ilma. Sra. Doña Claudia María Presedo Rey

Ilma. Sra. Doña Ana Isabel Santamaría Dacal

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

Secretaría: Doña María del Carmen Sánchez Hernando y doña María Pilar Sanz Soria

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes del Ministerio de **Economía y Hacienda.**

Sexta

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

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

Letrados:

Ilmo. Sr. Don José Leandro Martínez-Cardós y Ruíz

Ilmo. Sr. Don José Amérigo Alonso

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

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes de los Ministerios de **Fomento** y de **Vivienda**

Séptima

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Miguel Vizcaíno Márquez

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

Letrados:

Ilmo. Sr. Don Javier Pedro Torre de Silva y López de Letona

Ilmo. Sr. Don José Joaquín Jerez Calderón

Ilma. Sra. Doña Pilar Rosa Cuesta de Loño

Secretaría: Doña Ana María Añíbarro Díez y doña María Jesús Ramos Rodríguez

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes de los Ministerios de **Educación y Ciencia, Cultura** y **Sanidad y Consumo.**

Octava

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Enrique Alonso García

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

Letrados:

Ilmo. Sr. Don Íñigo Coello de Portugal Martínez del Peral

Ilmo. Sr. Don José Luis Palma Fernández

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

Le corresponde el despacho de las consultas procedentes de los Ministerios de **Industria, Turismo y Comercio** y **Agricultura, Pesca y Alimentación.**

5. LETRADOS

Letrados Mayores

Excmo. Sr. Don Miguel Herrero Rodríguez de Miñón

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

Excmo. Sr. Don José Solé Armengol

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

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

Excmo. Sr. Don José Antonio García-Trevijano Garnica

Excmo. Sr. Don Jaime Aguilar Fernández-Hontoria

Excmo. Sr. Don Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín (2)

Excmo. Sr. Don Francisco Javier Gómez-Acebo Saénz de Heredia (2)

Excmo. Sr. Don Luis María Domínguez Rodrigo (2)

Letrados

Ilmo. Sr. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant (4)

Ilmo. Sr. Don Ignacio Bayón Mariné (4)

Ilmo. Sr. Don José María Pérez Tremps (4)

Ilmo. Sr. Don José Leandro Martínez-Cardós Ruiz

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

Ilmo. Sr. Don Ernesto García-Trevijano Garnica (4)

Ilmo. Sr. Don José María Michavila Núñez (3)

Ilmo. Sr. Don Íñigo Coello de Portugal Martínez del Peral

Ilmo. Sr. Don David Vicente Blanquer Criado (4)

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

Ilmo. Sr. Don José María Jover Gómez-Ferrer

Ilmo. Sr. Don Francisco Javier Gomá Lanzón

Ilmo. Sr. Don José Fernando Merino Merchán (4)

Ilmo. Sr. Don José Luis Palma Fernández

Ilmo. Sr. Don Alfredo Dagnino Guerra (4)

Ilma. Sra. Doña Áurea María Roldán Martín

Ilma. Sra. Doña Claudia María Presedo Rey

Ilma. Sra. Doña Rosa María Collado Martínez

Ilmo. Sr. Don Javier Pedro Torre de Silva y López de Letona

Ilmo. Sr. Don Rafael Pablo Jover Gómez-Ferrer

Ilma. Sra. Doña Ana Isabel Santamaría Dacal

Ilmo. Sr. Don José Joaquín Jerez Calderón

Ilmo. Sr. Don Jesús Avezuela Cárcel

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

Ilmo. Sr. Don Lucas Manuel Blanque Rey

Ilmo. Sr. Don José Amérigo Alonso

Ilma. Sra. Doña Pilar Rosa Cuesta de Loño

Ilma.Sra. Doña Beatríz Rodríguez Villar

---

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

II. FUNCIÓN CONSULTIVA

II.A. DICTÁMENES

1. Consultas y peticiones de informes

Durante el año 2006 tuvieron entrada en el Consejo de Estado 2.689 consultas, de las que 74 lo fueron con declaración de urgencia.

Se despacharon 2.603 expedientes, de los cuales 2.464 fueron objeto de dictamen de fondo. En relación con estos, se formularon 20 votos particulares en la Comisión Permanente.

El detalle de los expedientes despachados es el siguiente:

Dictámenes	2.464
Peticiones de antecedentes	128[1]
Expedientes devueltos a petición de la autoridad consultante o por otras causas.....	8
Expedientes anulados por error o por otras causas...	3
Total asuntos despachados:.....	2.603

[1] Uno de ellos sin devolución de expediente.

2. Clasificaciones de los dictámenes

2.1. *Por la autoridad consultante*

Remitente	Número
MINISTERIOS	
Administraciones Públicas	32
Agricultura, Pesca y Alimentación	46
Asuntos Exteriores y de Cooperación	77
Cultura	5
Defensa	126
Economía y Hacienda	130
Educación y Ciencia	47
Fomento	921
Industria, Turismo y Comercio	33
Interior	246
Justicia	455
Medio Ambiente	84
Presidencia	13
Sanidad y Consumo	43
Trabajo y Asuntos Sociales	83
Vivienda	2
Total Ministerios	2.343

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Cantabria….	22
Castilla y León.....	1
Comunidad de Madrid.....	85
Principado de Asturias.....	7
Total Comunidades Autónomas:	115

CORPORACIONES LOCALES

En este total se incluyen los dictámenes que corresponden a expedientes tramitados por las Corporaciones Locales, cuyas consultas se solicitan por las Comunidades Autónomas y cuyo despacho está atribuido a la Sección Tercera, salvo que la consulta se haya formulado a través del Ministerio de Administraciones Públicas, en cuyo caso corresponde el despacho a la Sección Primer.

OTROS

Banco de España	2
Ciudad Autónoma de Ceuta.....	3
Ciudad Autónoma de Melilla	1
Total otros:.....	6

2.2. *Por las Secciones encargadas del despacho*

Sección	Número
Sección Primera	125
Sección Segunda	543
Sección Tercera	258
Sección Cuarta.....	212
Sección Quinta	138
Sección Sexta	938
Sección Séptima	164
Sección Octava	86
TOTAL:	2.464

2.3. *Por la naturaleza de su contenido*

2.3.1 Disposiciones de carácter general

Tratados y otros acuerdos internacionales……	68
Anteproyectos de ley……	19
Reales Decretos Legislativos……	1
Decretos Legislativos:	
Comunidad de Madrid……	1
Reales Decretos…….....	165
Decretos:	

Cantabria…….	11
Comunidad de Madrid……	14
Órdenes ministeriales ..... ……	34
Otras normas reglamentarias	3
Total disposiciones:……	316

2.3.2 Actos administrativos

Cambios de nombres y apellidos ..... ……	8
Concesiones administrativa	9
Contratos administrativos……	45
Convenios administrativos……..….	1
Reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas……...	1.886
Recursos extraordinarios de revisión.....	36
Recursos de inconstitucionalidad……... …	4
Revisiones de actos en vía administrativa……	133
Títulos nobiliarios.....	21
(No clasificados)…….….	5
Total actos..……	2.206

2.4. *Sobre incorporación o aplicación de normas de Derecho comunitario*

Aplicación o desarrollo de reglamentos, decisiones y Sentencias	34

Transposición de directivas.....	57
Asuntos en los que existía la obligación de notificación previa a la Comisión Europea.....	14
Total:	105

2.5. *Por su importancia o interés doctrinal, merecen destacarse los siguientes dictámenes:*

- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la composición y funcionamiento de las mesas de diálogo social previstas en el artículo 14 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (núm. 2.077/2005).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento general de Conductores, aprobado por el Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo (núm. 2.109/2005).

- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen normas para facilitar a las víctimas de delitos en situaciones transfronterizas el acceso a las ayudas públicas (núm. 2.118/2005).

- Propuesta de acuerdo de interpretación del contrato de concesión de las autopistas de peaje R-3, Madrid-Arganda del Rey, y R-5, Madrid-Navalcarnero, sobre contabilización de tránsitos para la aplicación de descuentos por habitualidad (núm. 2.143/2005).

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación (núm. 2.147/2005).

- Proyecto de Real Decreto sobre interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad (núm. 2.164/2005).

- Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (núm. 2.178/2005).

- Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la salud y de la lucha contra el dopaje en el deporte (núm. 31/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Junta Arbitral prevista en el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra (núm. 32/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General del Estado, aprobado por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, y el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo (núm. 38/2006).

- Resoluciones de 17 de noviembre de 2005 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid por las que se hacen públicas las convocatorias de los concursos para la adjudicación de los contratos de consultoría y asistencia del anteproyecto de construcción y explotación de la obra "Cierre Norte de la M-50 tramo: A-6 a M-607" y anteproyecto de construcción y explotación de la nueva carretera R-1, "tramo: El Molar M-12" y "Cierre Norte de la M-50, tramo: M-607/A1" (núm. 99/2006).

- Anteproyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (núm. 186/2006).

- Proyecto de Real Decreto sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido (núm. 301/2006).

- Proyecto de Decreto por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad a la Administración de la Comunidad de Madrid (núm. 334/2006).

- Proyecto de Decreto por el que se regula la constitución y el régimen de funcionamiento de los depósitos de titularidad privada de sangre procedente del cordón umbilical (Comunidad de Madrid) (núm. 395/2006).

- Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 13/2005, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas en materia de tributos cedidos y tributos propios (núm. 408/2006).

- Proyecto de Decreto por el que se regula la estructura y funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (núm. 414/2006).

- Anteproyecto de Ley de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones Públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas (núm. 461/2006).

- Convenio entre la Administración General del Estado y Autopistas, Concesionaria Española, S.A., para la modificación de determinados términos de la concesión de las autopistas Barcelona-La Junquera, Barcelona-Tarragona, Montmeló-El Papiol y Zaragoza-Mediterráneo (núm. 512/2006).

- Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 22/2005, de 29 de diciembre, de la Comunicación Audiovisual de Cataluña (núm. 513/2006).

- Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (núm. 514/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se establece el Estatuto de los Cooperantes (núm. 550/2006).

- Proyecto de Real Decreto de organización, funciones y provisión de puestos de trabajo de las Consejerías de Turismo en las misiones diplomáticas de España (núm. 583/2006).

- Proyecto de Real Decreto de desarrollo de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas y la Comisión Islámica de España, en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria (núm. 597/2006).

- Consulta sobre la procedencia de convocar elecciones locales como consecuencia de la disolución del Ayuntamiento de Marbella (núm. 605/2006).

- Anteproyecto de Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (núm. 639/2006).

- Proyecto de Decreto por el que se aprueban las normas urbanísticas regionales (Comunidad de Cantabria) (núm. 681/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (núm. 800/2006).

- Anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres (núm. 803/2006).

- Proyecto de Reglamento de regulación básica de la gestión indirecta del servicio de televisión digital terrestre en la Ciudad de Ceuta (núm. 889/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad a las oposiciones al título de Notario y al cuerpo de aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles (núm. 899/2006).

- Anteproyecto de Ley contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (núm. 902/2006).

- Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (núm. 1.008/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifican el Real Decreto 1.287/1999, de 23 de julio, por el que se aprueba el plan técnico nacional de radiodifusión sonora digital terrenal, y el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (núm. 1.062/2006).

- Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia (núm. 1.080/2006).

- Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a la Directiva 200/54/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (núm. 1.084/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se regula el control metrológico del Estado sobre instrumentos de medida (núm. 1.119/2006).

- Modificación del Catálogo de Juegos (Ciudad Autónoma de Ceuta) (núm. 1.186/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la Comisión de publicidad y comunicación institucional y la elaboración del plan anual de publicidad y comunicación de la Administración General del Estado (núm. 1.205/2006).

- Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 92/13/CEE (núm. 1.209/2006).

- Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (núm. 1.210/2006).

- Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (núm. 1.326/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se regulan las actividades y el funcionamiento del fondo para inversiones en el exterior y el fondo para operaciones de inversión en el exterior de la pequeña y mediana empresas (núm. 1.333/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de prestación del servicio de radio y televisión por cable (núm. 1.353/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento General de Circulación aprobado por el Real Decreto 1.428/2003, de 21 de diciembre (núm. 1.363/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia (núm. 1.432/2006).

- Requerimiento de documentación formulado por el Tribunal de Cuentas para la realización de una fiscalización de la transparencia del proceso de elaboración de los Presupuestos para el año 2006 de las entidades del sector público (núm. 1.455/2006).

- Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores (núm. 1.551/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el artículo 13 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (núm. 1.589/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de las células y tejidos humanos y se regulan las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (núm. 1.712/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley por la que se regulan los servicios de prevención, extinción de incendios y salvamentos de la Comunidad de Madrid (núm. 1.713/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1.339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía (núm. 1.716/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la gestión del Fondo de Cohesión Sanitaria (núm. 1.720/2006).

- Anteproyecto de Ley sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso (núm. 1.736/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (núm. 1.759/2006).

- Proyecto de Real Decreto sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (núm. 1.829/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (núm. 1.917/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de evaluación de las políticas públicas y la calidad de los servicios (núm. 2.102/2006).

- Anteproyecto de Ley de protección de los animales de producción y de los utilizados para experimentación y otros fines científicos (núm. 2.135/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (núm. 2.207/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las enseñanzas mínimas de educación primaria (núm. 2.234/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (núm. 2.286/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo (núm. 2.322/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre (núm. 2.425/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1.617/2005, de 30 de diciembre, por el que se regula la concesión de derechos a los agricultores dentro del régimen de pago único, y el Real Decreto 1618/2005, de 30 de diciembre, sobre aplicación del régimen de pago único y otros regímenes de ayuda directa a la agricultura y a la ganadería (núm. 2.461/2006).

- Proyecto de Real Decreto sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones LexNet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos (núm. 2.467/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las enseñanzas mínimas de segundo ciclo de la educación infantil (núm. 2.519/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación secundaria obligatoria (núm. 2.521/2006).

- Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 4/2006, de 31 de marzo, Ferroviaria (núm. 2.530/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio (núm. 2.618/2006).

3. Decisiones recaídas en asuntos dictaminados

Durante el año 2006 el Consejo de Estado ha tenido conocimiento de 1.844 resoluciones recaídas en asuntos que le fueron consultados, bien porque se publicaron en el Boletín Oficial del Estado, bien porque fueron comunicadas a la Secretaría General a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.4 del Reglamento Orgánico de este Consejo.

Dichas resoluciones fueron adoptadas:

- De acuerdo con el Consejo de Estado..... 1.835
- Oído el Consejo de Estado..... 9[1]

Los asuntos en los que recayó un "oído" fueron los siguientes:

- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núms. 3.180/2.003/1.120/2003).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núm. 183/2005).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núm. 946/2005).
- Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid, para apoyar la estabilidad y la calidad en el empleo (núm. 1.638/2005).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núm. 1.802/2005).
- Orden por la que se aprueban los modelos de documentación estadístico-contable anual, trimestral y consolidada a remitir por las entidades aseguradoras (núm. 2.087/2005.

[1] En un asunto se ha empleado la fórmula "oído" de modo inadecuado, de lo que se ha advertido a la autoridad consultante

- Proyecto de Decreto por el que se regula la constitución y el régimen de funcionamiento de los depósitos de sangre procedente de cordón umbilical (Comunidad de Madrid) (núms. 395/2006/320/2006/2.168/2005).

- Proyecto de Real Decreto por el que se establece el Estatuto de los Cooperantes (núms. 550/2006/369/2006).

- Proyecto de Decreto de aplicación de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco en la Comunidad de Madrid (núm. 1.592/2006).

4. Reuniones

Los diferentes órganos del Consejo han celebrado las siguientes reuniones:

Pleno	9
Comisión Permanente	45
Sección 1ª	43
Sección 2ª	53
Sección 3ª	40
Sección 4ª	45
Sección 5ª	39
Sección 6ª	44
Sección 7ª	44
Sección 8ª	37
Turno de guardia	1

5. Ponencias especiales

El Presidente del Consejo, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 119 del Reglamento Orgánico, constituyó una Ponencia especial para el despacho del siguiente asunto:

- Reclamación de indemnización de daños y perjuicios (núm. 2.071/2005).

6. Votos particulares

En la Comisión Permanente se emitieron 20 votos particulares, en relación con los siguientes asuntos:

- Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado (núm. 1.630/2005).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en el ámbito de la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (núm. 1.752/2005).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado (núm. 2.004/2005).
- Reclamación de indemnización de daños y perjuicios (núm. 152/2006).
- Revisión de oficio número 1/2005, del acto de concesión de asistencia jurídica gratuita por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Valladolid (núm. 200/2006).
- Proyecto de Decreto por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad a la Administración de la Comunidad de Madrid (núm. 334/2006).
- Proyecto de Decreto por el que se desarrolla la Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas (núms. 368/2006/1.565/2005).
- Reclamación de indemnización de daños y perjuicios (núms. 557/2006/1.317/2005).
- Reclamación de indemnización de daños y perjuicios (núm. 559/2006).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración (núm. 653/2006).

- Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia (núm. 886/2006).

- Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado (núm. 949/2006).

- Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración (núm. 1.038/2006).

- Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia (núm. 1.106/2006).

- Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia (núm. 1.439/2006).

- Reclamación de indemnización de daños y perjuicios (núm. 1.453/2006).

- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la estructura, composición y funciones de la Comisión Nacional de Estadística Judicial (núm. 1.473/2006).

- Reclamación de responsabilidad patrimonial (núms. 1.588/2006/1.420/2005).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1.997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la flora y la fauna silvestres (núm. 1.711/2006).

- Reclamación de indemnización por funcionamiento de la Administración de Justicia (núm. 2.103/2006).

II.B. ESTUDIOS E INFORMES

Durante el año 2006 se aprobaron 2 Informes, encargados ambos por el Gobierno.

1.- El Informe del Consejo de Estado sobre la Reforma Constitucional.

El proyecto de Informe sobre modificaciones de la Constitución Española fue aprobado por la Comisión de Estudios el 10 de enero, acordándose de manera simultánea su elevación al Pleno. El debate y posterior aprobación del Informe por parte del Consejo

de Estado en Pleno tuvieron lugar en la sesión celebrada el 16 de febrero. Al proyecto de Informe se formularon votos particulares de los Consejeros señores Aznar López, Díez-Picazo y Ponce de León y Diez de Velasco Vallejo, que se adjuntaron al Informe, que fue entregado por el Presidente del Consejo de Estado al Presidente del Gobierno en la audiencia que éste concedió a aquél el 1 de marzo.

La solicitud de Informe se había realizado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005.

A efectos de su elaboración la Comisión de Estudios constituy cuatro Grupos de Trabajo:

- Nº 1 (Supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono). Director: F. Rubio Llorente. Letrado Mayor: J. L. Yuste.
- Nº 2 (Recepción en la Constitución del proceso de construcción europea). Director: M. Rodríguez-Piñero. Letrado Mayor: E. Alonso.
- Nº 3 (Inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas). Director: F. Rubio Llorente. Letrado Mayor: J. A. Ortega.
- Nº 4 (Reforma del Senado). Director: L. Lavilla. Letrado Mayor: L. Calvo Sotelo.

El Informe fue publicado conjuntamente con los Debates Académicos que tuvieron lugar en paralelo y celebrados en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (ISBN**:** 84-259-1323-3). Puede consultarse su texto en la página web del Consejo de Estado:

http://www.consejo-estado.es/INFORME SOBRE MODIFICACIONES DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.PDF

Su contenido fue el siguiente:

I. INTRODUCCIÓN: 1. La solicitud del Gobierno. 2. Contenido de la consulta: 2.1. Objeto de la consulta. 2.2. Ideas directrices de la reforma proyectada. 3. Naturaleza, contenido y estructura del Informe: 3.1. Naturaleza del Informe. 3.2. Contenido del Informe. 3.3. Estructura del Informe. II. SUPRESIÓN DE LA PREFERENCIA DEL VARÓN EN LA SUCESIÓN AL TRONO: 1. La consulta del Gobierno. 2. La preferencia del varón en la sucesión al trono. Referencias al Derecho histórico y al Derecho comparado: 2.1. Derecho histórico. 2.2. Derecho comparado: 2.2.1. Reformas efectuadas para suprimir la preferencia del varón. 2.2.2. Aplicación de las reformas a las personas nacidas con anterioridad a su entrada en vigor y a sus respectivas líneas. 3. La supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono enunciada en el artículo 57.1 de la Constitución: 3.1.Fundamento. 3.2. La salvaguarda de los derechos del Príncipe de Asturias y de su línea. 3.3. Texto que se propone. 4. Ajustes gramaticales: 4.1. Derecho histórico. 4.2. Derecho comparado. 4.3. Texto que se propone. 5. Procedimiento. III. LA RECEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN EUROPEA. 1. Introducción: 1.1. La consulta del Gobierno. 1.2. Método y plan de la exposición. 2. Problemática jurídico-constitucional de la integración europea en general y en el Derecho comparado: 2.1. Análisis general. 2.2. Las respuestas del Derecho comparado. 3. La instrumentación jurídica de la integración de España en Europa. El texto constitucional: 3.2. La aplicación de las normas constitucionales: 3.2.1. Límites constitucionales de la integración. 3.2.2. La aplicación del aplicación del Derecho europeo por los tribunales españoles. Control de constitucionalidad y observancia del Derecho europeo por los tribunales españoles. Control de constitucionalidad y observancia del Derecho europeo. 3.2.3. Integración europea y división del poder. 4. Respuestas a las preguntas formuladas: 4.1. Consideraciones generales. 4.2. El modo de plasmar la manifiesta voluntad del pueblo español de participar, junto con las democracias europeas, en el proceso de construcción de la Unión Europea. 4.3. La formulación de una cláusula expresa de integración del Derecho europeo en el sistema de fuentes. 4.4. La eventual conveniencia de diseñar un procedimiento específico para la ratificación de los tratados de la Unión Europea, pronunciándose en tal caso sobre los requisitos, cauce procedimental y posibles límites de ésta. 5. La incorporación de la reforma al texto constitucional. 6. Otras cuestiones conexas: 6.1. Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales. 6.2. Las funciones del juez ordinario como juez "europeo". 6.3. La relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas; 6.3.1. La participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones europeas. 6.3.2. La ejecución del Derecho europeo por las Comunidades Autónomas. La responsabilidad del Estado y la responsabilidad de las Comunidades Autónomas. IV. INCLUSIÓN DE LA DENOMINACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. Introducción: objeto y articulación del Informe: 1.1. La consulta del Gobierno. 1.2. Delimitación de la cuestión sometida a informe. 1.3. Articulación de la respuesta. 2. Artículo o artículos de la Constitución idóneos para la mención pormenorizada de las Comunidades y Ciudades Autónomas actualmente existentes: 2.1. Ubicaciones posibles en el texto constitucional. 2.2 Criterios de

Derecho comparado e historia constitucional española. 2.3. Criterios sistemáticos. 2.4. La elección de los artículos. 3. Criterio o criterios adecuados para ordenar la enumeración de las Comunidades y Ciudades Autónomas: 3.1. Ordenación. 3.2. Denominación 4. Artículos de la Constitución que podrían ser modificados para incluir los nombres de las Comunidades o como consecuencia de tal inclusión: 4.1. Consideraciones generales y de método. 4.2. Precisiones terminológicas. 4.3. Soluciones alternativas para la redacción de los artículos que enumeran las Comunidades Autónomas: 4.3.1. Modificación reducida de los artículos 143 y 137 (solución A). 4.3.2. Modificación completa de los artículos 137 y 143 (solución B). 4.3.3. Consagración del principio básico de la organización territorial en el Título Preliminar, con modificación de los artículos 2, 137 y 143 (solución C). 4.4. Análisis de las consecuencias que la inclusión del nombre de las Comunidades y Ciudades Autónomas tiene sobre otros preceptos constitucionales: 4.4.1. Incidencia directa de la reforma en el Título VIII: 4.4.1.1. La rúbrica y sistemática del Título VIII. 4.4.1.2. Artículos directamente afectados. 4.4.2. Disposiciones Transitorias directamente afectadas por la reforma. 5. Análisis de otras cuestiones estrechamente relacionadas con la reforma que podrían ser atendidas para completarla y perfeccionarla: 5.1. Consideraciones generales. 5.2. Plan de exposición. 5.3. Principios generales de la relación de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado: 5.3.1. Solidaridad. 5.3.2. Igualdad. 5.3.3. Cooperación y colaboración. 5.4. Comunidades Autónomas y provincias. 5.5. La apertura del sistema: 5.5.1. El procedimiento de reforma estatutaria. 5.5.2. Los límites de la apertura. V. REFORMA DEL SENADO: 1. Introducción: 1.1. La consulta del Gobierno. 1.2. La idea de "representación territorial". 1.3. El Senado como Cámara de representación territorial. Cuestiones abiertas y principales opciones. 2. Funciones que debe ejercer el Senado como Cámara de representación territorial: 2.1. En el ámbito: 2.1.1. La intervención del Senado en el procedimiento legislativo ordinario. 2.1.2. La intervención del Senado en consideración a su especialización legislativa. 2.1.3. Otros posibles objetos de especialización. 2.2. El Senado como espacio de concertación y cooperación de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado. 2.3. Atribuciones relacionadas con otros órganos constitucionales. 3. Composición del Senado: 3.1. Base territorial de la representación. 3.2. Distribución de Senadores: 3.2.1. Criterios para la distribución de escaños. 3.2.2. Combinación de los distintos criterios. 3.2.3. Posibles supuestos. 3.3. Elección de los Senadores: 3.3.1. Elección por las Asambleas legislativas autonómicas. 3.3.2. Elección directa por la población. 3.3.3. Sistema mixto. 3.3.4. Otras posibilidades de designación por instancias estatales o locales. 3.3.5. Senadores natos. 3.3.6. Elegibilidad y compatibilidad. 3.3.7. Sugerencias. 3.4. Mandato de los Senadores. 3.5. Propuestas. 4. Posición institucional del Senado en el seno de las Cortes Generales en el ejercicio de sus funciones como Cámara de representación territorial: 4.1. Régimen de disolución del Senado. 4.2. Cámara parlamentaria. 4.3. Cámara de representación territorial. 4.4. Bicameralismo no paritario. 4.5. Reflexiones finales. 5. Consecuencias sistemáticas de las modificaciones propuestas: 5.1. Tratados internacionales y Unión Europea. 5.2. Estatutos de Autonomía. 5.3. Legitimación de los Senadores para interponer el recurso de inconstitucionalidad. 5.4. Los "hechos diferenciales". 5.5. Otras consecuencias. VI. EL PROCEDIMIENTO PARA LA REFORMA:1. Consideraciones preliminares. 2. Regulación constitucional y reglamentaria del procedimiento de reforma

constitucional en dos legislaturas. 3. El procedimiento de reforma constitucional con intervención de dos legislaturas en el Derecho comparado europeo y en la historia constitucional española 4. Interpretaciones posibles del artículo 168.

VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula el Consejero de Estado Don José María Aznar en relación con el Informe sobre modificaciones de la Constitución Española, aprobado en el Pleno de 16 de febrero de 2006.

Voto particular que formula el Consejero Don Luis Díez-Picazo Ponce de León en relación con el "Informe sobre modificaciones de la Constitución Española".

Voto separado coadyuvante con la mayoría que formula el Consejero Don Manuel Diez de Velasco y Vallejo.

2. Informe sobre las competencias de las distintas Administraciones territoriales y órganos de la Administración General del Estado en materias de protección de hábitat y especies marinas y de declaración y gestión de áreas marinas protegidas

Para la preparación de este Informe, que había sido encargado por el Gobierno el 30 de septiembre del año anterior, se celebraron dos reuniones con expertos. La primera tuvo lugar el 13 de enero y asistieron representantes de los Ministerios con competencias en las materias objeto de análisis. La segunda, celebrada en el Senado, se celebró el 31 de marzo y contó con la asistencia de los representantes competentes de las Comunidades Autónomas. También se dio audiencia a Organizaciones No Gubernamentales interesadas. El proyecto de Informe fue examinado por la Comisión de Estudios en sus sesiones de 17 y 24 de mayo, 13 y 30 de junio y 19 de julio, teniendo lugar en esta última fecha la aprobación del Informe, que fue remitido a continuación al Gobierno.

La elaboración del Informe dio lugar a la organización de un Grupo de Trabajo presidido por la Consejera Doña Josefina Gómez Mendoza, asistida por el Letrado Mayor Don Enrique Alonso García y por los Letrados Don José Amérigo Alonso y Doña Beatriz Rodríguez Villar.

El informe, que fue aprobado por la Comisión de Estudios en sesión de 19 de julio de 2006, se puede consultar en la página web del Consejo de Estado:

http://www.consejo-estado.es/INFORME SOBRE LA PROTECCION DE HABITATS Y ESPECIES MARINAS.PDF

Los extremos analizados por el mismo fueron los siguientes:

I.- CONTENIDO DE LA SOLICITUD: I.1.- Propuesta. I.2.- Exposición. I.3.- Antecedentes. I.4.- Base jurídica de la solicitud. I.5.- Objeto del informe. **II.- DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN**: II.1.- Introducción: conservación *in situ* de la biodiversidad marina y áreas marinas protegidas (amps): II.1.1.- La Conservación *in situ* de la biodiversidad marina. II.1.2.- El concepto de Área Marina Protegida (AMP). II.2.- Espacios marinos sometidos a la soberanía o jurisdicción de España. II.3.- La biodiversidad marina española. II.4.- Los ecosistemas marinos situados fuera de la jurisdicción territorial nacional. **III.- PLAN DE EXPOSICION DE LA RESPUESTA A LA CONSULTA. CUESTIONES PREVIAS Y ELEMENTOS PARA LA RESPUESTA**: III.1.- Las figuras jurídicas de áreas marinas protegidas (amps) y la gestión *in situ* de las especies marinas amenazadas actualmente vigentes en la legislación española como consecuencia de la ratificación de tratados o de la participación en regímenes ambientales internacionales. el derecho comunitario europeo de conservación in situ de la biodiversidad marina: III.1.1.- Protección de especies marinas amenazadas y AMPs de Derecho internacional: III.1.A.- Las AMPs y la gestión de especies amenazadas en el Mediterráneo. III.1.B.- Las especies amenazadas y las AMPs del Atlántico: el Anexo V de OSPAR. III.1.C.- Otras figuras internacionales de AMPs. III.1.2.- AMPs y el derecho internacional regional. III.1.3.- Conclusiones. III.1.4.- Especies protegidas y AMPs constituidas al amparo del Derecho comunitario europeo. III.2.- El derecho comparado. III.3.- La legislación estatal, básica ambiental y sectorial. el ejercicio del estado de competencias relacionadas con la conservación in situ de la biodiversidad marina: III.3.1.- La legislación ambiental estatal de

conservación in situ de la diversidad biológica marina. En especial, las AMPs de derecho estatal. III.3.2.- La legislación estatal sectorial: marina mercante, investigación, minas, defensa, energía, orden público, hacienda y pesca. En especial las AMPs constituidas conforme a la legislación estatal sectorial y gestionadas por la Administración General del Estado (PSSAs, SAs y reservas pesqueras). III.4.- La legislación autonómica infraestatutaria relacionada con la zona marítimo-terrestre y el espacio marino. III.4.1.- La legislación autonómica infraestatutaria de conservación de la naturaleza y de AMPs. III.4.2.- El derecho autonómico sectorial. III.5.- La jurisprudencia del tribunal constitucional. **IV.- LA RESPUESTA A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR EL GOBIERNO. PLANTEAMIENTO GENERAL Y CUESTIONES CONCRETAS:** IV.1.- Planteamiento general: IV.1.1.- La política de conservación in situ de la biodiversidad del medio marino: primera aproximación a los títulos competenciales. La protección del medio ambiente como título estatal prevalente. IV.1.2.- Legislación básica-legislación/ejecución. IV.1.3.- Las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas. IV.1.4.- El factor territorial. IV.2.-La respuesta a las preguntas concretas: IV.2.1.- Determinación de las administraciones públicas a las que corresponde la competencia para la gestión del medio marino en aguas exteriores: IV.2.1.A.- Determinación de las administraciones públicas a las que corresponde la competencia para la planificación, declaración y gestión de Espacios Naturales Protegidos en aguas exteriores en el marco de la normativa nacional. IV.2.1.B.- Determinación de las administraciones públicas a las que corresponde la competencia para la propuesta, designación, declaración y gestión de los Lugares de Importancia Comunitaria y de las Zonas de Especial Protección para Aves, en el marco de las Directivas europeas 92/43/CEE y 79/409/CEE, en aguas exteriores. IV.2.1.C.- Determinación de las Administraciones públicas a las que corresponde la competencia para la declaración y gestión de las Zonas Especialmente Protegidas de Importancia para el Mediterráneo (ZEPIMs) establecidas en el Convenio de Barcelona y de las Zonas Marinas Protegidas establecidas con base en otros convenios internacionales en aguas exteriores. IV.2.D.- Determinación de las Administraciones públicas a las que corresponde la competencia para la elaboración, aprobación y ejecución de los Planes de Recuperación, Conservación del Hábitat, Conservación y Manejo de Especies marinas incluidas en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas o que deban ser protegidas en virtud de tratados internacionales, cuando los correspondientes Planes deban aplicarse en aguas exteriores. IV.2.2.-Definición del alcance de las competencias del estado en materia de legislación básica, a los efectos de lograr una eficiente conservación y uso sostenible de la diversidad biológica, para plasmarla en un anteproyecto de legislación básica (reforma de la ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres), según lo dispuesto en el artículo 149.1.23ª de la

constitución. IV.2.3.- Propuesta de mecanismos de integración para la toma de posición española, a nivel internacional, respecto del establecimiento y gestión de zonas marinas protegidas a establecer más allá de la jurisdicción de los estados reconocida hasta la fecha por el convenio de derecho del mar, para la implantación en 2012 de la red global de zonas marinas protegidas (cumbre de desarrollo sostenible, septiembre 2002). **Anexo 1**.Propuesta de Directiva sobre la Estrategia Marina. **Anexo 2**.

Resumen más detallado de las exploraciones llevadas a cabo por el IEO. **Anexo 3**. Lista "de referencia" de hábitats del Mediterráneo. **Anexo 4**. Lista de especies y hábitats del Convenio OSPAR. **Anexo 5**. Listas de especies marinas de los anexos del Convenio de Bonn. **Anexo 6**. Lista de especies acuáticas recogidas en la Convención de Berna. **Anexo 7**. Especies de flora y fauna incluidas hasta la fecha en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas.

III. PERSONAL

1. Consejeros permanentes

1.1 Fallecimiento

El día 31 de enero falleció en Madrid el que fuera Consejero Permanente de Estado y Presidente de la Sección Octava don Antonio Pérez-Tenessa Hernández. El Consejo ofreció en su memoria un funeral en la Iglesia Catedral de las Fuerzas Armadas .

El señor Presidente, en la reunión de la Comisión Permanente celebrada el jueves día 2 de febrero, pronunció las siguientes palabras:

"Como todos ustedes saben, la ausencia de don Antonio Pérez-Tenessa Hernández, Consejero Presidente de la Sección Octava, será ya definitiva. Ayer a mediodía supimos que la noche anterior había terminado la larga y dolorosa lucha que sostenía con la muerte. Un desenlace que todos temíamos desde hace muchos meses, pero no por eso menos doloroso.

Con su muerte, la Institución pierde un colaborador ejemplar, que durante muchos años, como Letrado, Secretario General y por último Consejero Permanente, puso a su servicio un destacado talento y una devoción sin límites. Todos cuantos la componemos hemos perdido también con él un compañero cuyo ejemplo nos servía de guía.

El duelo institucional no es sin embargo el único. Para mí, y supongo que para todos los presentes, junto a este duelo institucional y emocionalmente por encima del pesar de la Institución, está el duelo personal.El dolor que ocasiona la desaparición de un amigo, que era además una persona admirable por más de un concepto.

Todos los Consejeros y la mayor parte de los Letrados lo habéis conocido mejor que yo y podríais hacer una semblanza más completa de su personalidad. El breve tiempo en el que le traté me bastó, sin embargo, para percibir las excepcionales cualidades que le adornaban, tanto en lo profesional como en lo humano. Su formidable capacidad para reducir a esquemas simples los problemas en apariencia más abstrusos y sobre todo la fortaleza y entereza de su espíritu. Un espíritu que quiso vivir siempre su propia verdad, sin ceder a la tentación de la comodidad o la conveniencia, afrontando con entereza las situaciones –a veces, trágicas- en las que más de una vez se vio.

Preocupado, al mismo tiempo, por preservar al máximo su intimidad y ahorrar a los demás el espectáculo de sus preocupaciones y sus penas, de las que hablaba sólo cuando se veía forzado a ello y siempre con una elegante sobriedad. Creo que es ese respeto profundo por los demás el que le llevó a pedir que las ceremonias fúnebres se desarrollaran en un ámbito estrictamente familiar. Por respeto a su voluntad, el Consejo de Estado no ha tenido presencia institucional en sus exequias. Conscientes, sin embargo, en que ese respeto no nos obliga a más, tan pronto como sea posible se celebrará el funeral en el que la Institución y quienes la integramos honraremos su memoria y pediremos para él la paz que merece".

A continuación, el señor Presidente dispone que, al haber fallecido el Consejero Permanente de la Sección Octava, se encargue de la misma, como Consejero Presidente interino, el Consejero Permanente de la Sección Primera, don Landelino Lavilla Alsina.

1.2 Nombramientos

Por Real Decreto 780/2006, de 23 de junio, se nombra Consejero Permanente de Estado y Presidente de la Sección Octava a don Enrique Alonso García.

El día 20 de julio tomó posesión como Consejero Permanente de Estado, junto con los Consejeros Electivos don José Bono Martínez y doña Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós en un Pleno presidido por la Vicepresidenta Primera del Gobierno, doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz. Los Consejeros Permanentes don Landelino Lavilla Alsina y don Miguel Vizcaíno Márquez acompañaron como padrinos al nuevo Consejero hasta el salón de sesiones.

A continuación, el señor Presidente pronunció las siguientes palabras de bienvenida a los nuevos Consejeros:

"Excma. Sra. Vicepresidenta del Gobierno, Excmo. Sr. Ministro de Justicia, Excelentísimos Señores Consejeros, miembros del Cuerpo de Letrados, familiares y amigos de los nuevos Consejeros, señoras y señores:

Celebramos hoy con el solemne ritual de costumbre el acto de toma de posesión de tres nuevos Consejeros de Estado, uno permanente y dos electivos, designados mediante sendos acuerdos del Consejo de Ministros del 23 de junio pasado.

Al recibir a los nuevos Consejeros, quiero expresar la gratitud del Consejo a los tres Consejeros electivos que cesan hoy en el ejercicio de sus funciones. Los tres estuvieron siempre a la altura de lo que de ellos se esperaba, una expectativa apoyada en sus impecables trayectorias de servicios al Estado en puestos cruciales de la Administración Pública. En consonancia con tales expectativas, todos ellos han dado

un magnífico ejemplo de lucidez, de independencia y de honestidad en el desempeño del cargo. Quienes hemos tenido el privilegio de compartir con ellos la responsabilidad de debatir y aprobar definitivamente los dictámenes o informes en asuntos que son de la competencia del Pleno, los recordaremos siempre.

El teniente general Don Santiago Valderas Cañestro y el embajador Don José Joaquín Puig de la Bellacasa y Urdampilleta dejan el Consejo después de haberlo servido durante casi diez años.

Don Aurelio Menéndez y Menéndez nos deja tras catorce años de fecunda participación en los debates del Pleno. De su intensa dedicación son buen reflejo las actas de las sesiones plenarias del Consejo. El profesor Menéndez se impuso desde un principio la disciplina de analizar con minucioso cuidado, con rigor y con espíritu constructivo todos y cada uno de los proyectos de dictámenes sometidos a la consideración del Pleno y de plasmar el fruto de ese estudio concienzudo en notas escritas que elaboraba con frecuencia y que amablemente facilitaba a la Sección correspondiente con suficiente antelación. Una prueba elocuente de que las observaciones formuladas tenían casi siempre un sólido fundamento es el hecho de que han venido siendo aceptadas o tenidas en cuenta en la mayoría de los casos y han contribuido por tanto a mejorar la calidad técnica de los dictámenes.

Cumplido este deber de estricta justicia, paso a dar la bienvenida a los tres nuevos Consejeros. Sus predecesores colocaron el listón muy alto, pero quienes hoy toman posesión de sus cargos están habituados a afrontar grandes desafíos con el coraje de quienes creen en lo que hacen y no escatiman esfuerzos para poder salir airosos del envite.

Con el nombramiento de don José Bono Martínez se aplica por primera vez el nuevo artículo 9.2 de la Ley reguladora del Consejo de Estado, que fue introducido

con motivo de la reforma aprobada a finales del 2004. Dispone este precepto que "de entre los diez Consejeros electivos, dos deberán haber desempeñado el cargo de Presidente del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma por un periodo mínimo de ocho años", siendo su mandato como Consejero de Estado también de ocho años. Don José Bono ha sido presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla La-Mancha durante 21 años. Llegó a este alto cargo por elección de las Cortes regionales tras los primeros comicios autonómicos celebrados en mayo de 1983 y ha revalidado la confianza otorgada entonces por los ciudadanos castellano-manchegos en cinco ocasiones sucesivas, siempre con mayoría absoluta. En su caso, no se ha patentizado la tendencia al desgaste de la imagen que del gobernante tiene la opinión pública como resultado del ejercicio prolongado del poder: en las últimas elecciones del año 2003 la lista que él encabezaba obtuvo más del 57 % de los votos.

La personalidad pública del nuevo Consejero es sobradamente conocida, por lo que, al darle mi más calurosa bienvenida a esta Casa, no es preciso alargarse mucho en la descripción de sus méritos. Nacido en Salobre, un pueblo de la provincia de Albacete, en 1950, ejerció al terminar sus estudios la profesión de abogado, actividad que compatibilizó en la década de los 70 con la docencia universitaria y la militancia política en el Partido Socialista Popular de Tierno Galván. En 1977 intervino como letrado de la acusación particular en el juicio por los asesinatos de los abogados de Atocha. Entre 1979 y 1983 fue diputado por la provincia de Albacete, desempeñando el cargo de Secretario de la Mesa del Congreso. En 1983 asume, como se ha dicho, la presidencia de la Comunidad Autónoma de Castilla La-Mancha, que ocupa ininterrumpidamente hasta su nombramiento como Ministro de Defensa del Gobierno de España en abril de 2004. Todos ustedes recordarán su brillante gestión como titular de este Departamento, que decidió abandonar hace tres meses. Al frente de dicho Ministerio asumió, entre otras, la responsabilidad de dirigir la operación de retirada de nuestras tropas de Irak. Su espíritu mesurado y conciliador y su dilatada experiencia enriquecen desde hoy mismo nuestra Institución.

Doña Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós es catedrática de Filosofía Moral y Política de la UNED, habiendo ocupado con anterioridad esa misma cátedra en la Universidad de Oviedo. Pronto dejará de ser noticia la circunstancia de que el nombramiento de Consejero recaiga en una mujer. Hoy todavía es una novedad, relativa al menos, de la que tenemos que congratularnos todos. Es claro, sin embargo, que, como en el caso de doña Josefina Gómez de Mendoza, procedente también del mundo universitario, Doña Amelia Valcárcel se incorpora al Consejo no por su condición de mujer, sino por reunir en su persona virtudes y méritos que sobradamente la cualifican para el cargo.

A lo largo de treinta años de trabajo infatigable, la nueva Consejera se ha ganado un lugar destacado en nuestro mundo intelectual por su pensamiento riguroso y profundo en el ámbito de la razón práctica y por su firme defensa de la igualdad entre hombres y mujeres. Frente a algunos estereotipos malintencionados que circulan por ahí, nunca ha cruzado la línea que separa el pensamiento tolerante del fundamentalismo, demostrando con su actitud que quienes defienden legítimamente esa forma de ver e interpretar la realidad (lo que convencionalmente denominamos feminismo) no niegan a las razones ajenas el respeto que reclaman para las propias.

De su densa biografía sólo puedo destacar ahora algunos aspectos. Autora de una decena de libros, de más de cincuenta colaboraciones en obras colectivas y un centenar de artículos, su extensa obra acredita su condición de investigadora rigurosa y solvente, con reconocida autoridad en el campo de estudio que constituye su especialidad.

La nueva Consejera ha sido finalista del Premio Nacional de Ensayo en dos ocasiones: en 1987, con un libro sobre "*Hegel y la Ética*" y en 1993, con el titulado *"Del miedo a la igualdad"*. De algunas de sus obras se han llegado a imprimir varias ediciones. Es el caso de "*Sexo y Filosofía*", *'La política de las mujeres*" o "É*tica*

contra Estética". Ha coordinado como editora libros que han tenido una gran resonancia, como "*El concepto de la igualdad*", *"Los desafíos* del *feminismo ante el siglo XXI*" o "*Pensadoras del siglo XX'*. Entre sus obras más recientes cabe mencionar *'Ética para un mundo global*: *una apuesta por el humanismo frente al fanatismo*" y *"El sentido de la libertad",* publicada en 2001, en la que insiste en que las libertades reales que disfrutamos hoy son el resultado de una acumulación de conquistas de la modernidad, que hemos heredado y que tenemos que afinar.

Su perfil de intelectual no puede ocultar otra dimensión relevante de su personalidad: su trayectoria de tenaz luchadora al servicio de causas justas, no siempre perdidas. Porque Amelia Valcárcel es, en efecto, una intelectual comprometida. Y esa capacidad de compromiso le llevó a aceptar temporalmente la responsabilidad de formar parte del Gobierno de Asturias como Consejera de Educación y Cultura.

Amelia Valcárcel es además Vicepresidenta del Real Patronato del Museo del Prado, patrona y miembro de la Comisión de Gobierno de la Biblioteca Nacional, Consultora de las Naciones Unidas en Politicas de Género, preside la Asociación Española de Filosofía "María Zambrano" y pertenece a diversos consejos editoriales.

La designación del Letrado don Enrique Alonso García como Consejero permanente viene a cubrir la vacante producida por el fallecimiento de don Antonio Pérez-Tenessa, cuya pérdida fue tan dolorosa para todos nosotros. Esta designación, que como Presidente del Consejo celebro profundamente, tiene también para mí como profesor un regusto de melancolía. El nombramiento recae, en efecto, sobre un jurista bien granado al que conocí de muchacho, cuando todavía era un estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Tuve la fortuna de dirigir su tesis doctoral y de prologar su libro sobre la interpretación de la Constitución. Publicada en 1984, fue la primera monografía seria sobre esta cuestión y sigue siendo

en la actualidad una obra de referencia, de consulta obligada por cualquier colega que decida ocuparse de estos temas.

A esta primera obra han seguido otras muchas. En la década de los 80 publica una docena de trabajos sobre cuestiones relacionadas con la Teoría de la Constitución y los derechos fundamentales. Para no agotar la paciencia de los presentes citaré únicamente dos, que tuvieron una especial repercusión: *"El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución"* (publicado en la Revista de Administración Pública en 1983) y "*El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*" (en el libro colectivo editado en homenaje al profesor García de Enterría). En 1986 aparece la primera edición de los tres volúmenes del *"Tratado de Derecho Municipal"* del que es coautor.

Desde la década de los 90, el nuevo Consejero ha centrado su atención en los asuntos medio-ambientales. En 1991 sale de la imprenta la primera de las diez ediciones de su *"International Environmental Law. Cases and Materials".* Y dos años después, Civitas publica los dos volúmenes de su obra "El Derecho *ambiental de la Comunidad Europea*". En los dos últimos años ha publicado varios trabajos en Estados Unidos y un libro sobre el sistema internacional de gobernanza de los recursos naturales en Japón. Y eso no es todo, porque acaba de ver la luz el flamante "*Diccionario de Derecho Ambiental"*, del que es editor, coordinador y autor principal, junto con Blanca Lozano.

Tras obtener una plaza de profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense, se especializó en Derecho ambiental, confirmando de nuevo su vocación de pionero, dispuesto a internarse en territorios poco o nada explorados. En 1990 se desplazó a Estados Unidos, donde permaneció siete años ejerciendo como profesor de Derecho comercial, internacional y ambiental en varias Universidades y desarrollando al mismo tiempo diversos proyectos de investigación. En la Universidad

de Harvard, en cuya Facultad de Derecho prestó sus servicios como profesor, fue el primer director del Real Colegio de España, inaugurado en 1993, y allí me beneficié de su hospitalidad. Su regreso a España en 1997 no significó una ruptura de los vínculos establecidos con instituciones universitarias norteamericanas. Desde el año 2002 viene impartiendo regularmente cursos y talleres sobre políticas ambientales a futuros funcionarios de organizaciones internacionales en el Monterey Institute of International Studies de California.

En el ámbito europeo ha sido miembro del Comité de expertos en Derecho Administrativo del Consejo de Europa; coordinador de 1993 a 1996 del proyecto LIFE de Gestión del Programa de Humedales Mediterráneos de la Unión Europea, dirigiendo un equipo de expertos de distintas nacionalidades; miembro de los Grupos de Trabajo del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre Bioseguridad y Cuestiones Internacionales Ambientales y Jefe de la Delegación Europea en las negociaciones de cinco tratados internacionales multilaterales durante la presidencia española de la Unión (en el primer semestre de 2002). En la actualidad es evaluador de proyectos de política alimentaria y seguridad de la Comisión Europea y miembro del Comité de Expertos- sobre Políticas de Desarrollo Sostenible del Consejo de Europa.

Su formación como jurista y experto en cuestiones ambientales se ha visto enriquecida por la experiencia adquirida en el desempeño de varios cargos dentro de la Administración. Fue de 1986 a 1988 Secretario General del Comité Superior de Disciplina Deportiva y de 1997 a 1999 Director General de Conservación de la Naturaleza del Ministerio de Medio Ambiente. En la actualidad es el titular de la cátedra UNESCO de Territorio y Medio Ambiente en la Universidad Rey Juan Carlos. Ha recibido, como cabe suponer, diversas distinciones, cuya enumeración les ahorro.

La Sección Séptima del Consejo pierde sin duda un excelente Letrado Mayor, pero todos ganamos a cambio un Consejero con una vasta cultura jurídica, que

trasciende los confines de nuestro propio ordenamiento, y una arrolladora capacidad de iniciativa y estudio. Los méritos y cualidades que concurren en la figura del nuevo Consejero justifican la confianza que el Gobierno ha puesto en él para asegurar el relevo generacional en la Comisión Permanente del Consejo.

Señoras y señores. Es hora de poner punto final a mi intervención. Y lo voy a hacer reiterando una vez más mi bienvenida a los nuevos Consejeros y agradeciendo a todos ustedes su presencia en este acto.

Muchas gracias".

Concluida su intervención, toma la palabra el nuevo Consejero permanente don Enrique Alonso García:

"Con la venia, señora Vicepresidenta.

Con la venia, Sr Presidente.

Excelentísimas señoras, señores Consejeros, colegas y amigos:

Cuando hace unas horas (como a veces hoy en día no queda más remedio que hacer las cosas; es decir, tarde y con prisas) finalicé apresuradamente mis deberes para con el IV Centenario del Quijote, y cerré su última pagina para intentar escribir estas palabras que acompañarían a mi nombramiento como Consejero permanente de Estado, lo que muchos consideran el colofón de la carrera profesional, volvió a mi memoria el refrán que, según la Historia del Cautivo, su padre le recita a él y sus dos hermanos cuando parten de casa en busca de fortuna: "Iglesia, o mar, o casa real" [refrán que ya en 1615 probablemente sonaba anticuado, pues el cautivo se apresta a

aclararlo enseguida: quien quisiera valer, que siga las letras, el comercio allende los mares o el servicio al Rey].

Fue inevitable, pues, preguntarme a mi mismo si valía para el cargo para el que había sido designado y cuál de las tres vías del refranero podía resumir mejor mi pasado. Y ello, no por una afán de contarles aquí mis avatares profesionales, que, aunque no han sido pocos, ni siquiera aburridos, no vienen a cuento, sino -créanme- por intentar proyectar hacia el futuro lo que, según quienes han depositado en mí su confianza, han visto que podría ser mi aportación a la tarea, siempre colectiva, del Consejo de Estado.

Difícilmente puedo decir que haya seguido una concreta de las tres vías. Paradójicamente, sin estrategia alguna, casi espontáneamente, seguí las tres (pese a la desesperación de mi padre -para quien elegir y concentrar los esfuerzos en una sola de las rutas cervantinas era un camino obvio, simple reflejo de un sentido común que parecía no ver en mí-).

Desde que hace treinta años finalicé mis estudios de licenciatura, no he dejado un solo día de servir al Estado en diversos menesteres; pero tampoco he dejado de hacerlo como letrado (en el sentido más amplio del término; desde el esfuerzo de la formación permanente en las más variadas áreas de conocimiento vinculadas a las políticas públicas), ni he escatimado esfuerzos desde aquel entonces para ayudar al sector privado y a la sociedad civil española en su internacionalización y búsqueda de nuevos quehaceres en todos los continentes.

De las tres espero haber aprendido lo suficiente para afrontar la responsabilidad que supone el contribuir cotidianamente a formar la voluntad del órgano constitucional mediante el cual el Estado reflexiona continuamente sobre sí mismo (por citar la acertada definición que del Consejo de Estado realizó no hace mucho tiempo nuestro

actual Presidente y siempre maestro, Francisco Rubio Llorente).Y es que, pese a lo "apetecible" del cargo (y parafraseo, ahora, con lo de “lo apetecible” a mi antecesor en la Presidencia de la Sección Octava del Consejo), yo no lo veo sino como pura y dura responsabilidad.

Si los cambios de siglo traen siempre nuevos vientos, la vertiginosa revolución social que en todos los órdenes han supuesto los últimos treinta años, hace de la tarea del Consejo un reto sin parangón. El hecho de que en 1526 el Emperador Carlos V, quien nos sigue presidiendo desde la copia del Tiziano de este Salón de Plenos, acertara totalmente con la creación del Consejo de Estado, no es en sí mismo garantía de que ese acierto tenga necesariamente que perdurar. Siempre he sido de la opinión de que no hay valor en la tradición si ésta no hace de su legitimación cotidiana su *leit motiv*. Así como el Consejo de Estado salido del artículo 107 de la Constitución es igual pero distinto del que le precedió, el Consejo de Estado del siglo XXI tendrá que cumplir su función constitucional y social desde la realidad de este nuevo siglo.

Este nombramiento implica, pues, una responsabilidad que, como todas las que son asumidas súbitamente, es inevitable que produzca una cierta sensación de vértigo; vértigo, sin embargo, cuyo tratamiento terapéutico creo conocer perfectamente: la mejor forma de dar las gracias a cuantos intervinieron en mí designación y a cuantos por ella sinceramente os habéis congratulado, será obviamente no defraudaros, ni a vosotros, ni a ellos, ni la institución misma, ni al Estado al que sirve.

Son variadas las razones que me han llevado a aceptar esta responsabilidad, entre las que no puedo evitar mencionar, en primer lugar, la de honrar la memoria de mi padre, a quien muchos de vosotros conocisteis bien. En segundo lugar, pese a que con ello estas palabras invadan algo la esfera de la privacidad, está la poderosa razón de poder llevar -ahora que me acerco a lo que los sociólogos llaman fríamente la segunda edad (bis)-, algo de vida familiar más sensata. La verdad es que esa triple carrera

singular, que ahora puede probablemente rendir sus mejores frutos en el Consejo, se la debo principalmente a mis dos hijas y a Ana, mi esposa y compañera, y de quien ni siquiera en estos días de reflexión he logrado todavía entender cómo ha podido aguantar a lo largo de estos años las conversaciones de cualquier tarde-noche de un jueves sí y otro también: *"lo siento, ya es el último fin de semana, pero tengo que ir a Kuala Lumpur,... o a California, ... o a Baku, ... o a la selva del Bení (..) y estaré de vuelta el lunes".* Sin su paciencia física y su guía -muchas veces más bien reto, impulso o incluso abierta confrontación intelectual- (y sin su modelo de autoexigencia profesional, las veces que esporádicamente han coincidido nuestras vidas en el mundo laboral), difícilmente podría haber acumulado el conocimiento -racional y emocional- de la realidad, el discurso tranquilo y la energía, justos y necesarios -como rezan los prefacios para rendir los frutos que afortunadamente la sociedad y el Estado me siguen demandando.

Otros muchos agradecimientos y recordatorios serían obligados a personas e instituciones que han contribuido a mi preparación para esta nueva tarea. Mi agradecimiento, pues, a todas las personas de la Casa, que siempre me han ayudado en los años que en ella he servido, y en especial a su Cuerpo de Letrados; también a los Consejeros permanentes -incluido su Decano y hoy uno de mis padrinos, Miguel Vizcaíno, quien, pese a lo que él diga, me ha tenido que aguantar mucho más que yo a él en estos largos años de trabajo en común en la Sección Séptima-, y también a las personas de la Dirección General de Conservación de la Naturaleza y la Ministra Isabel Tocino, que me llamó, en su día, para ocuparme de la misma. Difícilmente se puede rendir de manera óptima en la Administración consultiva sin el paso, tarde o temprano, por la Administración activa.

Mi agradecimiento a las dos Universidades de Madrid, Complutense y Rey Juan Carlos, cuyos Rectores, Gustavo Villapalos y Pedro González Trevijano, me confiaron tareas públicas de alcance digamos que... inusual (la fundación del único Colegio, y

además Real, que sigue existiendo en la más antigua Universidad norteamericana y la singular Cátedra UNESCO que espero siga rindiendo sus frutos, aun sin mi guía, en los próximos años).

No quiero olvidar, tampoco, a los representantes de instituciones que, desde lugares relativamente lejanos como lo son las sedes de la Comisión Europea, la FAO, la UNESCO o la UNCTAD, han querido, ante mi asombro, desplazarse personalmente hoy a Madrid con la exclusiva finalidad de estar con nosotros y conocer el Consejo de Estado. Saben de sobra que sin las oportunidades de trabajo allende los mares que con ellos he disfrutado durante estos años difícilmente podría estar preparado para la nueva función que hoy se me asigna.

No está aquí con nosotros, obviamente, la persona a quien vengo a relevar en su tarea como Presidente de la Sección Octava (sin olvidar, para el señor Lavilla, también hoy mi padrino, el merecido agradecimiento por haberla sacado adelante, durante estos meses pasados, con la brillantez acostumbrada). Conocía a Antonio Pérez-Tenessa desde siempre. Al fin y al cabo, como se dice campechanamente, y muy pocos de ustedes saben, fue el cura que me bautizó.

Muchos menos de ustedes saben, sin embargo, que, a su vuelta de Méjico, fui una de las personas, de su grupo de amigos del mundo de los negocios con quienes exploró durante algunos meses proyectos de vida distintos del reingreso en el Consejo de Estado. Habiendo estado tan cercano a él, está garantizada, pues, la continuidad en la función que, como Presidente de dicha Sección Octava, asumiré a partir de esta tarde. Pero también lo está, aunque parezca paradójico, la independencia de criterio. Y es que, pese a lo mucho que nos unía, también discrepábamos, y a viva voz .

Mi última conversación con él refleja nuestras diferencias. Cuando le comenté que por fin me había convencido y que pensaba tener una modesta segunda residencia

en Aragón para pasar en ella algunos días al año, y con cándida alegría le precisé *"en el Pirineo, en el Alto Aragón"*, su sentencia casi enfadada fue escueta: *"Enrique, te has vuelto a equivocar, Aragón, lo que se dice Aragón es la llanura: la llanura del Campo de Romanos, del Campo de Cariñena"* .

En fin, siempre me fue imposible estar de acuerdo con él en algo; y, sin embargo, siempre tuve simultáneamente la sensación de que me era totalmente imposible estar con él en desacuerdo. Creo que sería totalmente feliz de ver suceder en la Presidencia de su Sección a quien tanto con él discrepaba.

Excelentísimo señor Presidente, señores Consejeros: el Consejo de Estado, que recientemente ha visto ampliadas sus funciones por la Ley Orgánica de 28 de diciembre de 2004, no ha hecho más que comenzar a explorar y a atisbar los resultados de las nuevas tareas que en ella se le encomiendan. Ayer mismo, su Comisión de Estudios cerró el segundo de sus informes, después del que tuvo por objeto la reforma de la Constitución, que se refiere ni más ni menos que a la propuesta relativa a la gestión de la biodiversidad marina y el establecimiento de áreas marinas protegidas en el mar territorial español.

Mi querido Presidente: cuente usted con mi lealtad y disposición para, en la modesta medida de mis posibilidades, contribuir a enriquecer las tareas en las que el Consejo ha fundamentado su autoridad histórica, y a solidificar esas nuevas tareas de la Ley Orgánica 3/2004, que hace un par de años usted calificaba explícitamente de "ilusionantes"; desde luego, a mí me ilusionan.

Muchas gracias".

2. Consejeros natos

2.1 Tomas de posesión

Por Real Decreto 973/2006, de 1 de septiembre, se nombra Presidente del Consejo Económico y Social a don Marcos Peña Pinto.

En el Pleno del día 28 de septiembre tomaron posesión como Consejeros natos de Estado don Marcos Peña Pinto y don Miguel Fernández Ordóñez.

En dicho Pleno el Presidente del Consejo pronunció las siguientes palabras:

"Tengo el honor y la satisfacción de dar la bienvenida a dos nuevos Consejeros, que vienen a sustituir a las ilustres personalidades que ocuparon con anterioridad estos mismos escaños, anejos a los puestos de Presidente del Consejo Económico y Social y de Gobernador del Banco de España.

Antes de referirme a las personas de quienes desde hoy serán miembros de la institución, quiero sin embargo evocar los nombres de don Jaime Caruana y don Jaime Montalvo, cuya asiduidad y buen hacer han enriquecido hasta ahora nuestros trabajos.

No menor será sin duda el beneficio que el Consejo de Estado obtendrá merced a la colaboración de los nuevos Consejeros, cuyos méritos sobresalientes, tanto los estrictamente profesionales como los derivados del servicio al Estado, son bien conocidos y reconocidos. Nadie ha puesto en duda por eso su idoneidad personal para hacer frente a las importantes tareas que el Gobierno les ha confiado. Dada la notoriedad de los méritos, me limitaré por ello a hacer un breve resumen de los respectivos currículos.

Don Marcos Peña Pinto**,** nacido en Lérida en 1948, es miembro del cuerpo de Inspectores de Trabajo y de la Seguridad Social, en el que ingresó dos años después de licenciarse en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. En esa condición ocupó, entre otros, el puesto de Consejero Laboral de la Embajada de España en Italia. En 1991 fue nombrado Secretario General de Salud, cargo desde el que pasó, en 1993, al de Secretario General de Empleo y Relaciones Laborales, que ocupó hasta 1996.

En el año 2005 fue nombrado Consejero del Consejo Económico y Social dentro del grupo de expertos designados por el Gobierno, poniendo al servicio de esa institución su dilatada experiencia en el ámbito de las relaciones laborales y muy particularmente en el campo de la negociación colectiva. Por elección de las partes, ha presidido las comisiones que han negociado algunos de los más importantes convenios colectivos de este país, como los de Telefónica, Renfe, Repsol, Endesa o Astilleros, y ha actuado como árbitro y mediador de numerosos conflictos laborales de dimensión nacional. En julio de este año, el Gobierno le nombró Presidente del Consejo Económico y Social, previo acuerdo favorable a la propuesta del Pleno del mismo.

A su trayectoria como alto funcionario de la Administración hay que añadir su faceta de autor de numerosas publicaciones y de columnista distinguido en influyente en la prensa escrita. Estoy seguro de que, teniéndolo entre sus miembros, el Consejo de Estado incrementará su capacidad, ya grande, para enriquecer nuestra vida pública con *"el poso de la reflexión serena al margen de la convulsión inmediata del debate político"*, para decirlo con las mismas palabras que él utilizaba al referirse al Consejo Económico y Social.

Don Miguel Fernández Ordóñez viene de una familia que desde hace décadas tiene presencia en nuestra vida pública, no solo la política, a través de hombres muy destacados. Permítaseme recordar ahora, porque me honraron con su amistad, a dos de

sus hermanos, Francisco y José Antonio, tempranamente desaparecidos ambos, que sirvieron al Estado con igual distinción, aunque en terrenos distintos.

El nuevo Gobernador del Banco de España es licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid. Técnico Comercial y Economista del Estado, en los primeros años de la década de los setenta compatibilizó su trabajo como Jefe de Sección de Coyuntura de la Comisaría del Plan de Desarrollo con la actividad docente, que llevó a cabo como profesor de Política Económica en la Universidad Complutense.

Tras un breve paréntesis en el Departamento de Estudios Económicos de la OCDE, volvió a la Administración española , dentro de la cual asumió en 1977 la Subdirección General de Análisis Coyuntural del Ministerio de Economía, que dejaría un año después para incorporarse como asesor al Banco Mundial, con el que colaboró hasta 1980. En 1982 fue nombrado Secretario de Estado de Economía y Planificación. En 1986 fue elegido diputado por Madrid, siendo designado un año después Secretario de Estado de Comercio.

En 1988 se incorporó de nuevo como alto ejecutivo al Fondo Monetario Internacional, en el que permaneció hasta 1990, año en el que volvió a España. Durante algún tiempo se mantuvo en el sector privado, pero en 1992 volvió al público, primero como Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y más tarde, a partir de 1995, como Presidente de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, condición a la que renunció en 1999.

En abril de 2004 fue designado Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos, cargo en el que cesó el 10 del pasado mes de marzo de este mismo año, fecha en la que fue nombrado Consejero Ejecutivo del Banco de España. El pasado 30

de junio, don Miguel Fernández Ordóñez fue nombrado Gobernador del Banco de España, con efectos desde el 12 de julio.

Esta apretada enumeración de los cargos ocupados por nuestro nuevo compañero en la Administración económica nacional e internacional, es bastante para acreditar su dilatada experiencia y su incuestionable capacidad técnica. No da cabal idea sin embargo de las dimensiones reales de una personalidad que a través del libro, pero sobre todo de los artículos de prensa, se ha convertido desde hace años en referencia inexcusable para cuantos se ocupan de los problemas de nuestra economía o, más generalmente, de los problemas económicos propios de nuestro tiempo.

No hace falta ser zahorí para asegurar que su colaboración, como la de don Marcos Peña, hará aun más sólidos y equilibrados nuestros dictámenes. Mi enhorabuena a los nuevos Consejeros es también por ello una enhorabuena a la institución que los acoge".

Una vez finalizado el discurso del Presidente, el señor Marcos Peña dijo:

"Excelentísimo señor Presidente del Consejo de Estado, excelentísimos señores Consejeros y Secretario General, señores Vicepresidentes, Consejeros y Secretaria General del Consejo Económico y Social, excelentísimas autoridades, señores y señoras Letradas, familia y amigos de los Consejeros que hoy tomamos posesión, señoras y señores:

Me es imposible en este acto solemne de toma de posesión, en esta Casa y en presencia de todos ustedes, ocultar mi emoción y mi orgullo por ser a partir de ahora Consejero nato del Consejo de Estado. Es una honra reforzada por la compañía de mis dos padrinos. Es obvio que la elección está basada en el afecto, el respeto y la admiración. Pero hay más. El profesor Rodríguez-Piñero ha sido para mí –y para

muchos de nosotros- no solo maestro de conocimiento, sino de comportamiento. Y con Joaquín de Fuentes Bardají, valiéndome de su amistad, quiero simbolizar un homenaje a la memoria de mi padre y a su profesión: la Abogacía del Estado.

Mi presencia aquí solo la justifica la existencia del Consejo Económico y Social del Reino de España. Soy su Presidente y, por ende, su representante. Vengo legalmente obligado a representar con dignidad sus funciones y sus labores. Nace el CES para reafirmar la participación social y económica de los interlocutores sociales. Constituyéndose, para ejercer esta función constitucional, en plataforma permanente de debate y deliberación, y ello ¿para qué? Para dar su opinión al Gobierno antes de que éste adopte medidas que afecten a los intereses económicos y sociales de los interlocutores sociales. Queda así formado el CES como órgano consultivo, como espacio de reflexión y como medio de comunicación permanente entre los agentes sociales y económicos y el Gobierno.

Existe, pues, un cierto parentesco funcional con el Supremo Órgano Consultivo del Gobierno, con el Consejo de Estado, tanto en lo que a dictámenes se refiere como a la realización de informes, estudios o memorias. Es impensable obviamente hablar de concurrencia o de disputa de espacios. Al Consejo de Estado, como guardián de la legalidad, le corresponde velar para que el poder ejecutivo respete la Constitución y el ordenamiento jurídico. El Consejo Económico y Social expresa la participación de los sujetos de la vida social y económica en los procesos de elaboración de las normas y, en general, en las tomas de decisiones políticas en el ámbito económico y social.

Pero esta relación parental concluye en hermandad si nos referimos exclusivamente a una función que excede el ámbito jurídico y que es propia tanto del Consejo de Estado como del Consejo Económico y Social del Reino de España. Se trata de dos instituciones cuyo único instrumento de trabajo es la palabra y la reflexión o, si lo preferimos, la palabra reflexiva. Son instituciones donde no se pretende vencer,

sino convencer. Y convencer a la postre significa “estar de acuerdo”. Contribuyendo así a reforzar la democracia deliberativa que pone énfasis, en palabras de Habermas o Elster, en que en el proceso de toma de decisiones políticas predomine el consenso. Espacio, por lo tanto, de reflexión, de debate y de consenso.

No puedo concluir sin recordar, de nuevo, la emoción y orgullo que en estos momentos siento y el convencimiento de que para nuestro país, tan agitado a veces, tan convulsionado a veces por la dramática futilidad de lo inmediato, instituciones como el Consejo de Estado y el Consejo Económico y Social son y deben seguir siendo refugio de la razón, la concordia y la tolerancia. Instituciones obligadas, en suma, a que se escuche, como diría Besset, “la suave voz de la razón”.

Por Real Decreto 838/2006, de 30 de junio, se nombra Gobernador del Banco de España a don Miguel Ángel Fernández Ordoñez.

En el mismo Pleno del día 28 de septiembre y apadrinado por los Consejeros Permanentes señores Lavilla y Sánchez del Corral, tomó posesión de su cargo don Miguel Fernández Ordóñez. En este acto, el señor Fernández Ordóñez pronunció las siguientes palabras:

“ Señor Presidente del Consejo de Estado, señores Consejeros, Letrados, señoras y señores:

Constituye un gran honor para el Gobernador del Banco de España, y una satisfacción personal, incorporarme al Pleno de este Consejo de Estado, en mi calidad de miembro nato. Quiero especialmente agradecer a D. Antonio Sánchez del Corral y a D. Landelino Lavilla la gentileza de actuar como padrinos en esta ceremonia de iniciación en la condición de Consejero de Estado.

Permítanme, en primer lugar, realizar una breve reflexión sobre la pertinencia del acceso a la condición de Consejero de Estado del Gobernador del Banco de España, más allá de lo que es el simple cumplimiento de una previsión normativa.

Y es que puede parecer un tanto contradictorio que quien es llamado a "gobernar" una institución del Estado, deba ser "aconsejador" –es decir, prestador de consejo- en otra. Y si ello es así con carácter general, la cuestión adquiere tintes singulares en el caso de quien "gobierna" el Banco de España, pues la facilidad con la que dicha institución accede al conocimiento de la materia que constituye el núcleo de su actividad regulatoria – y, por tanto, sobre la que mejor puede destilar sus recomendaciones y consejos- se equilibra con la obligación legal de sigilo o secreto profesional y con la buena costumbre de usar la mesura en todos los pronunciamientos que institucionalmente se realizan.

Pero, en el caso del Banco de España, esta contradicción entre gobierno y consejo es sólo aparente.

En primer lugar, porque la principal misión que se le atribuye hoy al Gobernador del Banco de España, en tanto banco central, es la de pertenecer a un Consejo que gobierna todo un sistema de bancos centrales, y por tanto, ya no va acompañado de un perfil tan radicalmente ejecutivo como antaño. La definición de la política monetaria es hoy materia de consenso institucional en el seno del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo y el Gobernador del Banco de España no actúa sino como miembro de un colegio.

En segundo lugar, el Banco de España, en su función supervisora, tiene acceso a un valioso conocimiento de la realidad económica española y por ello no es de extrañar que tenga encomendadas entre sus funciones las de asesorar y apoyar la política económica del Gobierno. Ese depósito de conocimiento al que tiene acceso el

Gobernador de aquella Casa es el que con este acto pongo a disposición del Consejo de Estado, institución que como ninguna ha sabido unir en su potente función consultiva el saber jurídico, el saber político y el saber económico.

Mi predecesor en el cargo de Gobernador aprovechó su intervención en la toma de posesión de la silla de este Consejo para destacar la relación entre solidez institucional y estabilidad económica, tareas ambas en las que tanto el Consejo de Estado como el Banco de España cuentan con una larga y consolidada tradición.

Hoy yo quiero aprovechar esta ocasión para referirme a otro aspecto del momento que vivimos y que afecta a ambas instituciones: el fenómeno de la globalización regulatoria, corolario de la creciente internacionalización de la actividad económica y financiera, fenómeno especialmente intenso para el Banco de España, tanto en su papel de banco central como en el de supervisor financiero.

En efecto, nuestra integración en el Eurosistema nos ha permitido y nos permite ser protagonistas privilegiados de la creación y desarrollo del *acquis communautaire* de la Unión Económica y Monetaria, en el que la normativa europea convive íntimamente con las legislaciones nacionales de los distintos Estados miembros.

Permítanme un ejemplo. Tenemos un único billete de curso legal, pero doce definiciones distintas de lo que ello significa en cada uno de los países que han adoptado el euro como moneda nacional, por lo que pueden entender que tanto el Banco Central Europeo como los distintos bancos centrales integrados en el Eurosistema seamos defensores de una progresiva convergencia normativa que, al menos en el terreno financiero, comienza a dar sus frutos.

También la globalización está afectando a la segunda faceta del Banco de España, la de regulador y supervisor financiero. Al fenómeno de armonización

comunitaria, presente también en este aspecto, se une aquí la pertenencia del Banco de España a uno de los foros más activos en la elaboración de principios normativos de alcance internacional, el Comité de Supervisión de Basilea, auténtica cuna del denominado "*soft law*".

El Comité de Basilea es, sin duda, uno de los mejores ejemplos de la creciente tendencia al establecimiento de foros de discusión técnicos que permiten alcanzar un amplio consenso armonizador sin el lastre formal y temporal usualmente asociado a la discusión de los Tratados internacionales. Esa flexibilidad ha hecho posible nivelar en buena medida las exigencias regulatorias de la actividad bancaria a lo largo y ancho del mundo, favoreciendo la competitividad de las entidades financieras mediante el diseño de unos principios de actuación generales y unas pautas de supervisión comunes por parte de las autoridades competentes.

Ningún principio regulatorio internacional, sin embargo, tiene auténtica fuerza vinculante hasta su encarnación en las respectivas legislaciones nacionales. Y es aquí donde la función de instituciones como el Consejo de Estado se vuelve necesaria para asegurar la solidez jurídica de la norma y su coherencia con el resto del ordenamiento nacional.

La oportunidad, pues, de contribuir a la labor del Consejo desde mi cargo de Gobernador me parece un acierto institucional y un reto personal, dada la responsabilidad que del mismo se deriva y la excepcional cualificación de la institución a la que ahora me incorporo. Espero y deseo que mi larga trayectoria como servidor público me ayude en esa tarea.

Muchas gracias".

2.2. Reelecciones

En la sesión celebrada por la Comisión Permanente el día 19 de enero el Presidente da cuenta de la elección como Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas para el trienio 2006-2008 del Consejero nato don Enrique Fuentes Quintana.

2.3 Ceses

Por Real Decreto 651/2006, de 26 de mayo, se dispone el cese de don Jaime Montalvo Correa como Presidente del Consejo Económico y Social.

Por resolución del Presidente del Consejo de Estado de 28 de junio de 2006 se acuerda suspender en el ejercicio de la función como Consejero nato a don José María Aznar López, sin perjuicio de que, al desaparecer el motivo de incompatibilidad, pueda reincorporarse tras manifestar a la Presidencia su voluntad de hacerlo.

Por Real Decreto 837/2006 de 30 de junio, se dispone el cese de don Jaime Caruana Lacorte como Gobernador del Banco de España.

2.4 Fallecimientos

El Almirante don Ángel Liberal Lucini falleció el día 2 de octubre. El que fuera Jefe del Estado Mayor de la Defensa ostentó el cargo de Consejero nato entre los años 84 y 86 y con posterioridad fue nombrado Consejero electivo desde 1987 al 2000.

3. Consejeros electivos

3.1 Tomas de posesión

Por Real Decreto 781/2006, de 23 de junio, se nombra Consejero electivo de Estado a don José Bono Martínez.

Por Real Decreto 782/2006, de 23 de junio, se nombra Consejera electiva de Estado a doña Amelia Valcárcel Bernardo de Quirós.

En el Pleno celebrado el día 20 de julio tomaron posesión los dos nuevos Consejeros electivos. En dicho acto el señor Presidente dedicó unas palabras de salutación a los recién llegados que figuran reflejadas en la toma de posesión del Consejero permanente don Enrique Alonso García, que les precedió en la posesión de sus cargos.

Don José Bono Martínez hizo uso de la palabra para decir:

"Señora Vicepresidenta del Gobierno, señor Presidente del Consejo de Estado, señor Ministro de Justicia, señoras Consejeras de Estado, señores Consejeros de Estado, señores ex Presidentes del Consejo de Estado, señoras y señores Letrados, señoras y señores:

Tomo posesión como miembro electivo del Consejo de Estado por una razón simple de explicar, por la generosidad del Presidente del Gobierno, probablemente iluminada por la cercanía de la señora Vicepresidenta y del señor Ministro de Justicia, que hoy, además, tienen para con nosotros la deferencia de acompañarnos y que han considerado que cumplo los requisitos que la ley exige. Al Presidente agradezco muy sinceramente su decisión de destacarme entre otros que también reúnen las condiciones exigidas para ocupar este escaño.

De entre esos requisitos que la ley exige, hay dos que siento especial satisfacción de poder acreditar.

El primero es ser español. Pertenezco, como casi todos ustedes, a una de las naciones más antiguas del planeta. Tanto es así que cuando se creó este Consejo de Estado hubieron de transcurrir más de dos siglos para que países como Canadá, Italia, Brasil, Alemania e incluso los Estados Unidos pudieran existir. España, sin embargo, ya entonces había patrocinado la hazaña del Descubrimiento; había llevado al otro lado del Atlántico el idioma que hoy hablan cuatrocientos millones de personas. El legado de España a la humanidad es inconmensurable. El mundo estaría notablemente incompleto sin la aportación española. Y por eso, ni me importa ser criticado (que lo seré), ni jamás pediré perdón por decir, como Indalecio Prieto dijo: *"A medida que pasa la vida por mí me siento cada vez más profundamente español: siento a España en mi corazón y la llevo hasta en el tuétano de mis huesos"*.

El segundo requisito que puedo acreditar es el de haber sido Presidente de un Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma. Querido Presidente, perdone que le haga una generosa rectificación pues no fueron cinco las veces en que los castellanos-manchegos me dieron su confianza (cuesta tanto). Fueron seis. Y no hay que olvidarlas – al menos en mi caso no sería perdonable.

Por esa condición de ex presidente de una Comunidad Autónoma, cumplo el segundo requisito. Y lo fui de esa Castilla que algunos, sin empacho, llamaron "dominadora". Pero estábamos tan dominados que ni siquiera descubrimos que nos llamaban dominadores. Nacimos, nací y viví, en el centro geográfico de España, pero padecimos el centralismo con tanta o más fuerza que en el litoral. Sí, a algunos el centralismo no les dejó hablar en su idioma. Solo se permitía el del Imperio. Maldito imperio, que no dejaba hablar en libertad en ningún idioma. Pero en el centro, cuando

tomé posesión por primera vez como Presidente de Castilla-La Mancha, el 16% de los mesetarios adultos no sabían leer ni escribir nada (1983) y el 41% de los ciudadanos de mi tierra no podían hacer lectura comprensiva. ¿No es ésta una consecuencia silenciada del centralismo padecido en el centro geográfico? Ya lo creo. Por eso, no puedo ser centralista.

Me define también otra condición que no es -lógicamente- requisito para ocupar un escaño del Consejo de Estado, sino que pocos de los Consejeros presentes e incluso pasados la tienen: soy socialista con carné desde el año 1969. Se han dado pocos casos en la historia. El primero creo que fue don Francisco Largo Caballero, y bien que le costó ser Consejero de Estado en la época en que lo fue, en la Dictadura de Primo de Rivera. Después lo fue (y lo menciono para evocar su memoria con todo respeto y afecto) don Gregorio Peces-Barba del Brío. Y lo han sido otros, por su condición de Natos.

Me siento orgulloso de esa condición. Satisfecho de poder decir, después de treinta y siete años de militar en el socialismo, que sigo defendiendo el mismo principio por el que entré: la radical igualdad de todos los seres humanos –también los españoles- por encima de mitos étnicos, de proclamas identitarias o de privilegios inventados. Como socialista milito entre los moderados y creo que entenderse con el adversario no es solo inteligente, sino que además a la larga resulta necesario.

Sería una provocación decir que me siento un conservador. Pero verán, he padecido, hasta que cumplí veinticinco años, una dictadura, y ello me hace ser conservador de los cambios que he vivido, de los que he presenciado y hasta de los que modestamente he contribuido a que se produjeran, como, por ejemplo, la llegada de la libertad después de tanto tiempo de silencio. Por eso, en el mejor sentido que a la palabra diera Machado por boca de Juan de Mairena, quisiera estar entre *"¡Esos buenos conservadores (…) sin los cuales todas las revoluciones pasarían sin dejar rastro!"*.

Me incorporo a una institución que España ha sabido conservar a lo largo de casi cinco siglos. Pero han sido tantas nuestras vicisitudes colectivas que debemos sentirnos orgullosos, todos los Consejeros, de serlo precisamente ahora, en este tiempo de paz, de progreso y de libertad de los españoles.

Supongo que de un Consejero electivo lo que se espera es que aporte algo de experiencia y quizás prudencia. Prometo intentarlo con esmero y con autonomía. Una autonomía a la que no sabría ya renunciar. Nunca he querido ser gregario y he deseado poner mis convicciones por encima de los prejuicios y de las convenciones y conveniencias partidistas.

Con ese ánimo me incorporo al Consejo de Estado y han tenido la gentileza de apadrinarme dos respetados amigos, don Landelino Lavilla y don Félix Sanz Roldán.

Me referiré a una fecha histórica, el 23 de febrero de 1981, para hablarles de mis padrinos. Yo era ese día un joven Secretario del Congreso de los Diputados y Landelino Lavilla lo presidía. Si alguien me hubiera dicho aquella larga noche que, pasados los años, y después de ser Ministro, ni más ni menos que en mi caso de Defensa, coincidiría en el Consejo de Estado con quien tanto me enseñó y a quien tan distante veía, por sus mayores conocimientos, no hubiera podido creerlo.

Ahora bien, aquel 23 de febrero de 1981, una facción de la División Acorazada se sublevó. Es sabido por todos. En esa unidad militar había un joven capitán de artillería que, a diferencia de otros, no salió a la calle, ni se alineó con aquellos "salvapatrias" liberticidas. Era Félix Sanz Roldán. Y me ha correspondido el honor de promoverlo siendo yo Ministro de Defensa a la jefatura del Estado Mayor de la Defensa. Hoy puedo decir, sin que sea una concesión de generosidad, que el primer y más veterano soldado de España (que así lo dice la ley), después del Rey, es un hombre de bien y que no hay español que le aventaje en amor a la libertad y en la defensa de la Constitución. Cuando

otros más obligados que él se taparon en circunstancias difíciles, el Consejero Sanz Roldán estuvo a la altura de los Ejércitos y de sus obligaciones, y de España, ayudándome a corregir e incluso arrestar, ni más ni menos que a un Teniente General en activo. Así son hoy los soldados y capitanes de España.

A ambos padrinos les admiro por su inteligencia y les reconozco por su bondad. A ninguno considero correligionario mío, pero a los dos les tengo por maestros.

Sean ellos y sean todos ustedes, especialmente el Sr. Presidente del Consejo de Estado, fedatarios de mi compromiso con el cargo del que acabo de tomar posesión, que, a juzgar por lo que el Secretario General me ha explicado, ha de ser el cargo público más pacífico y sosegado que he tenido desde 1979, cuando me eligieron Diputado a Cortes por Albacete.

Muchas gracias".

A continuación y acompañada por sus padrinos, los Consejeros don Víctor García de la Concha y doña Josefina Gómez Mendoza, tomó posesión de su cargo doña Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós, que pronunció el siguiente discurso:

"Gracias señora Presidenta, señor Ministro, excelentísimo señor Presidente de este órgano, el Consejo de Estado, señores Consejeros, especialmente madrina y padrino, autoridades también presentes en la sala, amigas y amigos:

Me viene un recuerdo que don Víctor García de la Concha entenderá rápidamente, más que otros, y veremos el cómo. Y es que guarda la catedral de Salamanca una capilla en la que se dice que velaban los futuros doctores la noche hasta que sus padrinos acudían a buscarlos. El cuento sea como fuere, el caso es que los pies de quien yace en esa capilla están gastados por el uso de otros pies que en ellos se

apoyaron, de modo que aquellas veladas debieron ser largas. Mis padrinos, madrina y padrino, me han recogido y traído aquí con bastante menos espera, si no es que ahora esa espera la realizamos todos y todas de otro modo. Bien sé que acceder a lugar tan imponente como éste ha tomado las destrezas y talentos de todos ustedes que lo ocupan y un dilatado tiempo en que acumularon experiencia y saber.

Excelentísimas señoras y señores, y particularmente mis padrinos: hoy agradezco a todos esta acogida amistosa y solemne en este órgano tan alto como venerable. Es un honor, una responsabilidad y también un hondo placer sentarme entre ustedes. Si me preguntara –que preferiría bien no hacerlo- qué cualidades reúno, poco reúno, porque solo tengo una, y no sé si un uno se puede reunir: una es la que me veo, mi deseo de aprender de todas y todos ustedes. Mi experiencia es una experiencia ante todo como docente y como investigadora que apunta sobre todo a dos esferas: la historia del pensamiento, en especial el moral y el político, el tejido de valores que preside y forma nuestras vidas, la capacidad de cambio y el empeño de universalidad que rige nuestro mundo presente y todos sus desafíos. En fin, los valores básicos morales y políticos que la modernidad consolida y que han sido objeto preferente de los estudios de tantos. A esos también me dedico yo. La igualdad, la libertad, la solidaridad, la tolerancia, pero también y en un lugar muy destacado la reflexión sobre los derechos y libertades de las mujeres, sobre su dignidad, no sólo en nuestro mundo sino en el mundo global. Si nuestro Presidente ha pronunciado la palabra "feminismo", autorizada me siento para repetirla. Se cumplen este año setenta y cinco del voto de las mujeres en este país y quiero presentar testimonio de admiración, respeto y justicia a la Diputada doña Clara Campoamor, que, empleando la mejor argumentación, hizo este voto posible. Consiguió los derechos políticos para las españolas. Porque esto pasa al fin en nuestro mundo, y hay más mundos. Lo dijo el poeta, hay muchos mundos aunque todos estén en éste. Desde que terminé mi carrera han transcurrido treinta años de trabajo y estudio, con los que he compaginado algún cargo o encomienda interesada siempre por el servicio público y en el ejercicio de una

ciudadanía activa y responsable. He escrito libros, sí, pero no se me excuse, porque lo he hecho con gusto; he conocido como docente muchas sedes académicas, pero también muchos rincones muy complicados del mundo. Alguno de los cuales he oído citar, hace poco, a quién me ha precedido en el uso de la palabra, el Consejero permanente.

Quisiera volver a hablar de mis padrinos –si me lo permiten-. Mis padrinos representan, una a la que fuera en el alba de la modernidad la reina de las ciencias: la geografía, en un mundo que se estaba conociendo, y ahora, en su versión medioambiental y como demografía, la ciencia que puede dar las claves de si este mundo nuestro es sostenible. El otro representa nada menos que la palabra, lo que nos hizo distintos y distintas de la madre común naturaleza y lo que nos permite seguir siendo lo que somos, porque es la lengua lo primero desde que los seres humanos, de palabra articulada, como los llamó Homero, son capaces de avanzar y son capaces de hacerlo porque toman unos de otros consejo. Yo tengo por oficio la filosofía práctica y a la filosofía práctica no le queda más remedio que la interpretación de grandes secuencias históricas y de sus líneas determinantes sabiendo que el propio lenguaje -esto que hablamos- es él mismo historia solidificada.

Para finalizar ante ustedes esta presentación y saludo diré que siento como vivimos entre el presente, llevando una gran carga de pasado: en el pasado encontramos en ocasiones las claves de lo que nos ocurre, y en el presente a menudo esperanzas, posesiones, también insatisfacciones, qué duda cabe. El empeño que guía el pensamiento en el tiempo presente es un empeño modesto y sin embargo nada fácil: que podamos conciliar el saber acumulado ¡que es tan grande! y que ello no nos impida realizar asuntos prácticos, profundos y urgentes. Una filosofía, en mi caso, vinculada al presente, a sus problemas, prudente, pero positiva. Traigo conmigo y así quiero decirlo, porque es una gran certeza y sería inmodesto no decirlo, traigo el esfuerzo de los filósofos morales españoles, que ha sido muy notable dentro de nuestro panorama

intelectual, y quiero citar al que fuera, de alguna manera, el maestro de todos nosotros: José Luis López Aranguen. En diálogo abierto y confiado con la democracia, esa filosofía presente, porque está encarnada en políticas e instituciones, en eso que nos ha hecho a todos y a todas ciudadanas y ciudadanos. En eso vivimos. Y hago, finalmente, memoria de este suelo común del que procedemos todos, la democracia, para fijar nuestra atención y la suya ahora en la más frágil e importante de las plantas que crecen en este suelo, la ética. Es sumamente complicada, sumamente frágil. Pues bien, a este saber y sus condiciones y exigencias, a sus consecuencias, yo me he dedicado y me dedico. En cuanto esta experiencia mía sirva, yo la pongo toda, desde este momento, al servicio de esta Casa".

4. Letrados

4.1 Nombramientos

Don Enrique Alonso García fue nombrado Consejero Permanente de la Sección Octava por Real Decreto 780/2006, de 23 de junio, cesando como Letrado Mayor de la Sección Séptima con fecha 20 de julio, y quedando en la situación de servicios especiales.

Don Francisco Javier Gómez-Acebo Sáenz de Heredia fue nombrado Letrado Mayor en comisión en la Sección Octava con fecha 28 de julio, cesando como Letrado de la Sección Quinta.

Don Luis María Domínguez Rodrigo fue nombrado Letrado Mayor en comisión de la Sección Sexta con fecha 27 de septiembre, cesando como Letrado en la Sección Octava.

Don Jaime Aguilar Fernández-Hontoria fue nombrado Letrado Mayor de la Sección Segunda con fecha 27 de septiembre, cesando como Letrado Mayor en comisión de la misma Sección.

4.2. Situaciones

Don José Antonio García-Trevijano Garnica tomó posesión como Letrado el 1 de febrero, procedente de la situación de excedencia voluntaria, siendo adscrito a la Sección Octava. Con fecha 18 de febrero fue nombrado Letrado Mayor de la Sección Octava, como consecuencia de la vacante originada por la jubilación forzosa del señor Gálvez Montes. Con fecha 28 de julio cesa como Letrado Mayor de la Sección Octava, pasando a la Sección Séptima en igual condición.

Don Alfredo Dagnino Guerra pasó a la situación de excedencia voluntaria el 1 de diciembre.

4.3. Jubilaciones

Don Francisco Javier Gálvez Montes, Letrado Mayor de la Sección Octava, cesó por jubilación forzosa el 17 de febrero.

Don José Luis Yuste Grijalba, Letrado Mayor de la Sección Sexta, cesó por jubilación forzosa con fecha 26 de septiembre.

4.4 Oposiciones

En el Boletín Oficial del Estado del día 27 de julio se publicó la Resolución del 19 de julio de la Presidencia del Consejo de Estado por la que se convoca oposición para la provisión de cuatro plazas del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado.

5. Personal administrativo

5.1. Altas

Doña Felicita García Gallego tomó posesión del puesto de Jefa de la Secretaría del Consejero de la Sección Tercera, como personal eventual, con fecha 1 de octubre.

Doña María Rosario Herrero Pérez tomó posesión del puesto de Jefa Adjunta de la Secretaría del Consejero de la Sección Octava con fecha 13 de diciembre, por el procedimiento de libre designación.

5.2. Situaciones

Doña María José de la Cal Arauzo tomó posesión del puesto de Analista Programador N-20 en comisión de servicios con fecha 14 de febrero, cesando en el puesto de Operador de consola.

Doña María Angeles Peñaranda Moreno tomó posesión por concurso específico de méritos el 28 de febrero del puesto de Jefe de Negociado N-18, cesando en la comisión de servicios que venía desempeñando en ese mismo puesto.

Doña María Victoria Soriano Parra tomó posesión del puesto de Operador de Consola N-18 en comisión de servicios con fecha 26 de abril, cesando en el puesto de trabajo de Jefe de Negociado.

Doña Isabel Ramos Ruíz fue nombrada funcionaria de carrera del Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado por promoción interna, por Resolución de 23 de mayo, tomando posesión del puesto de Operador de consola N-18 con fecha 15

de junio, quedando en la situación de excedencia voluntaria por servicio activo en otro Cuerpo de la Administración.

Doña Encarnación Gutiérrez Guío cesó como Jefa de la Secretaría del Consejero de la Sección Tercera con fecha 21 de junio, por pasar a desempeñar el puesto de trabajo de Secretario Judicial en el Juzgado de lo Social numero 11 de Madrid.

Doña Esperanza Lahoz Serrano tomó posesión del puesto de Corrector N-22 en comisión de servicios, con fecha 9 de octubre, cesando en el puesto de Jefa Adjunta de la Secretaría del Consejero de la Sección Octava. Con fecha 25 de octubre tomó posesión del mismo puesto de trabajo, mediante adscripción provisional, finalizando la comisión de servicios que venia desempeñando.

Doña Begoña Naranjo Gutiérrez cesó en el puesto de trabajo de Ayudante de Secretaría N-18 como personal eventual el 31 de diciembre, pasando al día siguiente a desempeñar el puesto de Ordenanza, nivel 7, grupo profesional 4.

5.3. Jubilaciones

Doña Manuela Ocaña Ibáñez cesó por jubilación forzosa con fecha 20 de octubre.

5.4. Fallecimiento

El día 7 de abril falleció doña María del Carmen Rodríguez Manzanedo, jubilada del Cuerpo Administrativo, que fuera Jefa del Registro General.

6. Personal laboral

6.1. Jubilaciones

Doña María Teresa Menéndez Fernández cesó por jubilación voluntaria con fecha 31 de julio.

IV. SERVICIOS

1. Archivo y Biblioteca

Desde la perspectiva que ofrece la experiencia de los últimos años, se puede afirmar que se ha avanzado desde de las funciones clásicas de un Archivo y de una Biblioteca tradicionales al concepto más avanzado de centro de información integral: el Área de Archivo y Biblioteca puede atender las más variadas cuestiones que se le plantean y recuperar la documentación gracias a una ya apreciable colección documental y a las tecnologías digitales de almacenamiento y recuperación de la información disponibles hoy en día.

1.1. Archivo

A lo largo de 2006 se han recibido en el Archivo 2.689 expedientes, conformados posteriormente en 168 legajos, correspondientes a consultas evacuadas por el Consejo durante el mismo período, con lo que la serie moderna alcanza ya un total de 113.777 expedientes.

Por otro lado, en el pasado año, se ha abierto una nueva serie documental denominada “Estudios”, que corresponde a los expedientes resultantes de la actividad de la Comisión de Estudios. Las signaturas asignadas a éstos últimos expedientes irán encabezadas por la letra “E” mayúscula, seguida del número de expediente y el año.

Junto a los expedientes propiamente dichos de la Comisión de Estudios se da cabida en el Archivo a toda la documentación generada por los grupos de trabajo que integran dicha Comisión.

1.2. Consultas

A lo largo de 2006 se han atendido más de 10 trabajos de investigación sobre el fondo histórico, realizados por los propios investigadores de forma presencial. Además se han documentado gran número de consultas realizadas por escrito sobre los más diversos temas.

Destacamos aquí algunos de ellos:

- Francisco Largo Caballero
- Marqués de Archicollar
- Marqués de Pozo Rubio
- Marqués de Cabo-Caribe
- Dispensas matrimoniales (Puerto Rico 1850)
- Títulos de propiedad en Puerto Rico
- Composición del Consejo de Estado a principios del siglo XIX
- Desamortización de la Dehesa de Balmaceda (Toledo)
- Guinea (1868-1904)
- Situación político-social de los territorios americanos hacia 1825

Además, se han resuelto todas aquellas peticiones que se reciben en el Archivo a través del Área de Gestión y Servicios Generales.

1.3. Depósitos

Parte de las obras llevadas a cabo en el edificio del Consejo durante el pasado año afectaron ineludiblemente al depósito de documentos del Archivo que se encuentra en la última planta bajo cubierta. Ha habido necesidad de reestructurar el espacio asignado al depósito, lo cual ha conllevado un gran movimiento de

documentación, ya que se han apeado de las estanterías cientos de legajos que han tenido que ser reubicados posteriormente. En la actualidad continúan las labores de sustitución de cajas, etiquetas y rótulos que se han deteriorados en dichos movimientos.

1.4 Biblioteca

El fondo bibliográfico moderno se ha incrementado en 1.346 títulos (1.397 volúmenes), con lo que el total de volúmenes de la Biblioteca del Consejo se eleva ya a 49.090. La Biblioteca del Cuerpo de Letrados cuenta al finalizar el año con 430 títulos, donados por los propios autores.

Continuando la labor comenzada en el último trimestre de 2005, se han seguido incorporando los registros analíticos de las obras colectivas y se ha agilizado la localización y recuperación de gran número de textos.

La transformación iniciada el pasado año en la colección de publicaciones periódicas es palpable, ya que la oferta comercial de revistas en soporte informático y en variedad de formatos ha crecido mucho. Esta circunstancia obliga a dar a este tipo de documentos el tratamiento y el almacenamiento especial que contemplan para los NMB (*Non-Books Materials*) las normas internacionales existentes. Este cambio afecta también, aunque en menor medida, a las monografías que, en ocasiones cada vez más frecuentes, se presentan en soporte tradicional, acompañado del mismo texto en soporte informático. Las Administraciones Públicas y las instituciones más importantes suelen presentar en este último tipo de soportes los documentos sobre su actividad. Por ello se está procediendo a planificar la intervención sobre dichos fondos para obtener una visión global y pormenorizada de todas las etapas del tratamiento futuro de estas colecciones, que incluye, entre otros muchos aspectos, la adquisición del mobiliario adecuado para almacenamiento.

1.5. Préstamos

Se han realizado más de 1.100 préstamos a los usuarios habituales de este servicio, en total unos 65.

2. Informática

2.1. Equipo informático

Se ha acometido durante este período una gran renovación del parque informático, principalmente en lo que a ordenadores personales se refiere. Más de un 50% de los equipos de sobremesa se han actualizado durante el año 2006. Del mismo modo se ha renovado parte de los periféricos de impresión y digitalización, consiguiendo sistemas de mayor velocidad, calidad y color en algunos de los casos. Se pretende que el usuario de la red local del Consejo de Estado se encuentre dotado de medios técnicos que le ayuden a realizar su actividad diaria de una manera eficaz.

Nuestro sistema informático consta de un total de 11 servidores de red, que dan soporte al resto de equipos de usuarios, tanto locales como remotos. El número de ordenadores personales locales que hay conectados en este momento supera los 130 y a estos hay que añadir unos 25 que se conectan remotamente desde el exterior por medio de Metaframe Presentation Server.

Se dispone en la actualidad de 3 líneas ADSL de 8Mb en producción, más una para pruebas, y 2 router CISCO 7100 con balanceo de cargas, y se completa la instalación con dos *"firewalls"* con el fin de proteger contra los accesos de intrusos a los servidores del Consejo de Estado.

Para conseguir une mejora en el acceso remoto al Consejo de Estado por parte de los Letrados, así como incrementar la seguridad, se ha instalado un nuevo sistema compuesto por dos servidores y el software Metaframe Presentation Server 4. Con ello y por medio de certificados digitales, se consigue un muy alto nivel de seguridad en el acceso a la red interna del Consejo de Estado.

De modo similar y para implementar un sistema de seguridad perimetral que proporcione los servicios de Firewall, Antivirus, IDS (Sistema de Detección de Intrusiones), Web Filtering, VPN, Antispam y Routing/Bridge entre otros, se ha adquirido el sistema Fortigate 200, que plantea una gestión unificada frente a amenazas. Con este sistema se mantendrá un sistema redundante de antivirus (al tener el del propio sistema y el actual, McAfee), controlando los protocolos Pop3, Smtp, Imap, http, Ftp y Vpn, se controlará la detección de intrusos con unos 1.300 patrones de ataque ya predefinidos, se podrán generar listas de Spam, posibilidad de filtrados Web, posibilidad de restricciones por IP a diferentes Url, se reforzará el sistema de firewall basado en Stateful Inspection, enrutamiento por la línea ADSL que se desee de los servicios o usuarios elegidos, etc.

En lo referente a las adquisiciones realizadas durante este año, destacamos las siguientes:

- 2 servidores para dar servicio al sistema Metaframe Presentation, de nueva instalación. Con este sistema se controlan los accesos de usuarios remotos a la red interna del Consejo de Estado.
- Un servidor con el sistema Fortigate Enterprise Solution Fg-200A para incrementar la protección de los accesos hacia y desde el Consejo de Estado.
- 66 ordenadores personales, procesador Pentium IV con una velocidad de 3.2 o 3.4 Ghz, disco duro de 160 Gb, memoria principal de 1.024 Mb, sistema operativo

Windows XP y DVD, instalándoles a todos la correspondiente tarjeta para su conexión a la red de área local, con el software adecuado.

- Un video proyector Dell 2300 MP, para su utilización en presentaciones y cursos.
- Un sistema multifunción Epson Cx3650, compuesto de impresora, escáner, fotocopiadora y fax.
- 4 impresoras de chorro de tinta de la marca Canon, modelo IP 5200.
- 8 impresoras láser con velocidades superiores a las 30 páginas por minuto.
- Un escáner Epson 1640 con alimentador de originales y posibilidad de trabajar con documentos de tamaño A3.
- Licencia de SQL Server 2000, así como 20 licencias de usuario.
- 10 licencias de Office 2003.

2.2. Actividad

Tal y como se ha detallado anteriormente, se ha incrementado la seguridad tanto en uso interno como en el acceso externo a los servidores del Consejo de Estado mediante la utilización de una nueva versión del software Citrix Metaframe y el sistema Fortigate 200. Para ello se ha distribuido a todos los usuarios remotos el correspondiente software de conexión, así como un certificado digital emitido por el Consejo de Estado para conseguir unas credenciales de acceso seguras.

Gran parte de la rutina diaria se invierte en la atención a los usuarios internos y externos, gestión y mantenimiento de las ADSL externas, la administración de la red de área local (generando y gestionando recursos físicos y lógicos, dando de alta nuevas cuentas y usuarios), el mantenimiento de ordenadores personales y todo tipo de periféricos, el soporte de aplicaciones (modificaciones, cambios de interfaces y lenguajes de programación, desarrollos nuevos), la realización de las propuestas de compra de equipos y software, elaboración de las propuestas y los pliegos para los

contratos de mantenimiento, verificación de la integridad de las diferentes bases de datos y un sinfín de actividades de atención directa al usuario.

No podemos dejar de recalcar las actividades de administración de bases de datos, gestión de los sistemas operativos, mantenimiento y desarrollo de la web institucional, control de la seguridad en los recursos internos así como en la mensajería electrónica, control de los accesos a Internet con el servidor proxy Wingate y control de los servicios de e-mail a través del Mdaemon, que contribuyen al correcto funcionamiento de todos los departamentos.

En el apartado de accesos por Internet cabe destacar el número de accesos a la web del Consejo de Estado. Este año se han superado los 140.000 visitantes, lo que representa un incremento superior al 20% con respecto al año 2005.

Se han incorporado este año a la web del Consejo de Estado los informes de la Comisión de Estudios y las Memorias del Consejo de Estado desde 1992 hasta 2005. Estos documentos se han incorporado en formato pdf para facilitar su acceso a los internautas. Se encuentra en marcha un trabajo de digitalización para poder incorporar también las Memorias correspondientes al período 1980-1991. El departamento de desarrollo del Área de Informática presta la asistencia técnica para el mantenimiento de la web institucional, la cual se haya en estos momentos en proceso de reestructuración.

Siguen siendo responsabilidad del Área de Informática los mantenimientos diarios de las diferentes bases de datos, tanto internas como externas. La principal de todas es la base interna de dictámenes, de la que a su vez y tras una serie de modificaciones se trasvasan datos a la externa, que se encuentra alojada en un servidor del Boletín Oficial del Estado, siendo de acceso público y gratuito. Se han incluido todos los dictámenes aprobados durante el año 2006, así como los datos asociados a la tramitación de cada expediente que ingresa en el Consejo de Estado. La citada base

supera los 58.000 registros, la mayoría de los cuales incluyen sus correspondientes dictámenes (unos 53.000 aproximadamente) con su texto íntegro (desde 1987 hasta 2006), siendo accesibles en modo "*full text*" mediante el software de recuperación documental BRS/Search.

Como ya se ha descrito con anterioridad, la base de datos pública de dictámenes del Consejo de Estado se encuentra instalada en servidores del BOE, siendo su acceso gratuito y sin restricciones. Todo el mantenimiento y gestión de la citada base corre a cargo del Consejo de Estado, quedando a cargo del BOE el sistema de consulta y almacenamiento. A finales de diciembre de 2006 el número de dictámenes volcados en la base pública ronda los 31.000. El número de accesos a la base pública de dictámenes durante 2006 ha superado los 310.000, con una media que se aproxima a los 850 accesos diarios.

2.3. Formación

Al igual que en ejercicios anteriores, se ha suscrito un acuerdo con el Instituto Nacional de Administración Pública para poder realizar la formación de nuestro personal en materias de tecnologías de la información y comunicaciones en las dependencias del Consejo de Estado. De este modo se impartieron 7 cursos en régimen descentralizado a un número superior a 40 personas. Los cursos versaron sobre software de ofimática y herramientas de diseño gráfico, así como sistemas operativos y comunicaciones. Con ello se consigue que el personal adscrito al Consejo de Estado mantenga una formación actualizada en las cambiantes herramientas informáticas de uso diario.

3. Gestión y Servicios generales

Se ha realizado la selección de dictámenes de interés, cuya relación se incluye en la Memoria, una vez efectuadas las oportunas revisiones.

Se ha llevado a cabo la calificación de los dictámenes de acuerdo con la lista de posibles voces que en su momento se preparó, a la que se han añadido varias nuevas.

Se ha comprobado semanalmente lo aprobado en Consejo de Ministros a fin de incorporar de inmediato en la base de dictámenes aquellos que se refieren a normas, una vez aprobadas por aquel órgano.

Atención y respuesta a las diferentes consultas formuladas: se han recibido 255 consultas. La vía habitual es el correo electrónico. En su mayor parte se referían a dictámenes. Para su contestación se remite a la base de datos y, en el caso de que no figurara en la misma, se facilita el dictamen una vez eliminados los datos personales. La mayor parte de las consultas que se refieren a los dictámenes tiene por objeto normas.

De las consultas formuladas, 89 proceden del sector público, entendido éste en sentido amplio, y 166 de particulares.

En el mes de diciembre se ha recibido el ejemplar de la Doctrina legal del Consejo del año 2003. Está entregada en el BOE la Doctrina legal del año 2004 para su edición, que se prevé para enero de 2007. Está en preparación la Doctrina del año 2005. Se ha llevado a cabo la selección de los dictámenes que en breve se enviarán a las Secciones a partir de lo seleccionado a su vez por el Consejero ponente.

Se mantienen los trabajos de incorporación de dictámenes en la base de datos.

Se viene realizando la tarea de recopilación diaria de información en prensa de ámbito nacional que afecte directa o indirectamente al Consejo de Estado.

En el último trimestre del año (septiembre a diciembre) esta Área ha colaborado con la realización de la estancia de estudios y prácticas dentro del programa "*Referendäre*" de dos postgraduados alemanes, programándose la realización semanal de actividades dentro y fuera del Consejo de Estado, lo que ha supuesto la relación con otras instituciones.

4. Conservación, mantenimiento y suministros

4.1. Colaboración con la Dirección General del Patrimonio del Estado.

Continuando con el Programa de Colaboración con la Dirección General del Patrimonio del Estado, y con cargo al presupuesto de la mencionada Dirección General, durante el ejercicio 2006 se ha llevado a cabo la sustitución de la climatización en las zonas de las Secciones 1ª, 8ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª, instalando un nuevo sistema homogéneo y similar al del resto de dependencias que han sido objeto de actuación en años anteriores. Aprovechando dichas obras, se han actualizado las instalaciones eléctricas, iluminación, telefónicas, datos, sistema contraincendios, etc. de dichas zonas.

4.2. Obras

Durante el ejercicio 2006, y con cargo al presupuesto del Consejo de Estado, se han realizado actuaciones de saneamiento y pintado en paramentos horizontales y verticales y otros elementos ubicados en el hueco de la escalera que discurre entre las plantas baja y segunda.

Debido al estado de deterioro del pavimento existente en las dependencias de la Intervención Delegada y con objeto de homogenizar dichas estancias con el resto de las dependencias, se ha sustituido el pavimento, reformándose también las instalaciones eléctricas, iluminación, datos, etc.

Para dar cumplimiento a la normativa vigente sobre la supresión de barreras arquitectónicas en edificios de uso público, se han realizado obras de adecuación en la planta baja con el fin de garantizar el libre acceso de forma cómoda y autónoma para personas con limitaciones de movilidad. Estas obras también facilitan el aprovisionamiento de muebles y enseres desde la puerta de entrada.

Con objeto de completar las instalaciones de seguridad, se ha adquirido una nueva cámara de circuito cerrado de TV para visualizar la esquina de las calles Mayor y Bailén.

4.3. Conservación y mantenimiento

Dentro del plan de restauración de las lámparas existentes en el Consejo de Estado, durante el ejercicio se ha adjudicado a Cleaner Lamp, S.L. la restauración de la lámpara de cristal del vestíbulo principal, que constituye un depósito del Museo del Prado. La misma empresa, subcontratada por Clece, S.A., ha realizado la limpieza anual de todas las lámparas y faroles del Consejo de Estado.

Con independencia de los contratos de mantenimiento de instalaciones específicas, durante el año 2006 la empresa Clece, S.A. ha venido desarrollando las tareas correspondientes al mantenimiento preventivo, correctivo y conductivo de las instalaciones generales del Consejo de Estado, así como todas las tareas de mantenimiento diario que viene realizando por contrato.

De las obras de arte que el Patrimonio Nacional tiene depositadas en este Consejo de Estado, durante el año 2006 se restauraron dos tapices, correspondientes a la ampliación del depósito realizado en 2005 para la ornamentación del edificio sede de este Consejo, restauración que llevó a cabo el taller de Pepa Garrido. Este mismo taller realizó la limpieza de alfombras ubicadas en escaleras y galerías de la planta primera.

Para igualar la tapicería de la sillería de la sala de letrados con la nueva alfombra que se ha adquirido para esta dependencia, se adjudicó a la Empresa Antonio Herraiz, S.A el retapizado de dicho mobiliario. Asimismo se han restaurado, como en años anteriores, varios sillones, ubicados en salón de sesiones, galerías y despachos.

4.4. Adquisiciones

Durante 2006 se ha adquirido una alfombra para la sala de la planta primera a fin de sustituir la existente. La alfombra se ha realizado de forma manual por Alfombras Morón, en los talleres que posee en territorio nacional, con el fin de favorecer la continuidad de la artesanía tradicional.

Con motivo de la remodelación de la zona de seguridad, se ha adquirido una mesa-mostrador de entrada, un armario y sillería ergonómica. Los muebles se han encargado a medida por la singularidad del espacio.

Como cada año, y en cumplimiento de lo acordado en el convenio colectivo, se ha adquirido material de vestuario de uniformidad para el personal subalterno y laboral del Consejo de Estado.

Se ha comprado una nueva plataforma elevadora portátil para permitir el acceso

y ejecución segura de los trabajos de conservación y mantenimiento a realizar a grandes alturas.

Se han adquirido dos cajas fuertes refractarias e ignífugas para la custodia de distinta documentación, con destino a la Secretaría General y al Área de Informática, respectivamente.

Continuando con el plan de renovación del mobiliario de oficina en las distintas dependencias del Consejo de Estado, se han adquirido muebles para los siguientes despachos: Jefe del Servicio de Conservación y Suministros y Jefe de Mantenimiento y Obras, área de Biblioteca zonas A y B, Jefa de Personal y su Secretaría, Jefe de Contabilidad, sala de conductores.

V. VARIOS

1. Actividades externas del Presidente.

El día 10 de enero el Presidente fue recibido por la Vicepresidenta Primera del Gobierno, doña María Teresa Fernández de la Vega, en el complejo del Palacio de la Moncloa.

El día 17 del mismo mes asiste a la conferencia que pronuncia la Vicepresidenta Primera del Gobierno, doña María Teresa Fernández de la Vega, en el Casino de Madrid.

El día 19 asiste a la conferencia que pronuncia don Juan Carlos Rodríguez Ibarra, Presidente de la Junta de Extremadura, en el Hotel Palace de Madrid.

El día 26 asiste a la conferencia que pronuncia don Carlos Carnicer Díez, en el hotel Villamagna de Madrid.

Ese mismo día, por la tarde, asiste a la conmemoración del Día Oficial de la Memoria del Holocausto y la prevención de los Crímenes contra la Humanidad, en el Paraninfo de la Universidad Complutense de Madrid.

El día 30 de enero se celebra la ceremonia de imposición de la Orden Mexicana del Águila Azteca a don Pedro de Vega García y don Feliciano Barrios Pintado en la Embajada de México, a la que asiste el Presidente.

El día 3 de febrero asiste al solemne acto académico del Día de la Universidad, en el que tiene lugar la investidura como doctores *honoris causa* de doña Josefina Gómez Mendoza y don Santiago Torres Bernárdez, en el Aula Magna de la Universidad Carlos III de Madrid.

El día 14 asiste al homenaje en honor de don Francisco Tomás y Valiente en los jardines del Tribunal Constitucional.

Por la tarde pronuncia una conferencia en el acto de entrega del Premio Tomás y Valiente a don Benito Aláez Corral, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, acto que preside el Ministro de Justicia.

El día 27 de marzo asiste a una recepción en la residencia del Embajador de la República Federal de Alemania con motivo de la visita a España del Presidente del Bundesrat.

El día 4 de abril pronuncia la conferencia con el título "*El Consejo de Estado, una Institución deliberante e independiente*", dentro del ciclo organizado por Nueva Economía Forum.

El día 27 asiste a la Cena de la Concordia organizada con motivo de la entrega del VIII Premio Fernando Abril Martorell, que se otorga a don Alfonso Guerra.

El día 4 de mayo recibe al Presidente y al Vicepresidente del Consejo General del Notariado, don José Marqueño de Llano y don Antonio Ojeda Escobar, respectivamente.

Ese mismo día asiste a la entrega del "*XX Premio La Ley de artículos doctrinales*" a don Carlos Carnicer Díez.

El día 5 asiste a la entrega del Premio Nueva Economía al Parlamento Europeo en la persona del Presidente, don José Borrell. El acto tiene lugar en el Teatro de la Zarzuela. A continuación asiste al almuerzo organizado en honor del Premiado, en el Hotel Ritz.

El día 10 recibe al Defensor del Pueblo Europeo, señor Nikiforos Diamandouros, al que acompañan don Enrique Múgica, don Manuel García Viso, don José Martínez Aragón y don Benjamín Pol Agar. Asisten también por parte del Consejo el Secretario General, don José Luís Yuste Grijalba y don Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín.

El día 26 participa en las Jornadas organizadas por el Consejo Consultivo de Galicia con la conferencia "*La Función Consultiva como organización de estudios e informes*".

El día 30 recibe al Presidente del Foro de federaciones de Canadá Mr. George Anderson.

El día 12 de junio es recibido por la Vicepresidenta Primera del Gobierno, doña María Teresa Fernández de la Vega, en Moncloa.

Al día siguiente pronuncia la conferencia inaugural "*Órganos consultivos y control de normas*", en el Seminario organizado por el Consejo Consultivo de Castilla y León en Segovia.

El día 15 asiste al acto de presentación del libro coeditado por el Consejo de Estado *"Informe del Consejo de Estado sobre la Reforma Constitucional"*, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

El día 3 de julio pronuncia una conferencia sobre *"La reforma constitucional del Estado autonómico"*, en la Asamblea de Extremadura.

Ese mismo día asiste al concierto de inauguración del Teatro de San Lorenzo del Escorial, presidido por SS.MM. Los Reyes.

El día 11 pronuncia la conferencia *"Tribunal Constitucional y poderes del Estado"* en los cursos de verano organizados por la Universidad Rey Juan Carlos en Aranjuez.

El día 12 modera la mesa redonda sobre "*Límites constitucionales a la ampliación del autogobierno autonómico"*, dentro de los cursos de verano de la Universidad Complutense en El Escorial.

El día 14 asiste a una recepción en la Embajada de Francia con motivo de su Fiesta Nacional.

El día 13 de septiembre interviene pronunciando la *"laudatio"* en el acto de entrega del Premio Menéndez Pelayo a don Eduardo García de Enterría en el Palacio de la Magdalena de Santander.

El día 18 pronuncia la conferencia inaugural sobre *"La cuestión territorial en la historia del constitucionalismo español"* en el curso de verano organizado por el Consejo Consultivo de Andalucía en Almuñécar.

El día 29 pronuncia la conferencia *"Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional"* dentro del curso sobre *"Poder judicial, Estado autonómico y estatuto del juez"*, organizado por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que tuvo lugar en el Parador de Olite.

El día 3 de octubre asiste a la recepción de la Embajada de Alemania con motivo del Día de la Unidad Alemana.

El día 12 asiste al Homenaje a la Bandera Nacional y Desfile Militar con motivo de la Fiesta Nacional, en la Plaza de Colón, y a la recepción ofrecida a continuación por SS.MM. Los Reyes en el Palacio Real.

El día 20 imparte la conferencia de clausura de las Jornadas sobre "*La reforma de la Constitución y la organización territorial del Estado"*, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid.

El día 24 asiste al acto celebrado en la sede del Colegio de Abogados de Madrid, con motivo del aniversario de la fundación de la Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados (UIBA).

El día 25 recibe al Embajador de la Federación Rusa, señor Alexander Kuznetsov.

El día 15 de noviembre pronuncia la conferencia *"Introducción general a la Constitución de la II República Española"*, dentro del Seminario "Reformas administrativas en la II República", organizado por el Instituto Nacional de Administración Pública.

Ese mismo día asiste al homenaje a don José Luis Villar Palasí en el Salón de Grados de la Universidad Complutense, acto organizado por la Asociación de Antiguos Alumnos.

El día 16 asiste al Seminario *"Foedus semper reformandum?"* organizado por el Coloquio Jurídico Europeo en la sede del Colegio de Registradores de Madrid.

Ese mismo día asiste a la entrega del XII Premio Pelayo de Juristas de Reconocido Prestigio, otorgado a la Presidenta del Tribunal Constitucional, doña María Emilia Casas, en el Casino de Madrid.

El día 20 recibe al Embajador de la República Federal de Alemania, señor Wolf-Ruthart Born.

El día 22 se celebra una reunión del Jurado del Premio Vila Seca, en el Instituto de Estudios Autonómicos en Barcelona, a la que asiste como miembro del mismo.

El día 23 asiste al solemne acto por el que la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando entrega la Medalla de la Academia a la Caja de Ahorros de Madrid.

Ya en diciembre, el día 4 el Presidente del Consejo visita al Presidente de la Comunidad Autónoma de La Rioja en la sede de la Presidencia de dicha Comunidad e interviene como invitado en el Pleno institucional del Parlamento de La Rioja con motivo del aniversario de la Constitución.

El día 6 asiste a la recepción en el Congreso de los Diputados con motivo del Día de la Constitución.

El día 11 participa en el Seminario organizado por la Universidad de Navarra para debatir en torno al informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional.

Ya el día 13 modera la mesa redonda sobre "*El significado de la Constitución republicana de 1931 en la historia del constitucionalismo español*", en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2. Relaciones institucionales

Los alumnos pertenecientes a los octavos "Cursos de Enero" el día 30 del mismo mes visitaron el Consejo siendo atendidos por el Letrado don José Amérigo Alonso.

El día 1 de febrero visitaron el Consejo la Directora General del Patrimonio del Estado, doña María de las Mercedes Díez Sánchez, y la Subdirectora General de

Coordinación de Edificaciones Administrativas, doña Ana María Jiménez Díaz-Valero. Fueron acompañados por el Secretario General.

El día 6 de marzo tuvo lugar en Valencia un seminario dedicado al informe del Consejo de Estado sobre las modificaciones de la Constitución, organizado por el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. La presentación del informe corrió a cargo de don José María Martín Oviedo, Secretario General del Consejo de Estado, e intervinieron, con relación a las distintas partes del informe, los catedráticos de Derecho Constitucional don Antonio Torres del Moral, don Enrique Álvarez de Conde y don Francisco Bastida Freijedo.

El día 8 de marzo, y como viene siendo habitual, visitó el Consejo el XLII curso selectivo del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, que vinieron acompañados por don Jaime Nicolás Muñiz, Director del Centro de Estudios Superiores de la Función Pública, de la Subdirectora general adjunta, doña Ana Andrés Ballesteros y de don Fernando Calvo Alfonso, siendo atendidos por el Letrado don José Luís Palma Fernández.

Los Alféreces Alumnos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, acompañados por el Coronel Auditor don Jesús Bello Gil, el Teniente Coronel Auditor don Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández, el Subdirector y Jefe de Estudios, y el Capital Auditor don José Miguel Alia Plana, visitaron el Consejo el día 14 de marzo, siendo atendidos por el Letrado don José Leandro Martínez-Cardós y saludados por el Secretario General.

El día 22 de marzo la Sección Sexta celebró una reunión de trabajo con la Subsecretaria de Fomento doña María Encarnación Vivancos Bustos, el Presidente del Consejo de Obras Públicas, don Manuel L. Martín Antón, el Secretario General Técnico del Ministerio, don Tomás Merola Macanas y el Vicesecretario General Técnico, don Luis Felipe Palacios. Por parte del Consejo asistieron a la reunión el Consejero-

Presidente de la Sección Sexta, don José Luis Manzanares Samaniego, el Secretario General, don José María Martín Oviedo, el Letrado Mayor de la Sección Sexta, don José Luis Yuste Grijalba, y los Letrados de dicha Sección don Leandro Martínez-Cardós y Ruíz y don Alfredo Dagnino Guerra.

El día 27 de marzo visitó el Consejo un grupo de alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas. Fueron acompañados por la Letrada doña Rosa María Collado Martínez.

El día 31 de marzo tuvo lugar una reunión de trabajo con representantes del Consejo de Estado del Gran Ducado de Luxemburgo. Por dicho Consejo asistieron los Consejeros don Nico Edon y don Georges Schroeder, y por parte del Consejo, el Consejero Permanente don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, el Letrado Mayor don Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona y el Letrado don José Amérigo Alonso. A una parte de la reunión y al almuerzo de trabajo que se celebró a continuación asistieron también el Presidente y el Secretario General. La reunión respondió al deseo del Consejo de Estado luxemburgués de conocer la opinión del Consejo sobre varias cuestiones que afectan a la revisión que de la Constitución de aquel país ha tomado a su cargo su Consejo de Estado.

El día 24 de abril visitó el Consejo el Jefe de la Primera Subinspección del Ejército, General de División don Rafael Dávila Alvarez, acompañado por el Coronel Jefe de Estado Mayor don Aurelio Quintanilla Burgos. Fueron recibidos por el Presidente del Consejo, don Francisco Rubio Llorente, los Consejeros Permanentes don Fernando de Mateo Lage y don Miguel Vizcaíno Márquez, y el Secretario General, don José María Martín Oviedo.

El día 26 de mayo visitan el Consejo de Estado los miembros de la Asociación Internacional de Abogados (ADVOC), de la que forma parte España, presidida por el

Presidente de la Asociación, don Niel Opstrup, acompañado por don Luís Martí Mingarro, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Fueron recibidos por el Consejero Permanente don Landelino Lavilla Alsina.

El día 1 de junio la Ministra de Educación y Ciencia, doña Mercedes Cabrera Calvo-Sotelo, acompañada de la Directora de su Gabinete, doña Carmen Balsa Pascual, visitó el Consejo, siendo recibidas por el Presidente del Consejo, al que acompañaban varios Consejeros Permanentes y el Secretario General.

El día 13 de junio el Secretario General visitó el Casón del Buen Retiro por invitación de don César Vicente López, Secretario Técnico de Infraestructuras de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Cultura. Fue recibido allí, además, por los arquitectos encargados de las obras, don Jaime Tarruel Vázquez y don Manuel Martín Rabadán.

El día 22 de junio asistieron a un almuerzo en el Consejo la Ministra de Medio Ambiente, doña Cristina Narbona Ruíz; el Secretario General, don Antonio Serrano Rodríguez; la Subsecretaria, doña Concepción Toquero Plaza; la Secretaria General Técnica, doña Alicia Camacho García y el Director del Gabinete de la Ministra, don Juan Manuel de la Torre Acosta. Asistieron por parte del Consejo el Presidente, diversos miembros de la Comisión de Estudios, el Secretario General, así como el Consejero Permanente don Fernando de Mateo Lage y el Letrado Mayor de la Sección Séptima don Enrique Alonso García.

Entre el 15 de septiembre y el 15 de diciembre han asistido al Consejo de Estado doña Barbara Stadler y don Karsten Tobias Rheinstädter, licenciados en Derecho de nacionalidad alemana que, conforme al acuerdo que se estableció con la República Federal de Alemania a través de su Embajada en España, han hecho prácticas con vistas a

realizar pruebas u oposiciones en su país. Se trata de la primera promoción de estos licenciados, que, en el marco del acuerdo referido, está previsto repetir en años sucesivos.

El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha organizó en Toledo, durante los días 5 y 6 de octubre, la VIII edición de las Jornadas de la Función Consultiva, cuyo tema central versó sobre "*La técnica normativa en las disposiciones de carácter general*".A dichas Jornadas asistieron, por parte del Consejo de Estado, su Presidente, que disertó sobre *"El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas"*, el Secretario General y los Letrados doña Guadalupe Hernández-Gil y Álvarez-Cienfuegos y don José Luis Palma Fernández. La siguiente edición, la IX, a celebrar en otoño del 2007, será organizada por el Consejo de Estado, una vez que esta propuesta ha sido aceptada por los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas.

El día 24 de octubre se celebró un almuerzo en el Consejo al que asistieron el Subsecretario de Cultura, don Antonio Hidalgo López, la Consejera electiva doña Amelia Valcárcel y Bernaldo de Quirós, Vicepresidenta del Patronato del Museo del Prado, y el Director del Museo del Prado, don Miguel Zugaza Miranda. Por parte del Consejo asistieron el Presidente, los Consejeros permanentes don Miguel Vizcaíno Márquez y don Enrique Alonso García, así como el Secretario General.

El día 20 de noviembre el Consejero Presidente de la Sección Sexta don José Luis Manzanares Samaniego, así como el Letrado Mayor don Luis María Domínguez Rodrigo y el Letrado de dicha Sección don Leandro Martínez-Cardós, así como el Secretario General, mantuvieron una reunión en el Ministerio de Fomento, por parte del cual asistieron la Subsecretaria, doña María Encarnación Vivancos Bustos, el Secretario General Técnico, don Tomás Merola Macanás, y el Vicesecretario General Técnico, don Luis Felipe Palacios Arroyo.

El 21 de noviembre se celebró una reunión de todos los miembros de la Sección Cuarta, presidida por el Consejero permanente don Fernando de Mateo Lage, con la Subsecretaria del Ministerio de Medio Ambiente, doña Concepción Toquero Plaza, la Secretaria General Técnica, doña Alicia Camacho García, el Vicesecretario General Técnico, don Carlos Santos, el Asesor Técnico don Eduardo Orteu y el Subdirector General de Ordenación Jurídica, don Jacobo Martín Fernández.

El 27 de noviembre tuvieron lugar los actos solemnes en conmemoración del 150 aniversario del Consejo de Estado de Luxemburgo. A dichos actos, respondiendo a la invitación de dicho Consejo, asistieron el Secretario General, el Letrado Mayor don Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona y el Letrado don José Amérigo Alonso. En la mañana de ese día el Secretario General asistió a la audiencia privada que el Gran Duque Enrique concedió a los representantes de los Consejos de Estado de España, de Bélgica y de los Países Bajos. Por la tarde, en la sesión conmemorativa, con asistencia de la Familia Real luxemburguesa, intervinieron igualmente los representantes de dichos Consejos.

3. Honores y distinciones

El día 20 de enero se procedió a la colocación del retrato en la sede del Consejo del que fuera su Presidente, don Íñigo Cavero Lataillade, y que es obra del pintor don Hernán Cortés Moreno.

El día 3 de febrero en la Universidad Carlos III de Madrid tuvo lugar el solemne acto académico en el que fue investida *Doctora honoris causa* la Profesora doña Josefina Gómez Mendoza, Consejera electiva de Estado.

En el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales se celebró un acto en homenaje al que fuera Consejero permanente don Francisco Tomás y Valiente, el día

14 de febrero al cumplirse los diez años de su asesinato. Al acto asistieron el Presidente, varios Consejeros y el Secretario General.

En la reunión de la Comisión Permanente celebrada el día 23 de marzo el Presidente da cuenta de que la Consejera doña Josefina Gómez Mendoza ha sido elegida Académica de la Real Academia de Ingeniería.

En la Universidad San Pablo CEU el día 19 de abril tuvo lugar el acto de presentación del Libro homenaje al que fuera Presidente del Consejo de Estado don Íñigo Cavero Lataillade.

El día 25 de abril en la sede del Tribunal Constitucional tuvo lugar el acto de presentación del libro homenaje al Consejero permanente don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, con intervención del Presidente.

En la reunión mantenida por la Comisión Permanente el día 8 de junio el Secretario General informa que el Letrado jubilado don Eduardo García de Enterría ha sido galardonado con el Premio Internacional Menéndez Pelayo de 2006 para juristas de reconocido prestigio.

Por acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de julio se designa al Consejero permanente don Landelino Lavilla Alsina, por razón de su cargo de Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, vocal del Patronato del Instituto Cervantes en representación de la Universidad y las Reales Academias.

En la reunión del Pleno del Consejo de Estado celebrada el día 28 de septiembre el Presidente da cuenta de que el Consejero electivo don Manuel Díez de Velasco ha sido distinguido con la concesión de la Medalla de Oro de la Comunidad Autónoma de Cantabria. La Medalla de Oro le fue impuesta en el paraninfo de la Universidad de

Santander el día 3 de octubre, asistiendo a dicho acto, en representación del Consejo, el Consejero permanente don Antonio Sánchez del Corral.

El día 12 de diciembre tuvo lugar el ingreso como Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del Consejero permanente don Landelino Lavilla Alsina. Su discurso de ingreso versó sobre "*Política de la memoria*". La contestación fue a cargo del también Académico y Letrado Mayor del Consejo don Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón. Al acto asistieron varios Consejeros permanentes, el Secretario General y diversos miembros del Cuerpo de Letrados.

El día 19 de diciembre en el Senado se celebró el acto de entrega del premio Montero Ríos, en su sexta edición, al que fuera Presidente del Consejo don José Manuel Romay Beccaría. Al acto asistieron el Presidente y varios Consejeros permanentes.

4. Tribunal de Conflictos

Por acuerdo de 15 de diciembre de 2005, del Pleno del Consejo del Poder Judicial, se determina para el año 2006 la composición del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, previstos en los artículos 38 y 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales. Entre dichos miembros se integran como vocales titulares los Consejeros permanentes designados por el Pleno del Consejo de Estado don Antonio Sánchez del Corral y del Río, don José Luís Manzanares Samaniego y don Miguel Vizcaíno Márquez, y como suplentes los también Consejeros don Antonio Pérez-Tenessa Hernández y don Landelino Lavilla Alsina.

Durante el año 2006 se dictaron las siguientes sentencias por el Tribunal de Conflictos:

Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 1/2006, de 23 enero (BOE de 13 de marzo) El Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria suscitan conflicto de jurisdicción con relación a procedimiento de apremio y procedimiento concursal. El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción declaró improcedente el conflicto de jurisdicción

Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 2/2006, de 26 enero (BOE de 13 de marzo). El Ayuntamiento de San Fernando y el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Cádiz suscitan conflicto de jurisdicción. El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción resolvió que la competencia para ejecutar provisionalmente una sentencia condenatoria a abono de cantidad residía en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Cádiz.

Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 3/2006, de 26 enero (BOE de 13 de marzo). La Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Extremadura y el Juzgado de Primera Instancia de Herrera del Duque suscitan conflicto de jurisdicción. El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción resuelve en favor de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en un supuesto de embargo tributario y procedimiento judicial civil relativo a bienes embargados en una permuta

Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 4/2006, de 24 abril (BOE de 30 de junio) El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Getxo y la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Castilla y León suscitan conflicto de jurisdicción con relación a deuda tributaria compensada en supuesto de concurrencia de compensación de deudas tributarias con quiebra determinando que en el caso de deudas compensadas con posterioridad a la declaración de quiebra la competencia corresponde a la Jurisdicción Civil y, por tanto, el Tribunal

de Conflictos resuelve el conflicto en favor del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Getxo.

Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 7/2006, de 10 julio (BOE de 22 de septiembre de 2006) El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Majadahonda y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Madrid plantean conflicto de jurisdicción con relación a procedimiento de quiebra voluntaria y cuantía objeto de apremio administrativo cautelar. El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción declaró que la jurisdicción sobre la que versa el presente conflicto corresponde a la Delegación Especial en Madrid de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en cuanto a la competencia para mantener los embargos como medida cautelar, excluyendo cualquier otra actuación o medida de ejecución de los bienes del deudor o que pueda obstaculizar la realización de la masa de la quiebra por el órgano jurisdiccional.

Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 8/2006, de 11 julio (BOE d 27 de septiembre de 2006) El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid y el delegado de Gobierno en Madrid suscitan conflicto de jurisdicción con relación a traslado de internos a los distintos establecimientos penitenciarios y su control jurisdiccional. El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción declaró el archivo del conflicto por falta de objeto.

Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 9/2006, de 22 de diciembre (BOE de 26 de febrero de 2007) . Suscitado entre Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra y la Delegación de Gobierno de Navarra. Acerca de la competencia sobre propuesta de clasificación inicial de interno penitenciario por la Junta de Tratamiento. Se acuerda el archivo, por carencia de objeto, del conflicto de jurisdicción

Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 10/2006, de 22 de diciembre (BOE de 26 de febrero de 2007), suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil n.º 1, de Málaga y la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Andalucía, Ceuta y Melilla con motivo de la concurrencia del procedimiento administrativo de apremio seguido contra la entidad concursada y el procedimiento concursal. El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción declaró que la competencia correspondía al Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga.

SEGUNDA PARTE: OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

I. A PROPÓSITO DE LOS CAMBIOS DE APELLIDOS AL AMPARO DE LAS "CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES" DEL ARTÍCULO 58, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY SOBRE EL REGISTRO CIVIL

Durante el año 2006, el Consejo de Estado ha seguido siendo consultado con relación a solicitudes de cambios de apellidos por circunstancias excepcionales, tal y como dispone el artículo 58, párrafo segundo, de la Ley del Registro Civil 8 de junio de 1957.

Esta Ley presupone la fijeza y estabilidad de los apellidos y sólo permite ese cambio cuando concurren requisitos muy específicos. Atribuye la competencia para autorizarlo a diferentes órganos o autoridades, según los casos: el Juez de Primera Instancia (artículo 59) puede autorizar los cambios cuya necesidad es más elemental y evidente, como el de los apellidos que indiquen un origen desconocido (por ejemplo, Expósito), o el impuesto con infracción de normas; corresponden, en segundo lugar, al Ministro de Justicia (artículo 57) los cambios de apellidos en otros casos más especiales y sujetos a tres requisitos muy estrictos (que se trate de una situación de hecho no creada por el interesado, que le pertenezca legítimamente el nombre o apellido que se trata de modificar y que este proceda de la línea correspondiente al apellido que se trata de modificar); y, finalmente, se reserva al Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, los cambios que no reúnan ninguno de esos tres requisitos pero en los que "se den circunstancias excepcionales".

En las sucesivas consultas sobre este último supuesto, el Consejo de Estado ha ido elaborando una doctrina que interpreta el contenido y alcance de esas "circunstancias excepcionales", concepto del que depende la autorización solicitada. En el último año, las consultas sobre este particular han sido frecuentes, han suscitado algunas cuestiones doctrinales nuevas y recomiendan una reflexión sobre algunas de los extremos más relevantes de esos cambios de apellidos.

Para ello, se empezará por recordar la orientación general que preside nuestra regulación de los nombres y apellidos para pasar, seguidamente, a abordar:

- La definición de las aludidas circunstancias excepcionales
- La diversificación de procedimientos introducidos para el cambio de apellidos basados en tales circunstancias
- Algunas cuestiones procedimentales relevantes para esos cambios de apellidos

1. La orientación general de nuestra regulación de los nombres y apellidos

El *Corpus iuris* que inspiró la creación de los derechos nacionales en los países europeos latinos daba una amplia libertad para la elección y cambio de los nombres y apellidos y esta laguna dificultó la formación de una doctrina sobre esta materia antes de las leyes codificadoras del siglo XIX.

En ausencia de registros oficiales, y dejando a salvo los parroquiales (ceñidos a sus específicas finalidades), el título legitimador de los estados civiles, de los que dependía la capacidad de obrar del sujeto, se hallaba en la posesión de estado y esta posesión podía probarse por medio del *tractus, nomen et fama*, el trato, el nombre y la fama. Se observa, pues, que, en su origen, el nombre tuvo una función en la determinación de la capacidad personal.

Sin embargo, tal función se perdió cuando, con la Ley de Registro Civil de 1870, se crearon Registros oficiales y públicos donde inscribir con fuerza plena los documentos acreditativos de estados civiles de las personas. Desde entonces, disminuye, aunque no desparece del todo, el valor de la posesión de estado como título de legitimación.

La vigente Ley de 1957, que sustituyó a la anterior de 1870, declara en su exposición de motivos que, "en principio, también se ha seguido, en orden a los nombres y apellidos, el sistema tradicional". Por otra parte, y en lo que se refiere al cambio de apellidos, esa Ley de 1957 ha permanecido inalterada durante su medio siglo de existencia, con la excepción que luego se mencionará. En consecuencia, el sistema hoy aplicable en la autorización de cambios de apellidos se remonta, en sus principios básicos, al siglo XIX, en tanto que la familia, que determina los apellidos, así como la sociedad que secularmente ha descansado en un modelo único de organización familiar, han experimentado, desde entonces, transformaciones extraordinarias.

El apellido ha sido durante mucho tiempo un atributo del *genus*, un patrimonio del grupo más que un derecho de la persona, la cual era portadora de él en cuanto miembro de una colectividad familiar. El *nomen* declaraba la pertenencia de su poseedor a una estirpe, que por su parte definía las capacidades y facultades del sujeto en una sociedad estamental, y una mentalidad heredera de esos antiguos presupuestos parece traslucirse en la primitiva versión del artículo 114 del Código Civil, que decía que los hijos "tienen derecho" a llevar los apellidos de los padres, como si esos apellidos formaran parte de un patrimonio familiar al que están llamados todos los miembros de la línea.

Hoy, en cambio, se concibe el nombre como un derecho de la personalidad individual. En la Ley de 1957 este tránsito ya se ha consumado y, por esa razón, el tratamiento jurídico de los apellidos que contiene y las reglas sobre su cambio son, pese a su antigüedad, básicamente útiles y operativas en nuestra época, caracterizada por la protección de los derechos y libertades individuales. Pese a ello, no sólo en España, sino también en la generalidad de los países, los apellidos siguen sustraídos a la autonomía de la voluntad subjetiva, no los *imponen* los padres, como sucede con el nombre, ni los *elige* el propio titular, sino que *vienen dados* con la filiación, siguiendo con ello una tradición inmemorial que no ha decaído. Y, así, el vigente artículo 109 del

Código Civil dice: “La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley”. Y el artículo 53 de la Ley del Registro Civil lo confirma: “Las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la ley ampara frente a todos”. De modo que, en suma, los apellidos, pese a poseerse individualmente, siguen estando hoy grupalmente condicionados y esta peculiaridad de su naturaleza tiene influencia en su régimen jurídico.

Por tanto, el nombre y los apellidos son, por un lado, derechos de la personalidad, amparados incluso por normas de rango internacional, como el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Derechos individuales no patrimoniales, de carácter absoluto y *erga omnes* (“la ley ampara frente a todos”, en el citado artículo 53 de la Ley del Registro Civil). Esto significa que son imprescriptibles e irrenunciables y que nadie, ni el Estado, puede privar a un ciudadano de ellos, ni siquiera como sanción a un hecho punible. Y, por otro lado, en cuanto esos apellidos dimanan de la filiación, son un patronímico que denota la pertenencia de una persona a una familia determinada y, en ese sentido, se comprende que conserven para su poseedor y para los otros miembros familiares que lo comparten, incluso en nuestra contemporánea sociedad de individuos y no de estirpes, un interés de afección, sentimental o simbólico, de naturaleza colectiva o grupal, que merece ser protegido por el Derecho.

En el ordenamiento jurídico español, la determinación de los apellidos no se configura como un derecho de los progenitores, aunque lo cierto es que la filiación sigue siendo, entre otros muchos imaginables, el único criterio usado para esa determinación, reconociendo con ello que la familia, con todas las transformaciones que la sociedad ha experimentado y la pluralidad de modelos familiares que hoy coexisten, permanece como factor eminente de identidad personal.

Para el Estado moderno, que ha de velar por los derechos y obligaciones de sus ciudadanos, es importante poder identificar a cada uno de éstos. Como se ha visto, confía a las circunstancias objetivas del parentesco la determinación de los apellidos y,

dado que los hermanos comparten los mismos, atribuye al nombre una función diferenciadora entre ellos, nombre que eligen los padres según sus preferencias, con la limitación de que el impuesto no "haga confusa la identificación" (artículo 54 de la Ley del Registro Civil).

Una vez que el nombre y apellido de la persona resultan de los criterios y reglas descritos, su estabilidad y fijeza son indispensables para permitir esa necesaria identificación. A cada cual le asiste el derecho inderogable a tener un nombre, pero carece, en cambio, de derecho alguno a cambiarlo, porque su inmutabilidad es de orden público. Como recordó este Consejo en el dictamen número 111/1998, "el nombre es una cuestión de orden público, estando los apellidos fuera del arbitrio individual. En todo caso, cualquiera que sea la postura que se adopte en relación con la naturaleza jurídica del nombre, es común entender como propio del mismo, entre otros caracteres, el de la inmutabilidad. Una inmutabilidad que, aunque no absoluta, señala un principio que debe orientar el cambio de apellidos: salvo cualificadas excepciones, los apellidos de las personas no cambian." Sobre ello insistió también el dictamen número 2.131/2006: "En virtud de esa estabilidad y seguridad jurídica, la persona ha de conservar el nombre y apellido de nacimiento, que sólo podrá verse alterado en la forma y condiciones establecidas por la ley, ya sea por imperativo legal, ya sea por autorización gubernativa, ya sea el supuesto especialísimo del artículo 58.2 de la Ley del Registro Civil, que como supuesto excepcional ha de ser interpretado muy restrictivamente, y no admite analogía."

Por último, no pueden dejar de destacarse dos factores singulares que concurren en la regulación española de los apellidos, que están entrelazados entre sí y que afectan a sus cambios:

- De un lado, el hecho de que nuestra regulación cuenta con que las personas dispongan de dos apellidos.

- De otro, el dato de que cada uno de ellos proviene de una de las líneas (paterna y materna) de las que procede la persona.

Esos dos factores inciden, con carácter general, en los cambios de apellidos y así se ha puesto recientemente de manifiesto a propósito de casos que siempre han planteado una cierta complejidad conceptual y normativa y están adquiriendo una importancia estadísticamente creciente (extranjeros nacionalizados, de los que se ocupa la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de mayo de 2007).

2. La definición de las aludidas circunstancias excepcionales

La anterior exposición ha tenido como objetivo mostrar los principios fundamentales que rigen la naturaleza del nombre y las restricciones que de ellos se derivan para su alteración.

Los cambios de apellidos, como se anticipó al principio, se regulan en los artículos 57, 58 y 59 de la Ley del Registro Civil, centrándose la experiencia de este Consejo en el supuesto contemplado por el párrafo segundo de ese artículo 58, que dice:

"*Cuando se den circunstancias excepcionales, y a pesar de faltar los requisitos que señala dicho artículo, podrá accederse al cambio por Decreto a propuesta del Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado*".

Los dictámenes del Consejo de Estado han tratado de dar contenido a esas "circunstancias excepcionales" que constituyen el supuesto de hecho de la autorización del cambio y que, como concepto jurídico indeterminado, no puede definirse "a priori", sino que debe concretarse caso por caso. El inevitable casuismo no impide, sin embargo, la exposición de algunos criterios que se repiten y la enunciación de algunas pautas que han servido para definir en cada consulta qué circunstancias son excepcionales y cuáles otras no, partiendo siempre de la sentada inmutabilidad general

de los apellidos y de que todas las normas excepcionales, como son las ahora analizadas, han de ser de interpretación restrictiva y no admiten analogía (cfr. dictamen número 1423/2006).

Por un lado, es claro que "circunstancias excepcionales" son aquellas que "se apartan de lo común" (dictamen número 2.130/2005) o que "ocurren rara vez" (dictamen número 2284/2006). Pero, por otro, no basta con que los hechos alegados por el solicitante sean insólitos, inusitados o estadísticamente infrecuentes. El asunto estudiado en el dictamen número 637/2007 es ciertamente inhabitual (una madre abandona a su hija recién nacida y firma un documento por el que renuncia a la patria potestad sobre ella y confía su cuidado y educación al padre) y, sin embargo, el Consejo de Estado entendió que no se cumplía el presupuesto del artículo 58. Determinadas circunstancias pueden ser excepcionales en un plano biográfico o vivencial, pero ello no es suficiente, porque la excepcionalidad que el precepto exige, en la interpretación del Consejo de Estado, es sólo la que lo es para la sociedad: "Esas circunstancias –decía el dictamen número 2534/2006- deben ser excepcionales no tanto desde la perspectiva de las peculiaridades biográficas, sino objetivamente excepcionales, con un contraste social, que no excluye la protección de bienes individuales –la propia vida, el interés del menor, la integración social del extranjero- pero sólo en cuanto son asumidos por la comunidad como bienes socialmente protegidos."

La excepcionalidad ha de ser, además de estadística, axiológica en el sentido de que en ella ha de estar en juego un bien jurídico cuyo valor justifica que se remueva el principio general, la inmutabilidad de los nombres, aun sin cumplirse los requisitos ordinarios previstos para ello, con carácter general, por el artículo 57 de la Ley del Registro Civil.

De ahí que el Consejo de Estado haya excluido del supuesto de hecho las alegaciones que invocan como excepcionales circunstancias que están relacionadas con la autorrealización personal o la propia identidad, razones psicológicas o sentimentales,

o subjetivos estados de conciencia. Decía el dictamen número 1423/2006, como fundamento para no acceder a la solicitud, que ésta estaba "planteada toda ella en términos predominantemente subjetivos, basada en el estado de ánimo aflictivo y los sufrimientos que le generan a la solicitante el cumplimiento de condena de su padre". Se echaba de menos que no se alegaran circunstancias que tuvieran una dimensión en el orden social o que pertenecieran de alguna manera al ámbito de las relaciones intersubjetivas, "no bastando como circunstancia excepcional la mención de padecimientos anímicos, como los referidos por la solicitante cuando declara que le desagrada profundamente que socialmente se le identifique con esos apellidos (los de su padre), desagrado que arraiga en la esfera íntima de su vida y no justifica la alteración de una identidad que el Derecho protege como expresión de un determinado orden público, por mucho que esos sentimientos puedan ser comprensibles en un plano personal".

Muchas de las solicitudes tienen su origen en conflictos suscitados en el seno de las relaciones familiares. Abundan los procedimientos promovidos por madres que solicitan el cambio de apellidos de uno o varios de sus hijos para que sean sustituidos por los dos de ella, aduciendo alguna conducta reprochable del padre. El Consejo de Estado no ha calificado de circunstancias excepcionales los casos de separación, nulidad, divorcio o incluso abandono del hogar familiar, o aquellos en los que el padre esté cumpliendo pena de prisión, porque no son ni siquiera cuantitativamente raras: "No pueden considerarse excepcionales en nuestro Derecho actual –a los efectos señalados- los casos en que un matrimonio es declarado nulo, o en los que se produce una separación o un divorcio, dando lugar a una ruptura de relaciones personales paterno-filiales, o a un deterioro de las mismas. Tampoco el hecho de que en la sentencia de separación se mencione la existencia de malos tratos, sin otras especificaciones en el expediente que un escrito de la madre de los solicitantes" (dictamen número 3237/2000).

Además de la constatación de unas circunstancias de naturaleza excepcional, el solicitante debería incorporar una argumentación que razonase sobre el modo en que los apellidos en la forma propuesta pueden contribuir a evitar en su poseedor un daño a un bien jurídico en peligro o a promover la deseable realización de éste. Es ese valor en juego –la integración social, la superación de los "graves inconvenientes" a los que alude el artículo en su párrafo primero- el que, en último término, justificará la autorización del cambio. Sucede, a veces, que la argumentación que se desarrolla no es aceptable, porque se alega como fuente de deshonor una conducta del padre o del marido que carece de censura en la moral social hoy imperante (dictamen número 2375/2006). Tampoco se acepta la mera disparidad entre el nombre oficial-registral y el de uso común, porque ese supuesto ya ha sido valorado por el legislador en el artículo 57. En cambio, sí se ha accedido en casos de probados malos tratos del padre al hijo o a la hija (dictamen número 1564/1999), de riesgo a su integridad física (dictamen número 145/2006), de abusos sexuales (dictámenes números 649/2005 y 656/2005)- o de amenaza de rapto (dictámenes números 3696/2002 y 198/2005).

La pérdida de la patria potestad declarada en sentencia no es suficiente, pero si los apellidos que se quieren cambiar son extranjeros y los nuevos pueden favorecer su plena integración en la sociedad española, entonces el Consejo de Estado ha mostrado su parecer favorable a la autorización (dictamen número 1.600/2006). El requisito primero del artículo 57 (que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho no creada por el interesado) puede excusarse, de acuerdo con el artículo 58.1, cuando el apellido que quiere cambiarse "ocasione graves inconvenientes" y, por su parte, el artículo 208 del Reglamento del Registro Civil interpreta este precepto añadiendo que "se entiende que un apellido ocasiona graves inconvenientes cuando fuera extranjero o, por cualquier razón, lleve consigo deshonra". Esta interpretación por vía reglamentaria se refiere, como se ha visto, al artículo 58.1 de la Ley del Registro Civil, pero el Consejo de Estado la ha admitido también como circunstancia excepcional a los efectos del citado artículo 58.2 la existencia de un valor en juego

digno de protección, como es, por ejemplo, la integración social de españoles con apellidos extranjeros, para la que se entiende que apellidos españoles facilitarán y harán más plena esa asimilación del menor, quedando éste menos expuesto a discriminación.

3. La diversificación de procedimientos introducidos para el cambio de apellidos basados en tales circunstancias

Arriba se citó la cláusula de orden público como fundamento de la inmutabilidad del nombre. Sin embargo, puede suceder que sea precisamente el orden público el que, en determinadas situaciones, haga perentorio el cambio. Así acontece en la única modificación legal que, desde 1957, ha sido introducida en el artículo 58, por la disposición adicional 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que añadió un segundo inciso al segundo párrafo de dicho artículo, que dice así: "*En caso de que el solicitante de la autorización del cambio de sus apellidos sea objeto de violencia de género y en cualquier otro supuesto en que la urgencia de la situación así lo requiera podrá accederse al cambio por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados por el Reglamento*". En su desarrollo, el Real Decreto 170/2007, de 9 de febrero, modificó el artículo 208 del Reglamento de Registro Civil.

La Ley crea un procedimiento que altera la competencia de autorización de cambio de apellidos en situaciones de urgencia, aclarando que la violencia de género es una de ellas. Por tanto, lo novedoso de la reforma reside en esa vía procedimental abreviada que sustituye al Consejo de Ministros por el Ministro de Justicia como órgano decisorio, si bien, como dijo el dictamen del expediente número 2.130/2005, pasando de lo formal a lo sustantivo, "el precepto, junto a su aspecto procedimental, refleja una clara valoración legal de que la violencia de género puede ser una circunstancia excepcional que justifique el cambio de apellido". Es decir, una situación

de urgencia altera la competencia para autorizar el cambio y, aunque no lo diga la Ley expresamente, da lugar a un procedimiento no sólo abreviado sino tramitado también de forma urgente. Esa urgencia procede de la inminencia de la lesión de un bien jurídico que se quiere evitar y es el orden público, que involucra a la seguridad de las personas, el que reclama aquí el cambio: "En ese tipo de supuestos, continúa el mismo dictamen, ese cambio tiene una función específica de seguridad y de protección que exige su adopción directa e inmediata". Como destacó el dictamen número 145/2006, el cambio para estos casos puede ser "una medida de aseguramiento o de seguridad adecuada y proporcionada necesaria para la protección integral y la prevención y posible evitación de futuros y previsibles hechos de violencia de género, lo que implica comprobar la existencia de una situación de amenaza, peligro o riesgo de nuevos hechos que hagan razonable el cambio de apellidos para evitar la localización de la víctima por su previsible agresor".

Sin embargo, una tramitación urgente, inducida a su vez por la previa alegación por el solicitante de una "situación de urgencia", no exime de analizar la concurrencia o no de circunstancias excepcionales, sino todo lo contrario: "En congruencia con el sentido de la disposición legal que ha previsto una excepción tan singular al régimen de cambio de apellidos por circunstancias extraordinarias, debería examinarse con el mayor rigor si efectivamente se dan circunstancias extraordinarias que justifican la no utilización de la vía ordinaria de intervención del Consejo de Ministros y dictamen previo de este Consejo de Estado, con las garantías que ello supone, y, en tal caso, llevar a cabo con la mayor diligencia y urgencia su resolución". Puede suceder que una solicitud se tramite por esta vía urgente y se concluya, sin embargo, que no procede accederse a la autorización solicitada, o también que sí procede, pero que no está justificada la situación de urgencia y, por ende, la alteración competencial, por lo que debe ser el Consejo de Ministros y no el Ministro de Justicia el que lo autorice. Así ocurrió en el citado número 145/2006, que concluyó que, "en el presente caso, si bien concurren las circunstancias extraordinarias que justifican el cambio solicitado, no

parecen concurrir unas circunstancias adicionales que justifiquen la exclusión de la vía ordinaria de intervención del Consejo de Ministros con dictamen previo de este Consejo de Estado".

4. Algunas cuestiones procedimentales relevantes para esos cambios de apellidos

El análisis de esta reforma de las vías procedimentales para canalizar las solicitudes de cambio de apellidos por circunstancias excepcionales conduce, en este apartado final, a otras consideraciones sobre el procedimiento.

4.1 La recalificación de las solicitudes

Con frecuencia, el interesado en el cambio formula su solicitud de manera genérica, al amparo de las causas reguladas en la Ley del Registro Civil y se tramita así, con informe del Ministerio Fiscal y resolución del Juez-Encargado del Registro, hasta que llega al órgano instructor del Ministerio, el cual comprueba que no concurren ninguna de las causas tipificadas y que sólo podría accederse a la autorización por la vía del párrafo segundo del artículo 58, si se dan circunstancias excepcionales, y remite el expediente al Consejo de Estado para dictamen.

El Consejo de Estado ha criticado "lo impropio de la reconversión o reclasificación de oficio y tardía de solicitudes ordinarias en solicitudes que han de enmarcarse en esta vía especialísima y extraordinaria, sin tener ocasión el administrado de recibir una respuesta pertinente a su petición, teniendo en cuenta, además, el carácter reglado de la concesión de cambio de apellidos del artículo 57 de la LRC, frente al carácter discrecional del supuesto contemplado en su artículo 58, que permite menos posibilidades de defensa jurídica al administrado" (dictamen número

1.577/2006). Y en otro dictamen se insiste en lo mismo: "La falta de una tramitación específica del procedimiento previsto en el artículo 58.2 de la Ley, que podía haberse remediado abriendo un trámite de audiencia por el Ministerio antes de la remisión del expediente al Consejo de Estado, tiene como consecuencia que las alegaciones formuladas por la reclamante no se hayan enderezado a mostrar la concurrencia en su caso de las circunstancias excepcionales que exige la ley, en una materia en que, por ser excepción, es de aplicación restrictiva y no admite analogía" (dictamen número 1423/2006).

4.2 El principio contradictorio en estos expedientes y la participación de terceros interesados.

Estas solicitudes no se presentan contra nadie y tienen todas las características de procedimientos no contenciosos, tramitados sin contradicción. Esto plantea algunos problemas porque las alegaciones, testimonios y documentos de que se compone el expediente, y en que puede fundamentarse la decisión, son las formuladas, inducidas y aportadas por el propio interesado, que naturalmente tiende a crear la apariencia que estima favorece el buen suceso de su pretensión. Ello exige un especial cuidado en la valoración de la prueba y distinguir, respecto a un hecho o circunstancia, si se trata de una manifestación de parte o está recogido en una resolución judicial, y si lo está, en qué condiciones. Así el dictamen número 3.237/2000 entendió que no equivalía a unas circunstancias excepcionales "el hecho de que en la sentencia de separación se mencione la existencia de malos tratos, sin otras especificaciones en el expediente que un escrito de la madre de los solicitantes".

Hay fundamento legal para moderar o compensar esta falta de contradicción en el procedimiento. Es cierto que el solicitante sólo pide el cambio de sus propios apellidos, afectantes, en suma, a sus derechos personales. Pero no puede negarse que en ese cambio puede haber personas interesadas que tengan razones para formular

fundadamente su criterio al respecto, ya sea para no objetar el cambio solicitud o, por el contrario, para oponerse a él.

Merece la pena notar al efecto que en los cambios previstos en el artículo 57 "podrá formularse oposición fundada *exclusivamente* en el incumplimiento de los requisitos exigidos", en tanto que en el artículo 58 "la oposición podrá fundarse *en cualquier motivo razonable*". Y es razonable que si un solicitante alega la conducta ilícita o reprochable de su progenitor como circunstancia excepcional, o es la madre o el padre quien lo hace en nombre del hijo, el aludido tenga la oportunidad de manifestarse en el procedimiento, si así lo desea. Y no sólo en esos casos: diversos dictámenes (números 199/2005, 3237/2000 y 2284/2006) han destacado, con carácter más general, el hecho de que el padre del menor, "parte interesada" en el procedimiento, debería haber sido oído en éste, si la solicitud se hubiera estimado.

Esta cuestión es todavía susceptible de una aproximación más amplia, conectada con las reflexiones arriba desarrolladas sobre la naturaleza del nombre, derecho de la personalidad de su poseedor, pero también patrimonio moral de la familia. Se decía entonces que los padres no ostentan un derecho a los apellidos de sus hijos, pero, junto a ello, es indudable la continuidad de tales apellidos de una generación a otra, el llamamiento público a la paternidad que esos apellidos de los hijos proclaman, así como la pertenencia de éstos a una estirpe, un linaje, una tradición familiar o, simplemente, a una línea genealógica identificada con un nombre que el titular comparte con sus hermanos y ascendientes, y todo ello explica que los padres tengan un "interés legítimo" en los apellidos de sus hijos, que su mantenimiento sea para ellos un bien que debe ser tenido en cuenta en el procedimiento y que su cambio pueda constituir una forma de privación, asociada, en la mayoría de los casos, a la indignidad o desprestigio social de un nombre, estando por tanto indirectamente involucrados su derecho al honor y a la propia imagen.

Así, el artículo 111 del Código Civil concibe la no transmisión al hijo de los apellidos de los padres como un castigo a la conducta ilícita o reprochable de éstos. El

presupuesto de este precepto es la indignidad en que ha incurrido el progenitor en las circunstancias relacionados con la generación del hijo y la facultad que excepcionalmente se concede a éste de no estar condicionado por la filiación en la determinación de sus apellidos. Debe evitarse que la estimación de una solicitud de cambio de apellidos fundada en el comportamiento deshonesto o ilícito del padre o de la madre pueda conducir, de hecho, a una extensión no prevista en la Ley de los efectos sancionadores de ese artículo, como resultado, se insiste, de un procedimiento tramitado sin contradicción.

El dictamen número 2284/2006 es sensible a este argumento cuando razona que "nada similar ocurre en este caso en que no concurre circunstancia extraordinaria que justifique el cambio solicitado que supondría supresión de toda vinculación con la familia, que materialmente afectaría, sin razón aparente alguna, a derechos de paternidad y de filiación, y crearía equívocos al respecto, con riesgo de confusión sobre la identidad o la filiación de la promotora. No solo no existen razones para justificar el cambio solicitado, sino que, aunque aquellas razones hubieran existido, concurren motivos razonables para denegarlo".

4.3 Las propuestas de resolución y los criterios de los órganos instructores.

Por último, deben recordarse las especiales características de las propuestas de resolución en esta materia conforme al artículo 366 del Reglamento del Registro Civil. Dice este artículo que "cuando la concesión sea otorgable discrecionalmente o cuando dependa de circunstancias excepcionales o de motivos de orden público o interés nacional, los Encargados instructores y el Subdirector en sus propuestas *se limitarán* a enjuiciar los requisitos de fondo y de forma y a destacar los hechos probados o notorios que puedan ilustrar para la decisión".

Aunque sin citarlo, pero muy probablemente condicionadas por este artículo, las propuestas elaboradas por el Ministerio suelen tener un carácter excesivamente

"*limitado*" a resumir los hechos alegados y constatar que no se cumplen los requisitos del artículo 57 y primer párrafo del 58 y, en consecuencia, a afirmar que sólo podría accederse a lo solicitado si concurrieran circunstancias excepcionales. No hay, en puridad, propuesta de resolución sino elevación de la solicitud al Ministro, previo dictamen del Consejo de Estado.

La literalidad de ese artículo 366 parece deudora de una época en la historia del ordenamiento jurídico administrativo en que los márgenes de decisión pública, exenta de motivación jurídica, eran superiores a los actualmente admisibles. Conviene recordar que el régimen jurídico del procedimiento administrativo se halla hoy regulado en la Ley 30/1992 y que su artículo 89 establece con carácter general que "la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá *todas* las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo", cuestiones que antes debe abordar el órgano instructor en su propuesta y ser razonadas luego en la motivación oportuna (artículo 54). Con arreglo al artículo 58 de la Ley del Registro Civil, se accede al cambio por Decreto "a propuesta del Ministerio de Justicia" y, en esa propuesta, el Ministro debe estar asistido por una valoración de sus propios cuadros administrativos, además del dictamen del Consejo de Estado, al que, en la actualidad, se le confía todo juicio de justicia y oportunidad sobre el cambio solicitado anterior al parecer que el Ministro pueda formarse sobre el mismo.

En todo caso, el Consejo de Estado ha destacado en diversos dictámenes (por todos, el referido número 1423/2006) que "no deben interpretarse esas limitaciones (las impuestas en el artículo 366 del Reglamento) de una forma tan amplia que dejen sin apenas sustancia la propuesta de resolución o se vacíe de contenido ese enjuiciamiento de los hechos que el mismo precepto reclama. Por el contrario, deberá determinar si se encuentra ante uno de esos supuestos de circunstancias excepcionales y por qué, que en estos expedientes exige una previa explicación de la exclusión de los otros procedimientos de cambio de apellidos. Y una vez determinado que en efecto sólo procede el cambio solicitado por el procedimiento previsto para las circunstancias

excepcionales, aunque se abstenga de pronunciarse si concurren o no en la solicitud dada, sí debe enjuiciar los hechos alegados, las motivaciones expuestas, los precedentes, las normas aplicables y anticipar una valoración de la documentación aportada y otras posibles pruebas.”

II. EN TORNO A LOS DEPÓSITOS JUDICIALES EN RELACIÓN CON EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es, junto al error judicial y el supuesto específico de la prisión preventiva, uno de los títulos susceptibles de generar una declaración de responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 121 de la Constitución y artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), con el consiguiente reconocimiento del derecho de los particulares a una indemnización a cargo a los presupuestos públicos.

Por su propia amplitud e indefinición *a priori*, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (que se condensaría en la genérica fórmula "que la Administración de Justicia no actúe, que actúe mal o que actúe tarde") es, dentro de esos títulos, el que genera cualitativamente una mayor variedad de solicitudes de indemnización, elevadas a la consideración del Consejo de Estado para la emisión de su preceptivo dictamen.

Muchas de esas solicitudes se han venido formulando con ocasión de vicisitudes que rodean a los depósitos judiciales, que, conforme señala el artículo 1785 del Código Civil, son aquellos que tienen por objeto el aseguramiento de los bienes litigiosos.

Durante el año 2006, el Consejo de Estado ha conocido varias reclamaciones referidas a depósitos judiciales, pareciendo oportuna una reflexión sobre varias cuestiones de índole general que suscitan, así como sobre otros aspectos relevantes de esa materia.

Conviene empezar por destacar que las reclamaciones que se encuentran en la base de estas reflexiones abarcan una muy amplia tipología de casos, que se pone de manifiesto en los elementos propios y característicos de todo depósito, como son:

- Sus elementos subjetivos. Esas reclamaciones comprenden una diversidad de partes intervinientes y afectadas, lo que afecta, en primer lugar, a quienes

promueven tales depósitos. Así, se incluyen tanto casos en los que la intervención y depósito de bienes procede de una iniciativa administrativa (básicamente, la actuación de las unidades policiales que colaboran con los órganos judiciales), como otros en los que la iniciativa surge de la propia actuación judicial. Por otra parte, también hay una gran variedad en cuanto a las personas afectadas por los bienes depositados, ya sea en lo que se refiere a quienes se ven desposeídos de ellos, ya en lo que concierne a las personas y entidades a quienes se confía su custodia.

- Sus elementos objetivos. Del mismo modo que en el plano de las personas afectadas, se aprecia una considerable diversidad de bienes intervenidos, con predominio, en todo caso, de vehículos y de piezas de valor objeto de actuaciones delictivas.

- Sus aspectos procedimentales. Reflejo de la ya citada diversidad de personas y bienes afectados se encuentra, también, en el plano procedimental, puesto que son muy diferentes las actuaciones que preceden a la identificación de los bienes a depositar, las que documentan su depósito y las que se adoptan en el curso de la vida del depósito (traslado de bienes, medidas de conservación, régimen de uso de los bienes,…).

Por lo mismo, los casos a los que se refieren las ulteriores consideraciones son sustancialmente distintos de aquellos en los que se cuestiona el depósito propiamente dicho, ya que estos últimos reflejan, en último término, una discrepancia o disconformidad del reclamante con la decisión judicial que acordó constituir el depósito en cuestión, debate que ha sustanciarse en el seno del proceso, a través de los oportunos trámites procesales y recursos planteables, y, una vez concluido este, por el cauce, en su caso, del error judicial.

Hecha esa acotación, los aspectos a las que se referirán las subsiguientes reflexiones comprenden:

- La diversidad de casos y personas afectadas por los depósitos judiciales
- Los plazos de prescripción aplicables
- La desaparición de objetos intervenidos
- El régimen de uso y conservación de los bienes incautados

1. La diversidad de casos y personas afectadas por los depósitos judiciales

En el plano de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, el Consejo de Estado ha empezado por advertir las muy diferentes consecuencias que derivan de la forma en que pueden haberse constituido los depósitos judiciales.

1.1 Los distintos supuestos

Así, tales consecuencias divergen sustancialmente si el depósito se ha constituido en la persona del propietario de los bienes litigiosos o en tercera persona por éste designado, o si ha sido acordado por la autoridad judicial, produciéndose el depósito en dependencias públicas, propias o ajenas, o privadas.

Conviene detenerse a considerar cada uno de tales casos por separado.

1.1.A) Supuestos en que el depositario es el propietario de los bienes litigiosos

En tales casos, el Consejo de Estado ha venido entendiendo que los principios generales aplicables al caso hacen gravitar sobre el depositario la responsabilidad por la pérdida o deterioro de los bienes depositados. Este Consejo ha llegado a tal

conclusión sobre la base de que, en tales supuestos, se habrá producido un incumplimiento de las obligaciones que los artículos 1766 y siguientes del Código Civil imponen al depositario.

La doctrina del Consejo de Estado deslinda firmemente las pretensiones que pueden tener su fundamento en un hipotético funcionamiento anormal de la Administración de Justicia –por ejemplo, una prolongación de la causa que ha producido una paralización de los bienes depositados, con imposibilidad de dedicarlos al tráfico ordinario de la empresa reclamante (dictamen número 2.530/1999)-, de aquellas que están basadas en circunstancias relacionadas con el depósito. Así, nombrado depositario el representante legal de una empresa, el Consejo de Estado estimó que la enajenación por éste de los bienes depositados no guardaba relación con la falta de constancia en el acta de depósito de la advertencia al depositario de sus obligaciones legales y responsabilidades, pues esta circunstancia "dio lugar, no a la frustración de un derecho de los reclamantes (la acción), sino a la inexistencia de delito. Por tanto, la omisión del acta no ha ocasionado en sentido estricto un perjuicio en el derecho de los reclamantes. El que efectivamente han sufrido es consecuencia del incumplimiento por el depositario de sus obligaciones legales. Aunque no consta la imposibilidad o mayor dificultad del cobro del crédito tras la venta de los bienes por el depositario, toda la responsabilidad por los daños derivados de este hecho recae enteramente en él y no en la Administración de Justicia" (dictamen número 1.679/2001).

1.1.B) Supuestos en que el depósito se constituye en un tercero designado por el acreedor.

La doctrina aplicada al anterior caso es extensible a aquellos casos en que el depositario es un tercero designado por el acreedor. En particular, se ha planteado cuál es el exacto alcance que ha de darse a la designación del depositario por el acreedor "bajo su responsabilidad" (artículo 1454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Este Consejo de Estado ha entendido que el depósito así constituido es de Derecho civil, de modo que el incumplimiento por el depositario de sus obligaciones no genera un supuesto de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, puesto que, en tales supuestos, no existe, en puridad, depósito alguno de piezas de convicción o bienes litigiosos en sede judicial, ni en las correspondientes dependencias públicas o privadas, habilitadas a tal efecto, ni ha habido actuación anómala por parte del personal al servicio de la Administración de Justicia. Es el depositario así designado sobre el que pesan las obligaciones legales de custodia de los efectos intervenidos y, en consecuencia, el responsable de su eventual desaparición o pérdida.

Como ha señalado el Tribunal Supremo en relación con el artículo 1454 de la LEC, tal precepto prevé que la designación de depositario se produce "bajo su responsabilidad" (del acreedor), de modo que este último asume frente al órgano judicial ejecutor y frente al deudor ejecutado la responsabilidad por la pérdida o desperfectos que sufran las cosas depositadas sin culpa o participación del deudor. En este sentido, el incumplimiento de las obligaciones legales del depositario sólo implica su responsabilidad, repercutiendo en las partes en el pleito de origen, sin que la Administración de Justicia deba soportar las consecuencias de la conducta presuntamente negligente de aquel.

En suma, el depositario es un sujeto privado responsable de las consecuencias perjudiciales de su actividad o inactividad (artículo 1766, en relación con los artículos 1182 y siguientes del Código Civil), respondiendo frente a quien lo designa, que puede padecer la frustración de su crédito, y también, en su caso, frente al propietario de los bienes depositados, en caso de pérdida o deterioro de los mismos. Se trata, por tanto, de supuestos en que los órganos jurisdiccionales se limitan a formalizar, si concurren los requisitos legalmente exigidos, la voluntad del ejecutante, pero sin que exista título de imputación en sentido técnico que permita anudar a esa decisión judicial las

eventuales consecuencias perjudiciales que la irregular actuación del depositario pueda tener para los interesados (dictamen número 2.415/2006).

1.1.C) Supuestos en que el depósito se constituye en las instalaciones judiciales o en otras dependencias, públicas o privadas.

Plantean una problemática en parte diferente a la hasta aquí expuesta los depósitos judiciales que se constituyen sin mediar la voluntad de las partes en la causa. En esta tesitura, existe una obligación general de custodia y guarda de los bienes litigiosos a cargo del Cuerpo de Secretarios Judiciales, prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en normativa orgánica de tales funciones judiciales. La infracción de ese deber (traducida, *ad exemplum*, en la pérdida o desaparición de los bienes depositados) es considerada un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El Consejo de Estado ha observado que numerosas reclamaciones de responsabilidad patrimonial se fundan en la presunta anormalidad acontecida en el desarrollo del depósito constituido en las propias dependencias judiciales, en las instalaciones de otra Administración o en dependencias privadas habilitadas al efecto, formulando la reclamación en ocasiones el titular de los bienes (dictamen número 2.530/1999) y, en otras, el depositario mismo (dictámenes números 1.351/2004 y 126/2005).

El dictamen número 1.570/2006 recordó que el hecho de que, por falta de dependencias o por otras razones, se encomiende la custodia de los bienes a órganos dependientes de la misma u otra Administración, o a otras entidades, públicas o privadas (sea en virtud de convenios, contratos u otras formas de colaboración), no exonera al Estado de su responsabilidad por funcionamiento de la Administración de Justicia, respecto de los desperfectos que aquellos sufran mientras se encuentran a disposición judicial. En esos supuestos, nada impide que la Administración de Justicia

pueda adoptar las medidas pertinentes frente a las entidades u órganos a los que considere responsables directos de los desperfectos causados.

Por todo ello, el citado dictamen número 1.570/2006 recordó que este Consejo ha apreciado que se había producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en casos tales como el del vehículo depositado fuera de las dependencias judiciales, bien en las de otros órganos de la Administración del Estado (dictamen número 3.162/2000), bien de otras Administraciones (dictámenes números 1.797/2002 y 368/2004), o bien de entidades privadas (dictamen número 352/2004).

1.2 Depósitos judiciales en sentido estricto

Recordado el anterior catálogo de casos, y centrando la atención en los estrictos depósitos judiciales, merece también destacarse la distinta posición en que se encuentran los posibles reclamantes de responsabilidad patrimonial por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia consistente, precisamente, en un inadecuado desenvolvimiento de tales depósitos.

1.2.A) Reclamaciones promovidas por el depositario de los bienes litigiosos con ocasión de los gastos que le ha generado el depósito.

El Consejo de Estado ha partido de entender que, a raíz de la intervención y depósito de las piezas de convicción, queda constituido un depósito entre la empresa depositaria y los propietarios de los bienes litigiosos, si bien la voluntad de los propietarios de constituirlo es sustituida por el Juzgado que lo acuerda en el procedimiento penal. Por ello, los gastos devengados por el depósito debe abonarlos el depositante, y el depositario, en este caso, puede retener el objeto del depósito hasta que se verifique el pago y en su caso enajenarlos y cobrarse con el precio (entre otros, dictamen número 126/2005).

Esta doctrina se encuentra refrendada a nivel legal, en concreto, por la disposición final primera de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, según la cual, "a efectos de esta Ley, se considera relación contractual la que se establezca entre el titular del aparcamiento y el del vehículo, cuando el mismo haya sido depositado en cumplimiento de un mandato judicial o administrativo, reservándose acción directa del titular del aparcamiento frente a la persona titular del vehículo". A ello se añade que, según su artículo 5.3, el titular del aparcamiento "tendrá, frente a cualesquiera personas, derecho de retención sobre el vehículo en garantía del pago del precio del aparcamiento".

Por consiguiente, los gastos causados al depositario por la prolongación del depósito pertenecen al ámbito de la relación contractual que, en virtud de decisión judicial, se constituye entre el dueño de los bienes litigiosos y el depositario. La constitución del depósito por decisión judicial no opera, por tanto, un traslado a la Administración de Justicia de las obligaciones que al depositante impone el Código Civil y, señaladamente, las de su artículo 1779 ("el depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada y a indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito"). Y ello porque la obligación de reembolso que regula este precepto es una aplicación especial del principio general que impide el enriquecimiento a expensas de otro patrimonio, de donde se deduce que en el depósito judicial el importe de los gastos padecidos y de las indemnizaciones a satisfacer al depositario –derivadas de la existencia misma y desenvolvimiento de la referida relación contractual- ha de ser atendido por el "ejecutado" o dueño de los bienes depositados. Que ello es así lo refuerza el hecho de que si, en hipótesis, el depósito judicial se hubiera constituido en la persona del "ejecutado" o titular de los bienes, a la sazón, depositario, no tendría derecho a que se le reembolsaran los gastos del depósito, al ser lo depositado cosa propia.

En todo caso, importa destacar que ese cuerpo de doctrina obedece, en buena medida, a la insuficiencia de las normas vigentes en materia de depósitos judiciales (concretamente, el Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, de conservación y depósito de piezas de convicción y destino de piezas de convicción en materia de depósitos judiciales), que no ofrecen criterios enteramente satisfactorios en lo que se refiere a la imputación de los gastos generados por los mismos. De estas carencias ha inferido el Consejo de Estado que el legislador remite a las normas civiles *inter privatos* que regulan la relación entre propietario y depositario para discernir la cuestión de los gastos e indemnizaciones.

En definitiva, el depositario es, también en los depósitos judiciales, titular de un derecho de crédito (artículo 1779 del Código Civil), garantizado por un derecho de retención (artículo 1780 del Código Civil). En tanto sea titular de ese derecho, no cabe apreciar que haya sufrido un perjuicio efectivo. Por lo mismo, y mientras sea titular de una acción directa contra los propietarios y no conste que esa acción se haya frustrado el depositario no puede solicitar directamente al Ministerio de Justicia, a título de responsabilidad, los gastos ocasionados por un depósito.

Por el contrario, la insolvencia del deudor o deudores podría ser aducida por el depositario para imputar a la Administración de Justicia la obligación de resarcirle de los gastos del depósito que se constituyó con su decisiva intervención (dictámenes números 1.108/2006 y 61/2007).

1.2.B)Reclamaciones deducidas por los propietarios de los bienes depositados.

Ya ha quedado indicado que, en la medida en que el depositario sea un tercero ajeno a la Administración de Justicia, la responsabilidad por la desaparición o deterioro de los bienes depositados, sin mediar funcionamiento anormal de los servicios públicos, debe reconducirse al ámbito estrictamente contractual privado, entre depositante y depositario (dictamen número 1.679/2001).

La cuestión presenta otros contornos cuando el deterioro o desaparición de lo depositado se ha producido en instalaciones públicas, propias o de otra Administración Pública, o privadas habilitadas al efecto, por un funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Aquí, a diferencia de los supuestos anteriormente expuestos, la doctrina del Consejo de Estado presenta un acusado casuismo, centrado en las características del caso concreto. Cabe, a continuación, referir algunos dictámenes en que se han planteado esta clase de pretensiones y en los que el Consejo de Estado ha partido de la ya comentada apreciación de que la falta de dependencias u otras razones que lleven a la Administración de Justicia a encomendar la custodia de ciertos bienes a órganos dependientes de ella misma o de otra Administración, o a otras entidades, públicas o privadas (sea en virtud de convenios, contratos u otras formas de colaboración) no exonera al Estado de su responsabilidad por funcionamiento de la Administración de Justicia, respecto de los desperfectos que aquellos sufran mientras se encuentran a disposición judicial.

- Dictamen número 3.162/2000: El vehículo incautado permaneció aparcado en las dependencias de una comisaría, evidenciando una total falta de diligencia en su custodia. El Consejo de Estado entendió "que los hechos de referencia constituyen un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, puesto que no se adoptaron las medidas necesarias para que el vehículo intervenido pudiera ser entregado a su legítimo propietario en las condiciones en que se encontraba en el momento de su intervención; intervención que tuvo lugar con motivo de actuaciones judiciales seguidas ante el citado órgano judicial, a cuya disposición quedó el vehículo de referencia. Las anomalías que pudieran existir en la actuación -u omisión- de las fuerzas de seguridad pueden atribuirse al funcionamiento de la Administración de Justicia, dada la dependencia funcional de aquéllas".

- Dictamen número 1.797/2002: El reclamante era propietario de un ciclomotor intervenido por la autoridad judicial, depositado en el Depósito Municipal de Vehículos de Barcelona y destruido por éste en enero de 1997 en aplicación de la Ley 42/1975, de residuos sólidos urbanos. Cuando el Juzgado ordenó la devolución del ciclomotor al reclamante, esta disposición judicial no pudo, en consecuencia, cumplirse. Es cierto, entendía el Consejo de Estado, que no había sido el órgano judicial el que acordó la destrucción, sino un organismo dependiente del Ayuntamiento de Barcelona. Ello no obstante, y con independencia de si la decisión sobre la destrucción era aplicación de la Ley 42/1975, se consideró probado que el reclamante era propietario del ciclomotor, que fue intervenido temporalmente y, una vez declarado libre –más bien ajeno- de toda responsabilidad penal, el Juzgado acordó la devolución del vehículo al reclamante y esta resolución judicial no había podido cumplirse por causa que no era imputable a éste, quien no había podido recuperar un bien de su propiedad ni su valor en dinero. A juicio del Consejo de Estado, "este hecho merece calificarse de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en coincidencia con el informe del Consejo General del Poder Judicial". Se propuso estimar la reclamación formulada por el importe solicitado por el reclamante.

- Dictamen número 352/2004: Intervenida una motocicleta al reclamante, fue depositada en las dependencias de la Guardia Civil, de donde fue trasladada a las instalaciones de una empresa de mudanzas en un polígono industrial. Solicitada la devolución de la motocicleta por el reclamante a la aludida empresa, le fue entregada previo pago de una cantidad. El dictamen consideró que los desperfectos que presentaba aquella eran consecuencia de la inobservancia de las obligaciones relativas a su debida custodia, por lo que procedía indemnizar al reclamante.

– Dictamen número 368/2004: En este caso, el vehículo intervenido fue derivado al depósito del Ayuntamiento de Madrid, en el que sufrió diversos desperfectos que implicaban vulneración de las obligaciones legales de guarda y custodia de los bienes depositados. Se propuso estimar la reclamación en el importe de los daños acreditados.

En suma, las especiales circunstancias que concurren en los depósitos judiciales contribuyen a multiplicar de manera exponencial los supuestos de reclamaciones de responsabilidad fundados –con mayor o menor razón- en las pretendidas anormalidades que pueden presentarse en su funcionamiento o desarrollo.

No escapa al Consejo de Estado, y alguno de los dictámenes expuestos es sintomático de ello, que, en gran parte de los supuestos en que se constata la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones de guarda y custodia de los bienes litigiosos en depósito, la deficiencia detectada tiene su origen en un patente problema estructural de la Administración de Justicia.

Ya se ha señalado que las normas que disciplinan los depósitos judiciales son insuficientes para abarcar la rica problemática y casuística que los mismos generan, lo que ha obligado a la jurisprudencia y a este Consejo de Estado a aplicar las normas generales de Derecho privado en materia de depósitos (Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley reguladora del contrato de aparcamiento) para subvenir las citadas carencias del actual régimen específico de los depósitos judiciales.

No obstante este esfuerzo, puede ocurrir que esas normas generales de Derecho privado, no resuelvan adecuadamente, en muchos casos, las cuestiones específicas que suscitan los depósitos judiciales. En este sentido, es especialmente llamativa la injustificada discriminación de tratamiento que se aplica a los propietarios de los bienes depositados. Así, en el caso usual de vehículos, resulta que los propietarios de los vehículos intervenidos no deberán afrontar gasto alguno por el depósito de sus vehículos en el caso de que el Juzgado o los servicios administrativos locales

dispongan de instalaciones o establecimientos aptos para acoger los vehículos, mientras que sí deberán pagar los gastos de depósito cuando el Juzgado acuerde que éste se constituya en las instalaciones de una empresa privada, lo cual, por su parte, sucede cuando faltan instalaciones de titularidad pública a disposición del Juzgado.

Ello supone, en definitiva, que la obligación de los propietarios depende de que existan o no instalaciones públicas disponibles o, dicho en otros términos, que es una circunstancia externa al propietario y en cierto modo arbitraria la que convierte en deudor a quien no lo sería si su procedimiento se siguiera en un Juzgado que dispusiera de instalaciones públicas de depósito. El Consejo de Estado ha destacado que ese resultado contrario a los intereses del propietario del bien litigioso podría llegar a imputarse subsidiariamente al Ministerio de Justicia, pues, a la postre, a él se debería la falta de instalaciones de depósito a disposición del Juzgado (dictamen número 126/2005).

El Consejo de Estado entiende que es altamente deseable modificar esa situación, acometiendo, de un lado, una reglamentación específica sobre los depósitos judiciales que colme las lagunas, dudas, inseguridades e incertidumbres que genera el actual marco normativo para los particulares y también para los órganos judiciales. Junto a ello, es también muy conveniente generalizar la existencia de dependencias públicas de depósito a disposición de los órganos judiciales, aspecto administrativo y organizativo que abundaría en la uniformidad de tratamiento que derivaría de esa reglamentación “ad hoc” de los depósitos judiciales.

2. Los plazos de prescripción

El Consejo de Estado ha diferenciado el distinto plano en que operan los plazos de prescripción de las acciones, según que versen sobre la recuperación por el

depositante –o entrega por el depositario- de los bienes depositados, o sobre la exigencia de una indemnización a la Administración de Justicia por el daño padecido en esos bienes con causa en el funcionamiento anormal de sus servicios, propios o ajenos.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podría deducirse que es de aplicación prioritaria para todos esos casos, el plazo de un año, legalmente establecido, para formular una reclamación por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Sin embargo, el Consejo de Estado ha puesto de manifiesto en otras ocasiones (entre otros, dictámenes números 1.774/2000, 3.169/2000 y 852/2001) que el título de la pretensión formulada no debe buscarse únicamente en un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino que el interesado tiene un derecho reconocido a cobrar una cantidad en virtud de un título legítimo que la propia Administración de Justicia no le discute. Tal es el caso de los depósitos judiciales, en los que, en aplicación del artículo 1.766 del Código Civil, el depositario está obligado a restituir la cosa depositada y a cuya devolución no puede aplicarse el plazo propio de responsabilidad patrimonial. Lo mismo sucede en el caso de la consignación judicial de bienes o sumas dinerarias en relación con el cumplimiento de las obligaciones que le imponga una sentencia judicial.

Por tanto, frente al derecho del reclamante a recuperar los bienes de que es propietario y frente a lo ordenado por una resolución judicial no cabe oponer el plazo de un año previsto para las reclamaciones administrativas (dictamen número 2.447/2001). En vez de ello, cuando el reclamante ha instado la devolución de los efectos intervenidos, y ésta no se ha producido por un funcionamiento anormal de los servicios públicos, se considera aplicable, a efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción, el artículo 1964 del Código Civil, que establece un plazo de quince años para las acciones personales que no tengan señalado plazo especial de prescripción.

Ilustrativo a este respecto es un supuesto en que se había procedido a recalificar una reclamación previa a la vía judicial en una reclamación de responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El Consejo de Estado entendió que "las consideraciones efectuadas acerca de la prescripción del derecho a reclamar ponen de manifiesto la ausencia de la función tuitiva que la recalificación hecha tendría para los reclamantes. Pero además, a juicio del Consejo de Estado, los interesados no han incurrido en un 'patente error' al calificar su pretensión como reclamación previa a la vía judicial civil; quizá conscientes de la extemporaneidad de una reclamación de responsabilidad del Estado, se proponen ahora, según señalan en su escrito inicial, ejercitar las acciones civiles que les correspondan ante los Juzgados de Vigo". A lo que añadió que "el título de la pretensión formulada no debe buscarse en un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino, más genéricamente, en el incumplimiento de la obligación de restituir la cosa depositada. El depositario tiene dicha obligación de acuerdo con el artículo 1.758 del Código Civil -y que también recoge su artículo 1.766-, aplicable al depósito judicial, según dispone el artículo 1.789 del mismo cuerpo legal. Pues bien, en el presente caso, terminada la controversia que determinó el depósito, y solicitada la devolución de la suma consignada, el órgano judicial accedió a ello por auto de 2 de octubre de 1982. En consecuencia, los interesados tenían derecho a la restitución de la suma de referencia desde que así se dispuso en la citada resolución judicial" (dictamen número 1.774/2000).

3. Pérdida o desaparición de los bienes depositados

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar numerosos expedientes en los que se ha invocado un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia por parte de los reclamantes sobre la base de no haber obtenido la devolución, en todo o en

parte, de los efectos que les habían sido intervenidos con ocasión de la tramitación de una causa judicial, procediéndose a su obligado depósito (dictámenes números 2.032/2002, 418/2004, 1.764/2004, 1.929/2005, 1.329/2006, 1.371/2006, 94/2007 y 529/2007, entre otros).

En tales casos, son invocables las obligaciones de guarda y custodia que, en virtud del artículo 459.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a los Secretarios Judiciales ("los secretarios judiciales responderán del depósito de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como del de las piezas de convicción en las causas penales, en los locales dispuestos a tal fin. Todo ello, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse reglamentariamente en cuanto al destino que deba darse a éstos en supuestos especiales").

La variedad de supuestos es, en sí misma, notable, comprendiendo todos aquellos en los que se produce una desaparición, pérdida o falta de localización de todos o algunos de los efectos intervenidos y depositados en sede judicial. Por el contrario, no pertenecen a esta sede, sino a la concreta de la eventual declaración del error judicial del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aquellos supuestos en los que se cuestiona la concreta entrega de los bienes litigiosos que realiza el Secretario Judicial en cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas en ejecución de sentencia -supuesto examinado por el dictamen número 2.597/2006.

En cualquier caso, la constatación de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no implica el reconocimiento del derecho de los particulares a la indemnización solicitada, debiendo acreditarse la concurrencia de los requisitos que, a tal efecto, establecen los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En este ámbito concreto de la pérdida o desaparición de los efectos intervenidos, el Consejo de Estado exige una prueba suficiente de la titularidad de los efectos intervenidos (dictamen número 1.929/2005) o, al menos, una apariencia fundada de esa titularidad (dictamen número 2.032/2002).

Es de destacar, al respecto, la importancia que, a la postre, adquiere la regular cumplimentación por parte de las autoridades policiales y judiciales de las correspondientes actas de intervención de efectos, como evidente instrumento de clarificación de las pretensiones deducidas y de depuración de las eventuales responsabilidades. Una vez más, ha de resaltarse la importancia de su incorporación al expediente que se remite a este Consejo de Estado, así como de su correcta práctica, como medio de evitar ulteriores trámites de prueba –por ejemplo, de la titularidad o del valor de los efectos intervenidos- en los procedimientos de responsabilidad, cuyo desarrollo presenta una dificultad progresivamente creciente en relación con la duración de la causa.

Expresivo de la importancia de los extremos recién señalados es el dictamen número 1.329/2006, en el que se examinaba una pretensión de indemnización que, entre otros particulares, versaba sobre los bienes que, en su momento, fueron intervenidos al reclamante, sin que, al término de la causa, le hubieran devueltos. Ante la discrepancia entre el reclamante y los órganos preinformantes sobre la eficacia probatoria de los documentos incorporados al expediente, el Consejo de Estado entendió que los documentos aportados por el reclamante, en los que constaba un sello oficial, acreditaban la realidad de la intervención, lo que permitía dar credibilidad a lo reflejado en el acta y al hecho de que los objetos en su día intervenidos al reclamante aún no le habían sido devueltos.

En definitiva, el Consejo de Estado ha sido crítico con lo que ha calificado de auténtica "patología" del funcionamiento de la Administración de Justicia, estadísticamente frecuente en los últimos años, consistente en la comisión de gruesas negligencias o, incluso, de posibles delitos allí donde el ciudadano esperaría la protección de sus derechos, esto es, los órganos y oficinas del Poder Judicial, entendiendo que "no deja de producir asombro que en las oficinas o dentro de la organización de los poderes y fuerzas públicos destinados a combatir el delito, precisamente allí, se produzcan extravíos y desapariciones lesivos al derecho de la

propiedad de los ciudadanos, que pueden obedecer en ocasiones a simple negligencia pero en ocasiones también muy verosímilmente a conductas delictivas que los responsables del depósito no han sabido evitar. La separación entre deuda y responsabilidad, la deuda de los funcionarios públicos que incumplen sus obligaciones de custodia y que, no obstante, no asumen la responsabilidad de su incumplimiento, que recae, como en este caso, en el Estado, puede explicar causalmente, que no justificar, la relajación en la observancia de dichas obligaciones, con grave perjuicio no sólo de los derechos de los justiciables, sorprendidos por una lesión a sus derechos donde esperaban protección o al menos legalidad, sino de la imagen y el prestigio del poder judicial ante la sociedad a la que sirve" (dictámenes números 94 y 529/2007).

4. El régimen de uso y conservación de los bienes incautados

Dentro del ámbito de los depósitos judiciales, el Consejo de Estado viene conociendo de peticiones de indemnización por los daños y perjuicios sufridos en vehículos judicialmente intervenidos y que se consideran causados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

En efecto, no son infrecuentes los casos en que el órgano judicial, a raíz de la detención de las supuestas personas implicadas en una serie de hechos delictivos –generalmente delitos contra la salud pública-, interviene los vehículos relacionados con tales hechos y autoriza su utilización provisional por personal de la policía judicial, por ejemplo, para la realización de labores de represión del tráfico de estupefacientes (vid., entre otros, dictámenes números 70/2006, 1356/2006 y 2159/2006).

Conviene, en primer lugar, señalar que muchas de estas reclamaciones se fundamentan en una doble petición. Por un lado, los reclamantes suelen cuestionar que se haya acordado la intervención de sus vehículos, entendiendo que, con ello, se les ha

producido un perjuicio consistente en la privación de su uso. Y, por otra parte, fundan su reclamación de indemnización de daños y perjuicios en los desperfectos del vehículo sufridos durante el tiempo de la intervención.

Ya quedó anteriormente indicado que las cuestiones a examinar se centran en la segunda vertiente de las pretensiones de los interesados, toda vez que la primera –la privación de uso del vehículo- es una medida cautelar acordada judicialmente, cuya discusión ha de canalizarse a través de los oportunos recursos y vías procesales y, ulteriormente, por la vía del eventual error judicial.

Por otra parte, no puede olvidarse que la privación del vehículo, a que con frecuencia se suelen referir los reclamantes en este tipo de expedientes, es la consecuencia de la medida acordada por el órgano judicial, que, como ha puesto de manifiesto reiterada jurisprudencia (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1994), implica una restricción de significación patrimonial, impuesta durante el tiempo indispensable para la comprobación de los hechos y que el particular tiene obligación de soportar.

Centrando pues la atención en lo atinente a la autorización de uso, en efecto, el apartado segundo del artículo 374 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que la autoridad judicial podrá acordar que, "con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento", los bienes, efectos o instrumentos de lícito comercio puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas. En consecuencia, ese uso de bienes intervenidos es, de nuevo, una medida que se decide en virtud de una resolución judicial, de modo que no forma parte del elenco de cuestiones que pueden plantearse en relación con el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Los extremos que sí tienen cabida dentro de tal funcionamiento son los ceñidos al modo en que se haga uso de tales bienes incautados, partiendo, a tales efectos, de recordar que, como repetidamente ha venido advirtiendo el Consejo de Estado, el concepto "Administración de Justicia" no se refiere sólo al Juez y demás personal que

compone la oficina judicial sino que alcanza, también, a aquellos colaboradores directos de la misma, como es, indudablemente, el caso de la policía judicial.

En suma, lo que se cuestiona en torno a ese uso es la supuesta falta de diligencia en el mantenimiento y conservación de los vehículos intervenidos o depositados en dependencias judiciales por parte de la Administración de Justicia, circunstancia que, con carácter general, el Consejo de Estado ha venido considerando que constituye un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

No se tiene, en efecto, el deber jurídico de soportar aquellos deterioros que se hayan producido como consecuencia de un uso descuidado. Y, en este sentido, el artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal advierte de la obligación del depositario de "conservar los bienes a disposición del Juez o Tribunal que conozca de la causa" y el artículo 1788 del Código Civil alude a la obligación general del depositario de bienes secuestrados "a cumplir respecto de ellos todas las obligaciones de un buen padre de familia".

A tales efectos, el Consejo de Estado ha señalado que una cosa es el deterioro natural de los bienes –en este caso, el vehículo- como consecuencia del paso natural del tiempo, y otra, los desperfectos sufridos en aquellos que puedan imputarse al descuido o a la debida falta de mantenimiento por quienes tenían atribuido su uso y disfrute. Es exigible proceder a la devolución de los bienes en el estado que normalmente se corresponda con la obligación de soportar las consecuencias que deriven de su conservación y sean compatibles con su adecuada utilización. Esto es, no procede indemnizar en aquellos casos en que la depreciación sufrida en el vehículo es consecuencia del tiempo transcurrido sino exclusivamente por aquellos perjuicios que deriven de la descuidada utilización de aquél. En esta línea se pronunció el dictamen número 70/2006 cuando recordó que "es preciso distinguir entre el deterioro normal por haber sido utilizado el vehículo durante siete años y el producido por la falta de diligencia en el cuidado del mismo. La reclamante tiene el deber jurídico de soportar la medida judicial acordada y en modo alguno procede, pues, indemnizar a la reclamante

por el valor solicitado … Únicamente le corresponde indemnizar a la Administración aquellos perjuicios derivados de una falta de mantenimiento más cuidadoso, pero no de aquellos que sean consecuencia natural del paso del tiempo”.

La Audiencia Nacional ha fallado también en estos términos advirtiendo que “aunque el recurrente venía obligado a soportar la intervención y utilización por la Policía Judicial de los vehículos de su propiedad …, por cuanto el artículo 374.3 del Código Penal previene expresamente el decomiso de los objetos que pudieran haber sido utilizados o proceder del tráfico de estupefacientes, y la posible utilización provisional de los mismos por parte de la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas mientras se sustancia el procedimiento, en ningún caso venía obligado el recurrente a soportar los daños consecuentes al mal uso o deficiente conservación de los vehículos intervenidos. De hecho, el propio artículo 374.3 del Código Penal advierte, que la autoridad judicial podrá acordar la utilización provisional de los objetos decomisados con las debidas garantías para su conservación" (Sentencia de 10 de junio de 2005). La Audiencia Nacional insiste, igualmente, en la idea de deslindar los perjuicios sufridos en el vehículo como consecuencia de una insuficiente diligencia de aquellos que son resultado del devenir del paso del tiempo: “Sólo podremos reconocer que se ha producido funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en el supuesto que examinamos, si consideramos acreditado que el depósito judicial de los vehículos intervenidos no se ajustó a la diligencia exigible, debiendo reputarse por ello indemnizables, exclusivamente, aquellos daños y perjuicios derivados de la mala gestión del referido depósito” (Sentencia de 26 de noviembre de 2004).

En resumen, el deterioro sufrido por el vehículo intervenido derivado de un uso normal del mismo a lo largo del tiempo es un perjuicio que el reclamante tiene el deber jurídico de soportar. “No es indemnizable, por tanto, el hecho de recibir un vehículo -o embarcación- más antiguo y más usado; y sí son indemnizables, en cambio, aquellos deterioros que procedan no del uso normal ni del paso del tiempo, sino del

incumplimiento del deber de custodia y conservación del bien intervenido" (dictamen número 2159/2006).

Cuestión distinta es la relativa a la acreditación del perjuicio. Con frecuencia, los interesados en este tipo de procedimientos invocan un perjuicio genérico derivado de un mal uso de los vehículos o de defectos de conservación de los mismos, sin determinar unos concretos daños, ni justificar la existencia de faltas o defectos apreciados en la devolución, ni acompañar, en otros muchos casos, siquiera documentación alguna acreditativa de los gastos que, según dicen, han tenido que soportar para su debido uso, lo que, generalmente, ha llevado al Consejo de Estado a desestimar este tipo de reclamaciones ante la falta de acreditación de tales perjuicios, al menos, como imputables a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

En otras ocasiones, los reclamantes sí que advierten y detallan los desperfectos, sin que, sin embargo, pueda determinarse exactamente si los mismos han sido producidos como consecuencia de la utilización descuidada del vehículo y, por tanto, vulnerándose los deberes de custodia por parte de la Administración de Justicia o, si por el contrario, se trata de unos desperfectos anteriores al momento de la intervención del vehículo.

Todas estas dificultades en la acreditación del perjuicio obligan a subrayar algunas de las sugerencias que este Consejo de Estado ha venido formulando en sus dictámenes en el sentido de que una diligencia extendida por la Policía Judicial "que describiera el estado del vehículo en el momento de su recepción y del inicio de su uso autorizado por el Juzgado permitiría determinar con exactitud los efectos de ese uso sobre el vehículo en el momento de su devolución al propietario" (dictamen número 1356/2006).

La hoja de entrega que, en la actualidad, suele firmarse a la hora de recoger el vehículo intervenido –prácticamente, el único documento en el que se pueden hacer, *ipso facto*, las alegaciones convenientes sobre los supuestos desperfectos que el

interesado considera que se le han causado al vehículo- no es a este respecto suficiente para determinar si los perjuicios han sido producidos durante la utilización por parte de la Policía Judicial o con anterioridad. En suma, esa diligencia permitiría probar en mayor medida que determinados desperfectos en el vehículo pertenecen a la época del uso por la Policía y no a un tiempo anterior, sin que evidentemente ello signifique que la falta de esa diligencia debiera llevar a estimar automáticamente toda alegación del reclamante sobre su vehículo sin apoyo en algún principio de prueba sobre la realidad de esos perjuicios.

III. ACERCA DE LA "INEXISTENCIA DEL HECHO" A LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El instituto general de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia incluye, como uno de sus títulos, el de la prisión preventiva seguida de la constatación de que no existió el hecho que fundamentó esa restricción de libertad personal (artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

La jurisprudencia y la doctrina que este Consejo ha elaborado en relación con tal título han identificado dos modalidades o vertientes de tal inexistencia, la "objetiva" y la "subjetiva". Concurre la primera de ellas en los casos en que, pese a los iniciales indicios de que existía un hecho punible, se comprueba ulteriormente que no es así y que no concurre el hecho que se imputaba al encausado. Frente a ella, la "inexistencia subjetiva" se da cuando, concurriendo efectivamente un hecho punible, se constata que alguna de las personas con las que se relacionó el hecho nada tiene, en realidad, que ver con él.

Ambas modalidades de inexistencia del hecho imputado confieren a los afectados el derecho a ser indemnizados si estuvieron por él sometidos a prisión preventiva, siempre y cuando tal inexistencia haya sido formalmente declarada en una sentencia absolutoria o en auto de sobreseimiento libre, debiendo notarse que este Consejo avanzó la tesis, luego asumida por la jurisprudencia, de que debían equipararse a esas resoluciones judiciales aquellas otras que no respondieran formalmente a tal caracterización pero tuvieran un efecto equivalente, como puede ser, en ocasiones, un auto de sobreseimiento provisional.

Recordado ese marco general, el Consejo de Estado ha tenido ocasión, durante el año 2006, de abordar una jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(TEDH) y del Tribunal Supremo que inciden en cómo haya de entenderse la inexistencia subjetiva y cuya relevancia, ya destacada en las correspondientes consultas, aconseja dedicarle ahora unas reflexiones de índole general.

1. El asunto Puig Panella del TEDH y la presunción de inocencia

1.1 El alcance y los fundamentos de la Sentencia Puig Panella.

El 25 de abril de 2006, el TEDH dictó una Sentencia en la que condenó a España por violación del artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma), en relación con la tramitación y resolución de una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por la prisión sufrida por un ciudadano español, reclamación que fue denegada al amparo del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Para explicitar adecuadamente el auténtico alcance de la *Sentencia Puig Panella*, dos puntualizaciones iniciales son necesarias:

- De un lado, conviene notar que no se trataba, en rigor, de un supuesto de prisión preventiva, sino de la privación de libertad derivada de una condena que después fue anulada por el Tribunal Constitucional, que, estimando el recurso de amparo formulado por el interesado, declaró que se había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia. En todo caso, la cuestión fue examinada por el Ministerio de Justicia y por los tribunales españoles a la luz del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y fue la aplicación de este precepto la que directamente resulta afectada por los razonamientos del TEDH. Éste aprecia que "las autoridades nacionales hicieron prueba de una severidad excesiva" al aplicar el artículo 294 de la LOPJ, en lugar del artículo 292, habida cuenta de que no se había producido ni absolución ni

sobreseimiento, lo que condujo a la desestimación de su demanda. La apariencia de severidad desaparece si se tiene en cuenta que la ausencia de una previa declaración judicial del error, por el Tribunal Supremo y en los términos previstos en el artículo 293 de la LOPJ, hubiera llevado a una directa desestimación de la reclamación sin necesidad de mayor análisis, de acuerdo con la interpretación y aplicación constante que se hacía de las aludidas normas de la LOPJ. Por el contrario, el examen de la reclamación a la luz del artículo 294 abría la posibilidad de que se declarase la responsabilidad del Estado (por analogía en relación con la pena cumplida; y sin ella, en relación con la prisión preventiva que también sufrió el recurrente). Ante la falta de invocación expresa de uno de los aludidos preceptos de la LOPJ, la Administración aplicó el que se consideraba más favorable para el interesado y le abría mayores posibilidades de indemnización.

– De otro, también ha de advertirse que el propio Tribunal recuerda en esta y otras Sentencias que el Convenio de Roma no otorga al "acusado" un derecho a ser indemnizado por una prisión preventiva que haya sido conforme a las exigencias del artículo 5 del Convenio (STEDH de 25 de agosto de 1993, *as. Sekanina*, entre otras); como ya había afirmado antes, el simple rechazo de una indemnización no es contrario, en sí mismo, a la presunción de inocencia (STEDH de 25 de agosto de 1987, *as. Englert*).

Hechas esas precisiones, el punto de partida radica en la presunción de inocencia garantizada por el artículo 6.2 del Convenio de Roma, que proclama: "Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada"; debe recordarse que el TEDH afirma su aplicabilidad en situaciones en que la persona afectada no es objeto de una acusación en materia penal, dada la estrecha conexión entre la responsabilidad penal del acusado y el derecho a percibir una indemnización por la prisión sufrida.

En el *caso Puig Panella*, el TEDH señaló que la motivación de la decisión del Ministerio de Justicia evidencia que la reclamación fue rechazada debido a la supuesta culpabilidad del interesado (o a la falta de certidumbre total en cuanto a su inocencia). Aunque la decisión –de rechazar- reposa sobre el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prevé que sólo tienen derecho a una indemnización las personas que hayan sido absueltas o hayan sido objeto de un sobreseimiento libre debido a inexistencia del hecho imputado, dice el TEDH, dicha exigencia, sin matiz ni reserva, en las circunstancias del caso, plantea una duda sobre la inocencia del demandante. Así, aunque el interesado no tuvo que demostrar su inocencia en el procedimiento administrativo, el Tribunal Constitucional había anulado la condena y el TEDH entiende que no cabe apoyarse en las sospechas sobre la inocencia del interesado tras una absolución definitiva. Puesto que el Ministerio de Justicia se basó en la falta de certeza total sobre la inocencia del recurrente para rechazar su pretensión indemnizatoria, cuando ya se había estimado el amparo, concluye el Tribunal que el razonamiento del Ministerio de Justicia, confirmado posteriormente por los tribunales internos, es incompatible con el respeto del derecho a la presunción de inocencia.

Resulta, por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, que la presunción de inocencia se vulnera si una decisión judicial relativa a un acusado **refleja el sentimiento de que es culpable**, cuando su culpabilidad no ha sido previamente establecida de acuerdo con la Ley. Así, una decisión que niega al acusado una indemnización por el ingreso en prisión preventiva puede plantear problemas desde la perspectiva del artículo 6.2 del Convenio si motivos indisociables del fallo (o de la parte dispositiva de la resolución) equivalen, en sustancia, a una constatación de culpabilidad sin que ésta haya sido previamente establecida.

Aunque puede distinguirse, a estos efectos, una resolución que describe un "estado de sospecha" de aquellas que encierran una "constatación de culpabilidad" (STEDH, *as. Englert*), el TEDH considera que, una vez que la absolución ha pasado a ser definitiva (aun cuando se trate de una absolución basada en el derecho a la

presunción de inocencia y el beneficio de la duda que éste supone), la **expresión de cualquier sospecha** de culpabilidad, es incompatible con la presunción de inocencia (STEDH, *as. Rushiti*).

A partir de ello, el Tribunal examina si, por su manera de actuar, por los motivos de sus decisiones, o por el lenguaje utilizado en su razonamiento, el Ministerio de Justicia o los tribunales internos vulneran el derecho a la presunción de inocencia; lo que podría suceder si aquel, o éstos, reflejan el sentimiento de que el interesado era culpable o expresan cualquier sospecha de culpabilidad.

De todo ello se hacía eco, al poco tiempo, el Consejo de Estado en su dictamen número 598/2006, en el que, tras llamar la atención sobre los términos en los que pronunciaba la propuesta de resolución en aquel caso y su incompatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia recogido en el artículo 294 de la LOPJ, añadía: "Resulta necesario insistir en este punto, especialmente a la vista de la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 2006 (as. Puig Panella c. España), en la que el Tribunal aprecia una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no porque se niegue la indemnización a quien se vio privado de libertad y resultó posteriormente absuelto (en virtud del derecho a la presunción de inocencia), sino porque se considera que la motivación utilizada en la resolución del Ministerio de Justicia revelaba que la denegación de una indemnización se basó en la 'supuesta culpabilidad' (o en la ausencia de una 'absoluta certeza de su inocencia'). Ha de subrayarse, en este sentido, que si bien la jurisprudencia del TEDH reconoce que el Convenio de Roma no impone la indemnización de los perjuicios derivados de la prisión provisional, el Tribunal sí examina la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por el modo de actuar del Ministerio de Justicia y órganos judiciales, por la motivación de sus resoluciones o por el lenguaje utilizado en sus razonamientos".

1.2 El respeto del derecho a la presunción de inocencia en la resolución de reclamaciones.

La *Sentencia Puig Panella* ha dado lugar a que se haya sostenido la necesidad de modificar ese artículo 294, al entender que su aplicación genera, en muchos casos, vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia.

Tal posibilidad exigiría un estudio detenido sobre cuál habría de ser la dirección de tal reforma y respecto de la forma de engarzar tal modificación legislativa con el diseño que, desde nuestra Constitución, se da al instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Algunas posiciones favorables a esa reforma legislativa parecen propugnar que, a la vista de la *Sentencia Puig Panella*, la aplicación de la indemnización por prisión preventiva no tenga en cuenta la causa de la absolución. Si se considerase que, a la vista de la jurisprudencia del TEDH, no debe tomarse en consideración la causa de la absolución, sería imprescindible una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto que su actual artículo 294 hace depender el derecho a indemnización, directa y expresamente, de la causa de la absolución o del sobreseimiento.

Debe notarse que una reforma orientada a la indemnizabilidad de todos los supuestos de prisión preventiva que no concluyan con una sentencia condenatoria (i.e., con independencia de la causa que determinara la absolución o el sobreseimiento) supondría una extensión de la responsabilidad del Estado ante determinadas decisiones judiciales, favoreciendo especialmente a quienes resultaran absueltos en virtud del derecho a la presunción de inocencia o del principio *in dubio pro reo*. Pero podría tener también un efecto limitativo de la virtualidad del derecho a la presunción de inocencia en el ámbito penal, situando la decisión judicial penal en tensión entre la condena y la indemnización del acusado que ha sido mantenido en prisión preventiva durante las actuaciones judiciales.

A la vista de la complejidad de esa eventual modificación legislativa, entiende este Consejo que la atención inmediata ha de centrarse en aplicar el citado artículo 294 de conformidad con las exigencias del Convenio de Roma, tal y como es interpretado por el TEDH y a tal objetivo se encaminan las siguientes reflexiones.

La tramitación de una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por la prisión preventiva sufrida y los razonamientos que se utilicen para resolverla no puede suponer, ni reflejar, ni aun sugerir, que se está realizando una nueva valoración o enjuiciamiento de la conducta de una persona cuya inocencia ya ha sido determinada, ni que existen sospechas sobre su culpabilidad o dudas acerca de su inocencia. En suma, habrán de extremarse las precauciones para que el derecho a la presunción de inocencia –en muchos casos, fundamento de la absolución en vía penal- no quede vulnerado en la tramitación, fundamentación y resolución de la reclamación formulada al amparo del artículo 294.

Para ello, el análisis de si la absolución o el sobreseimiento se produjeron "por inexistencia del hecho imputado" no puede responder a un nuevo enjuiciamiento sino, en todo caso, a un examen del que ya realizó el órgano judicial. La resolución judicial habrá de dejar constancia de las razones que llevan a la absolución o sobreseimiento, o por lo menos de las que directamente conduzcan a una u otro. Causas que pueden ser múltiples y diversas y, algunas de ellas, concurrentes: que se haya probado la inexistencia del hecho, la falta de participación del acusado, el derecho a la presunción de inocencia, el principio acusatorio, el principio *in dubio pro reo*, nulidad de pruebas practicadas, veredicto de inculpabilidad, etc. Teniendo en cuenta las razones expresadas en la resolución judicial, como datos, podrá llegarse a la conclusión de si aquella se dictó por inexistencia del hecho imputado.

De acuerdo con lo anterior, no parece que haya riesgo para el derecho a la presunción de inocencia si la Administración se limita a examinar el contenido de la Sentencia absolutoria o del Auto de sobreseimiento, a fin de constatar si expresamente menciona como causa de la absolución o del sobreseimiento la inexistencia del hecho

y, a partir de ello, concluir que concurre o no el supuesto del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se trata, en definitiva, de constatar si se da el supuesto del artículo 294, sin valorar, enjuiciar ni examinar la conducta o indicios que pudieran existir en el proceso. Así, por ejemplo, si la Sentencia absolutoria pone de manifiesto que la absolución se produce como consecuencia de las dudas existentes sobre la participación del acusado, y en virtud del derecho a la presunción de inocencia, puede concluirse que no consta el supuesto de hecho del artículo 294, es decir, que la absolución se produjera "por inexistencia del hecho".

Ahora bien, aun así, ha de recordarse que el TEDH considera que una expresión de las sospechas no es aceptable desde el punto de vista del artículo 6.2, por el solo hecho de que dichas sospechas hayan sido expresadas anteriormente en las razones de la absolución, dado que la finalidad general de la presunción de inocencia es proteger al acusado contra cualquier decisión o afirmaciones hechas por funcionarios del Estado que contribuyan a una valoración de la culpabilidad del acusado sin haber sido éste previamente declarado culpable. De ahí que haya afirmado el TEDH que la expresión de cualquier sospecha de culpabilidad, incluyendo las expresadas en las razones para la absolución, se considere incompatible con la presunción de inocencia (STEDH de 21 de marzo de 2000, as. Rushiti). Ahora bien, según se desprende del razonamiento del TEDH en ese mismo caso y de la conclusión a la que llega, las declaraciones que se consideran vulneradoras de aquel derecho son las que, tras la absolución (en el procedimiento de reclamación indemnizatoria), evidencian que **continúan** existiendo sospechas en contra del interesado, emitiendo así dudas sobre su inocencia. Dicho en otros términos, la vulneración se produce, no porque se reproduzcan los razonamientos de la Sentencia absolutoria (esto es, las causas por las que tuvo lugar la absolución), sino porque se recojan como si persistieran las sospechas después de la absolución (al resolver la reclamación administrativa).

Cualquier ampliación del análisis (más allá de la constatación de las razones en que expresamente se basa la Sentencia o Auto de sobreseimiento y de su encaje en el

supuesto de hecho del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) constituye un riesgo potencial para el derecho a la presunción de inocencia; pero también una mayor virtualidad protectora del artículo 294 que resulta a veces alentado por razones de justicia material.

En efecto, dado que, en ocasiones, la resolución judicial expresa únicamente la causa directa –que es la que interesa a la decisión penal-, no es insólito que la inexistencia del hecho, siendo causa indirecta de la absolución, no llegue a recogerse como tal en la Sentencia (por ejemplo, por haber sido previamente retirada la acusación a raíz de dicha inexistencia). Por ello, una aplicación del artículo 294 acorde con su espíritu debe permitir que, aun no constando de forma expresa la inexistencia del hecho imputado en la Sentencia o Auto de sobreseimiento, sea patente que dicha inexistencia es la causa, siquiera sea indirecta, de la absolución o sobreseimiento. Sin embargo, para llegar a tal conclusión, no puede realizarse un nuevo enjuiciamiento o una nueva valoración de los hechos, en la medida en que ello puede suponer –en caso de que se concluya que no hay inexistencia del hecho- la expresión de dudas sobre la inocencia del interesado.

1.3 Conclusiones.

En definitiva, la cuestión que la aludida jurisprudencia del TEDH plantea, en relación con la aplicación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es un problema de argumentación y no de resolución, lo que aconseja huir de excesos de motivación e incluso limitar ésta a la constatación de que la causa de la absolución es, o no es, la inexistencia del hecho imputado; y, como consecuencia, afirmar o rechazar la posibilidad de subsumir el caso de que se trate en el supuesto de hecho del artículo 294. Para ello puede bastar la exposición de las razones que, de forma más o menos explícita, llevaron al órgano judicial penal a absolver o a sobreseer las actuaciones. Pero siempre refiriendo aquellos pronunciamientos al momento en que se realizaron, de forma que la mención de una sospecha existente antes de la absolución (en la

Sentencia absolutoria o Auto de sobreseimiento) no pueda verse como la afirmación –ni aun sugerencia- de que la sospecha persiste después de aquélla.

Todo ello ha de aplicarse sin que un excesivo formalismo (como sería la exigencia inexcusable, para indemnizar, de una expresa afirmación en la Sentencia o Auto de la inexistencia del hecho imputado) impida resolver, casuísticamente, los problemas de justicia material que en la práctica se vayan planteando (como se ha venido haciendo, dando lugar, en su día, al concepto de "inexistencia subjetiva" o a la doctrina del "efecto equivalente"): se mutilaría la virtualidad propia del artículo 121 de la Constitución si la Ley Orgánica del Poder Judicial, o su aplicación práctica, excluyera de raíz la posibilidad de indemnizar por prisión preventiva en los casos en que la Sentencia absolutoria o el Auto de sobreseimiento no afirman expresamente la inexistencia del hecho imputado.

Son notables, por su actualidad en relación con un problema distinto pero análogo, las palabras que se recogían hace ahora 20 años, en la Memoria del Consejo de Estado del año 1987: "En estas circunstancias, no resulta inoportuno sugerir al Gobierno la procedencia de ejercitar una iniciativa normativa que oriente y clarifique las prescripciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Cabe pensar, a este respecto y sin perjuicio de cualquier otra idónea, en la oportunidad que ofrezca la revisión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (pronunciamiento necesario y expreso, a este fin, de la sentencia absolutoria o del auto de sobreseimiento libre)".

2. La retirada de la acusación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

2.1 La retirada de la acusación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En las reclamaciones de responsabilidad derivadas de prisión preventiva, formuladas al amparo del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se vienen

suscitando dudas acerca de cuál sea el alcance que deba atribuirse a la retirada de la acusación del Ministerio Fiscal, a efectos de determinar si concurre o no la inexistencia del hecho imputado que integra el supuesto de hecho de aquella disposición. En el año 2006 se han producido algunos pronunciamientos jurisprudenciales que no han pasado inadvertidos al Ministerio de Justicia, que ha fundado en ellos distintas propuestas de resolución en casos de absolución por retirada de la acusación, equiparando ésta a la inexistencia del hecho imputado.

En efecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de octubre de 2006, en términos que son después reiterados por otra de 22 de diciembre de 2006, dictada en unificación de doctrina, se plantea la necesidad de precisar si la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral puede considerarse incardinada en alguno de los supuestos previstos en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y, recordando lo ya declarado en Sentencia de 26 de enero de 2005, señala que la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal "configura o implica, cuando menos, una presunción de la denominada inexistencia subjetiva del hecho, porque si hubiese indicios racionales de la participación en este del imputado, no se habría desistido de aquella", pues cuando el Ministerio Público retira en el acto del juicio oral la acusación contra una persona –dice el Tribunal Supremo- "aquella queda exenta de cualquier tipo de responsabilidad penal, al no quedar desvirtuado el principio de la presunción de inocencia; ya que no cabe olvidar que el procedimiento penal se rige por el principio acusatorio, de tal forma que si no existe parte, ya pública, ya privada en su caso, que ejercite la acción penal, no es que podamos hablar de una sentencia absolutoria o de un sobreseimiento libre respecto a quien no se formula acusación sino que el posible procedimiento penal que hubiera podido incoarse respecto al mismo, pierde cualquier virtualidad y queda sin objeto". Esto es lo que ocurre cuando el Ministerio Fiscal, a quien constitucionalmente incumbe la defensa de la legalidad, retira en el acto del juicio oral la acusación penal que hubiese podido formular; "retirada ésta de acusación que como consecuencia del principio acusatorio

que rige el procedimiento penal tiene una consecuencia lógica e ineludible, cual es que aquella persona a la que afecte la retirada de acusación queda exenta de cualquier responsabilidad penal cuando menos y, como decía la sentencia citada de esta Sección, por inexistencia subjetiva del hecho".

Ello lleva al Tribunal Supremo a estimar el recurso, dice textualmente, "al equipararse a efectos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal a un supuesto de inexistencia subjetiva del hecho".

Los pasajes jurisprudenciales reproducidos revelan, pues, que el Tribunal Supremo se mueve entre una presunción y una identificación. Así, afirma, de un lado, que la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal implica una presunción de inexistencia subjetiva del hecho, pero, de otro, estima el recurso (en distintas sentencias) por equipararse la retirada de la acusación a un supuesto de inexistencia del hecho.

A partir de lo anterior, se ha extendido, en las propuestas resolución elaboradas por el Ministerio de Justicia, el criterio de que siempre que se produce una retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal ha de entenderse que concurre la inexistencia del hecho imputado a efectos de apreciar el supuesto de hecho previsto en el artículo 294 de la LOPJ. Incluso, posteriormente, se llegará a dar un paso más, equiparando el caso del sobreseimiento provisional no recurrido por el Ministerio Fiscal, con una retirada de la acusación; con lo que se llega a la conclusión, abiertamente opuesta a la Ley, de reconocimiento del derecho a indemnización con independencia, no sólo del tipo de sobreseimiento acordado, sino también de la causa por la que se haya dictado.

Se trata de una cuestión sobre la que el Consejo de Estado ha llamado la atención en algún dictamen emitido en 2006, notando que existía alguna Sentencia del Tribunal Supremo, ya en el año 2005 –e incluso alguna anterior-, que hacía conveniente perfilar cuál debía ser el alcance que se diera a la retirada de la acusación en las reclamaciones

basadas en el artículo 294 de la LOPJ. Así, en el dictamen 294/2006, tras citar las Sentencias aludidas en el texto, se sostenía que "en los casos en que el Ministerio Fiscal retira la acusación respecto de determinada persona, puede tener una mayor virtualidad la previsión del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto que los elementos inculpatorios que existían se han considerado insuficientes incluso para mantener la acusación en relación con esa persona. Ahora bien, esa mayor virtualidad no debe llegar al extremo de ignorar o excluir la exigencia legal sustantiva de que la absolución o el sobreseimiento (o la resolución de efecto equivalente) se produzcan por la inexistencia del hecho imputado". En consecuencia, "si de las actuaciones judiciales y del informe del Ministerio Fiscal resulta que la retirada de la acusación no se produjo por inexistencia del hecho imputado, tampoco podrá concluirse que la absolución deriva de esa inexistencia. Es el caso, no infrecuente, en que la retirada de la acusación se produce por la insuficiencia de la prueba existente para acusar a determinada persona, pues no ignora el Ministerio Fiscal que la insuficiencia de la prueba ha de llevar al órgano enjuiciador a una absolución amparada en el derecho a la presunción de inocencia o en el principio «in dubio pro reo», según los casos".

Resulta conveniente, por ello, una reflexión sobre el estado actual de la cuestión, esbozando algunos elementos que han de tenerse en cuenta al abordar casos de este tipo.

2.2 La inexistencia del hecho imputado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Los citados pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con el valor que puede darse a la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal han de ponerse en relación con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la ya citada distinción entre la inexistencia objetiva y subjetiva.

A título de mero ejemplo, cabe citar la Sentencia de 30 de marzo de 2007, que afirma que "es reiterada la doctrina de esta Sala (...) que proclama que son subsumibles en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por tanto deben generar derecho a la correspondiente indemnización, los supuestos en que se pruebe la inexistencia del hecho imputado 'inexistencia objetiva', por no haberse producido o no concurrir en el hecho enjuiciado todos los elementos del tipo penal y aquéllos en que resulte probada la falta de participación del inculpado o procesado en el hecho que se le hubiese atribuido 'inexistencia subjetiva'".

De acuerdo con ello, la responsabilidad surge en los casos en que la absolución se base en que ha quedado probada la inexistencia, objetiva o subjetiva, del hecho imputado; mientras que debe rechazarse –como se indica en el siguiente párrafo de la misma Sentencia- cuando se esté ante una absolución "por falta de pruebas".

Conviene destacar algunos aspectos en relación con esta consolidada jurisprudencia. En primer lugar, lo relevante es el elemento material, la probada inexistencia del hecho imputado como causa de la absolución o sobreseimiento, habiendo quedado en un segundo plano la forma que revista la resolución judicial en que quede plasmada (es la doctrina del "efecto equivalente" impulsada desde este Consejo de Estado, hoy consolidada también en la jurisprudencia). En segundo término, que para decidir si se está ante los supuestos que generan responsabilidad, "se ha de atender al auténtico significado de la resolución pronunciada por la jurisdicción penal, sin que para ello resulten decisivas las expresiones, más o menos acertadas, de la Sentencia absolutoria o del auto de sobreseimiento libre" (Sentencias de 29 de mayo de 1999 o de 5 de junio de 1999, entre muchas otras, incluida la antes citada de 30 de marzo de 2007).

Pero, en todo caso, y como se continúa diciendo en las Sentencias recién citadas "es necesario deducirlo del relato de hechos probados y de la valoración de las pruebas realizada por el Juez o Tribunal Penal". Esto último implica que no puede la Administración realizar una nueva valoración de las pruebas –que sólo al órgano

judicial penal compete-, sino que ha de estarse a lo resuelto por el órgano judicial (lo contrario conlleva el riesgo de vulnerar el derecho a la presunción de inocencia en cuanto la nueva valoración se oriente a manifestar dudas –por parte de la Administración- acerca de la existencia, objetiva o subjetiva, del hecho imputado).

2.3 Improcedencia de equiparar, en abstracto y a efectos indemnizatorios, retirada de la acusación e inexistencia del hecho.

Aunque en determinadas ocasiones se pueda equiparar la retirada de la acusación en el caso concreto a una inexistencia del hecho imputado –como ocurre en las Sentencias de 2006 aludidas-, debe evitarse un automatismo en la aplicación de esta doctrina, de forma que, afirmada la existencia de una presunción [Presunción, más que de inexistencia del hecho imputado, de que la retirada de la acusación se realiza por estar probada dicha inexistencia; así debe entenderse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y teniendo en cuenta que, en caso contrario, desvirtuar la presunción podría suponer afirmar la participación del interesado en un delito, en relación con el cual se ha retirado la acusación (con vulneración, más o menos explícita, de su derecho a la presunción de inocencia)], ha de examinarse, en cada caso concreto, si existen factores que la desvirtúen (o si, por el contrario y en el caso concreto, ha de llegarse a la equiparación en el sentido de apreciar que la absolución derivó de la inexistencia del hecho imputado).

A tal conclusión conduce, en primer lugar, la consideración conjunta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, valorando en sus justos términos la ya citada línea jurisprudencial en torno a la inexistencia objetiva y subjetiva.

Junto a ello, no se puede dejar de destacar que la ausencia de automatismo entre retirada la acusación por el Ministerio Fiscal e inexistencia subjetiva está también

afirmada en la propia jurisprudencia específica del Tribunal Supremo respecto de la citada retirada, pudiendo citarse, en tal sentido, algún pronunciamiento del Tribunal Supremo –entre los citados de enero de 2005 y diciembre de 2006-, en que expresamente declara: "La retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal no puede interpretarse en el supuesto concreto que examinamos como un supuesto indubitado de inexistencia subjetiva del hecho en cuanto no está acreditada la no participación del recurrente en los hechos" (STS de 15 de diciembre de 2005).

Si la Ley reconoce el derecho a ser indemnizado en casos de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria por inexistencia del hecho imputado, parece posible reconocer tal derecho también en aquellos casos en que, al ser retirada la acusación y en virtud del principio acusatorio, el órgano judicial no llega a pronunciarse siquiera sobre la existencia o inexistencia de unos hechos que ya no se imputan a determinada persona (el después reclamante). El hecho de que en tales casos la resolución judicial frecuentemente se limite a absolver por haberse retirado la acusación y en virtud del principio acusatorio –sin pronunciamiento alguno, por tanto, sobre la existencia o inexistencia del hecho imputado- puede explicar que se adopte una presunción de su inexistencia.

Ahora bien, de ahí a equiparar, en abstracto y en todo caso, la retirada de la acusación con la inexistencia del hecho imputado existe una distancia que, a juicio del Consejo de Estado, no debe recorrerse.

Militan en contra de tal equiparación una diversidad de factores, entre los que cabe destacar:

1. Con carácter general, ha de insistirse en que la inexistencia subjetiva ha de deducirse del contenido de la resolución judicial, sin que pueda darse una significación automática a tales efectos y aisladamente considerada, a la postura que sostenga el representante del Ministerio Público. Es, en efecto, la valoración del órgano judicial la relevante a efectos del artículo 294, de forma que la existencia de una acusación por parte del Ministerio Fiscal no tiene relevancia, a efectos del citado precepto, si la

posterior Sentencia afirma taxativamente la inexistencia del hecho imputado, en contra de las conclusiones del Ministerio Público.

2. Todavía en un orden muy general de argumentación, ha de tenerse en cuenta que, a la vista de las normas y principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal, es perfectamente viable que la retirada de la acusación –como la sentencia absolutoria- se produzca tanto por la probada inexistencia del hecho como, en cambio, en virtud del derecho a la presunción de inocencia que asiste al imputado. No es ocioso recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, el Ministerio Fiscal debe velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 3.3), incluido por tanto el derecho a la presunción de inocencia, y le corresponde no sólo ejercitar las acciones penales dimanantes de los delitos, sino también oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (artículo 3.4), actuando siempre conforme a los principios de legalidad e imparcialidad (artículo 2), con lo que ello implica de sujeción a la Constitución, objetividad e independencia (artículos 6 y 7).

A partir de ello, debe notarse que el Ministerio Fiscal puede retirar la acusación por apreciar que ha quedado acreditada la inexistencia –objetiva o subjetiva- del hecho imputado; pero puede también retirarla por otras razones. En efecto, de acuerdo con el artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal puede solicitar el sobreseimiento por cualquiera de los motivos previstos en los artículos 637 y 641 (tanto los del sobreseimiento libre, como los del sobreseimiento provisional que, no se olvide, es una resolución no incluida en la literalidad del supuesto de hecho del artículo 294 LOPJ, por más que se le pueda atribuir un "efecto equivalente", siempre y cuando esté acreditado el elemento material de la inexistencia del hecho imputado. Pero, si se permite la expresión, aquí la presunción sería la contraria: como regla, la acreditada inexistencia del hecho conduce a un sobreseimiento libre y no provisional.). En esta misma línea, cabe notar que si el Ministerio Fiscal apreciara la procedencia de un sobreseimiento provisional por alguno de los motivos del artículo 641 (aun no

apreciándose la inexistencia del hecho imputado), la retirada de la acusación daría lugar a un sobreseimiento o bien a una absolución en virtud del principio acusatorio (teniendo en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no permite que el tribunal emplee en la Sentencia la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a quienes crea que no debe condenar: artículo 742).

3. También puede darse el caso de que el Ministerio Fiscal retire la acusación, pero que ésta sea mantenida por la acusación particular, con lo que podrían coincidir, en un caso concreto, una retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal y una condena, con lo que ello supone de existencia indubitada, objetiva y subjetiva, del hecho imputado.

4. Ampliando la gama de posibilidades procesales, ha de notarse que la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla también, de forma expresa, la posibilidad de que el Tribunal "conceptúe improcedente la petición del Ministerio Fiscal relativa al sobreseimiento" y, si no hubiera acusación particular para sostener la acción, el órgano judicial habrá de acordar el sobreseimiento (o, en su caso, la absolución por retirada de la acusación). [Tiene sentido que, en el ámbito penal y en virtud del principio acusatorio, la retirada de la acusación por parte del Fiscal impida la condena que pudiera imponer, en caso contrario, el órgano judicial. Pero la situación es muy distinta cuando se trata de reconocer el derecho a una indemnización por los daños derivados, al cabo, de una resolución judicial (aquella por la que se acordó la prisión preventiva). Nótese que, para reparar los daños derivados de un error judicial se exige siempre una previa *decisión judicial* que expresamente lo reconozca (artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)].

En todo caso, no se trata de hipótesis abstractas e imaginadas más allá de la práctica real, ya que es posible encontrar Sentencias en las que el órgano judicial llega a afirmar la existencia de delitos, expresando a continuación que procede absolver por retirada de la acusación y en virtud del principio acusatorio. Entre otras que contienen

términos no menos expresivos, cabe reproducir lo que decía la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, en Sentencia de 16 de julio de 2003:

> "2. En segundo lugar, los hechos son también constitutivos de un delito contra la salud pública previsto en el art. 368 del Código Penal, delito que viene integrado por la conducta de Sebastián (...). No se ha formulado acusación por este hecho, por lo que no es posible su punición por respeto al principio acusatorio.
>
> 3. En tercer lugar, los hechos son también constitutivos de un delito contra la salud pública previsto en el art. 368 del Código Penal, integrado por la conducta de Narciso (...). Es evidente que se trataba de una posesión preordenada al tráfico en pequeñas cantidades. Tampoco se ha formulado acusación por este delito por lo que no procede su punición igualmente por respeto al principio acusatorio».

A juicio del Consejo de Estado, casos como los aludidos en estos párrafos no serían subsumibles en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal y como éste viene siendo interpretado y aplicado tanto por el Consejo de Estado, como por el Tribunal Supremo en la consolidada línea jurisprudencial antes esbozada. Ello es compatible con una presunción –*iuris tantum*- de inexistencia del hecho, predicable de los casos en que se produce una retirada de la acusación, pero chocaría frontalmente con un intento de equiparación, automática y en abstracto, entre retirada de la acusación e inexistencia del hecho.

En definitiva, la retirada de la acusación puede obedecer a que exista constancia de la inexistencia, objetiva o subjetiva, del hecho imputado; pero puede también responder a otras razones, en casos en los que no sólo el artículo 294 no prevé una declaración de responsabilidad del Estado, sino que están expresamente marginados por la jurisprudencia del derecho a indemnización que aquel artículo prevé (en particular, el caso de insuficiencia de la prueba de cargo para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia). Nuevamente, una Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, viene a ilustrar lo expuesto; se trata de un pronunciamiento de 25 de noviembre de 2003, referente a una acusación particular, pero cuyas consideraciones

son aplicables a una eventual retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal. Dice allí el Tribunal Supremo:

> "6. En atención a lo expuesto, es visto que existía suficiente base incriminatoria para formular acusación. De calificarla de temeraria o de mala fe, tendría que trasladarse tal calificativo al juez de instrucción, que desarrolló con abundantes argumentos la incriminación realizada.
>
> Ahora bien, sea por razón del tiempo transcurrido, por la incomparecencia de ciertos testigos, por la desaparición de las oficinas (...), de sus libros oficiales y demás registros catastrales y soportes documentales de la misma, las pruebas no pudieron confirmar los indicios de cargo apuntados. En tal tesitura, el recurrente retiró la acusación, en momento adecuado. No concurrió de su parte temeridad o mala fe al formular escrito acusatorio, frente al inculpado".

Pretender que el Ministerio Fiscal mantenga la acusación cuando las pruebas de cargo son insuficientes para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia sería exigirle una actuación contraria a las normas que rigen su actuación, y que podrían acercarla a temeridad o mala fe. Y entender que siempre que retira la acusación lo hace por haber quedado acreditada la inexistencia del hecho imputado sería asumir que en los casos de insuficiencia de la prueba de cargo, el Ministerio Fiscal ignora el derecho a la presunción de inocencia del imputado o que pretende que el órgano judicial se pronuncie contra él. En definitiva, no debe darse a la retirada de la acusación un significado distinto del que el Ministerio Fiscal le atribuye cuando la formula. Cabría incluso aventurar algún efecto no deseado que podría tener el conocimiento previo, por parte del Ministerio Fiscal, del sentido –diferente- que se va a atribuir, en vía administrativa, a su retirada de la acusación.

En definitiva, no debe atribuirse a la retirada de la acusación un significado que no siempre ha de tener (en ocasiones obedecerá a una apreciación de inexistencia del hecho, pero en otras responderá al respeto del derecho a la presunción de inocencia o a razones distintas); ni debe atribuirse a dicha retirada un mayor alcance que el que el

legislador le ha dado a la sentencia absolutoria y al auto de sobreseimiento libre, que, para dar derecho a indemnización, requieren –ambos- el elemento causal de la inexistencia del hecho imputado.

2.4 Conclusiones.

Todo lo anterior conduce a subrayar, en primer término, la necesidad de mantener una aplicación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial coincidente con una doctrina del Consejo de Estado y con una jurisprudencia del Tribunal Supremo, muy consolidadas y reiteradamente recordadas, que hacen gravitar el supuesto del citado artículo 294 sobre la constancia, como causa de la absolución o sobreseimiento, de la inexistencia objetiva o subjetiva del hecho imputado. Como se dice en la Sentencia de 30 de marzo de 2007 antes citada, deben generar derecho a indemnización los casos en que la absolución o sobreseimiento derive de que se haya acreditado ("se pruebe") la inexistencia objetiva del hecho imputado o de que haya resultado probada la falta de participación del inculpado. Dicha conclusión –o la contraria- ha de alcanzarse a partir de lo que expresa el órgano judicial penal en la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre (o bien en la resolución de "efecto equivalente").

En los casos de retirada de la acusación, la resolución judicial correspondiente se limita a dejar constancia de tal situación y a absolver en virtud del principio acusatorio, sin que pueda deducirse directamente de su contenido, normalmente, la existencia o inexistencia del hecho imputado. Ello permite sostener que la absolución deriva, en rigor y directamente, de la retirada de la acusación; pero, junto a ello, puede sostenerse también que deriva indirectamente de la inexistencia del hecho imputado cuando ha sido esa inexistencia –objetiva o subjetiva- la causa determinante de la retirada de la acusación e, indirectamente, por tanto, de la absolución. Así lo ha sostenido el Consejo de Estado en muchas ocasiones, aunque sin llegar a configurarlo como una presunción (dictámenes números 100/2005, 1.789/2004, 1.153/2004, ó 1.146/2001, entre otros).

Sobre la base de que el desistimiento de la acción deriva de la ausencia de indicios racionales de la existencia del hecho, y puesto que la retirada de la acusación determina que el proceso penal "queda sin objeto", el Tribunal Supremo ha afirmado que esa retirada de la acusación implica una presunción, cuando menos, de inexistencia subjetiva del hecho imputado (y, en su caso, incluso, de inexistencia objetiva). Con ello se impide que la parquedad de la resolución judicial en cuanto a la eventual inexistencia del hecho imputado perjudique el derecho de quien pudiera tenerlo a ser resarcido al amparo del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por haber sido absuelto –siquiera sea indirectamente- por inexistencia del hecho imputado. Esta presunción, que potencia la protección de los afectados por el proceso penal, es plenamente compatible con la interpretación que tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo vienen realizando del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Afirmada por el Tribunal Supremo dicha presunción, interesa saber cuáles son los elementos que pueden destruir su virtualidad en cada caso concreto. En principio, parece claro que debe tener esa eficacia desvirtuadora un pronunciamiento explícito del órgano judicial penal que expresamente afirme la existencia, objetiva y subjetiva, del hecho imputado (pronunciamientos infrecuentes pero, como se ha visto, no inexistentes). También debe reconocerse aptitud para destruir la presunción a la constancia, en las actuaciones judiciales, de que la retirada de la acusación obedece a razones distintas de la inexistencia del hecho; así, si el Ministerio Fiscal razona que retira la acusación ante la insuficiencia de la prueba o por aplicación del derecho a la presunción de inocencia (por ejemplo, ante la incomparecencia de algún testigo esencial, o por destrucción de una prueba), habrá de llegarse a la misma conclusión que si fuera la Sentencia la que explicitara esos mismos motivos como causa de la absolución. En efecto, no parece razonable excluir la indemnizabilidad cuando se dicta una Sentencia por insuficiencia de prueba y en virtud del derecho a la presunción de inocencia y, en cambio, reconocer la indemnización cuando es el Ministerio Fiscal el

que, por esos mismos motivos, retira la acusación. Para empezar, ello equivaldría a dar más peso, a efectos indemnizatorios, a la decisión del Ministerio Fiscal que a la resolución del órgano judicial penal y, adicionalmente, atribuir a dicha decisión del Ministerio Público un alcance que el legislador no ha querido dar, por sí solos, a la sentencia absolutoria o al auto de sobreseimiento libre.

En fin, no deben descartarse otros medios, como la posibilidad de que otras actuaciones existentes en el expediente ayuden a integrar y poner de manifiesto el verdadero sentido de la retirada de la acusación y, por tanto, de una absolución formalmente derivada de la retirada de la acusación; pero, en tal caso, habrían de extremarse las cautelas para evitar que, con ello, se realizara, en la práctica, un nuevo enjuiciamiento de los hechos o pudiera percibirse la existencia o persistencia de sospechas sobre la culpabilidad del reclamante, con el consiguiente riesgo de vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

IV. SOBRE EL DEBER DE INFORMACION DE LOS PODERES PUBLICOS

1. Introducción

La doctrina ha decantado como criterio general que la actuación de las Administraciones Públicas ha de inspirarse en el principio de publicidad y ello supone un paso de grande importancia en la nunca acabada tarea de acercar la administración a la ciudadanía. El legislador ordinario extrajo las consecuencias de ello y así la Ley 48/1978, de 7 de octubre, introdujo en el artículo 1 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, el siguiente principio: "Los órganos del Estado están sometidos en su actividad al principio de publicidad de acuerdo con las normas que rijan su actuación , salvo los casos en que, por la naturaleza de la materia, sea ésta declarada expresamente clasificada, cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley". La doctrina y la jurisprudencia postconstitucional han fundamentado dicho principio en los valores superiores de democracia y pluralismo reconocidos en el art. 1.1 de la Constitución así como en las previsiones que sobre la audiencia de los interesados, individuales y colectivos, contiene su artículo 105.

El principio de publicidad formulado con carácter general en la mencionada Ley se condicionaba, por lo tanto, a dos limitaciones. Una concreta, la expresa declaración de la materia clasificada como secreta. Otra genérica, la remisión a las normas especificas que rijan cada actuación administrativa y organicen el respectivo servicio, puesto que es claro que, incluso no tratándose de materias secretas, la publicidad de cada actuación administrativa debe ajustarse a las exigencias de sus específicos supuestos, atendiendo, como después se dirá, a sus limites objetivos y a su coordinación con los derechos ciudadanos. No son lo mismo, a la hora de determinar los destinatarios y el alcance de la información, la prevención de incendios forestales, los desplazamientos de un contingente militar, o los criterios para apreciar la

productividad de un funcionario a efectos de su remuneración. Mientras la primera debe tener gran alcance y de ahí la utilización de medios informativos de rápida y masiva difusión, la segunda puede requerir gran reserva y la tercera raramente importara al gran público, pero sí a los compañeros del funcionario en cuestión para la salvaguarda efectiva del valor de igualdad (art. 1.1 de la CE) y del principio de participación (art. 105 CE). De ahí su exigencia de publicidad.

Sin embargo, la generalización indiscriminada de dicho principio de publicidad puede resultar inadecuada a la índole de determinadas actividades administrativas, dañar la eficacia que de la Administración expresamente exige el artículo 103.1 de la Constitución y afectar gravemente a otros derechos y valores como el de la intimidad personal, solemnemente consagrado en la misma Constitución, con carácter general (art. 18) y, expresa y concretamente, con relación a las actividades administrativas (art. 106 in fine). Y la experiencia cotidiana demuestra que la presión mediática sobre la Administración y sus funcionarios y la especial sensibilidad que en muchos casos los propios servicios administrativos desarrollan ante los medios de comunicación llevan a la hipertrófica interpretación y aplicación de dicho principio de publicidad.

Si, como después se dirá, las consideraciones que siguen pueden ser de utilidad a todas las Administraciones Públicas e, incluso, proyectarse sobre otros poderes públicos, son los servicios del Ministerio del Interior y la doctrina legal en torno a ellos formulada la que da pie a la presente reflexión.

2. La interpretación del alcance del principio de publicidad en la legislación vigente, la doctrina del Consejo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En efecto, parece útil al Consejo recapitular la interpretación que del alcance de dicho principio de publicidad se desprende tanto del tenor expreso de las normas, como

de la doctrina elaborada al respecto por el propio Consejo y por el Tribunal Constitucional.

Tres son los puntos a destacar en dicha doctrina legal: 1) la distinción entre la libertad de información reconocida en la Constitución (art. 20) y el deber de información de la propia Administración; 2) su configuración legal como potestad; y 3) las consecuencias de ello.

2.1. Distinción entre libertad y deber de información de las instituciones públicas

En cuanto a lo primero, el Tribunal Constitucional ha sido terminante: "las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 de la Constitución" (STC 254/1993 de 20 de julio, con referencia a la STC 185/1989 y ATC 19/1993). Tienen, de acuerdo con la Constitución, el deber de informar en determinados supuestos, como es el principio de audiencia de los interesados en los procedimientos administrativos, el acceso ciudadano a los registros y su audiencia en la elaboración de disposiciones generales (art. 105 CA), extremos que, por responder a un principio general, han sido objeto de expansión por obra del legislador (v.g.r. en el artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), pero que, en todo caso, suponen la imposición de un deber a la Administración y no la atribución a la misma de una libertad. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al reconocer los derechos del administrado y referirse a la información administrativa ha consagrado ésta interpretación (arts. 35 y 37).

2.2. El deber de información como potestad administrativa

En consecuencia y en ello consiste el segundo punto a destacar, lo que el constituyente y el legislador configuran es una potestad administrativa que, como toda

potestad, se caracteriza por tres rasgos: legalidad –es decir, atribución en virtud de una norma de uno u otro rango, pero siempre sometida a la ley-; mensurabilidad –esto es, limitación, mas allá de la cual existe una vía de hecho-; y finalidad –a saber vinculación a un determinado fin, al margen del cual el ejercicio de la potestad implica una desviación de poder-. Caracteres, todos ellos, que permiten el control, ya interno a la propia Administración, ya en vía jurisdiccional, de las potestades administrativas.

Pese a que la terminología jurisprudencial no es siempre clara y puede prestarse a confusiones conceptuales, el deber de información de la Administración no puede considerarse como un derecho de ésta, ni siquiera como un derecho de configuración legal, sino como un deber, puesto que deber es la potestad administrativa susceptible, según los casos, de un margen de discrecionalidad – por poner ejemplos concretos, mínimo en cuanto a la convocatoria de unas becas, máximo a la hora de prevenir una alarma social-, pero siempre con elementos reglados, al menos en cuanto a su finalidad y, por ello mismo, en cuanto a su extensión.

En correlación con ello, quienes si ostentan un derecho de configuración legal a recibir información por parte de la Administración Pública –"la ley regulara…" dice el art. 105 de la Constitución- son los ciudadanos. Pero sabido es que, en virtud de la doble vinculación negativa y positiva de administrados y Administración por el principio de legalidad, mientras un derecho, sea o no de configuración legal, supone un margen de autonomía para su titular que puede ejercerlo hasta allí donde la ley no lo prohíbe, el principio de legalidad funciona en sentido inverso en cuanto a los poderes públicos, de manera que sólo pueden ejercer sus potestades en los límites y las condiciones establecidas por las normas de atribución.

2.3. Consecuencias de la concepción del principio de publicidad como potestad-deber

Tres son, a su vez, las consecuencias que cabe deducir de esta concepción del principio de publicidad: la configuración de tal potestad administrativa; su atribución y delimitación teleológica; y su articulación con la libertad de información de los ciudadanos.

A. En cuanto a lo primero, ya el Consejo de Estado en el dictamen número 218/1996, de 1 de febrero, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se Actualizan y Regulan los Servicios de Información Administrativa y Atención al Ciudadano, y recogiendo la normativa que había desarrollado el principio de publicidad y muy especialmente las previsiones al respecto de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, distinguió entre la información general y la información particular. Distinción conceptual que pasó a los artículos 2 y 3 del texto definitivo de la citada norma, el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero.

La información general, según el artículo 2 es la "información administrativa relativa a la identificación, fines, competencias, estructura, funcionamiento y localización de organismos y unidades administrativas; la referida a los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que los ciudadanos se propongan realizar; las referentes a la tramitación de los procedimientos, a los servicios públicos y a las prestaciones, así como cualesquiera otros datos que aquellos tengan necesidad de conocer en sus relaciones con las Administraciones públicas en su conjunto o con algunos de sus ámbitos de actuación".

Distinta de la información general cuyo contenido así se describe, el artículo 3 del mencionado Real Decreto define la información particular como la "concerniente al estado o contenido de los procedimientos en tramitación y la identificación de las autoridades y personal al servicio de la Administración general del Estado y de las

entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la misma, bajo cuya responsabilidad se tramitan aquellos procedimientos".

Mientras la primera, la información general, "se facilitará obligatoriamente a los ciudadanos, sin exigir para ello la acreditación de legitimación alguna" (artículo 2), la información particular "solo podrá ser facilitada a las personas que tengan la condición de interesados en cada procedimiento o a sus representantes legales de acuerdo con los dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre" (artículo 3). El propio artículo 2 atrás citado, introduce una modulación al reconocer una información general en cuyo conocimiento estén interesados determinados "grupos sociales o instituciones" y a la que deba darse una mayor difusión "cuando resulte conveniente", para lo cual "se utilizaran los medios de difusión que en cada circunstancia resulten adecuados".

Resulta por lo tanto meridianamente claro del tenor del Real Decreto 208/1996, en cuya gestación tan determinante fue la doctrina del Consejo, que una cosa es la información general, de libre acceso a toda la ciudadanía y cuyo contenido, cualquiera que sea el medio de su difusión, no va mas allá del de una buena guía de organización y funcionamiento de la Administración concernida y que siempre debe de ser tenida a punto y a disposición de cualquier administrado; y otra la información particular referida a datos de los afectados, ya individuales, ya colectivos, por una actuación administrativa y a la que sólo a deben tener acceso dichos afectados en su calidad de interesados. Tal distinción limita el acceso a la información y, en consecuencia, el derecho de los ciudadanos de manifiesta configuración legal; pero también limita la competencia administrativa para proporcionar dicha información. Puesto que si la Administración tiene el deber de dar información general de manera pronta y exacta, así como proporcionar la información particular a los interesados que a ella tienen derecho, carece de potestad para dar ésta última con carácter general y, cuando lo hace, raya en incurrir en una vía de hecho con las consecuencias que de ello debieran

deducirse. La concreción de dichas consecuencias pende en gran medida de la articulación entre la potestad informativa de la Administración y los derechos del administrado como ciudadano, tanto en su dimensión positiva como negativa, más adelante examinada.

La distinción entre información general y particular a cargo de la Administración Pública, con independencia del rango jerárquico de la norma que la expresa, debe servir de canon de interpretación del principio de publicidad en sus diferentes manifestaciones y, así, permitir el esclarecimiento de disposiciones que, por su generalidad, pueden prestarse a confusión. Por ejemplo, el artículo 5.2.b de la Ley Orgánica 21/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que dispone, por lo que se refiere a las relaciones de dichos institutos con la ciudadanía, que "en todas sus actuaciones proporcionarán información cumplida y tan amplia como sea posible sobre las causas y finalidad de las mismas". Es claro que la posibilidad de informar sobre las "causas y finalidad" se remite tanto al interés general o particular que ello suscite, como a la índole de las actividades cuya viabilidad puede exigir determinado grado de reserva. Porque es evidente que, por ejemplo, determinadas actuaciones policiales pueden requerir un alto grado de reserva mientras que otras, oportunamente difundidas ante la opinión pública, pueden evitar situaciones de alarma social.

B. La segunda de las consecuencias de la configuración como potestad de la actividad informativa de la administración es su concreción y consiguiente control en atención a un fin. En un Estado de Derecho (art. 1.1 de la Constitución) las potestades públicas son teleológicamente limitadas y justificadas; es decir, atendiendo a la consecución de un fin, incluso cuando se expresa en una cláusula general. Y éste carácter es perfectamente predicable de la potestad informativa. Así lo dejó claro el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 14/2003, de 28 de enero, relativa a un amparo interpuesto por quien consideraba lesionado su derecho a la imagen por la

difusión policial de su fotografía. “Tal medida –dijo el Tribunal- no se revela como idónea, necesaria ni proporcionada para alcanzar aquellos bienes o intereses que se dicen perseguir con la difusión en determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo….dadas las circunstancias, tales bienes o intereses en modo alguno requerían para su consecución o satisfacción la difusión por parte de la policía de la reseña fotográfica policial…”.

La consecuencia de tal doctrina es evidente. La puesta en práctica del principio de publicidad ha de modularse en cada caso atendiendo a una finalidad concreta que corresponda a la normativamente prevista y como tal atribuida, de cada actividad administrativa. Ni la Administración sanitaria puede dar información sobre las relaciones familiares, ni la medioambiental sobre las patrimoniales, ni la policial sobre sus gestiones para salvaguardar su imagen o incrementar su prestigio, puesto que, incluso si dichos fines son legítimos, no son los que justifican la atribución de la potestad. Ni, concretando más los limites teleológicos de la potestad, una Administración puede dar una información de su competencia, de manera tal que no se corresponda con la finalidad que debiera ser buscada.

La vinculación de la potestad al fin que justifica su atribución no sólo la limita, impidiendo las desviaciones de poder, sino que la condiciona, permitiendo deducir unos niveles de eficacia, principio éste constitucionalmente establecido (art. 103 de la Constitución) y al que responde, con carácter general, la Ley 30/1992. Ahora bien, esa exigencia de eficacia debe incidir en la actividad informativa, puesto que es evidente que determinadas actuaciones públicas, desde las de la Comisión Nacional del Mercado de Valores hasta las policiales, requieren para surtir los efectos buscados un grado de reserva que la publicidad extemporánea puede dificultar cuando no impedir.

C. La tercera de las consecuencias atrás enunciadas se refiere a la articulación del deber-potestad administrativa de información y los derechos ciudadanos.

Por una parte, estos tienen derecho “a recibir libremente información veraz” (art. 20.1.d de la Constitución), lo cual pone a cargo de la Administración informante un deber de veracidad más estricto del derecho que al informante privado reconoce el mismo precepto constitucional citado. Respecto de éste último, como ha señalado el Tribunal Constitucional, nuestro ordenamiento “ampara en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aún cuando su verdad objetiva sea controvertible” (STC 297/2000, de 11 de diciembre) y así se cohonestan el “derecho a emitir y recibir libremente información veraz” . Pero, como antes se dijo siguiendo la doctrina del propio Tribunal, el deber de información de la Administración no resulta del art. 20 de la Constitución sino de una potestad legalmente atribuida y configurada de la que cabe exigir la búsqueda eficaz de la mas estricta objetividad (art. 103 CE). La diligencia exigible en todo informador a la hora de contrastar lo informado con datos objetivos, ha de ser mucho mayor cuando la información, emitida por la Administración, no es el ejercicio de un derecho, sino de una potestad, como tal delimitada a un ámbito, vinculada a un fin y por definición accesoria. Es en este deber de exactitud y claridad en lo que, con relación a todas las Administraciones Publicas y a las fuerzas y cuerpos de seguridad en especial, ha insistido recientemente la doctrina del Consejo de Estado (v.gr. dictámenes números1560/2006, de 5 de octubre, y 897/2007 de 14 de junio). Otro tanto se desprende de la interpretación jurisprudencial de la Convención Europea de Derechos Humanos, tan relevante en la práctica y la doctrina española como parte integrante de nuestro ordenamiento (art. 96 CE) y canon hermenéutico del mismo (art. 10 CE)

. Por otro lado, el deber de informar a cargo de la Administración ha de articularse con los derechos-limite de los ciudadanos reconocidos en la Constitución. Según una reiteradísima jurisprudencia constitucional, no siempre bien entendida, cuando entre en colisión el derecho a la información reconocido en el artículo 20 de la Constitución con otros derechos y valores constitucionales, v.gr. el derecho a la intimidad y al honor

reconocidos en el art. 18 de la misma Norma Fundamental, es preciso hacer una ponderación entre ambos derechos. Pero, una vez establecido que la información a cargo de la Administración no es un derecho ex artículo 20 de la Constitución sino una potestad, su ejercicio no ha de ponderarse con los derechos ciudadanos sino que debe, sin más, respetarlos, respondiendo de ello en los términos del artículo 139 de la Ley 30/1992 si éstos resultasen violentados por el funcionamiento informativo, incluso normal, de los servicios públicos.

La condición de potestad y no de derecho, por otro lado, vincula la actividad informativa de la Administración cuando se relaciona con supuestos sancionables al principio de presunción de inocencia, formulado en el art. 24.2 de la Constitución y que reiterada jurisprudencia constitucional y ordinaria ha considerado aplicable al derecho administrativo sancionador. Quiere esto decir que la información administrativa sobre hipotéticas conductas de los administrados supuestamente sancionables deben respetar formal y substancialmente dicho principio y así lo señaló el Consejo en sus dictámenes más atrás citados.

3. Ámbito subjetivo de la potestad-deber de información

Lo expuesto se refiere tan solo al Gobierno y la Administración a cuyos asuntos se refiere la competencia del Consejo. Pero es evidente que muchas de las observaciones atrás expuestas pueden aplicarse extensivamente a los demás poderes públicos, máxime cuando la reserva de las actuaciones e incluso el secreto de los sumarios son imperativos legales de las actuaciones judiciales y que la presión mediática sobre las mismas no es la vía adecuada para garantizar su eficacia e incrementar su prestigio.

La apertura a transparencia informativa de los poderes públicos es una de las tendencias generales de nuestro tiempo y las nuevas tecnologías de la comunicación que por doquier han sentado sus reales la posibilitan y la fomentan. Pero tales posibilidades deben utilizarse al servicio de la finalidad de dichos poderes, de modo que un exceso de información destinada simplemente a satisfacer una curiosidad gratuita cuando no remunerada, no erosione su prestigio, especialmente valioso en aquellas instituciones que por su significado simbólico o funcional sirven de factores de integración , o su eficacia, en aquellas otras destinadas a prestar un servicio público del que penden valores tan altos colmo la seguridad ciudadana.

V. LA LIMITACIÓN DEL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES EN LOS PARQUES NACIONALES

1. Las distintas figuras jurídicas de limitación del aprovechamiento de los recursos naturales en los Parques Nacionales.

1.1 El marco legal y reglamentario

El régimen jurídico de las limitaciones del aprovechamiento de los recursos naturales en los parques naturales se caracteriza por lo variado de las figuras legales que lo integran. Dicha variedad deriva, en primer lugar, del diferente carácter de los recursos cuyo aprovechamiento se trata de limitar (aprovechamientos madereros, caza, pesca, minería, aprovechamientos hidráulicos…). Por otra parte, la legislación vigente permite la utilización de distintas técnicas de limitación de los aprovechamientos de recursos naturales, que pueden variar según el parque natural de que se trate.

El principio general en la materia está contenido en el artículo 13.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, que dispone que "en los Parques se podrá limitar el aprovechamiento de los recursos naturales, prohibiéndose en todo caso los incompatibles con las finalidades que hayan justificado su creación". En el mismo sentido, el artículo 18.2 de la propia Ley prevé en su primer párrafo que "con el fin de contribuir al mantenimiento de los espacios naturales protegidos y compensar socioeconómicamente a las poblaciones afectadas, en sus disposiciones reguladoras podrán establecerse Áreas de Influencia Socioeconómica, con especificación del régimen económico y compensación adecuada al tipo de limitaciones".

Más detallada es la regulación contenida en la reciente Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales. Bajo la rúbrica de "efectos jurídicos de la declaración de Parque Nacional", su artículo 13 declara, en su apartado 3, que dicha declaración llevará aparejada, entre otros efectos, la prohibición de:

"a) La pesca deportiva y recreativa y la caza deportiva y comercial, así como la tala con fines comerciales. En el caso de existir dichas actividades en el momento de la declaración, las Administraciones competentes adoptarán las medidas precisas para su eliminación, dentro del plazo que a tal efecto establecerá la Ley declarativa.

La administración gestora del Parque Nacional podrá programar y organizar actividades de control de poblaciones y de restauración de hábitats, de acuerdo con los objetivos y determinaciones del Plan Director y del Plan Rector de Uso y Gestión.

b) Los aprovechamientos hidroeléctricos y mineros (…) salvo en circunstancias excepcionales debidamente justificadas por razones de protección ambiental e interés social, y siempre que no exista otra solución satisfactoria. (…)

c) Las explotaciones de recursos naturales o agrarios distintas de las indicadas en el apartado a) de este artículo, salvo aquéllas que son compatibles con el logro de los objetivos del Parque, se apoyan en derechos consolidados y constituyen una aportación reconocida de valores culturales o ecológicos que no alteren los procesos naturales. En el caso de existir actividades no exceptuadas en el momento de la declaración, las Administraciones competentes adoptarán las medidas precisas para su eliminación, dentro del plazo que establezca la Ley declarativa".

El complemento reglamentario de los indicados preceptos legales se encuentra, por lo que aquí interesa, en el Plan Director de la Red de Parques Nacionales, aprobado por Real Decreto 1803/1999, de 26 de noviembre, que se refiere específicamente a los

aprovechamientos que resultan incompatibles con las finalidades de conservación de la naturaleza que justifican la creación de los Parques Nacionales. De este modo, el apartado 3.5.a) del citado Plan Director dispone lo siguiente:

"La existencia en el interior de los Parques de explotaciones extractivas de recursos naturales o minerales, así como de aprovechamientos hidráulicos o hidroeléctricos es incompatible con los fines declarativos de un parque nacional. En el caso de la presencia de alguna de estas explotaciones, la gestión tenderá a su supresión que, en el supuesto de concesiones o autorizaciones administrativas, supondrá, al menos, su no renovación o la finalización de las mismas".

Por otro lado, el apartado 3.5 b) del propio Plan Director de la Red de Parques Nacionales, declara que "con carácter general, la caza y la pesca, como actividades recreativas o como aprovechamiento de animales silvestres, son incompatibles con los objetivos y finalidades de un parque nacional por las repercusiones que tienen sobre los procesos naturales y por su impacto sobre el uso público".

A los transcritos preceptos legales y reglamentarios pueden todavía añadirse reglas de planeamiento, como las que establezca el Plan Rector de Uso y Gestión que ha de aprobarse en cada uno de los parques nacionales y que, entre otras previsiones, debe contener "la relación de las actividades incompatibles con los objetivos del Parque" (artículo 17.2.d) de la citada Ley 5/2007, de 3 de abril). También procede mencionar aquí los planes técnicos de caza que resulten de aplicación a los cotos comprendidos dentro de un Parque Nacional, y que más adelante serán objeto de análisis. Por último, todo este conjunto normativo se ejecuta mediante los correspondientes actos administrativos de aplicación.

1.2. Actos de policía administrativa y convenios de transmisión patrimonial.

En cuanto al contenido de dichos actos, ya se ha visto que el artículo 13.2 de la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres habilita, a la Administración tanto para prohibir determinados aprovechamientos de recursos naturales como para limitarlos, según el grado de perjuicio que causen a la consecución de los fines del parque natural de que se trate.

A la prohibición se refieren tanto el artículo 13.3 de la nueva Ley 5/2007, de la Red de Parques Nacionales, como el Plan Director de la Red de Parques Nacionales, cuyo apartado 3.5.a) habla de la "supresión" de las "explotaciones extractivas de recursos naturales o minerales, así como de aprovechamientos hidráulicos o hidroeléctricos". ¿Qué medios pueden utilizarse para conseguir dicha "supresión", o, en su caso, una simple limitación?

El citado apartado 3.5.a) del Plan Director menciona la no renovación y la finalización de las concesiones o autorizaciones administrativas que se requieran para la realización de los aprovechamientos de que se trate. Sin embargo, y según se verá más adelante, podría ser necesario acudir a la prohibición directa de las actividades en cuestión, independientemente del régimen de concesión o autorización que les sea aplicable.

La revocación de autorizaciones y la prohibición de actividades son actos de policía unilateralmente adoptados por la Administración competente para la gestión de los parques nacionales. Sin embargo, no es esta actividad clásica de policía administrativa la escogida con carácter preferente por la legislación de parques nacionales para el cumplimiento de sus fines. En efecto, el artículo 13.4 de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, dice que en la aplicación de las medidas a que se refiere el apartado 3 del mismo artículo 13 (cuyo texto se reprodujo

más arriba) “se dará preferencia a los acuerdos voluntarios para la adquisición de los derechos afectados”. De forma semejante, el apartado 3.1.e) del Plan Director de la Red de Parques Nacionales dispone que “se fomentará, preferiblemente a través de acuerdos voluntarios, la incorporación al patrimonio público de los territorios y los derechos reales existentes en el interior de los parques nacionales, en particular en aquellos casos que resulte imprescindible para el logro de los objetivos del parque”.

En el sentido de este precepto, debe entenderse que son “derechos reales” aquellos que permiten a sus titulares cazar, pescar, o aprovechar las aguas o la madera de los árboles, todo ello en terrenos situados “en el interior de los Parques Nacionales”. Sin duda, el apartado 3.1.e) del Plan Director habilita a la Administración para adquirir, mediante negocios jurídicos privados, la propiedad de esos terrenos; pero la habilitación se extiende a la adquisición, por el mismo medio, de derechos reales distintos del dominio, como son los de uso y disfrute que se han mencionado por vía de ejemplo. El objetivo de la adquisición por la Administración de tales derechos reales de aprovechamiento de recursos naturales será las más de las veces el de evitar su ejercicio. Es decir, se trata de concentrar la titularidad de esos derechos de aprovechamiento en mano pública, de modo que los recursos naturales que constituyen su objeto se conserven intactos.

Por supuesto, también podrá la Administración ejercer los derechos en cuestión como instrumentos para la gestión de los recursos naturales de que se trate. Es oportuno traer a colación aquí el apartado 3.1.a) del Plan Director de la Red de Parques Nacionales, que dice que “el patrimonio natural de los parques debe ser salvaguardado mediante las oportunas decisiones de gestión”. Decisiones de gestión son, por ejemplo, la de podar el arbolado cuando así convenga para su mejor conservación, o la de controlar las poblaciones de determinadas especies, cuyo número excesivo ponga en peligro los ecosistemas de un Parque Nacional. Todas ellas pueden ponerse en

práctica mediante el ejercicio de derechos adquiridos por la Administración medioambiental a través de los referidos convenios de transmisión patrimonial.

En síntesis, cabe decir que mediante los actos de policía la Administración reacciona frente a iniciativas de particulares cuyos efectos resultarían dañinos para los recursos naturales; y que mediante los "acuerdos voluntarios" del apartado 3.1.e) del Plan Director se efectúan transmisiones patrimoniales que confieren a la Administración los medios necesarios para realizar una gestión adecuada y duradera en el tiempo de amplios conjuntos de recursos naturales.

2. Compensación económica derivada del establecimiento de limitaciones al aprovechamiento de los recursos naturales en los parques nacionales.

El antes mencionado artículo 18.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, declara que las disposiciones reguladoras de los parques naturales podrán crear áreas de influencia socioeconómica "con especificación del régimen económico y compensación adecuada al tipo de limitaciones". Esta previsión legal encuentra su reflejo en las leyes de creación de los Parques Nacionales. Cabe citar, en este sentido, el artículo 3.1 de la Ley 16/1995, de 30 de mayo, por la que se creó el Parque Nacional de los Picos de Europa, que dispone que "la totalidad de los términos municipales implicados por la declaración del Parque Nacional de los Picos de Europa, que se relacionan en el Anexo II de la presente Ley, constituyen su área de influencia socioeconómica a los efectos de lo previsto en el artículo 18.2 de le referida Ley 4/1989".

También aparecen en las leyes creadoras de los distintos Parques Nacionales preceptos que no se remiten a la ley de cabecera del grupo normativo, sino que entran directamente en la materia indemnizatoria. Por ejemplo, el artículo 5.4 de la Ley

33/1995, de 20 de noviembre, que vino a crear el Parque Nacional de Cabañeros, dispone que "serán indemnizables las limitaciones que, como consecuencia del cumplimiento de los fines de esta Ley, pudieran establecerse sobre derechos reales consolidados en el territorio del Parque Nacional antes de su declaración".

El estudio de las compensaciones económicas que derivan de la imposición de limitaciones al aprovechamiento de recursos naturales ubicados en Parques Nacionales debe partir de la advertencia de que no toda limitación es indemnizable. Este es el caso de los planes técnicos que, según el artículo 33.3 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, han de regir en "todo aprovechamiento cinegético (...) en terrenos acotados" mediante la determinación de "la cuantía y modalidades de las capturas a realizar". Utilizando conceptos de origen urbanístico, y muy arraigados en nuestro Derecho administrativo, hay que señalar que tales planes (cuya aprobación es obligatoria en todos los cotos y no sólo en los incluidos en parques nacionales) definen el contenido normal de los derechos de caza y no confieren derecho a los titulares de los cotos a exigir indemnización. Cuestión distinta sería que en un plan técnico se acordase la prohibición total de cazar varias especies por razones vinculadas al cumplimiento de los fines de un Parque Nacional; tal prohibición representaría un daño que el titular del terreno acotado no tendría el deber de soportar, y que la Administración competente habría de indemnizar.

Aunque no sea ésta cuestión cuyo análisis detallado deba abordarse aquí, el fundamento jurídico de dicho deber de indemnizar se sitúa en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, se trata de privaciones imperativamente acordadas, que no pretenden trasladar a la Administración de forma definitiva la titularidad de los elementos patrimoniales a los que afectan, sino que son el resultado de decisiones de gestión de los recursos naturales de los Parques Nacionales, decisiones necesariamente cambiantes con las circunstancias que las determinan, pero que llevan consigo daños que han de indemnizarse en los términos

previstos en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El pago de las indemnizaciones se regula en la disposición adicional quinta de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, cuyo tenor es el siguiente:

"Las Administraciones Públicas asumirán el pago de las indemnizaciones por las limitaciones en los bienes y derechos patrimoniales legítimos, establecidas en los Parques Nacionales. Corresponderá a la Administración General del Estado el pago de aquéllas que deriven de la legislación básica en la materia y del Plan Director de la Red de Parques Nacionales. Corresponderá a las Comunidades Autónomas el pago de las indemnizaciones por las limitaciones restantes".

Aunque no siempre será fácil interpretar este precepto, sí cabe apuntar que entre las limitaciones que habrán de ser indemnizadas por las Comunidades Autónomas están las que deriven de la aplicación del Plan Rector de Uso y Gestión del parque nacional de que se trate. No puede descontarse la posibilidad de que la Administración del Estado tenga que hacerse cargo de las indemnizaciones que traigan causa de la legislación básica y del Plan Director, aunque los correspondientes actos de aplicación hayan sido adoptados por las Comunidades Autónomas en ejercicio de la competencia de gestión de los parques nacionales que les atribuye el artículo 16.1 de la Ley de la Red de Parques Nacionales. En estos hipotéticos supuestos separada la responsabilidad de la imputación de los actos directamente causantes del daño indemnizable.

Según antes se vio, también está legalmente prevista la adquisición permanente por la Administración de la titularidad de derechos de aprovechamiento de recursos naturales. El ya citado apartado 3.1.e) del Plan Director de la Red de Parques Nacionales declara que "se fomentará, preferiblemente a través de acuerdos voluntarios, la incorporación al patrimonio público de los territorios y los derechos

reales existentes en el interior de los parques nacionales, en particular en aquellos casos que resulte imprescindible para el logro de los objetivos del parque". Por supuesto, es perfectamente concebible que tal "incorporación al patrimonio público" tenga lugar por la vía expropiatoria, mediante el correspondiente justiprecio. Así, el artículo 13.1 de la Ley 5/2007, de 3 de abril, prevé que la declaración de Parque Nacional llevará aparejada "la de utilidad pública o interés social de las actuaciones que, para la consecución de los objetivos de la Red de Parques Nacionales, deban acometer las Administraciones públicas".

Sin embargo, el legislador muestra su preferencia por los "acuerdos voluntarios", que no pueden ser otra cosa que negocios jurídicos sometidos en su contenido patrimonial al Derecho privado mediante los cuales la Administración competente y los titulares de los derechos reales de que se trate estipulan las condiciones que habrán de regir la transmisión a la Administración de esos derechos reales. Obviamente, entre tales condiciones figurará la contraprestación económica que la Administración deberá abonar a los particulares transmitentes.

3. Las limitaciones del aprovechamiento de los recursos naturales en los dictámenes del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado ha examinado recientemente tres expedientes que se instruyeron con motivo del establecimiento de limitaciones al aprovechamiento de recursos naturales situados en parques nacionales. En el más antiguo, que lleva el número 546/2006, y es de fecha 11 de mayo de 2006, se sometía a consulta un borrador de convenio entre un particular y el Organismo Autónomo Parques Nacionales para la indemnización por la limitación de los aprovechamientos madereros adquiridos por dicho particular en diversas fincas, propiedad de terceros, sitas en el término municipal

de Oseja de Sajambre (León), que a su vez está incluido en el área de influencia socioeconómica del Parque Nacional de Picos de Europa.

En 1999, el Servicio Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León había concedido al particular interesado las autorizaciones correspondientes para la corta de arbolado. Sin embargo, en mayo de 2000 la Jefa de Sección del Parque Nacional de los Picos de Europa se dirigió al interesado para hacerle saber que la corta de leña y madera en verde requería la autorización del Parque Nacional, además de la que pudiera otorgarse por la Comunidad Autónoma competente; y que el asunto se iba a elevar a la Comisión Mixta de Gestión del Parque. En julio de 2002, dicha Comisión resolvió autorizar la corta de castaños solicitada por el interesado y denegar la de robles, fresnos y nogales.

En las consideraciones del mencionado dictamen número 546/2006, el Consejo de Estado, tras observar que la resolución de julio de 2002 de la Comisión Mixta de Gestión del Parque Nacional de los Picos de Europa era una decisión de gestión de los recursos naturales tendente a evitar la realización de determinados aprovechamientos madereros en el área de influencia socioeconómica del parque, constató que era obvio que tal decisión había causado un daño patrimonial al reclamante. "En el presente caso –razonaba el dictamen- la relación de causalidad consiste en un puro *effectum iuris*: la resolución de la Comisión Mixta de Gestión del Parque vino a prohibir definitivamente al interesado el ejercicio de ciertos derechos de corta de madera que había adquirido onerosamente y por vía contractual de propietarios de fincas forestales ubicadas en el propio parque". Y concluía el Consejo que "de este modo, la prohibición causó un daño efectivo, que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar, y por tanto, indemnizable en los términos previstos en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992".

Por lo demás, en el expediente que se comenta la Administración había elaborado una propuesta de acuerdo indemnizatorio que fue pura y simplemente aceptada por el interesado, con lo que el Consejo de Estado entendió que ello constituía un supuesto de terminación convencional del procedimiento de los previstos en el artículo 8 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Aplicando conceptos más arriba expuestos, cabe decir que en este caso la Comisión Mixta de Gestión del Parque Nacional de los Picos de Europa emitió una resolución prohibitiva, típico acto de policía administrativa que se dicta para responder a una situación concreta y perfectamente delimitada en el espacio y en el tiempo. Sin embargo, la gestión de los Parques Nacionales puede exigir la adopción de medidas cuyos efectos tengan un carácter más general y se prolonguen durante plazos más largos. Así ocurrió en los casos sobre los que recayeron los dictámenes del Consejo de Estado números 2.460/2006/1.691/2006, de 12 de abril de 2007, y 2.374/2006/1.467/2006, de 1 de febrero de 2007.

El primero de los dictámenes citados es el que contiene las consideraciones más útiles a los efectos del presente análisis. Versaba tal dictamen sobre un borrador de convenio entre una sociedad mercantil y el Organismo Autónomo Parques Nacionales para la indemnización por la supresión de aprovechamientos cinegéticos en un coto de caza incluido en el Parque Nacional de Cabañeros. El plan técnico de caza del coto, cuya vigencia es de cinco años, se había aprobado en septiembre de 2000 por el Delegado Provincial en Ciudad Real de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Dicho plan permitía la caza en determinadas condiciones de ciertas especies de caza mayor y no contenía ninguna mención expresa de la caza menor. Invocando el argumento *inclusio unius,*

exclusio alterius, entendió el Consejo de Estado que, dado que el plan sólo aprobaba determinadas modalidades de caza mayor, la caza menor quedaba prohibida.

Sin embargo, el convenio proyectado iba más allá del quinquenio de vigencia del plan técnico de caza, pues pretendía introducir una limitación "total e indefinida" de los derechos de caza menor en el coto. El convenio preveía la correspondiente compensación económica para la entidad mercantil titular del coto. El mencionado dictamen de 12 de abril de 2007 señaló que el establecimiento mediante convenio de dicha limitación total e indefinida equivalía a una "adquisición indirecta de los derechos indefinidos de caza menor" en el coto. Tal adquisición indirecta podía efectuarse por el Organismo Autónomo Parques Nacionales al amparo del anteriormente citado apartado 3.1.e) del Plan Director de la Red de Parques Nacionales, con arreglo al cual "se fomentará, preferiblemente a través de acuerdos voluntarios, la incorporación al patrimonio público de los territorios y los derechos reales existentes en el interior de los parques nacionales, en particular en aquellos casos que resulte imprescindible para el logro de los objetivos del parque".

El Consejo de Estado decía también que en el proyecto de convenio debía hacerse constar que los derechos reales de caza menor pasaban a ser propiedad de la Administración, dejándose a salvo la posibilidad de que la entidad titular del coto los volviera a adquirir si en el futuro los planes de ordenación o de gestión del parque considerasen que el ejercicio de la caza menor era compatible con los objetivos del propio parque. Interesa subrayar que el borrador de convenio declaraba expresamente que la compensación económica que se pactaba no se refería a los derechos de caza mayor. Hay que tener en cuenta que el convenio no pretendía alterar la titularidad de tales derechos de caza mayor, que continuaban formando parte del patrimonio de la sociedad propietaria del coto. Por otra parte, el plan técnico de caza del coto aprobado en septiembre de 2000 no suprimía los derechos de caza mayor, sino venía a

delimitarlos definiendo su contenido normal, lo cual, como más arriba se razonó, no genera derecho de indemnización.

4. Conclusiones y sugerencias

Lo variado de las situaciones jurídicas a que pueden dar lugar los procesos de limitación del aprovechamiento de los recursos naturales de los Parques Nacionales obliga a la Administración competente a ser especialmente cuidadosa y precisa al redactar los convenios con los interesados que pretenden regular tales situaciones. En la elaboración de dichos convenios pueden resultar útiles las categorías que se han utilizado en este estudio. En particular, conviene tener presente la distinción entre actos de policía administrativa, que prohíben o limitan el ejercicio por los particulares de derechos patrimoniales que afectan a los recursos naturales; y convenios por los que la Administración adquiere tales derechos patrimoniales, que pasan así a incorporarse con carácter permanente al arsenal de instrumentos de gestión a largo plazo del conjunto de aquellos recursos naturales que constituyen el más importante activo de los Parques Nacionales.

La adopción de los aludidos actos de policía puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En los ya conocidos términos de la disposición adicional quinta de la reciente Ley de la Red de Parques Nacionales, corresponderá a la Administración del Estado el pago de las indemnizaciones por limitaciones que deriven de la legislación básica en la materia y del Plan Director de la Red de Parques Nacionales; y corresponderá a las Comunidades Autónomas el pago de las indemnizaciones por las limitaciones restantes.

De existir acuerdo entre la Administración responsable y el particular interesado sobre el alcance del daño causado y el correspondiente importe de la indemnización, el

procedimiento podrá terminar mediante convenio, con arreglo a lo ordenado en el artículo 8 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Muy distinto tipo de convenio es el previsto en el apartado 3.1.e) del Plan Director de la Red de Parques Nacionales, pues su objetivo es la adquisición por la Administración de derechos patrimoniales sobre los recursos naturales. Cuando se proyecte celebrar un convenio de estas características, y según se recomendaba en el ya citado dictamen número 2.460/2006/1.691/2006, de 12 de abril de 2007, será preciso hacer constar expresamente en su clausulado que el objeto del convenio es la referida transmisión patrimonial. En estos supuestos, será asimismo procedente que el convenio describa con claridad los distintos regímenes a los que pueden quedar sometidos los recursos naturales del parque. Así, en el caso del coto sobre el que recaía el dictamen de 12 de abril de 2007, los derechos de caza mayor quedaban en manos de la entidad mercantil titular del coto, delimitados de acuerdo con lo previsto en el plan técnico de caza; mientras que los derechos de caza menor se adquirían por el Organismo Autónomo Parques Nacionales.

VI. REFLEXIONES SOBRE LA FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. Introducción

El artículo 21 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado contempla, entre los supuestos de participación de este Alto Cuerpo Consultivo en la fiscalización del ejercicio de la función normativa del Gobierno, la emisión de dictamen preceptivo por el Pleno en relación con los proyectos de Decretos legislativos (apartado 3 del artículo 21, tras la nueva numeración introducida por Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre). El Consejo de Estado ha desarrollado una amplia doctrina en el ejercicio de esta función de control, especialmente orientada a valorar el ajuste del proyecto a los límites de la ley de delegación (censurando los excesos en que pudieran incurrir), aunque también puede extenderse, de acuerdo con el artículo 2.1 de la Ley Orgánica, a valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia que el proyecto plantee -cuando así lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente el Gobierno-, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines.

Este que acaba de describirse es el supuesto más frecuente –y el único contemplado expresamente en la Ley- de fiscalización por el Consejo de Estado de la facultad del ejecutivo de aprobar normas con rango de ley. No es, sin embargo, el único, pues en algunas ocasiones excepcionales este Alto Cuerpo Consultivo ha sido también llamado a pronunciarse sobre la validez de Decretos legislativos ya aprobados y en vigor. Se trata de las consultas que dieron lugar a los dictámenes nº 52.546, de 24 de noviembre de 1988, y el más reciente 494/2007, de 22 de marzo de 2007: el primero tuvo por objeto el recurso de reposición interpuesto contra el Real Decreto Legislativo 1257/1986, de 13 de junio, de adaptación de la Ley de 27 de abril de 1946 y de la Ley

3/1980, de 10 de enero, a las normas de la Comunidad Europea en materia cinematográfica; y el segundo versa sobre la solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho, por la vía de la revisión de oficio, del número 4 de la Regla 4ª de la instrucción contenida en el Anexo II del Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas.

En ambos casos, el Consejo de Estado afirmó la posibilidad de ejercer este tipo de fiscalización administrativa sobre los Decretos legislativos, aprovechando, no obstante, para fijar concretamente sus límites.

2. La Fiscalización Jurisdiccional de los Decretos Legislativos

La cuestión de fondo planteada en estos dos dictámenes está íntimamente relacionada con la fiscalización jurisdiccional de los Decretos legislativos, un tema que ha suscitado no pocos interrogantes, inicialmente solucionados en vía jurisprudencial y, más adelante, mediante la introducción de las oportunas previsiones legislativas.

El problema de cómo, por qué órgano y en qué medida pueden controlarse los Decretos legislativos está condicionado por la naturaleza de esta figura: al tratarse de normas con rango de ley, su fiscalización debería en principio estar limitada al control de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional; sin embargo, el propio artículo 82 de la Constitución establece en su apartado 6 que “sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”, abriendo así la puerta a una fiscalización jurisdiccional de los Decretos legislativos. La imprecisión del precepto constitucional citado, sin embargo, deja planteada la duda de cuáles son esos tribunales que pueden ejercer el control, en qué puede consistir éste y cuáles son sus límites.

La tradicional concepción del contencioso-administrativo como un instrumento de fiscalización global –aunque con limitaciones, como es natural- del poder ejecutivo es suficiente para atribuir a este orden jurisdiccional la facultad de controlar el ejercicio por aquél de la delegación legislativa. Ello no empece, no obstante, el reconocimiento del rango de Ley del Decreto legislativo; simplemente, dicho rango está condicionado al adecuado respeto a los límites y condiciones de la ley delegante. Como más adelante se verá, es precisamente la sospecha de que alguno de esos límites y condiciones ha sido vulnerado lo que permite la fiscalización jurisdiccional del Decreto legislativo. Ahora bien, precisamente por ese rango de ley del Decreto legislativo, la competencia jurisdiccional citada debe en todo caso coexistir con la expresamente atribuida al Tribunal Constitucional en los artículos 161.1.a), 163 y 164 de la Constitución.

Esa doble posibilidad de fiscalización fue muy pronto aceptada por el propio Tribunal Constitucional, en cuya sentencia 51/1982, de 19 de julio se decía lo siguiente: "... la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia ha de ejercerse sin perjuicio de reconocer la de otros Tribunales e incluso la eventual existencia de otras formas adicionales de control, como dispone el artículo 82.6 de la Constitución". Igualmente, la STC 47/1984, de 4 de abril, que confirma la anterior, concluía que "... el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no solo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria. La competencia de los Tribunales ordinarios para enjuiciar la adecuación de los Decretos Legislativos a las leyes de delegación se deduce del artículo 82.6 de la Constitución; así lo ha entendido este Tribunal Constitucional en la antes citada Sentencia de 19 de julio de 1982, y posteriormente en Auto de 17 de febrero de 1983 (...)".

La tradicional polémica doctrinal en torno a si los Tribunales contencioso-administrativos o, en general, la jurisdicción ordinaria, podían o no fiscalizar los Decretos legislativos (dado su rango formal de ley y el estricto tenor del artículo 1 de la

antigua Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa) quedó de esta forma aparentemente zanjada con la previsión constitucional citada. Así lo señaló este Consejo de Estado en su dictamen número 52.546, de 24 de noviembre de 1988:

"La discusión carece hoy de sentido, vistos los preceptos constitucionales. El artículo 82.6 de la Norma Fundamental establece que "sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control". Tal referencia a los Tribunales –que no está desde luego prevista, o cuando menos con exclusividad, en relación con el Tribunal Constitucional- pone ya de manifiesto la admisión de la fiscalización de los Decretos legislativos por la jurisdicción ordinaria.

(...)

Por tanto, tras la Constitución es desde luego posible la fiscalización de los Decretos Legislativos por los Tribunales Contencioso-Administrativos, a pesar de la dicción literal del artículo uno de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. Ello no obsta, por supuesto, para que dichas normas puedan ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional a través de las personas legitimadas y del procedimiento legalmente establecido; el enjuiciamiento de estas normas abarcaría, en su caso, no sólo el examen de la constitucionalidad de los preceptos impugnados, sino también si se han respetado los requisitos formales necesarios para el correcto ejercicio de la delegación legislativa (...)".

La consagración de esta coexistencia de la fiscalización constitucional y la propiamente jurisdiccional de los Decretos legislativos se produjo con la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo artículo 1.1 establece expresamente que "los Juzgados y Tribunales del orden Contencioso-Administrativo conocerán de las pretensiones que se

deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley *y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación*". Esta previsión obligó a reformar el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la que se prevé ahora expresamente que los Tribunales y Juzgados del orden contencioso-administrativo "conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta a Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción" (reforma operada por Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio).

El anteriormente citado artículo 1.1 de la Ley 29/1998 vino a aclarar que el control jurisdiccional de los Decretos legislativos se extendía exclusivamente al *ultra vires*, esto es, a aquélla parte de la norma aprobada por el Gobierno que, al no respetar los límites de la ley de delegación, se ve privada del rango de Ley.

La idea de que la fuerza de ley de los Decretos legislativos opera exclusivamente como una presunción *iuris tantum* que puede destruirse con la prueba de que ha existido exceso en el ejercicio de la delegación venía siendo ya mantenida, con anterioridad a la reforma legal citada, por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado. En su dictamen número 271/1993, de 29 de marzo, este Consejo señalaba expresamente que "el rango de Ley es predicable del Decreto legislativo de refundición sólo *intra vires* de la delegación; *ultra vires* no hay rango de Ley". Un paso más en este razonamiento lleva a la afirmación de que, si *intra vires* de la delegación existe rango de Ley, *ultra vires* puede existir rango meramente reglamentario: es decir, que "las normas concretas dictadas con extralimitación respecto a la delegación existente no son necesariamente inválidas, sino que pueden subsistir, eso sí, con fuerza reglamentaria, al haber sido emanadas por el titular de tal potestad (artículo 97 de la Constitución),

siempre, por supuesto, que no se refieran a ámbitos sometidos a reserva de ley formal o material" (dictamen nº 52.546, de 24 de noviembre de 1988).

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que "estos Decretos legislativos tienen la naturaleza de disposiciones de rango legal sólo en la medida que hayan respetado la delegación legislativa o recepticia, de modo que, en cuanto se extralimiten de la misma, no la respeten, vulneren, o incumplan el plazo establecido, tendrán naturaleza de simples disposiciones reglamentarias, impugnables en vía contencioso-administrativa" (STC de 15 de junio de 1996, entre otras).

Es precisamente esa naturaleza no legislativa, sino reglamentaria, de la norma en cuestión la que legitima la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa. Cierto es, no obstante, que este peculiar control jurisdiccional opera en un nivel superior al habitual, pues podrá corresponderle *a priori* valorar si ha existido o no ese *ultra vires*, ese exceso respecto a la delegación legislativa. Como este Consejo señaló en su ya citado dictamen nº 52.546, de 24 de noviembre de 1988, el alcance material de esta fiscalización jurisdiccional de los Decretos legislativos "puede abarcar los requisitos formales (procedimiento, competencia, plazo, etc), que tienen una especial importancia en los Decretos legislativos; no se olvide que la Constitución somete a límites muy estrictos a este tipo de normas, consciente de lo peligroso de la generalización en su utilización", y continuaba diciendo que "por otro lado, también es admisible el enjuiciamiento de fondo del texto, pero exclusivamente para compararlo con la norma delegante y detectar, en su caso, los excesos producidos respecto a la delegación".

3. La fiscalización de los Decretos Legislativos en vía administrativa

Pues bien, si los Decretos legislativos pueden ser fiscalizados por los jueces y

tribunales del orden contencioso-administrativo, parece lógico que contra los mismos puedan también utilizarse (con los mismos límites) los mecanismos de fiscalización administrativa previa al control contencioso.

Así lo ha considerado este Consejo de Estado en las dos ocasiones en que la cuestión ha sido sometida a su consulta:

Aun con anterioridad a la expresa manifestación de la Ley 29/1998, el dictamen número 52.546, de 24 de noviembre de 1988, abordó el expediente relativo a un recurso de reposición interpuesto contra un Decreto legislativo, concluyendo que, por una parte, la Constitución permitía la fiscalización jurisdiccional de estas normas y, por otra, que nada había que objetar a la interposición contra las mismas del recurso potestativo de reposición, de modo que "en esta vía administrativa, la Administración podrá valorar también los defectos de forma y fondo detectados, con las limitaciones expuestas".

Más recientemente, en el dictamen número 494/2007, de 22 de marzo de 2007, se planteó la cuestión de si una norma incluida en un Real Decreto Legislativo puede ser objeto de un procedimiento de revisión de oficio y de la consiguiente declaración de nulidad por esta vía, que la Ley 30/1992 (artículo 102) reserva a los actos administrativos firmes, en los supuestos previstos en su artículo 62.1, y a las disposiciones administrativas, en los supuestos previstos en el artículo 62.2. De acuerdo con la doctrina iniciada en el dictamen del año 1988, antes citado, el Consejo ha entendido en este último caso que, reconocido que los decretos legislativos, amparados en una ley formal habilitante, permiten un control judicial, siquiera limitado a comprobar si el uso de la habilitación se ha ceñido a los términos de la ley, "lógicamente, ese exceso podría ser también objeto de control administrativo por la vía de la revisión de oficio". En ese caso en concreto no se apreció, sin embargo, defecto formal alguno en el precepto impugnado que pudiera dar lugar a una reducción de su

rango (de legal a reglamentario) ni a la posibilidad de declarar su nulidad por la vía de la revisión de oficio,

En conclusión, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse a favor de la posibilidad de una fiscalización administrativa de los Decretos legislativos, un control que está, en todo caso, sometido a dos limitaciones que operan de forma acumulativa:

- en primer lugar, el órgano administrativo podrá valorar si ha existido o no exceso en el ejercicio de la delegación, desde el punto de vista formal o material; deberá operar, por tanto, con los mismos límites que se imponen a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa;

- pero, además, una vez apreciado, en su caso, la existencia de esa extralimitación, la decisión del órgano administrativo está constreñida, en su caso, a los límites propios de la vía administrativa que en particular se haya ejercitado (así, por ejemplo, en el caso de la revisión de oficio, únicamente podría declararse la nulidad de un precepto si en él concurre alguna de las circunstancias del artículo 62 de la Ley 30/1992).

VII. REVISIÓN DE ACTOS DERIVADA DE LA INCOMPATIBILIDAD DE UNA NORMA CON EL DERECHO COMUNITARIO

1. Introducción. Contradicción con el Derecho comunitario y revisión de actos del ordenamiento interno

En su Memoria correspondiente al año 1999, el Consejo de Estado advirtió ya que: "La integración en la Comunidad Europea no sólo ha supuesto una verdadera revolución en las fuentes del Derecho, sino que también afecta -y es lo que ahora quiere resaltarse- a ámbitos que no son estrictamente normativos. La imposición desde Europa de la adopción de determinados acuerdos o actos administrativos por parte de las autoridades nacionales exige -si se quiere ser fieles a los aludidos compromisos asumidos- arbitrar instrumentos jurídicos internos adecuados a tal fin".

Se hacía referencia en dicha Memoria al asunto, varias veces abordado por el Consejo en el ejercicio de su labor consultiva, de aquellos actos del ordenamiento interno cuya invalidación o cese de eficacia venía impuesto en cumplimiento de una Decisión comunitaria, frecuentemente en materia de ayudas a empresas de determinados sectores. En tales casos, a falta de un mecanismo propio de Derecho interno (pues "la infracción del Derecho comunitario [y, por tanto también, el incumplimiento de una Decisión comunitaria] no constituye de suyo, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno, un supuesto de nulidad de pleno derecho [...], de la misma manera que ni tan siquiera un acto administrativo es nulo de pleno derecho por el sólo hecho de infringir la propia Constitución"), y con la dificultad añadida por la Ley 4/1999 que proscribió la revisión de oficio de actos anulables, el Consejo de Estado ponderaba la conveniencia de introducir alguna "previsión legal sobre la revisión de oficio de los actos en este concreto ámbito, a fin de facilitar el cumplimiento interno de las Decisiones comunitarias".

Problema distinto al anterior –aunque ambos dentro de una amplia categoría de revisión o retirada de actos del ordenamiento interno, en virtud de exigencias del Derecho comunitario– es el que recientemente se ha planteado al Consejo de Estado, a raíz de numerosas consultas derivadas de la declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario de determinadas normas de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, declarada por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005, en el *asunto Comisión c. España*, C-204/03.

En efecto, se suscita en estos casos si la citada declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario afecta a los actos administrativos (liquidaciones tributarias, por lo general) que hicieron aplicación en su momento de la normativa nacional. Así pues, la cuestión no es ya la retirada de actos impuesta directamente en virtud de normas europeas, sino la posible revisión –o eventual compensación del perjuicio producido, pues se verá que las consultas han versado tanto sobre revisión como sobre responsabilidad patrimonial– de los actos dictados en su día al amparo de una norma que ha sido declarada después contraria al Derecho europeo. En este sentido, el planteamiento y modo de razonar de estos dictámenes se asemeja más, y plantea asuntos materialmente más cercanos, a aquellos otros supuestos, también frecuentes en materia tributaria, en los que se ha declarado la inconstitucionalidad de una norma, al amparo de la cual se giraron liquidaciones que han ganado firmeza con posterioridad, supuestos, entre los que cabría señalar, como más destacados, tres grupos de asuntos que se han reiterado en los últimos años en materia de Economía y Hacienda:

– Las solicitudes de revisión de oficio, y reclamaciones de responsabilidad patrimonial (bien del Estado legislador bien de las Administraciones Públicas), fundadas en la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y

tributaria, llevada a cabo por la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 173/1996, de 31 de octubre. Dictámenes del Consejo de Estado números 1.442/1998, de 21 de mayo de 1998; 958/1999, de 22 abril de 1999; 2.570/1999, de 23 septiembre de 1999; 3.790/1999, de 23 febrero de 2000; 2.376/2000, de 20 julio de 2000; 2.374/2000, de 14 septiembre de 2000; etc., todos ellos en materia de revisión de oficio. Y, en expedientes sobre consultas de responsabilidad patrimonial, dictámenes números 3.540/1997, de 11 de septiembre de 1997; 553/2001, de 17 de mayo de 2001; 1.876/2002, de 25 de julio de 2002, que inaugura una larga serie; 3.438/2002, de 16 de enero de 2002; 230/2003, de 27 de febrero de 2003; etcétera.

– Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial basadas en la aplicación de las normas contenidas en la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos –y con idéntico contenido en el artículo 14.7 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre–, normas cuya inconstitucionalidad fue declarada por la STC 194/2000, de 19 de julio. Dictámenes del Consejo de Estado números 2.289/2001, de 8 de noviembre de 2001; 396/2002, de 15 de marzo de 2002; 2.460/2002, de 10 de octubre de 2002 y 3.384/2003, de 22 de enero de 2004, entre otros.

– En fin, las solicitudes de declaración de nulidad de pleno derecho o reclamaciones de responsabilidad del Estado legislador, fundadas en la declaración de inconstitucionalidad que la STC 267/2000, de 16 de noviembre, llevó a cabo del artículo 62.1, primer inciso del primer párrafo, de la Ley General Tributaria en su redacción por la Ley 18/1991, de 6 de junio. Dictámenes del Consejo de Estado números 3.481/2003, de 12 de diciembre de 2003; 3.482 y 3.484/2003, ambos de 15 de enero de 2004; 3.483/2003, de 22 de enero de 2004; 3.773/2003, de 5 de febrero de 2004; 240/2004, de 29 de abril de 2004; y 239 y

241/2004, de 20 de mayo de 2004.

En todos estos asuntos, el Consejo de Estado ha sentado con carácter general una doctrina relativa a que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal no supone por sí la nulidad de pleno derecho de los actos que hicieron aplicación de tal precepto; ni tampoco da lugar en todo caso, si no concurren los presupuestos legales para ello, a la responsabilidad del Estado, bien sea en la vertiente de Legislador bien en la de las Administraciones Públicas, que aplicaron en su momento las normas posteriormente declaradas inconstitucionales. Por lo que ahora interesa, cabría retener de esta doctrina legal los siguientes puntos:

– Ante todo, el Consejo de Estado se ha hecho eco de la jurisprudencia constitucional, que, en interpretación del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, determinó los efectos que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de normas tributarias habrían de tener sobre actos administrativos ya firmes. Esta jurisprudencia arranca, como es sabido, de la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989., de 20 de febrero de 1989. Esta sentencia declaró la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se pronunció en su F.J. 11 sobre los efectos de dicha declaración, afirmando por lo que aquí concierne: "(…) Entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría -como con razón observa el representante del Gobierno- un inaceptable trato de disfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en

contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales. Por último, y para concluir, conviene precisar que tampoco en lo que se refiere a los pagos hechos en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración puede fundamentar la nulidad que ahora acordamos pretensión alguna de restitución. También en este supuesto, en efecto, esa nulidad provoca una laguna parcial en un sistema trabado que, como tal, no es sustituido por otro sistema alguno".

Esta doctrina del Tribunal Constitucional, fue recogida en uno de los primeros dictámenes del Consejo de Estado, en los siguientes términos: "La Constitución y la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, han querido establecer, según señala el Tribunal Constitucional, 'un necesario equilibrio entre la consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad -esto es, la nulidad del precepto legal cuestionado- y la garantía de la seguridad jurídica (art. 9,3 CE); excluyendo así una general remoción del pasado por obra de los pronunciamientos de inconstitucionalidad que pueda llevar a cabo este Tribunal'. Si se quiere, dicho en otros términos, un equilibrio entre la estabilidad de las situaciones por así decir "judicialmente consolidadas", de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del art. 161,1 a) CE, y, de otro lado, ciertas excepciones, vinculadas con una posible revisión 'in bonum', como son todas las comprendidas en el indicado art. 40,1 LOTC. Y es obvio que éstas, en cuanto excepciones tasadas de la regla general, han de ser interpretadas restrictivamente para que sea respetado dicho equilibrio" (dictamen número 1.442/1998, de 21 de mayo de 1998, del Consejo de Estado que citaba la sentencia del Tribunal Constitucional 159/1997, de 2 de octubre).

– En segundo lugar, en materia de responsabilidad patrimonial, se ha puesto de manifiesto que existen ciertos límites, impuestos por el principio de seguridad jurídica, que han de sopesarse en toda operación de depuración del ordenamiento

jurídico. Se ha señalado en este sentido lo siguiente: "El Consejo de Estado es consciente del proceso expansivo que ha venido experimentando el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, a partir de unos orígenes históricos muy estrechos y limitados. Ese proceso, que es manifestación muy positiva de la expansión misma del Estado de Derecho y del sometimiento de la Administración a la ley, no parece que permita una extrapolación en casos como el presente, o en otros parecidos, que están perfectamente acotados y tienen un acomodo y tratamiento normativo claro y delimitado. No puede olvidarse que el principio de seguridad jurídica deriva de un mandato constitucional (artículo 9.3 C.E.) que no tiene sólo como efecto el más obvio de mantener inmodificadas situaciones consolidadas (a través de instituciones como la prescripción, la firmeza y otras muchas relacionadas con éstas), sino que -paradójicamente- coopera en la práctica a que el ordenamiento se pueda depurar más fácilmente 'pro futuro' para acomodarse mejor a las normas legales y constitucionales vigentes, sin obligar a sopesar los efectos retroactivos de una nulidad o de una declaración de inconstitucionalidad en un número de supuestos o casos pretéritos desconocidos y por ende imposibles de evaluar o ponderar" (dictamen del Consejo de Estado número 233/2004, de 19 de abril de 2004).

2. La incompatibilidad con el Derecho comunitario declarada por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005

A la luz de la doctrina anterior, el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente sobre numerosos supuestos –tanto de revisión de oficio como de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas–, en los que se planteaba en toda su extensión el problema de la eficacia que hubiera de tener, sobre actos administrativos firmes, la declaración de incompatibilidad de un precepto de una ley nacional con el Derecho comunitario europeo.

Como queda dicho, la cuestión se suscitó a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 6 de octubre de 2005, en el *asunto Comisión c. España*, C-204/03, que decidió en su fallo: "Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, de los artículos 17, apartados 2 y 5, y 19 de la de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme, en su versión modificada por la Directiva 95/7/CE del Consejo, de 10 de abril de 1995, al prever una prorrata de deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por los sujetos pasivos que efectúan únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limita el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones".

No es cuestión de profundizar aquí en los razonamientos de dicha sentencia, ampliamente expuestos por lo demás en el primer dictamen del Consejo de Estado sobre el particular (dictamen número 1.495/2006, de 26 de octubre de 2006). Cabe simplemente retener que se trataba de la eventual contradicción con el Derecho comunitario de dos preceptos de la normativa nacional española (artículos 102.1, segundo párrafo, y 104.2.2º, segundo párrafo, de la Ley 37/1992, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido), en relación con la regla de prorrata que opera para calcular determinadas deducciones sobre la base imponible en el Impuesto sobre el Valor Añadido. Pues bien, el Tribunal de Justicia entendió que dichas reglas eran contrarias a la Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, por introducir, dichas reglas, ciertas restricciones a la deducción no previstas por la citada Directiva.

Por otra parte, la citada sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas de 6 de octubre de 2005 no acordó ninguna limitación en el tiempo de sus propios efectos. El Tribunal recordó que tal limitación solo puede establecerse excepcionalmente si se acredita que las autoridades del Estado miembro adoptaron cierta normativa en virtud de una "incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión" (Sentencia de 12 de septiembre de 2000, *asunto Comisión/Reino Unido*, C-359/97, apartado 92). Y concluyó que en el presente caso no existía tal incertidumbre, por lo que no procedía limitar en el tiempo los efectos de la sentencia (apartados 29 y 30 de la Sentencia de 6 de octubre de 2005).

Así pues, a raíz de esta sentencia, se sucedieron ante el Consejo de Estado los expedientes que, bien por la vía de la revisión de oficio bien por la de la solicitud de una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial, pretendían la devolución de lo ingresado en concepto de las liquidaciones tributarias, que fijaron un importe de deducción o minoración de la cuota menor a que correspondería según la Sexta Directiva, en aplicación de la regla de prorrata tal y como la concebía la legislación española sin perjuicio de que como consecuencia de la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se modifica los artículos 102.1 y 104.2.2º, párrafo segundo, de la Ley 37/1992, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, mediante Ley 3/2006, de 29 de marzo. La primera consulta sobre esta materia (expediente que dio lugar al ya citado *dictamen número 1.495/2006, de 26 de octubre de 2006*) se refirió a una solicitud de revisión de oficio formulada antes de que recayese sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la base del dictamen motivado dirigido por la Comisión Europea al Gobierno español referente a los artículos 102 y 104 de la Ley del IVA, y de la existencia de una proposición de ley (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de marzo de 2003) relativa a la adaptación de los citados artículos 102 y 104 de la Ley 37/1992 a los requisitos exigidos por la Comisión europea. Con todo, durante la instrucción del procedimiento de revisión de oficio, se aprobó y publicó dicha resolución judicial, por lo que el dictamen razonó a la luz de lo decidido por ella.

3. Revisión de oficio de actos tributarios dictados al amparo de los artículos 102 y 104 de la Ley 37/1992

El primer grupo de asuntos sobre el que Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse, ha sido el relativo a las solicitudes de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones tributarias dictadas en esta materia.

En estos dictámenes, entre otros, dictámenes del Consejo de Estado números 1.495/2006, de 26 de octubre de 2006; 1925/2006, de 2 de noviembre de 2006; 2557/2006, de 11 de enero de 2007; 2559/2006, de 18 de enero de 2007; 354/2007, de 1 de marzo de 2007; 952 y 953/2007, ambos de 30 de mayo de 2007., el Consejo de Estado parte de una consolidada doctrina de acuerdo a la cual "la mera aplicación de un precepto luego declarado inconstitucional, en este caso contrario al Derecho comunitario, no supone necesariamente la concurrencia de alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 217 de la Ley General Tributaria" y, junto a ello, de la elemental constatación de que "la entidad reclamante no ha acreditado la concurrencia de circunstancias especiales que apunten a alguna de las causas de nulidad de pleno derecho tasadas legalmente, por lo que no cabe, con base en ellas, declarar la nulidad del acuerdo de liquidación".

En algunos supuestos sí se invocan, aunque de forma indeterminada y genérica, algunos motivos legales de nulidad: lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (artículo 217.1.a] de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; dictamen número 467/2007, de 19 de abril de 2007); actos de contenido imposible (artículo 217.1.c] de la citada Ley, dictamen número 943/2007, de 24 de mayo de 2007); actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos careciendo de requisitos esenciales para su adquisición

(artículo 217.1f], dictamen número 438/2007, de 22 de marzo de 2007) e incluso otros motivos contenidos expresamente en una disposición de rango legal (artículo 217.1.g]), por referencia en este último caso a la "vulneración de disposiciones de carácter superior –los artículos 17 y 19 de la Directiva 77/388/CEE–, con contravención del principio de jerarquía normativa" (dictamen número 2.557/2006, de 11 de enero de 2007; también se alegaba este apartado g] del artículo 217.1 de la Ley General Tributaria en la consulta resuelta por el dictamen número 1.925/2006, de 2 de noviembre de 2006).

En todo caso, en los dictámenes, antes citados, del Consejo de Estado se traen a colación a renglón seguido "diversos argumentos que apoyan la irrevisabilidad de las actuaciones devenidas firmes aun habiéndose declarado con posterioridad la contradicción con el Derecho comunitario del precepto legal en que se amparaban".

En este punto, los dictámenes hacen un *excursus* en primer lugar sobre el contenido de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005 y la condena que implica para la legislación española, para detenerse después en la "eficacia que deba tener [dicha sentencia] sobre las autoliquidaciones, o sobre los actos de rectificación de estas, que hubieran empleado dichas reglas en el cálculo de las deducciones en la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido". A su vez, el razonamiento sobre este último punto comprende tres pasos: el estudio de la eficacia general de las sentencias dictadas en recursos de incumplimiento por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1); los límites de Derecho interno a la regla general de la eficacia "ex tunc" y la devolución de ingresos indebidos (2); y en fin, la concreta incidencia, a la luz de los criterios anteriores, de la sentencia del TJCE de 6 de octubre de 2005 sobre el concreto caso que se dictamina. Pues bien, cabe destacar sobre cada uno de estos momentos:

Ante todo, respecto de la eficacia general de las sentencias dictadas en recursos de incumplimiento, se extracta una jurisprudencia comunitaria de acuerdo a la cual

(sentencias del TJCE de 22 de junio de 1989, *asunto Fratelli Constanzo*, 103/88, apartado 33 y de 19 de enero de 1993, *asunto Comisión/Italia*, C-101/91, apartado 24, entre otras) la sentencia que declara el incumplimiento de un Estado miembro tiene efectos "ex tunc", en virtud de los principios de efecto directo y de primacía propios del Derecho comunitario; ello implica, para las autoridades de dicho Estado miembro, la prohibición de aplicar el régimen incompatible, de una parte, y la obligación de adoptar todas las disposiciones necesarias para que surta pleno efecto el Derecho comunitario, de otra.

Ahora bien, junto a ello se incide en la idea también precisada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de que, ante la inexistencia de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario concede a los justiciables. En este punto, se cita con alguna extensión la jurisprudencia contenida en la sentencia de 13 de enero de 2004, *asunto Kühne y Heitz*, C-453/00 y reiterada en varias ocasiones Cfr. sentencias de 16 de mayo de 2000, *asunto Preston y otros*, C-78/98, apartado 31; de 19 de septiembre de 2006, *i-21 Germany y Arcor*, C-392/04 y C-422/04, apartado 57; de 15 de marzo de 2007 *asunto Reemtsma Cigarettenfabriken*, C-35/05, apartado 40 en las que, pese a la opinión contraria de sus abogados generales (que, en sus conclusiones, respectivamente, a los asuntos *Kühne y Heitz*, C-453/00, e *i-21 Germany*, C-392/04 y 422/04, invitaban al Tribunal a reconsiderar su posición al respecto: el Tribunal debe "afrontar el envite, sopesando los imperativos de la seguridad jurídica y los de la legalidad comunitaria, para discernir si los primeros representan siempre una barrera infranqueable o si en algunas ocasiones han de ceder ante los segundos"), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas viene dejando en manos de los ordenamientos de los Estados Miembros la decisión de si procede o no aquella revisión.

El Consejo de Estado, con cita de la mencionada sentencia de 13 de enero de 2004, *asunto Kühne y Heitz*, apartado 28; parte en los dictámenes de las apreciaciones siguientes:

> "El principio de cooperación que deriva del artículo 10 CE obliga a un órgano administrativo ante el que se presenta una solicitud en este sentido a examinar de nuevo una resolución administrativa firme para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del Derecho comunitario efectuada entre tanto por el Tribunal de Justicia cuando:
>
> - según el Derecho nacional, dispone de la facultad de reconsiderar esta resolución;
> - la resolución controvertida ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia;
> - dicha sentencia está basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, es errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, apartado 3, y
> - el interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia".

A partir de las anteriores apreciaciones, el Consejo de Estado recuerda que hay ciertos límites derivados de la seguridad jurídica, como la firmeza y la prescripción, cuyo contrapeso debe ser observado en esta materia, y que como tales se han afirmado ya con carácter general en algunos dictámenes relativos a inconstitucionalidad de normas tributarias los antes citados.

En el grupo de asuntos que ahora se analiza, la virtualidad de estos límites se pone de manifiesto al hilo de la Resolución 2/2005, de 14 de noviembre, de la Dirección General de Tributos, sobre la incidencia en el derecho a la deducción en el Impuesto sobre el Valor Añadido de la percepción de subvenciones no vinculadas al precio de las operaciones a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005. Esta resolución completada en otros aspectos por la Instrucción 10/2005 de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de 30 de noviembre, de igual título que aquella, expresa que la eficacia temporal de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene, con carácter general, "un efecto retroactivo limitado a las situaciones jurídicas a las que le sea aplicable y respecto de las que no haya cosa juzgada, prescripción, caducidad o efectos similares, respetando, por tanto, las situaciones jurídicas firmes" (apartado VII). En particular, la eficacia temporal retroactiva puede quedar limitada por la prescripción (no cabrá exigir la devolución de ingresos indebidos más allá del plazo de cuatro años de prescripción, según el artículo 66 de la Ley General Tributaria) o por la firmeza de las liquidaciones tributarias (en aquellos supuestos en los que se ha dictado una liquidación administrativa provisional o definitiva y esta ha devenido firme, tampoco podrá procederse a la devolución de ingresos indebidos, según el artículo 221.3 de la Ley General Tributaria y el artículo 8.2 del Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para la realización de devoluciones de ingresos indebidos de naturaleza tributaria, en este punto todavía vigente).

Sólo, por último, en aquellos supuestos en que se haya dictado liquidación administrativa pero ésta no hubiera devenido firme, habrá que estar a la resolución o sentencia que ponga término al procedimiento. En este sentido, se ha apreciado en algunos casos de este tipo la procedencia de la devolución, bien en la vía económico-administrativa (Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central de fechas 14 diciembre de 2005, 17 de enero y 15 de marzo de 2006) o bien en la vía contencioso-

administrativa (Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de noviembre de 2005, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 15 de marzo de 2006 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de abril de 2006).

Por último, el estudio de las solicitudes de nulidad de pleno derecho termina con la atención a los motivos de nulidad concretamente esgrimidos por los solicitantes, que podrían vencer el límite que la firmeza supone para la devolución de ingresos indebidos, según lo que disponen los artículos 221.3 en relación con el artículo 216.a) de la Ley General Tributaria. Ahora bien, puesto que en la generalidad de los casos no se aprecia ningún motivo de nulidad –que, si invocado, lo es de una manera puramente genérica– de los tasados legalmente, y dado que la circunstancia de la declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario no supone *per se* dicha nulidad, se concluye en el siguiente sentido:

> "Debe prevalecer el principio general de irrevisabilidad de los actos administrativos firmes, que en el ámbito tributario recoge el artículo 213.3 de la Ley General Tributaria ("cuando hayan sido confirmados por sentencia judicial firme, no serán revisables en ningún caso los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones ni las resoluciones de las reclamaciones económico-administrativa"), y que, con carácter general y a propósito de las declaraciones de inconstitucionalidad de preceptos tributarios (artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), ha sido extendido a las actuaciones administrativas que hubieran ganado firmeza, en atención a los principios "favor acti" y de seguridad jurídica (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2000; Dictamen del Consejo de Estado número 987/2005, de 30 de junio de 2005, entre otros)".

4. Reclamaciones de responsabilidad patrimonial en esta materia

Al igual que sucede con los asuntos que derivan de la declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias, también en los casos que ahora se examinan, en los que la depuración del ordenamiento deriva de la incompatibilidad con el Derecho comunitario, la segunda gran vía para obtener la reparación de los perjuicios causados por los actos dictados al amparo de tales normas es la de la responsabilidad del Estado legislador.

Los dictámenes que han abordado este tipo de asuntos son muy numerosos; cabe citar los dictámenes que inauguraron esta serie de consultas: dictámenes números 2.109 y 2.112/2006, ambos de 2 de noviembre de 2006; y después dictámenes números 2.111 y 2.114/2006, de 8 de noviembre de 2006; 2.107, 2.110 y 2.113/2006, de 23 de noviembre de 2006. Entre los más recientes, dictámenes números 1.296 a 1.304/2007, todos ellos de 28 de junio de 2007 han partido de una doble doctrina legal del Consejo de Estado sólidamente asentada: de un lado, la relativa a la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del Derecho comunitario, con carácter general; de otro, la doctrina sobre el alcance –relación de causalidad y existencia de daño antijurídico, en rigor– de la declaración de inconstitucionalidad sobre los actos administrativos firmes, a la que se viene haciendo referencia en los epígrafes anteriores.

En cuanto a la primera línea argumental, "dado que la reclamación objeto del presente dictamen –dijo el primero de los dictámenes que se han emitido sobre este tipo de asuntos (dictamen número 2.109/2006, de 2 de noviembre de 2006))– se fundamenta en la presunta producción a la interesada de un daño como consecuencia del incumplimiento del Derecho comunitario, debe en primer término acudirse a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al respecto". Y a continuación se hace un resumen de dicha jurisprudencia, que ha sido recibida extensamente por el Consejo de Estado:

“En una primera Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (asunto *Francovich*), el TJCE perfiló el principio general de la responsabilidad estatal por incumplimiento del Derecho comunitario, aunque específicamente referido al ámbito de la no transposición de Directivas comunitarias en los ordenamientos internos.

Sentencias posteriores del TJCE han confirmado la responsabilidad del Estado legislador por la falta de transposición o por transposición incorrecta de las Directivas comunitarias. Baste mencionar las Sentencias de 8 de octubre de 1996 (asunto *Dillenkofer*), 5 de marzo de 1996 (dictada en los asuntos acumulados *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*), y 26 de marzo de 1996 (asunto *British Telecommunications*).

En estas sentencias, ha señalado el Tribunal que todo el derecho nacional de los Estados miembros debe interpretarse con el referente de la normativa comunitaria; y que si, finalmente, los derechos de los interesados no reciben una adecuada satisfacción, "el Derecho comunitario impone a los Estados miembros la reparación de los daños causados en razón de la ausencia de transposición de una Directiva", siempre y cuando se cumplan los requisitos anteriormente señalados.

En este sentido, afirma el Tribunal que "el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables, es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional", sin que deba supeditarse la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa, por parte del propio Tribunal, de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro.

Ya desde la sentencia *Francovich,* señala asimismo la jurisprudencia comunitaria que los requisitos para que esa responsabilidad de un Estado miembro genere un derecho

a la indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado.

Tales requisitos han sido enumerados en esta y otras sentencias, y son los siguientes:

- Que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares.
- Que la violación (del Derecho comunitario) esté suficientemente caracterizada.
- Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.
- Que la lesión sea evaluable económicamente e individualizada”**.** A partir de la sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003 *asunto Köbler*, C-224/01, la responsabilidad de los Estados miembros por infracción de Derecho comunitario se extiende a las violaciones imputables a los órganos jurisdiccionales nacionales, si bien en estos casos, se exige, por la especificad de la función jurisdiccional, que la “violación suficientemente caracterizada” tenga carácter manifiesto: “Por lo que se refiere en particular al segundo requisito [violación suficientemente caracterizada] y a su aplicación con el fin de declarar una posible responsabilidad del Estado debida a una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, se han de tener en cuenta la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica, como también han alegado los Estados miembros que han presentado observaciones en este asunto. La responsabilidad del Estado derivada de una violación del Derecho comunitario debida a una resolución de ese tipo solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable” (aptdo. 53). El primer punto del fallo, para resolver la

> cuestión planteada por el órgano judicial austriaco, decidió: "El principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se derive de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, si la norma de Derecho comunitario vulnerada tiene por objeto conferir derechos a los particulares, si la violación está suficientemente caracterizada y si existe una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por las personas perjudicadas. Para determinar si la violación está suficientemente caracterizada cuando se derive de una resolución de ese tipo, el juez nacional competente debe examinar, habida cuenta de la especificidad de la función jurisdiccional, si dicha violación presenta un carácter manifiesto. Corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a dicha reparación".

En alguna consulta de las planteadas al Consejo de Estado a raíz de la sentencia del TJCE de 6 de octubre de 2005 *asunto Comisión c. España*, C-204/03, se ha invocado la jurisprudencia comunitaria inaugurada con la sentencia *Köbler*, aunque alegando la responsabilidad del Estado legislador. No se ha apreciado por ello la conveniencia de estudiar la cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado-juez, perspectiva por lo demás lejana al núcleo de la cuestión, tal y como ha sido planteada.

A partir, pues, a partir de los mencionados criterios de la Sentencia *Francovich*, el Consejo de Estado estudia con algún detenimiento el requisito relativo a una "violación suficientemente caracterizada", señalando que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha suministrado criterios para interpretar cuándo puede entenderse que se está ante una violación de este tipo del Derecho comunitario. Así:

- En su sentencia de 5 de marzo de 1996 (asuntos acumulados *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*), señala el Tribunal de Justicia que "el criterio decisivo para considerar que existe es la inobservancia manifiesta y grave, por parte de un Estado miembro, de los límites impuestos a su facultad de apreciación. A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario. En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido".

- Y más recientemente, en su Sentencia de 4 de julio de 2000 (asunto *Bergaderm*) añade que "el régimen establecido por el Tribunal de Justicia sobre la base de esta disposición tiene en cuenta, entre otros aspectos, la complejidad de las situaciones que deben ser reguladas, las dificultades de aplicación o de interpretación de los textos y, más particularmente, el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido".

En definitiva, por tanto, cuando una violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro es imputable al legislador nacional que ha actuado en un ámbito en el que dispone de un margen de apreciación amplio para adoptar opciones normativas

(como ocurre con la transposición de Directivas), el derecho de los particulares lesionados a una indemnización existirá siempre que esa opción revele una inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos por la norma comunitaria en cuestión.

Una situación, entiende el Consejo de Estado, que no parece haberse dado en los casos sometidos a dictamen. Ciertamente, la Sentencia del TJCE de 6 de octubre de 2005 declaró la existencia de una violación del Derecho comunitario (en concreto, la Sexta Directiva de IVA) por parte del legislador español, "al prever una prorrata de deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por los sujetos pasivos que efectúan únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limita el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones". Pero un estudio de los concretos términos en que se produjo dicha infracción revela "que tal incumplimiento no fue grave ni manifiesto y que, en consecuencia, el legislador español no ha incurrido en el presente caso en una violación suficientemente caracterizada o cualificada que permita declarar la responsabilidad patrimonial. El amplio margen de actuación que permitían los preceptos citados de la Sexta Directiva, la complejidad de la materia a regular y, por supuesto, la falta de intencionalidad en la comisión de la infracción son criterios que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria antes expuesta, permiten fundar esa conclusión".

Como cierre de este primer grupo de argumentos, los relativos a la inexistencia de título de imputación suficiente al Estado por incumplimiento del Derecho comunitario, es preciso añadir que algunas reclamaciones de las dirigidas al Consejo de Ministros, por responsabilidad del Estado legislador, se han fundado no ya en la directa incompatibilidad con el Derecho comunitario decidida por la sentencia del TJCE de 6 de octubre de 2005 (esto es, la de los artículos 102 y 104 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA), sino en la reproducción de estos preceptos en otra normativa de orden interno, concretamente en la normativa Foral Navarra. En efecto, en un limitado número de asuntos (dictámenes números 891/2007, 892/2007 y 894/2007, de 17 de mayo

de 2007 y 890/2007 y 893/2007, de 24 de mayo de 2007), las reclamaciones se basaron en los supuestos daños producidos por la aplicación de la regla sobre el cálculo de prorrata contenida en el artículo 50.2.2º de la Ley Foral de Navarra 19/1992, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en su redacción por Decreto Foral 5/1998, de 19 de enero).

Los dictámenes sobre estas reclamaciones han concluido también la procedencia de la desestimación sobre el fondo, aceptando de modo implícito que la declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario –en la legislación estatal– podría entenderse conectada con estas reclamaciones, toda vez que el singular sistema de Convenio económico con dicha Comunidad Foral obliga a ésta a respetar –en los términos del artículo 2.1 de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, que aprueba dicho Convenio– "los criterios de armonización del régimen tributario de Navarra con el régimen general del Estado establecidos en este Convenio Económico", y que se refieren en este caso a la armonización de las normas comunitarias relativas al Impuesto sobre el Valor Añadido, de modo que la emanación de dichas normas –en ocasiones, como la presente, mediante Decreto legislativo foral– responde al obligado ajuste con lo dispuesto por el legislador estatal.

Sentada la ausencia de una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario, el Consejo de Estado abunda después en los argumentos relativos a la inexistencia de otros requisitos propios de la responsabilidad patrimonial del Estado (relación de causalidad, daño antijurídico) como consecuencia de la declaración de incompatibilidad de la normativa española con el ordenamiento comunitario.

En primer lugar, se aprecia la falta de concurrencia de la relación de causalidad entre la depuración del ordenamiento llevada a cabo por el TJCE y los daños eventualmente producidos, y ello por razones similares a las empleadas en los casos en que el supuesto origen de la lesión se encontraba en la declaración de

inconstitucionalidad. Es decir, por considerar que el interesado se aquietó ante los actos de aplicación o liquidación y no llevó a cabo ninguna actuación tendente a enervar la eficacia jurídica de dichos actos, de modo que la resolución ha adquirido firmeza y ha devenido irrevisable, según la norma del artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En rigor, esta manera de razonar pone el acento en la propia conducta del reclamante y en la ruptura que ello pudo suponer en la relación de causalidad, aun cuando en ocasiones se equipara en la expresión la ausencia de perjuicio con la imposibilidad de revisión: así, se dice, se aplica en estos casos la doctrina según la cual el reclamante pretendía beneficiarse de una declaración de nulidad al amparo de una jurisprudencia en la que no tuvo parte (dictámenes 908/2002, de 18 de abril de 2002 y 1.004/2002, de 9 de mayo de 2002); el reclamante no recurrió el acto, cuya invalidación, por vía indirecta, ahora solicita; o la propia cita del artículo 40.1 LOTC, que evidencia la imposibilidad de revisión (y, en consecuencia, a estos efectos, la ausencia de daño por haber tenido la posibilidad de combatirlo).

También, para concluir este argumento, se trae a colación "una línea jurisprudencial ya consolidada según la cual la ulterior declaración de nulidad de una disposición legal no lleva aparejada necesariamente la invalidez de las liquidaciones firmes practicadas bajo su amparo, máxime si contra dichas liquidaciones no se han interpuesto los pertinentes recursos (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 1 de junio de 1992, 17 de febrero de 1994 y 30 de enero de 1995)". Y se señala, en fin, que "el Tribunal Supremo ha manifestado en dos recientes Sentencias (de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005) la inaplicabilidad en estos supuestos de la doctrina por él elaborada en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de la inconstitucionalidad del denominado gravamen complementario (entre otras muchas, Sentencias de 29 de febrero de 2000 y 23 de octubre de 2001)", con reproducción de la primera de las sentencias citadas:

"Esta doctrina no es trasladable a los supuestos en que una norma (...) es contraria a la legislación europea, ya que tal contradicción es directamente invocable ante los tribunales españoles y por tanto la recurrente pudo recurrir en vía administrativa primero y en vía contenciosa después el acta de liquidación y tanto la administración como la jurisdicción posteriormente debían haber aplicado directamente el ordenamiento comunitario. La recurrente en este caso, al contrario de lo que acontece en los supuestos de gravamen complementario de la tasa de juego, sí era titular de la acción por invocar la contradicción entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario que debía ser aplicado directamente por los tribunales nacionales incluso aun cuando no hubiese sido invocado expresamente, por tanto la doctrina del acto firme y consentido unida al principio de seguridad jurídica justifica en este caso, al contrario de lo que hemos establecido en las sentencias citadas sobre ingreso indebido del gravamen complementario, la no aplicación al caso de autos de la doctrina sentada en aquellas sentencias y la desestimación de la pretensión indemnizatoria ya que la recurrente, al no impugnar el acta de conformidad levantada por la Agencia Tributaria, está obligada a soportar el perjuicio causado al no concurrir en el caso que nos ocupa la misma circunstancia que en las sentencias de esta sala anteriormente citadas".

Por último, se estima que, en virtud de la última circunstancia apuntada –esto es, de la firmeza que concurre en los actos cuya aplicación se pretende lesiva– tampoco se da la nota de la antijuridicidad del daño: "Por una parte, debe recordarse que las liquidaciones practicadas tuvieron su origen en unas actuaciones administrativas plenamente ajustadas al marco legal entonces vigente. Por otro lado, es un dato fundamental el que la empresa hoy reclamante no recurriese en sede alguna los actos administrativos que ahora pretende lesivos" (vid. entre otros muchos, el dictamen número 480/2007, de 19 de abril de 2007).

Con independencia de ello, sin embargo, a efectos de esta antijuridicidad, y

haciendo abstracción de la falta del requisito del título de imputación por violación de Derecho comunitario, es lo cierto que, cuando el acto que se pretenda lesivo consista en la imposición de una sanción, estos argumentos no resultarían atendibles por el juego de la excepción del artículo 40.1 LOTC *in fine*. Esto es, cuando se pretenda el resarcimiento, no ya por la liquidación abonada en su día en concepto de IVA, sino por la cuantía de la sanción impuesta (*ex* artículo 195.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria o 79.d] de la Ley 230/1963, General Tributaria con anterioridad, acreditación improcedente de partidas a deducir en la cuota), parece que se trataría de un daño antijurídico y que podría dar lugar a la revisión –luego también a la consideración del acto como lesivo– de situaciones firmes, por estar en este caso ante el supuesto del último inciso del artículo 40.1 LOTC ("salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad").

5. Conclusiones

En atención a todo ello, el Consejo de Estado considera oportuno extraer las siguientes conclusiones, a modo de resumen de la doctrina legal que se ha sentado en los asuntos objeto de examen:

1º. Ante todo, este tipo de consultas no abordan directamente, como sí lo hicieran con anterioridad otro tipo de dictámenes (*vid.* por todos la Memoria del Consejo de Estado de 1999), la cuestión de la invalidación o cese de eficacia de ciertos actos directamente impuestos en virtud de una norma comunitaria. El asunto que en ellos se plantea es, más bien, el de la eventual eficacia que pueda tener la declaración de incompatibilidad de una norma nacional con el Derecho comunitario, sobre los actos del ordenamiento interno que se ampararon en dicha

norma.

2º. Los principios que rigen este último tipo de asuntos son, por ello, muy cercanos a los que han servido para resolver otros, relativos a las solicitudes de nulidad –o a las reclamaciones de responsabilidad– fundadas en la declaración de inconstitucionalidad de la norma tributaria en que aquéllos se basaban. Tales principios se contemplan, con una u otra extensión, en diversas normas nacionales y son propios de toda operación de depuración del ordenamiento jurídico: declaración de nulidad por la Administración de sus propias disposiciones (artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común); declaración de ilegalidad de una norma reglamentaria (artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa) y declaración de inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley (artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

En los dos primeros supuestos citados –declaración de nulidad de disposiciones por la propia Administración, declaración de ilegalidad de norma reglamentaria–, las correspondientes normas contemplan expresamente como límite de la retroacción de efectos el de la firmeza de los actos administrativos. En el caso del artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya se ha visto que la jurisprudencia constitucional ha extendido el límite previsto por este precepto y por el artículo 161.1.a) de la Constitución (el de la "fuerza de la cosa juzgada") a la firmeza de los actos administrativos, en atención a la seguridad jurídica.

Junto a la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, de 2º de febrero, antes citada, cabría destacar en este sentido las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: 175/1985, de 19 de diciembre; 19/1987, de 17 de febrero; 173/1996, de

31 de octubre; 194/2000, de 19 de julio; 289/2000, de 30 de noviembre; 11/2001, de 7 de mayo; 63/2003, de 27 de marzo; 137/2003, de 3 de julio y 193/2004, de 4 de noviembre.

El Consejo de Estado se ha hecho eco de estos límites, impuestos por la seguridad jurídica, a la retroacción de efectos que derivaría en principio de las resoluciones declarativas de la nulidad de una norma que haya generado actos de aplicación. En especial, en materia tributaria, no cabe entender que el aserto clásico de los efectos de la nulidad en el Derecho civil (*quod nullus est nullum efectum producit*) pueda aplicarse de manera automática en el plano de las operaciones de depuración del ordenamiento jurídico. Antes bien, en estas últimas es esencial tener en cuenta que la nulidad de una disposición o norma con rango de ley no genera *per se* la de los actos que de ella hubieran hecho aplicación, sino que se han de ponderar en todo caso las consecuencias del principio de seguridad jurídica, del que "deriva de un mandato constitucional (artículo 9.3 C.E.) que no tiene sólo como efecto el más obvio de mantener inmodificadas situaciones consolidadas (a través de instituciones como la prescripción, la firmeza y otras muchas relacionadas con éstas), sino que -paradójicamente- coopera en la práctica a que el ordenamiento se pueda depurar más fácilmente 'pro futuro' para acomodarse mejor a las normas legales y constitucionales vigentes, sin obligar a sopesar los efectos retroactivos de una nulidad o de una declaración de inconstitucionalidad en un número de supuestos o casos pretéritos desconocidos y por ende imposibles de evaluar o ponderar" (dictamen del Consejo de Estado nº 233/2004, de 19 de abril de 2004).

3º. Por último, cuando la situación que afecta a la norma es la de incompatibilidad con el Derecho comunitario (como recientemente ha sucedido a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005, *asunto Comisión c. España*, C-204/03), estos principios y límites resultan aplicables, en los términos que prevé el propio Derecho comunitario.

En tal sentido, por lo que hace a la eficacia de las sentencias dictadas en recursos por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la norma que rige es la contenida en el artículo 228.1 TCE: "Si el Tribunal de Justicia declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia".

Ya se vio que ello ha dado lugar a que, si el propio Tribunal no limita los efectos de su resolución en cuanto al tiempo, la regla es que la sentencia que declara el incumplimiento de un Estado miembro tiene efectos "ex tunc", en virtud de los principios de efecto directo y de primacía propios del Derecho comunitario. Ello implica, para las autoridades de dicho Estado miembro, la prohibición de aplicar el régimen incompatible, de una parte, y la obligación de adoptar todas las disposiciones necesarias para que surta pleno efecto el Derecho comunitario, de otra (sentencias del TJCE de 22 de junio de 1989, *asunto Fratelli Constanzo*, 103/88, apartado 33 y de 19 de enero de 1993, *asunto Comisión/Italia*, C-101/91, apartado 24, entre otras).

Ahora bien, por lo que hace a este último punto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas viene dejando en manos de los ordenamientos de los Estados Miembros la decisión de si procede o no la revisión de disposiciones administrativas, en términos tales que se concilien el principio de autonomía procesal de los Estados miembros y los de equivalencia y efectividad del Derecho comunitario (entre otras, sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 septiembre de 2006 *asunto i-21 Germany y Arcor*, C-392/04 y 422/04, apartado 57 y de 15 de marzo de 2007, *asunto Reemtsma Cigarettenfabriken*, C-35/05, apartados 37 y 40) y con los requisitos previstos por la sentencia de 13 de enero de 2004, *asunto Kühne y Heitz*, C-453/00 (apartado 28), antes citada. En todo caso, no desconoce el Derecho comunitario, finalmente, los límites impuestos por el principio de seguridad jurídica, de

conformidad con el cual “no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza al expirar los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso (…). La observancia de dicho principio permite evitar que puedan ponerse indefinidamente en cuestión actos administrativos que surtan efectos jurídicos (…)” (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 septiembre de 2006, *asunto i-21 Germany y Arcor*, apartado 51, y las que en ella se citan).

A la luz de estos principios, ha elaborado este Consejo de Estado la doctrina analizada sobre la eficacia que una declaración de incompatibilidad de una norma tributaria nacional con el Derecho comunitario pueda tener sobre actos ya firmes, y la improcedencia de revisar éstos en los términos expuestos.

VIII. NULIDAD DE PLENO DERECHO POR INCOMPETENCIA TERRITORIAL MANIFIESTA EN MATERIA TRIBUTARIA

1. Planteamiento y dictámenes del Consejo de Estado

La Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 recogía en su artículo 153, 1, a) como causa de nulidad de pleno derecho de los actos tributarios el haber sido dictados "por órgano manifiestamente incompetente". Ésa fue también la expresión consagrada por el artículo 47, 1, a) de la LPA de 1958 para esta causa de nulidad de los actos administrativos en general.

La Ley 30/1992, en su artículo 62, 1, b) precisó que la incompetencia manifiesta podría ser "por razón de la materia o del *territorio*". Y esta última precisión se recoge en el artículo 217, 1, b) de la Ley General Tributaria hoy vigente de 17 de diciembre de 2003.

Sobre esta cuestión de la posible nulidad de pleno derecho de un acto tributario por razón de incompetencia territorial manifiesta ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo en los últimos años.

En efecto, se han presentado expedientes de nulidad de pleno derecho de ciertos actos tributarios, fundada la nulidad en que la Administración Tributaria que los dictó fue manifiestamente incompetente por razón del territorio. Los actos impugnados eran unas veces liquidaciones tributarias, otras providencias de apremio o incluso embargos acordados dentro de la vía de apremio.

En todos los casos sobre los que se pronunció el Consejo de Estado la incompetencia territorial venía dada por el hecho de que el contribuyente había

cambiado su domicilio fiscal sin notificar esta circunstancia a la Administración Tributaria del territorio que abandonó. De ahí que le fuese girada la liquidación o comunicado el embargo en un domicilio que ya no era el suyo (en la notificación por correo se decía que era "desconocido"), lo que llevaba a la publicación del acto en el Boletín Oficial de la Provincia. Al no haberse efectuado la notificación personal con éxito, el acto no era impugnado en plazo y el interesado acudía al expediente de revisión de oficio basándose en incompetencia territorial manifiesta, cuando era ya firme el acto.

En el dictamen número 3.931/2000, de 25 de enero de 2001, el Consejo de Estado declaró procedente la nulidad de pleno derecho de una liquidación del IRPF del ejercicio 1996. El interesado presentó un certificado de la Jefatura de Correos y Telégrafos de Navarra acreditativo de que había prestado servicios en Navarra durante más de 183 días, que es el periodo a partir del cual, según el Convenio Económico del Estado y la Comunidad Foral Navarra, se entiende adquirida la residencia habitual en ese territorio foral. Adicionalmente la Delegación de la AEAT de Zaragoza (que fue quien giró las liquidaciones) reconoció que no existía en esa Delegación declaración alguna del contribuyente haciendo constar que su domicilio fuese Zaragoza. Tan sólo constaba una solicitud de NIF del año 1991 en la que el interesado señalaba que su domicilio estaba en Zaragoza. A la vista de estas circunstancias y ante el riesgo de que se diese un caso de doble imposición, el Consejo optó por considerar procedente la declaración de nulidad de pleno derecho.

En la misma línea en el dictamen número 1.075/2005, de 14 de julio de 2005, se trataba de una incompetencia territorial, que se planteaba entre una provincia de régimen fiscal común (Castellón) y otra con el régimen tributario especial del País Vasco, dado que el interesado alegaba su residencia en Basauri (Vizcaya). El IRPF liquidado por la AEAT de Castellón correspondía al año 1994. Pero el interesado probó que desde 1992 a 1994 había venido cotizando su empresa al Gobierno Vasco y que

durante todo ese periodo había prestado sus servicios en la localidad alavesa de Llodio. El Consejo volvió a inclinarse por la tesis de la nulidad de pleno derecho por causa de incompetencia territorial manifiesta. Pero antes tomó en consideración una posible objeción, derivada de haber incumplido el interesado su obligación de declarar el domicilio fiscal. El Consejo descartó, en este caso, que ese incumplimiento eliminase los efectos de la incompetencia territorial manifiesta. El razonamiento fue el siguiente:

"Con carácter previo al estudio de las pruebas documentales aportadas por el solicitante, debe tenerse en cuenta –a la hora de calibrar el eventual carácter de la incompetencia como clara, manifiesta y notoria– el hecho de que el interesado no comunicase el cambio de domicilio a la Administración tributaria sino hasta el año 2004.

En este sentido, el artículo 45 de la Ley General Tributaria 230/1963, de 28 de diciembre, establece en su apartado segundo: 'Cuando un sujeto pasivo cambie su domicilio, deberá ponerlo en conocimiento de la Agencia Tributaria, mediante declaración expresa a tal efecto, sin que el cambio de domicilio produzca efectos frente a la Administración hasta tanto se presente la citada declaración tributaria'. Y por otra parte, y pues nos encontramos ante un cambio de domicilio fiscal entre Administraciones tributarias distintas, resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 36, apartado cinco, segundo párrafo, de la Ley 12/1981, de 23 de mayo, que aprueba el Concierto Económico entre el Estado y el País Vasco, cuando establece que 'los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades vendrán obligados a comunicar a ambas Administraciones los cambios de residencia o de domicilio fiscal que originen modificaciones en la competencia para exigir el impuesto'.

A pesar de ello, el Consejo de Estado comparte el criterio de la propuesta de resolución, en el sentido de que dicha circunstancia no basta para enervar el carácter de

‘manifiesta’ de la incompetencia, pues la competencia de un órgano no puede hacerse depender de un deber formal del contribuyente, máxime en este caso en el que están implicadas dos Administraciones tributarias diferentes. Y ello porque, como ha sostenido el Consejo de Estado (dictamen número 3.931/2000, de 25 de enero de 2001), ‘el mero riesgo de una situación de doble imposición pone de manifiesto la gravedad de las consecuencias jurídicas aparejadas a la incompetencia del órgano. A ello hay que añadir que la vulneración de competencias es aquí, además, especialmente patente y grave por afectar a la distribución constitucional y estatutaria de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas’.

Es más, según la documentación reflejada en el expediente, puede llegarse a la conclusión de que el interesado residió en el País Vasco más de 183 días durante el año 1994. En efecto, así se deduce fundamentalmente del certificado del responsable de administración de S. L. A., S.A. en el que consta que desde el 18 de mayo de 1992 al 17 de mayo de 1994 prestó el interesado sus servicios en la sucursal situada en la localidad alavesa de Llodio (137 días), y por otra parte, de la ‘historia de vida laboral’ del Registro de la Tesorería General de la Seguridad Social, en la que figuran cotizaciones del solicitante como trabajador del Gobierno Vasco desde el 2 de noviembre de 1994 (59 días).

Por todo ello, el Consejo de Estado considera que la liquidación y el posterior acuerdo sancionador practicados deben ser declarados nulos de pleno derecho por razón de la manifiesta incompetencia territorial de la Delegación de la AEAT de Castellón para practicar tales actuaciones, de las que además no consta que el interesado haya tenido conocimiento hasta el período ejecutivo.”

Los razonamientos anteriores son paralelos a los que se recogieron en el dictamen número 1.487/2006, de 21 de septiembre de 2006. También en este caso entraba en juego la alternativa entre un domicilio fiscal de régimen común (Santiago de

Compostela) y otro del País Vasco en Guecho (Vizcaya). Se trataba del IRPF del ejercicio 1998 y el interesado alegaba que, si bien en su época de estudiante residió en Santiago de Compostela, desde 1997 su residencia había sido Murguía y después Guecho. Se probaron estos dos hechos así como su condición de contribuyente en Vizcaya, de alta en el censo desde el 21 de septiembre de 1994. Por todas estas razones se volvió a considerar procedente la nulidad de pleno derecho.

Después de reproducir el artículo 217 de la LGT de 2003, el dictamen fundaba su criterio en los siguientes argumentos:

"En primer lugar, parece claro que se ha producido un supuesto de incompetencia territorial pues el interesado ha acreditado que en el año 1998 tenía su residencia en la provincia de Vizcaya.

Con arreglo a lo establecido en la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entonces vigente, y en la Ley 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concierto económico entre el Estado y el País Vasco, una persona física tiene residencia habitual en dicha Comunidad Autónoma cuando permanezca en dicho territorio más días del periodo impositivo, en el caso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (regla 1ª del artículo 36.Uno del Concierto).

A la vista de la documentación que obra en el expediente, parece acreditado que el hoy solicitante residió en el País Vasco más de 183 días del año 1998. Así, según los contratos de trabajo de marzo, julio y octubre de 1998, prestaba sus servicios en el País Vasco; con arreglo al certificado del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Vizcaya figuraba dado de alta en su censo de contribuyentes desde el 21 de septiembre de 1994; y estaba empadronado en el Ayuntamiento de Guecho desde 1997.

Por tanto, teniendo su residencia habitual en el País Vasco, el órgano competente a efectos de liquidar el IRPF era la Diputación Foral correspondiente (en este caso, la de Vizcaya). Se ha producido, pues, un supuesto de incompetencia territorial pues la Administración de la AEAT de Santiago de Compostela no era legalmente el órgano competente para practicar la liquidación por el IRPF de 1998.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el interesado incumplió la obligación de comunicar a la Administración de la AEAT de Santiago de Compostela su cambio de domicilio fiscal.

En este sentido, el artículo 45 de la Ley General Tributaria de 1963 establecía que 'cuando un sujeto pasivo cambie su domicilio, deberá ponerlo en conocimiento de la Administración Tributaria, mediante declaración expresa a tal efecto, sin que el cambio de domicilio produzca efectos frente a la Administración hasta tanto se presente la citada declaración tributaria'.

Por su parte, el artículo 36.Cinco del Concierto establece que 'los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades vendrán obligados a comunicar a ambas Administraciones los cambios de residencia o de domicilio fiscal que originen modificaciones en la competencia para exigir el impuesto'.

El domicilio del interesado que constaba en las bases de datos de la AEAT estaba situado en Santiago de Compostela, sin que conste que el interesado hubiese presentado declaración o comunicación alguna indicando el cambio de domicilio, incumpliendo así lo dispuesto en los preceptos legales que se acaban de transcribir.

Sentado lo anterior, es preciso determinar si cabe o no apreciar un supuesto de incompetencia manifiesta, lo que, en última instancia, lleva a plantear si la incompetencia existente, como se acaba de ver, puede considerarse manifiesta teniendo en cuenta que el

propio interesado incumplió su obligación de comunicar a una de las Administraciones tributarias implicadas su cambio de domicilio fiscal (y, en este caso, de régimen tributario).

Viene considerando este Consejo que un acto se dicta 'por órgano manifiestamente incompetente' cuando ese órgano invade, de manera ostensible y grave, las atribuciones que corresponden a otra Administración. La nulidad de pleno derecho por incompetencia manifiesta exige, para ser apreciada, que sea 'notoria y clara y que vaya acompañada de un nivel de gravedad jurídica proporcional a la gravedad de los efectos que comporta su declaración' (Dictamen número 49.565).

De ahí que se haya estimado existente en determinados supuestos notorios y graves de incompetencia material o territorial o de evidente ausencia del presupuesto fáctico atributivo de la competencia.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, considerando que solo la incompetencia material o territorial puede acarrear la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo y señalando que la expresión 'manifiestamente incompetente' significa evidencia y rotundidad; es decir, que de forma clara y notoria el órgano administrativo carezca de toda competencia respecto de una determinada materia (entre otras, Sentencias de 15 de junio de 1981 y de 24 de febrero de 1989).

En el presente caso, parece claro que la actuación de la Administración de la AEAT de Santiago de Compostela invade de forma notoria el ámbito competencial de otra Administración, en este caso la Diputación Foral de Vizcaya, si bien es cierto que tal actuación vino determinada por la propia conducta del interesado, quien incumplió su obligación de comunicar a dicha Administración su cambio de domicilio.

Sin embargo, en línea con lo afirmado en el informe del Servicio Jurídico y en la propuesta de resolución, la competencia de un órgano no puede hacerse depender principalmente de un deber formal del contribuyente, como es el establecido en el artículo 45.2 de la Ley General Tributaria, máxime en un caso como el que se examina, en el que están implicadas dos Administraciones tributarias diferentes (Dictamen de 14 de julio de 2005, expediente 1075/2005). Así, en su Dictamen de 25 de enero de 2001 (expediente 3931/2000), referido a un supuesto similar y a la competencia de la Comunidad Foral de Navarra, el Consejo de Estado señaló que 'aunque no conste en el expediente si... ha tributado por el IRPF de 1996 en la Comunidad de Navarra, el mero riesgo de una situación de doble imposición pone de manifiesto la gravedad de las consecuencias jurídicas aparejadas a la incompetencia del órgano'".

Pero el Consejo no siempre ha estimado esta causa de nulidad. En el caso que se estudió en el dictamen número 1.920/2006 se rechazó la aplicación de esta causa de nulidad de pleno derecho. La Delegación Especial de la AEAT de Cataluña había embargado varias cuentas corrientes para el cobro de liquidaciones del IRPF de los años 1997 y 1998. El contribuyente alegó que durante esos ejercicios tenía el domicilio en Guipúzcoa. El certificado de la Diputación Foral de Guipúzcoa acreditaba que durante el año 1998 estuvo domiciliado en esa provincia y que había presentado declaración de IRPF. No así en el año 1997. Anulado el expediente de apremio de la liquidación del año 1998, que subsistente el problema en relación con el año 1997. En Consejo, a la vista de la prueba presentada consideró improcedente la nulidad.

El fundamento de este dictamen número 1.920/2006 fue el siguiente:

"… Deben tenerse en cuenta los hechos acaecidos en el presente expediente. En primer lugar, la Diputación Foral de Guipúzcoa –que resultaría competente en el ejercicio 1997, según el razonamiento del interesado– pone de manifiesto que aquél no presentó declaración por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en dicho ejercicio, sin

que por otra parte hubiera declarado el interesado su cambio de domicilio. Es cierto que esta última circunstancia, por sí sola, no bastaría para enervar el carácter de manifiesta de la incompetencia (pues, como ha sostenido este Consejo, la competencia de un órgano no puede hacerse depender de un deber formal del contribuyente, máxime cuando están implicadas dos Administraciones tributarias diferentes, y ello por el riesgo de una situación de doble imposición y la gravedad de las consecuencias jurídicas que llevaría aparejadas la incompetencia del órgano [cfr. Dictámenes números 3931/2000, de 25 de enero de 2001, 1075/2005, de 14 de julio de 2005 y 1487/2006, de 21 de septiembre de 2006]). En este caso, sin embargo, tampoco consta que se hubiera presentado declaración por el interesado, de modo que el órgano eventualmente competente no tuvo constancia censal de la situación del interesado durante el ejercicio 1997. De ahí que en el presente supuesto no exista la gravedad jurídica de las consecuencias que, como se ha visto, debe concurrir para declarar la nulidad (doble imposición), concurriendo por el contrario el eventual riesgo de que la conducta del interesado pudiese frustrar cualquier actuación impositiva en dicho ejercicio.

En segundo lugar, durante el expediente se han aportado diversas pruebas por el interesado para acreditar su residencia fiscal en el País Vasco durante más de 183 días en el año 1997. El Servicio Jurídico y la propuesta de resolución consideran insuficientes dichas pruebas en orden a acreditar claramente tal circunstancia. El Consejo de Estado entiende que ello es indicio suficiente de que no concurre en el presente caso una incompetencia clara y manifiesta, lo que significa evidencia y rotundidad, pues la determinación de dicho criterio, lejos de ser un dato claro y pacífico en el expediente, ha estado sometida a una labor de interpretación y comprobación."

Como se ve del anterior razonamiento el Consejo hace un estudio de la prueba presentada. Requiere, en realidad, para estimar la incompetencia manifiesta que la prueba sea incontrovertible. Si no lo es y, además, como en este caso, que versaba sobre embargos, el contribuyente no había presentado declaración en la Hacienda

Foral, no había peligro alguno de doble imposición, sino más bien de pagar el impuesto en ninguna de las dos provincias.

Algo semejante se había producido en el dictamen número 2.361/2004. También en este caso se desestimó la nulidad de pleno derecho por insuficiencia de prueba. Las liquidaciones se presentaron en Málaga mientras que se alegó que la interesada, ya fallecida, estaba domiciliada en Sestao (Vizcaya). Los reclamantes tenían que haber probado que la señora contribuyente había estado domiciliada en el País Vasco durante al menos 183 días del año 1997, al que se refería la liquidación. La prueba se consideró insuficiente y se desestimó la pretensión de los reclamantes fundándose en lo siguiente:

"…. La interesada ha tenido posibilidad de aportar al expediente diversas pruebas en este sentido. Sin embargo, no resultan decisivos los certificados emitidos por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en Vizcaya, coincidentes con la certificación de situación tributaria expedida por la Diputación Foral de Vizcaya (relativos a la percepción de prestaciones por la interesada durante el año 1997), ni tampoco –a los efectos que aquí se pretenden– la certificación expedida por el Servicio Vasco de Salud sobre determinadas consultas realizadas a la paciente. Por otra parte, de los certificados emitidos por el Ayuntamiento de Sestao, que señalan la residencia en el municipio desde el 15 de octubre de 1997, no se desprende que la [interesada] residiera la mayor parte del período impositivo del año 1997 en el territorio del País Vasco."

2. Conclusión

En conclusión, el Consejo de Estado admite la posibilidad de que se declare en casos como los expuestos la nulidad de pleno derecho por incompetencia territorial manifiesta del órgano que dictó el acto tributario siempre que: 1º) La prueba

acreditativa de la incompetencia territorial sea indubitada e incontrovertible y 2º) Haya riesgo de que el contribuyente quede sujeto a doble imposición.

En cambio, si la prueba no es plena y clara se desestima la solicitud de nulidad de pleno derecho. La desestimación se hace aún más clara si se aprecia que puede subyacer un supuesto de elusión de pago de impuestos por cambio de domicilio fiscal no notificado.

IX. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑOS SUFRIDOS POR GUARDIAS CIVILES EN ACTO DE SERVICIO A CONSECUENCIA DEL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO DE CARRETERAS

1. Planteamiento de la cuestión.

Es doctrina establecida y consolidada del Consejo de Estado que el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado (construido en torno al artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) no resulta de aplicación cuando el Ordenamiento Jurídico contempla una vía específica de resarcimiento para perjuicios producidos en el seno de una determinada relación jurídica, lo que es trasunto del criterio de selección normativa de que la norma especial prevalece frente a la general.

Así, en el caso de daños sufridos por los servidores públicos, sólo cabe acudir, para la reparación de los mismos, al instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, para el resarcimiento de daños derivados de los servicios públicos, cuando no existe una regulación específica, o cuando, aun existiendo tal régimen particular, su aplicación no conduce a la reparación debida del daño causado.

Como ha venido señalando el Consejo de Estado (Memoria del año 2003), “las pretensiones de resarcimiento que se formulan ante la Administración eventualmente productora de un evento lesivo tienen, conforme a Derecho, una vía formal adecuada en función del instituto jurídico del que trae causa la obligación de reparación en cuestión. Con carácter general, el Consejo de Estado ha venido reiterando que no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la

correspondiente reparación del daño tienen otra vía procedimental específica, prevista en el ordenamiento jurídico, cual sería, entre otros, el caso en el que el daño se produce en el seno de una relación de servicios profesionales. Ello es debido a la configuración del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, previsto para que no pueda ser conceptuado e interpretado como instituto de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria".

Con carácter general, la protección debida por el Estado a sus funcionarios viene fundada en la regla del artículo 63.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964 de 15 de febrero), al proclamar que "el Estado dispensará a los funcionarios la protección que requiera el ejercicio de sus cargos". Una de las vías para el desarrollo de ese principio general es la autorizada por el artículo 23.4 de la Ley 30/1984 de 6 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública ("Los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio"). Sin embargo el desarrollo reglamentario del precepto atiende de modo especial al aspecto retributivo de la función pública y no permite, de modo general, dar cabida a muchas de las situaciones en que se hace patente la exigencia del principio general de protección.

No hay, pues, en la regulación del Estado un desarrollo reglamentario de esa previsión legal que ampare el resarcimiento debido al funcionario que sufre un daño en acto de servicio, a diferencia de algunos casos sí contemplados en la legislación de las Comunidades Autónomas, como sucede, para la función pública de la Comunidad Valenciana, a tenor del artículo 6 del Decreto 24/1997 de 11 de febrero, respecto de los funcionarios en situación de comisión de servicio, ya que se contempla para los mismos una denominada "indemnización especial" que resarciría tanto "los gastos extraordinarios que efectivamente se hayan tenido" cuanto "los daños realmente sufridos en los bienes del comisionado" (aun tratándose de una regulación insuficiente

y limitada, que ha motivado la oportuna sugerencia al respecto por parte del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma).

La utilización de la vía de la responsabilidad extracontractual para atender a las peticiones de resarcimiento hechas por funcionarios públicos en el curso de su relación de servicio (pues produciéndose de modo ajeno a la misma se estaría ante una situación igual a la de un particular) es posible, por tanto, cuando no existe una vía específica de reparación del daño (por falta del desarrollo reglamentario necesario, de su insuficiencia o de la inidoneidad del existente), o bien cuando aun existiendo se llega a la imposibilidad de obtener una reparación íntegra del daño sufrido (por proporcionar esa vía específica una cobertura parcial u objetivamente insuficiente dada la entidad del daño soportado y sus consecuencias).

Para los integrantes de la Guardia Civil, los supuestos semejantes a éste han de ser resueltos con arreglo al principio general de protección social enunciado en el artículo 96 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen de Personal de la Guardia Civil, a tenor del cual se asegura a los miembros de ese Instituto el completo resarcimiento de los daños que sufrieren con ocasión del servicio, tanto si son personales como si son materiales. Sin embargo, la promulgación de esta norma ha supuesto la derogación del régimen reglamentario antes vigente (Real Decreto de 22 de febrero de 1.980) que contemplaba un mecanismo específico de indemnización a efectos de reparar los daños sufridos por los miembros de la Guardia Civil en acto de servicio.

Aquel régimen reglamentario, al igual que el previsto (también derogado) para los funcionarios de policía (artículo 179 del Reglamento de Policía Gubernativa de 1974), disponía un sistema específico de resarcimiento, que atendía a la peculiar configuración de la función pública en materia de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, considerando el mayor riesgo asumido por tales funcionarios para el ejercicio

de sus funciones en razón de la propia índole de las mismas (particularmente por llevar aparejado el posible uso de la fuerza). La supresión de esas previsiones reglamentarias ha dado lugar al establecimiento de otros mecanismos, entre ellos el recurso al sistema del seguro, dotándose el Departamento correspondiente en algunos períodos de pólizas colectivas para cubrir determinados riesgos específicos. No hay, sin embargo, una decisión adoptada al respecto para el establecimiento de modo uniforme y general de un mecanismo completo, lo que debería ser objeto de reflexión.

En esta situación, los miembros de la Guardia Civil, señaladamente los de su Agrupación de Tráfico, ejercen las funciones propias de las competencias atribuidas al Ministerio del Interior en materia de vigilancia, regulación y control del tráfico por el artículo 6 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo). En el ejercicio de tales funciones, y por tanto en acto de servicio, pueden sufrir daños que, de afectar a particulares, suscitan la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por razón del funcionamiento del servicio de carreteras (artículos 15, 16 y 29 de la ley de Carreteras 25/1988 de 29 de julio, y también de modo específico 10.1 y 57 de la ley de Seguridad Vial).

Se han producido así muchos casos en los que el afectado por ese tipo de daños, Guardia Civil, ve denegada su reclamación en vía administrativa, a título de responsabilidad patrimonial del Estado, precisamente por el hecho de contar con una vía específica de protección, fundada ahora en el artículo 96 de la ley 42/1999 antes aludida. Esas reclamaciones se han examinado tanto en relación al servicio de carreteras como respecto del propio funcionamiento del servicio público prestado por la Guardia Civil ejerciendo las funciones que le corresponden con arreglo a las competencias del Ministerio del Interior en materia de orden público y seguridad ciudadana. La doctrina general establecida al respecto es la de que no resulta procedente la indemnización a título de responsabilidad patrimonial del Estado sin

perjuicio de la aplicación, en el seno de la relación funcionarial, del mecanismo apropiado para el deber de protección que tiene el Estado respecto de sus propios funcionarios.

En el caso del servicio público de carreteras, sin embargo, existe una circunstancia, derivada de la concurrencia de competencias del Ministerio del Interior y de Fomento sobre el uso y circulación en tales vías, que pone de relieve algunos aspectos de esta situación que no son resueltos de modo satisfactorio por la doctrina expresada.

Así, se han venido produciendo determinadas situaciones que, si bien han sido resueltas en el sentido expresado, provocan la necesidad de una reflexión acerca de la idoneidad de este mecanismo, dado que se produce, de hecho, una diferencia en la aplicación de la norma, por razón del estatuto particular de funcionario público del Guardia Civil, que lleva en algunos casos a resultados contrarios a la equidad, cuando el mecanismo de protección funcionarial resulta insuficiente o su aplicación lleva a resultados incompletos y que no garantizan la protección debida.

2. La protección debida a los funcionarios en estos casos.

En efecto, la protección funcionarial, tal y como está diseñada en aplicación del principio general antes expuesto, se expresa en mecanismos de seguridad social (la aplicación del régimen especial de Seguridad Social y del régimen de clases pasivas), y atiende a la particularidad del empleado público respecto del trabajador por cuenta ajena. Se trata, por tanto, de un régimen de protección que tiene una finalidad propia , asimilable a la que resulta del sistema de Seguridad Social.

Ciertamente a través de ese mecanismo se alcanza una cobertura del empleado público que respecto de los supuestos en que puede producirse la responsabilidad patrimonial del Estado suele ser más completa que la que protegería al particular en general. Pero hay otras ocasiones en las que la aplicación de ese régimen denota una insuficiencia, al establecerse una comparación entre los resultados, insuficiencia que viene dada precisamente por la índole específica y naturaleza propia del régimen de protección. Es distinto, por ejemplo, el régimen de asistencia sanitaria, que ampara a la Guardia Civil en el marco del ISFAS que la indemnización para cubrir esos gastos a un particular que no dispone en el caso concreto de un mecanismo protector de Seguridad Social frente a una lesión. Y es distinto porque alcanza una cobertura más amplia, pero en casos concretos puede llevar a resultados cuantitativamente diferentes.

Cuando se invoca el principio general expresado (la protección debida al empleado público en razón de ese deber de protección del Estado respecto de sus funcionarios) para fundar la relación de especialidad frente a la norma general de aplicación del artículo 139 de la Ley 30/1992 se está también contemplando la función aseguradora (en sentido amplio y no técnico jurídico) que realiza el Estado a través de este instituto (de la responsabilidad patrimonial del Estado). En efecto, el mecanismo de la responsabilidad patrimonial del Estado, en uno de sus aspectos, presume la solvencia universal del Estado para la atención de determinadas cargas públicas, las derivadas del funcionamiento del servicio público; el principio general de reparto y distribución de tales cargas lleva a que hayan de indemnizarse todos aquellos casos en que el perjudicado por aquel funcionamiento no tenga el deber jurídico de soportar esa particular y más intensa carga. En este sentido, se realiza una función aseguradora, muy peculiar y limitada por la propia índole de la función estatal (por la limitación de sus medios materiales y recursos).

Frente a ese aspecto de aseguramiento la relación de especialidad antes aludida cobra su máxima relevancia, por cuanto también supone un mecanismo adecuado para

una distribución equitativa de las cargas públicas, en la medida en que el empleado público dispone de una protección más amplia bien que en algunos casos no resulte tan intensa como para el particular.

Ahora bien, si se atiende a otros aspectos del instituto de la responsabilidad patrimonial, no se llega a la misma conclusión, porque respecto de los mismos el principio de protección debida responde a otros postulados y no llega al resultado equitativo. Precisamente la razón de la existencia de algunos mecanismos reglamentarios (a que antes se aludió) para contemplar los daños sufridos por el personal público en funciones de seguridad pública, era esa insuficiencia equitativa en atención al mayor riesgo de la función y a la mayor exigencia de compromiso personal por parte de la función pública para sus empleados.

Desde esta perspectiva, la ausencia de esa regulación propia, y la insuficiencia de la aplicación del mecanismo de protección debida, lleva a considerar un aspecto de la relación de especialidad que excluye la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado. En efecto esa relación cede en el caso de lagunas jurídicas, entendidas como falta de la complitud necesaria y exigible al complejo normativo que sea contraria al principio y plan de la propia Ley. Cuando se está ante esta situación normativa ha de recurrirse, para integrar el vacío, a los principios.

Ello sin embargo no supone que , de modo automático, haya de aceptarse la aplicación de la norma general (aquí el artículo 139 de la Ley 30/1992), sino que es preciso indagar cuales sean los principios jurídicos que gobiernan la situación producida.

3. El procedimiento de responsabilidad patrimonial.

La Ley 30/1992 ha conducido a una unificación de los procedimientos de responsabilidad del Estado, y así se ha venido interpretando la norma de su artículo 144. Si el procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado es el aplicable cuando esa responsabilidad del Estado lo es de Derecho Privado, entonces, igualmente habrá de seguirse ese procedimiento en los casos en que la responsabilidad del Estado haya de examinarse aun cuando no sea la patrimonial, por derivar de otras relaciones de Derecho Público.

En el caso examinado la exclusión inicial a que se llega del instituto de la responsabilidad patrimonial no se debe a la negación del deber de resarcimiento, tratándose, pues, en todo caso, de una indemnización de Derecho Público, sino a la aplicación de otro sistema, especial, de protección de los funcionarios. Cuando no resulta aplicable el mismo, por su ausencia o insuficiencia, el examen de la indemnización que proceda habrá de hacerse, indagando los principios que resulten aplicables en cada caso, como luego se indica, en el seno también del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Desde otra perspectiva, el hecho de que la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial lleve a no resarcir un daño que de otro modo ha sido reparado (lo que es aplicación del principio general de prohibición de enriquecimiento injusto), no significa que se excluya el procedimiento a seguir, el de responsabilidad patrimonial.

Así pues, en estos casos, siempre que se suscita en la reclamación la insuficiencia o ausencia del mecanismo específico de protección, el procedimiento debe ser el de responsabilidad patrimonial.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento del servicio de carreteras.

Los casos en que se suscita la cuestión debatida son aquellos en que entra en juego el servicio público de conservación y vigilancia de las carreteras, al resultar competencia del Ministerio de Fomento "las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y su mejor uso, incluyendo las referentes a señalización, ordenación de accesos y uso de las zonas de dominio público, de servidumbre y de afección" (encomendada por el artículo 15 de la Ley de Carreteras respecto de aquellas cuya explotación corresponde al Estado conforme a su artículo 16). El artículo 57.1 de la Ley de Seguridad Vial especifica esa función, al exigir a ese servicio público el mantenimiento de la vía "en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales".

Los supuestos en que se produce la responsabilidad patrimonial del Estado por razón del funcionamiento de este servicio atienden a daños que pueden afectar indistintamente tanto a los particulares cuanto a los propios empleados públicos. Sin embargo ha de tenerse en cuenta que en algunos casos la función en cuestión es compartida y se extiende también a la propia función de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil.

En efecto, puede recordarse el caso de la ordenación de los sentidos de circulación (artículo 16 de la Ley de Seguridad Vial) o la instalación de señales circunstanciales en caso de emergencia por parte de los agentes de la autoridad (artículo 57.1 de la Ley de Seguridad Vial). En estos supuestos la competencia de los Ministerios de Fomento e Interior es concurrente, y el examen de cual sea la relación de causalidad entre el hecho lesivo y el funcionamiento del servicio, puede llevar a la

conclusión de que no se trate del servicio público de carreteras sino del propio servicio de regulación del tráfico.

De otro lado, también ha de ponderarse alguna circunstancia específica de la función realizada por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, que puede llevar, en ejercicio de la misma, a utilizar la vía sin respetar las exigencias adecuadas para dicho uso (por ejemplo el respeto al límite de velocidad, el acomodo de la conducción a las circunstancias de la vía y climatológicas, el uso de elementos ajenos a la circulación, etcétera) . En estos casos tampoco cabría apreciar una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el posible resultado lesivo, habiendo de examinarse por el contrario la imputación al propio servicio realizado por tales funcionarios.

Y en todo caso y con carácter general, por tanto, en estos supuestos, deberá esclarecerse también el grado de pericia profesional utilizado por el afectado en el supuesto lesivo. Precisamente en la medida de que se trata del ejercicio de su función pública, y de que el accidente ha tenido lugar en acto de servicio, exige que, por ello, se pondere la actuación realizada.

5. El resarcimiento debido.

La propia índole de los supuestos examinados, daños sufridos por miembros de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, en acto de servicio, con ocasión de la utilización de las carreteras, lleva a considerar que se trata, ante todo, de accidentes de tráfico, con la peculiaridad de que el vehículo en cuestión es de la titularidad del Estado y carece de seguro.

Tratándose de particulares, el aseguramiento en estos casos correspondería al Consorcio de Compensación de Seguros en la medida en que se estaría ante daños personales causados por vehículo no asegurado matriculado en España, lo que resultaba del artículo 8.1.c) de la Ley sobre uso y circulación de vehículos a motor (Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley 122/1962 de 24 de diciembre), y ahora del artículo 11.1.b) de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre).

Sin embargo, el entendimiento correcto de esta prescripción, referido a daños a terceros, y la configuración peculiar que adopta la Administración General del Estado, lleva a excluir el aseguramiento con arreglo a esta regulación. En todo caso, sí cabe tener a la vista que el resarcimiento debido es precisamente el que resultaría de la aplicación de las normas de aseguramiento en esta materia.

De otro lado, la progresiva configuración legal del Consorcio de Compensación de Seguros ha venido a excluir también el aseguramiento con cargo al mismo que resultaría de la cobertura que asume de los riesgos extraordinarios, pues aun cuando sigue estando configurado como tal tipo de riesgo los "hechos o actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz" (artículo 6.1.c) del Estatuto legal del Consorcio (aprobado por Real Decreto legislativo 7/2004 de 29 de octubre), el régimen asegurado para esta cobertura no permite amparar este tipo de riesgo.

Por el contrario, la previsión legal es precisamente la contenida en el artículo 11 del Estatuto legal del Consorcio, que permite al Estado concertar el seguro obligatorio (de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor) con el Consorcio, asumiendo en tal caso éste la cobertura, si bien "exclusivamente dentro de los límites

indemnizatorios" fijados para ese seguro obligatorio, aun cuando puede asumir su superación.

Esta previsión no ha tenido desarrollo, aun cuando existe una dotación pública de fondos al Consorcio vinculada específicamente al riesgo derivado de la circulación de vehículos a motor, pues el artículo 3.4 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor impone a las Administraciones Públicas (en el caso del Estado el Ministerio del Interior) la entrega al Consorcio del 50% del importe de las sanciones recaudadas en procedimientos sancionadores de tráfico para compensar las indemnizaciones que deba satisfacer a las víctimas de accidentes de circulación.

Cuando como aquí sucede se trata de un tipo particular de conductores, ya que son empleados públicos cuyo deber consiste precisamente en manejar el vehículo que tienen encomendado, de la titularidad del Estado, para el ejercicio de sus funciones, resulta poco adecuado que la aplicación del sistema normativo vigente lleve precisamente a la exclusión respecto de los mismos del aseguramiento que en otro caso garantizaría a los particulares, máxime cuanto que dicha exclusión tiene su fundamento en la apreciación de la solvencia general del Estado y la confianza en que puede atender las obligaciones pertinentes sin precisar de la cobertura del seguro.

En todo caso cabe concluir que, tratándose en esta materia, del resarcimiento debido en aplicación del principio de indemnidad, debe asegurarse la misma a partir de la aplicación, a su vez, de la normativa general en materia de aseguramiento de este riesgo de la circulación.

6. El principio de igualdad.

Como antes se ha expuesto, se hace necesario indagar cuál es el principio jurídico que puede conducir al resarcimiento en estas situaciones, particularmente si, como se observa, la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado tropieza con la existencia de una relación especial, la del empleado público.

A estos efectos debe tenerse en cuenta que el principio de igualdad ante la Ley tiene una especial resonancia en materia de aplicación de la Ley. La igualdad en la aplicación de la Ley impone a la Administración Pública el deber de trato igual como resultado de la aplicación de las normas que es su función natural, y modula una particular extensión del ámbito al que alcanza la misma. En términos generales significa de un lado la vinculación por parte de la Administración Pública a su propia decisión en casos similares (el precedente administrativo), siempre que concurra una identidad de razón (lo que permite separarse del mismo cuando ésta desaparece sea por variación normativa o de la interpretación debida de las normas aplicables), y de otro lado ampara una suerte de extensión analógica de la aplicación normativa.

En efecto, si bien esa extensión no cabe, con carácter general, en el ámbito del Derecho Público, porque el juego de los principios de competencia y de jerarquía normativa supone un freno a la misma, la presencia de ese principio, de igualdad en la aplicación de la Ley, constituye una habilitación suficiente, en la medida en que delimita el alcance del deber general de las Administraciones Públicas de sujeción a la Ley y de vinculación al Ordenamiento Jurídico.

La exclusión del instituto de la responsabilidad patrimonial en estos casos, en los que se aplicaría sin embargo a todo otro particular, cuando la misma se funda en la existencia de una regulación especial que, sin embargo, no tiene ese alcance ni conduce

al resultado resarcitorio, provoca una desigualdad que hace quebrar aquel principio precisamente por el resultado contrario a la equidad que se produce.

La equidad no opera, en materia de Derecho Público, como principio que pueda gobernar relaciones jurídicas o generar obligaciones, pero sí tiene una función propia reconocida en ese ámbito, cual es la de constituir un límite al ejercicio de las potestades administrativas (como en materia de la de revisión reconoce el artículo 106 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), y también la de erigirse en el contorno necesario de otra figura que modula el deber general de sumisión a la Ley, la desviación de poder, ya que el fin de todo acto administrativo contrario a la equidad puede suponer precisamente ese ejercicio desviado prohibido.

Así pues, el resarcimiento en estos casos viene fundado en la fuerza rectora del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, en cuanto no sólo ha de evitarse ese resultado contrario a la equidad sino que también ha de imponerse un ejercicio de esa función administrativa con un fin conforme a las exigencias del Ordenamiento Jurídico, y por tanto acorde a la equidad.

Desde otra perspectiva ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad patrimonial del Estado actúa precisamente cuando el afectado no tiene el deber jurídico de soportar el daño, y esa caracterización objetiva de la antijuricidad de la lesión responde propiamente a la presencia en este instituto también de la equidad como límite modulador de su alcance.

Para el empleado público que desempeña esta función y sufre una lesión en acto de servicio en supuestos en que habrá de imputarse la misma al funcionamiento del servicio de carreteras, no cabe en modo alguno entender que se le haya de imponer un especial deber jurídico de soportar el daño. Precisamente la razón de la especialidad de

la norma que excluye el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, es la existencia de un deber de protección propio por parte de la Administración Pública que significa en todo caso la ausencia de ese deber jurídico de soportar.

Ni los principios que regulan el estatuto del empleado público, ni tampoco aquellos que imponen ese deber de protección al Estado con mayor intensidad cuando el riesgo de la función pública es mayor (como sucede en el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), permiten imputar una carga pública general a estos empleados públicos.

Por ello, puede concluirse que, en ausencia de una regulación propia y específica que de modo suficiente atienda al resarcimiento debido en estas situaciones, la aplicación de los principios expresados, y señaladamente la modulación que como límite impone la equidad al deber jurídico de soportar, lleva a la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial en una suerte de extensión analógica impuesta por el principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

Como ello supone un diseño del instituto (la responsabilidad patrimonial del Estado) forzado precisamente por la incidencia de esos principios, y en esta materia la construcción progresiva de la función estatal muestra que toda clase de extensión de esta índole termina por asentarse en el perfil propio y natural del instituto, resultaría conveniente abordar la regulación específica a que antes se alude.

De contrario, se estaría dotando al instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado de una vis expansiva aún mayor, y no ha de olvidarse que la aplicación de este régimen de responsabilidad supone siempre un incremento considerable de las cargas públicas (el gasto público), que si bien puede ser asumido cuando se va generando esa expansión histórica del instituto, debe ser más razonablemente impuesto mediante el proceso normal de producción normativa.

7. Sugerencias

En tanto se lleva a cabo la regulación propia y especifica a que se alude, la tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial por estas causas, habría de contemplar, de modo señalado, y a efectos de facilitar su mejor tratamiento, las cuestiones siguientes :

- La determinación de tratarse o no de una actividad ejercida por el afectado (miembro de la agrupación de tráfico de la Guardia Civil) en acto de servicio.
- La descripción detallada de esa actividad en el momento del siniestro, a efectos de apreciar si ha concurrido o no impericia profesional en los términos exigibles para el desarrollo propio de dicha función.
- La relación y cuantificación de los beneficios derivados del régimen de protección social que hayan sido aplicados a causa de ese siniestro, y particularmente de la asistencia sanitaria prestada, y del régimen de protección de la incapacidad temporal o permanente, así como , en caso de fallecimiento, de la aplicación del régimen de clases pasivas.
- La concurrencia o no de un sistema de aseguramiento concreto en el momento en que se produjo ese siniestro.
- La valoración del daño personal conforme a las reglas del sistema normativo en materia de seguros sobre riesgos de la circulación.

Por otro lado, como antes también se indicó, no se trata a través de este mecanismo de cubrir la ausencia de esa regulación especial, por lo que debe examinarse la posible concurrencia o no del supuesto determinante de la responsabilidad patrimonial del Estado por razón del funcionamiento del servicio de carreteras, como si se tratase de un particular, con la única variación derivada de la

posible concurrencia adicional de funciones y competencias propias del Ministerio del Interior.

En efecto si se tratara de un particular no cabría inquirir acerca de esa concurrencia, en la medida en que habría una actuación conjunta de dos servicios públicos distintos, y respecto del particular basta con que el hecho determinante de la responsabilidad patrimonial del Estado surja de uno. Pero para el empleado público que es precisamente el medio personal que utiliza el Estado para el cumplimiento de uno de esos servicios públicos, si es determinante, ya que en caso de darse esa situación habrá de dirigirse al Ministerio del Interior para la tramitación del procedimiento que corresponda.

Finalmente, en todo caso, ha de tenerse en cuenta que la aplicación de este régimen supone precisamente la ausencia efectiva o insuficiencia de esa regulación especial. Por ello ha de acreditarse igualmente que el interesado se haya dirigido al Ministerio del Interior en solicitud no de una petición de indemnización de responsabilidad patrimonial del Estado sino de aplicación del régimen de protección que es debido.

Como se ha apuntado posiblemente resultaría conveniente abordar una regulación específica del régimen de indemnizaciones por daños sufridos en acto de servicio, con carácter general, para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, al modo como previamente al modelo ahora vigente, se contenía en las normas reglamentarias a que se aludió antes, y ello porque el riesgo asumido para el ejercicio de esas funciones justifica plenamente la existencia de ese régimen propio.

Con independencia de lo anterior, resulta para este supuesto concreto, conveniente abordar el desarrollo de la previsión contenida en el artículo 11 del Estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros, en sus dos aspectos :

- El de solicitar del Consorcio concertar el aseguramiento (que sería el obligatorio) respecto de ese riesgo para los vehículos empleados en las funciones de la agrupación de tráfico de la Guardia Civil.
- Y el desarrollo de la previsión de ese mismo precepto que permite al Consorcio superar los límites (mínimos) del seguro obligatorio, extendiendo en todo caso la cobertura al conductor.

Para ello puede tenerse presente que la función del Consorcio en este punto puede ser concebida como una función pública en determinados supuestos, y que se efectúa una dotación de medios económicos al Consorcio obtenida precisamente mediante el ejercicio de sus funciones por parte de los miembros de la agrupación de tráfico de la Guardia Civil (artículo 3.4 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor).

X. TABAQUISMO

En 2006 el Consejo de Estado ha tenido ocasión de informar (dictamen número 1592/2006, de 19 de octubre de 2006) el proyecto de reglamento de la Comunidad de Madrid por el que se desarrolla la Ley estatal 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, Consumo y Publicidad de los Productos del Tabaco. Oído el Consejo de Estado, el reglamento fue finalmente aprobado como Decreto 93/2006, de 2 de noviembre, sobre Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo.

1. Características particulares del dictamen número 1.592/2006

El dictamen presenta varias particularidades destacables:

A.- Por una parte, su emisión fue debida al carácter preceptivo de la consulta, al tratarse de un reglamento ejecutivo, y habida cuenta que la Comunidad de Madrid carecía en ese momento de un consejo consultivo que hubiera podido emitir informe.

Han sido muchos los reglamentos autonómicos de desarrollo de la mencionada Ley estatal, informados en general por los respectivos consejos consultivos, lo cual abriría siempre la posibilidad de estudiar y comparar los criterios mantenidos en los distintos reglamentos y en los propios dictámenes en aspectos problemáticos que vienen a ser coincidentes (en especial en cuanto al régimen de mediciones de superficies de establecimientos de hostelería).

B.- Además –y ello es relevante a efectos de esta Memoria-, el mencionado dictamen de este Consejo apunta aspectos de oportunidad no ya relativos al proyectado reglamento autonómico, sino, lo que es más importante, relacionados con la propia Ley 28/2005, cuya modificación llega incluso a sugerirse. Se trata por tanto de un dictamen que valora incluso la propia Ley estatal a la luz de la experiencia de su desarrollo por algunas Comunidades Autónomas y, en concreto, por la Comunidad de Madrid.

C.- Finalmente, valoraciones aparte, de estricta legalidad sobre el proyectado reglamento, el dictamen efectúa algunas consideraciones críticas generales sobre el tenor que inspiraba su texto, que de hecho acabó siendo reformado en buena medida en el reglamento final, aunque no en buena parte de los aspectos observados por el Consejo de Estado.

El anteproyecto de la Ley 28/2005 fue ya objeto de dictamen por este Consejo número 366/2005. Aparte observaciones de las que posteriormente viene a hacerse eco el dictamen número 1592/2006, el mismo analizaba largamente el problema de si resultaba constitucional reducir o prohibir la publicidad comercial del tabaco.

Incluye la Ley 28/2005 una regla que acaso sea la que ha suscitado mayores problemas de aplicación y desarrollo: permite el consumo de tabaco en establecimientos de hostelería cuya superficie no alcance cien metros cuadrados de superficie, y sólo permite el consumo en los demás en espacios que se habiliten bajo las condiciones de separación correspondientes.

En el caso de la Comunidad de Madrid, y según se indicaba en el dictamen número 1592/2006, la posibilidad o no de consumir tabaco en establecimientos de hostelería dependía de la forma en que se midiera en nada menos que unos 6.000 casos,

al ser muchos los locales cuya superficie se encontraba en el límite de los cien metros cuadrados.

2. Valoración de la Ley 28/2005 y sugerencia de modificación de la misma.

En cuanto a la valoración de la Ley 28/2005, motivada por la interpretación que de la misma hacía el proyecto de Decreto de la Comunidad de Madrid, el dictamen 1592/2006 resaltaba en varias ocasiones esa problemática, que se manifestaba en un doble aspecto; por una parte, a la hora de precisar qué superficies computaban o no (en especial los espacios situados detrás de la barra); y por otra, en relación con la posible indebida incidencia que desde el prisma de la competencia pudiera suscitar el tan diferente régimen aplicable a unos y otros establecimientos en función de que alcanzasen o no los cien metros cuadrados de superficie.

A este último respecto el dictamen llamó la atención sobre ello, e incluso apuntó la posibilidad de afrontar una reforma de la Ley 28/2005 con objeto de establecer un régimen igualitario para todos esos establecimientos, como sucede además en otros países de nuestro entorno, en los que la prohibición de consumo de tabaco es general con independencia de su superficie.

Apuntaba así el dictamen dos observaciones relevantes:

a) Por una parte, incidía sobre la problemática "derecho básico estatal-derecho autonómico de desarrollo" en el sentido de propugnar una regulación estatal más detallada:

"Así pues, tanto en los aspectos en los que la propia legislación básica estatal efectúa remisiones expresas a normas procedentes de otras entidades (lo hacen -a las autonómicas- los artículos 3.3, 4.c), 7, principio,

8.1.j), 8.2.a), 15, 16, disposición adicional primera punto 3, y a las de otras Administraciones públicas en general los artículos 11 y siguientes) como en aquellos ámbitos que no hayan sido regulados por el Estado y queden fuera de ese expreso común denominador que es la Ley 28/2005, las Comunidades Autónomas pueden elaborar las correspondiente reglas adicionales, sea con rango legal o reglamentario según el caso.

Ahora bien en determinadas ocasiones la regla estatal, aun siendo básica, no permite en sí misma interpretaciones diferentes, es decir, no permite que las normas no básicas de las Comunidades Autónomas lleven a soluciones divergentes para situaciones idénticas. O sea, en determinadas ocasiones la legislación estatal solo permite un resultado, es decir, el Estado elabora normas de solución unívoca.

En estos casos el propio Estado podría, y quizá debería si acaba apreciando problemas con motivo del desarrollo e interpretación de su norma básica, elaborar aquellas normas que completen dicha legislación básica (incluso quizá sea ese el caso en los que se debe admitir normativa básica de rango reglamentario) para evitar que precisamente pueda llegarse a soluciones diferentes ante situaciones idénticas."

b) Por otra, y haciendo precisamente aplicación de ese criterio en relación con los problemas observados a la hora de desarrollar la Ley 28/2005, se propugnaba la reforma de la misma:

"Respecto de las reglas sobre venta, suministro y consumo y publicidad de tabaco puede darse esta situación en determinadas circunstancias, por ejemplo en aquellos supuestos en los que la Ley 28/2005 permite el consumo de tabaco en establecimientos de hostelería o restauración que no

alcancen cien metros cuadrados de superficie, pues la regla estatal que así lo establece solo permite una solución, no resultando lógico que según el ámbito territorial español de que se trate, un mismo local, idéntico, se someta a soluciones diferentes según como en cada uno de esos ámbitos se tenga a bien regular el computo de las superficies.

De hecho, la opción del legislador estatal a la hora de permitir fumar en establecimientos de hostelería de superficie inferior a cien metros cuadrados está convirtiéndose en centro de una enorme problemática jurídica de interpretación, y qué duda cabe de que dicha experiencia quizá ponga de manifiesto que semejante regla puede estar teniendo una influencia decisiva desde el punto de vista de la competencia entre establecimientos similares en la medida en que, mientras los titulares de establecimientos de menos de cien metros cuadrados pueden escoger libremente entre permitir o no el consumo de tabaco, en aquellos casos en los que la superficie de cien metros cuadrados es alcanzada o superada(quizá por muy poco), tal opción no asiste al titular, debiendo este, si le es posible, afrontar la separación de espacios en los que se permita el consumo de tabaco bajo las exigencias y los términos que establece el artículo 8.2 de la Ley, o simplemente no permitir el consumo de tabaco.

En tanto el Estado no apruebe en su caso normas precisas para solventar situaciones de este tipo -que parecen plantearse-, o mientras el Estado no elabore nuevas normas ante problemas que la experiencia en la aplicación de la Ley 28/2005 ponga de manifiesto, no puede evidentemente negarse a las Comunidades Autónomas la posibilidad de aprobar las normas de desarrollo y ejecución de dicha Ley, debiendo en tal caso limitarse este Consejo de Estado, si es que corresponde al mismo emitir dictamen sobre

ellas, a analizar si el resultado que de esas normas se ofrece resulta en apariencia ajustado a una interpretación correcta de la ley estatal.

Pero el texto de la norma autonómica final que se apruebe queda evidentemente supeditado, no ya a la decisión que los Tribunales adopten en caso de que se planteen recursos, sino sobre todo a la posición final que el Estado acabe adoptando precisamente fruto de su competencia y de la señalada experiencia."

3. Juicio crítico general sobre el proyectado reglamento.

Aparte observaciones concretas al articulado, el dictamen efectúa un juicio general desfavorable respecto de la línea que inspiraba el proyecto de reglamento sometido a consulta:

"Un análisis conjunto del proyecto de Reglamento sometido a consulta permite comprender que, excepción hecha del capítulo II (sobre señalizaciones), el resto de la norma no constituye realmente un texto de desarrollo general de la Ley estatal 28/2005, sino más bien un conjunto de artículos destinados a encontrar aspectos que pueden ser de interpretación problemática de dicha Ley, lo que se traduce automáticamente en la correspondiente regla autonómica, prácticamente siempre resuelta en el sentido menos favorable al fomento de los espacios sin humo, espacios que, no se olvide, son el norte y ratio que debe dirigir el estudio y aplicación de dicha Ley.

Alguno de los informantes lo ha puesto así de manifiesto, e incluso ha llamado la atención sobre algo en lo que no le falta razón, en concreto la discordancia existente entre el preámbulo de la prevista norma(que resalta la voluntad de fomentar la salud mediante reglas destinadas a impedir el consumo de tabaco) y el contenido mismo de

ella, que no se alinea precisamente en añadir reglas de protección más favorables a la salud.

En vista de las observaciones que seguidamente se harán a cada uno de los artículos que conforman el proyecto de norma, cabrá concluir que debería afrontarse la labor de elaborar una norma de desarrollo cierto de la Ley del Estado en la que, quizá incluso con rango de ley, se ponga el debido acento en los mecanismos de ayuda a la deshabituación al tabaco, incluso desde el punto de vista de la sanidad pública, más allá de una mera cita y remisión en blanco a un Plan de Prevención y Control del Tabaquismo.

La Subdirección General de Régimen Jurídico de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Justicia e Interior llama así la atención sobre algunos interesantes aspectos de los que no trata la norma. En cierto modo también lo hace así el Consejo Económico y Social."

4. Postura mantenida por el Consejo de Estado en relación con la forma de medir la superficie de los establecimientos de hostelería y contenido final del Reglamento de la Comunidad de Madrid.

El dictamen sostuvo a este respecto un criterio más estricto que el mantenido en paralelos dictámenes por algunos consejos consultivos autonómicos.

Así, en relación al tan traído y llevado problema de si eran o no computables los espacios ocupados por las barras de los bares, el Consejo entendió que sí debían computar. Se sostuvo a tal efecto que la ratio que inspiraba la Ley 28/2005 era de alcance sanitario, es decir, de protección de la salud, y que, aunque la medición se refiere a superficies, éstas deben conectarse con los volúmenes en los que se expande el humo, de suerte que los espacios situados detrás de la barra sí son realmente de uso

general porque conforman el volumen global del establecimiento utilizable por el público, de modo que sí deben computarse a efectos de medición de las superficies de los establecimientos:

"Convendría además tratar de evitar problemas interpretativos que el proyectado texto puede en todo caso generar, en particular, por ejemplo, por lo referente a las barras de los bares. Aunque la Ley se refiere a las superficies de los distintos establecimientos, lo que motiva la prohibición (la búsqueda de un espacio sin humo) es el volumen del establecimiento. De ahí que solo tenga sentido excluir del cómputo aquellas superficies como los pasillos o aseos que supongan un volumen separado o distinto al del resto del establecimiento (aunque no esté compartimentado -la Ley no lo exige en tales casos-). No cabrá así lógicamente excluir del cómputo la parte de un determinado volumen que esté ocupada -en su superficie-, por ejemplo, por la barra del bar.

Conviene finalmente no olvidar que la exclusión de ciertos espacios del cómputo de la superficie útil de los establecimientos no excluye la obligación de respetar la regla de que en las zonas comunes o de tránsito no se permitirá el consumo de tabaco, así como que las zonas separadas para fumadores no pueden ser espacios de obligado paso para no fumadores (artículo 8.2 b y e)."

Sin embargo, el Reglamento acabó no recogiendo la previsión propugnada.

5. Otras observaciones formuladas.

Por lo demás, el proyectado Reglamento ponía de manifiesto otra serie de problemas de interpretación y alcance de la Ley 28/2005 que se trataron en el dictamen, destacando los siguientes:

– El previsto artículo 7 parecía dar a entender que no computarían a efectos de superficies de establecimientos de hostelería los espacios que, además de dedicarse a zona de consumo, lo fueran también para paso o cualquier otro fin. La observación formulada a este respecto fue recogida en el texto final del Reglamento. El dictamen decía en concreto lo siguiente a ese respecto:

"... no parece aceptable mantener el término "exclusivamente" que se recoge en el proyectado Reglamento, puesto que es habitual que existan establecimientos en los que una zona de bar en la que se permite el consumo de alimentos por clientes o visitantes sirve a la vez de paso para acceder a otros espacios del propio establecimiento, por ejemplo, al restaurante. Si se mantuviera el término "exclusivamente" todo ese espacio dedicado a bar, aunque evidentemente está destinado a clientes o visitantes, quedaría excluido del cómputo, lo que desde luego no se corresponde con lo previsto en el artículo 8.1.c) de la Ley.

La exclusividad debería por tanto referirse justo a lo contrario, es decir, a la exclusión del cómputo de la superficie útil de las zonas que sean exclusivamente de paso o estén habilitadas para cualquier otro fin o fines distintos de los de uso de clientes o visitantes.

La Ley 28/2005 se refiere además a superficie útil (no a zona de consumo), y cita tanto a clientes como a visitantes. Por tanto, el Reglamento debería ajustarse a tales previsiones a fin de no alterar el alcance del mandato legal."

– Se mantuvo en el Reglamento, sin embargo, en contra del dictamen, un texto final que parece dar a entender que puede fumarse en establecimientos que no alcancen cien metros cuadrados de superficie, aunque no se trata de establecimientos de hostelería, cuando la Ley 28/2005 limita la posibilidad de

permitir fumar a los casos de establecimientos de hostelería que no alcancen cien metros cuadrados.

– Tampoco se acogió la propuesta de que en estos establecimientos se exhibieran carteles informativos en los que se precisara la superficie de cada local.

– El proyectado artículo 9 establecía que la prohibición de venta o entrega de productos que invitaran al tabaco o indujeran a fumar sólo resultaría aplicable a menores de dieciocho años. El dictamen propugnaba la supresión del citado artículo en la medida en que colisionaba con el artículo 3.2 de la Ley 28/2005, pues lo que dicha Ley había querido era erradicar del mercado tales productos. El Reglamento final acogió dicha observación.

– El artículo 17 del proyecto contenía otra previsión que también quedó finalmente suprimida en vista del dictamen del Consejo; señalaba que para que una denuncia pudiera ser tramitada hacía falta que el denunciante ratificara la misma en el plazo de un mes ante la autoridad sanitaria.

– También se ha suprimido en el final Reglamento la previsión que contenía el proyectado artículo 18 en el sentido de que las sanciones se impondrían siempre en el grado mínimo.

– El Reglamento final no sigue en cambio el criterio del dictamen en el que el Consejo se oponía al proyectado artículo 2, que permite, durante la celebración de actos conmemorativos, de representación, institucionales o análogos, el consumo de tabaco en dependencias o unidades no productivas ubicadas en inmuebles en los que existieran uno o más centros de trabajo; tal posibilidad se limita en el Reglamento a las zonas destinadas a consumo de tabaco siempre y

cuando la superficie de esas zonas supere los cien metros cuadrados. También mantiene finalmente el Reglamento, en ese mismo artículo 2, y de nuevo en contra del dictamen, el consumo de tabaco en bares y cafeterías ubicadas en centros de trabajo públicos o privados que alcancen cien metros cuadrados, aunque sea sólo en las zonas separadas para fumadores.

Excepciona el Reglamento esa posibilidad de consumo de tabaco en casos de centros sanitarios y educativos; el dictamen observaba que la prohibición no sólo alcanzaba a tales establecimientos, sino asimismo a otros muchos recogidos en el artículo 7 de la Ley 28/2005.

– También mantiene el Reglamento final el artículo 5 en el sentido de permitir el consumo de tabaco en todo establecimiento de hostelería o asimilado -cualquiera que sea su superficie- siempre que se trate de zonas aisladas y de acceso restringido. El dictamen sostenía que de acuerdo con la Ley 28/2005, si se superan los cien metros cuadrados está vetado el consumo de tabaco incluso en zonas aisladas o de acceso restringido.

– No se recogió en el Reglamento la propuesta relativa a que en el proyectado artículo 6 se incluyeran reglas más precisas que permitieran discernir cuándo se considera que un espacio está al aire libre de suerte que resulte permitido fumar en el mismo.

6. Sobre la virtualidad directa de la Ley 28/2005.

Finalmente, el Reglamento no asumió la observación hecha por el dictamen a la proyectada disposición transitoria, que ha acabado estableciendo un plazo de seis meses -desde la entrada en vigor del Reglamento- para que pudieran adaptarse los locales a fin de dar cumplimiento a la nueva norma. El dictamen aducía lo siguiente:

"… la Ley 28/2005 es una norma de plena y vigente aplicación hasta el punto de que en ella se incluyó una disposición transitoria (perfectamente cerrada en su alcance) en la que estableció que "los requisitos para habilitar zonas para fumadores a que se refiere el apartado 2 del artículo 8, serán exigibles una vez trascurridos ocho meses, contados desde la entrada en vigor de esta Ley. Durante ese periodo, al menos, deberán estar debidamente señalizadas y separadas las zonas de fumadores y no fumadores".

La Ley en cuestión entró en vigor el día 1 de enero de 2006, de modo que a partir del día 1 de septiembre de 2006 las previsiones sobre zonas habilitadas para fumadores pasaron a ser plenamente exigibles, y lo siguen siendo hoy, sin que haya razón alguna para hacer inaplicable esa previsión; es decir, que las correspondientes normas autonómicas como la que aquí se proyecta no pueden restar efectividad a esa regla.

Conviene no olvidar a este respecto que la Ley no impone habilitar zonas para fumadores, sino que se limita a permitirlo, de suerte que, llegado el día 1 de septiembre de 2006, en aquellos establecimientos en los que no se hayan adoptado las medidas oportunas para establecer la separación que regula el artículo 8.2 de la Ley, sencillamente no habrá zonas habilitadas para fumadores, y estará prohibido el consumo de tabaco en esos establecimientos. Solo una vez adaptados los mismos (en cualquier momento) cabrá fumar en las zonas debidamente habilitadas al efecto.

El segundo párrafo del artículo 8.2 e) de la Ley resulta perfectamente claro a este respecto al indicar que "en todos los casos en los que no fuera posible dotar a estas zonas de los requisitos exigidos, se mantendrá la prohibición de fumar en todo el espacio".

Esa misma es la conclusión en todos aquellos casos en los que por cualquier razón, incluso propia voluntad, dejadez o imposibilidad de acometer las obras exigidas de separación, no se cumplan las exigencias del mencionado artículo 8.2.

Por tanto, no puede la Comunidad Autónoma adicionar a los ocho ya vencidos meses un plazo adicional de seis a contar desde la aprobación de la propia norma autonómica."

7. Conclusión.

Como mantuvo este Consejo en el dictamen 1592/2006, sobre el proyecto de reglamento de la Comunidad de Madrid de desarrollo de la Ley estatal 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, Consumo y Publicidad de los Productos del Tabaco, hay ocasiones en que la legislación básica estatal debe impedir, por su propia naturaleza, ambigüedades o soluciones diferentes en cada territorio autonómico.

Ello, unido a la experiencia derivada del tiempo de aplicación y desarrollo de dicha Ley, llevó al Consejo en ese dictamen –y le lleva ahora en esta Memoria- a propugnar una reforma de dicha Ley que precise algunos aspectos problemáticos que ha suscitado y que se observan al analizar los distintos reglamentos autonómicos –cuyas diferentes soluciones no parece puedan convivir con el texto y la ratio de dicha Ley-.

Ello resulta particularmente llamativo en cuanto a la posibilidad o no de consumir tabaco en establecimientos de hostelería, tema respecto del cual, además de

esa problemática, se apunta incluso una acaso irrazonable diferencia entre establecimientos según alcancen o no cien metros cuadrados de superficie, diferencia que puede incluso no resultar ajustada a principios de libre competencia.

XI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE ANIMALES DE PRODUCCIÓN Y DE LOS UTILIZADOS EN EXPERIMENTACIÓN

1. Introducción

El Consejo de Estado tuvo ocasión de reflexionar sobre la posibilidad, aún de la conveniencia, que fuera establecido un régimen jurídico general en el ámbito estatal y con rango de ley formal sobre la debida protección de los animales, tanto de producción, como de los utilizados en experimentación. El Pleno del Alto Órgano Consultivo emitió el dictamen 2135/2006, de 23 de noviembre de 2006, sobre un anteproyecto de Ley de Protección de los Animales de Producción y de los Utilizados para Experimentación y otros Fines Científicos.

En razón del objeto de la consulta efectuada, el Consejo de Estado se planteó la cuestión de la conveniencia de afrontar en un texto legislativo único ambos aspectos del bienestar animal: producción y experimentación. Respecto de los primeros (animales de producción) expresa el Consejo de Estado que "hay regulación comunitaria básica y estatal sobre la protección de los animales en las explotaciones (con normas adicionales específicas para gallinas ponedoras, terneras y cerdos), durante el transporte y en el momento del sacrificio. Aunque pudiera haberse pensado en la posibilidad de hacer dos proyectos de ley, debido a que la regulación afecta a dos grupos de animales (los de producción y los que son objeto de la investigación científica), para evitar la complejidad que resulta del texto, el hecho de que haya normas, como las de transporte, que se aplican a un ámbito "mayor" que el de los animales de producción pero "menor" que el más amplio de todo tipo de animales (que en último extremo es el grupo objeto de regulación en experimentación científica –salvo que se limite algo, como por ejemplo, a los vertebrados-) hace definitivamente más recomendable mantener, como se ha hecho, un solo texto".

El dictamen del Consejo destacaba cómo el bienestar de los animales tiene un rango superior al ordinario en el Derecho comunitario, al incorporarse al mismo con carácter de Tratado Constitutivo, a través de uno de los Protocolos anexos al Tratado de Maastricht que sigue vigente en el actual Texto Consolidado. [Sin perjuicio de que el texto del citado Protocolo se había incorporado, como artículo 121, al proyecto de Tratado por el que se establece la Constitución Europea, con la única diferencia, respecto del Protocolo, de que el artículo 121 incluye la frase "como seres sensibles" no en el preámbulo sino en la propia parte formativa del texto].

Mediante este "Protocolo sobre la protección y el bienestar de los animales", las altas Partes contratantes, para garantizar mayor protección y mayor respeto del bienestar de los animales como seres sensibles, convinieron que, "al formular y aplicar las políticas comunitarias en materia de agricultura, transporte, mercado interior e investigación, la Comunidad y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional."

El Derecho comunitario en materia de bienestar animal ha sido incorporado al ordenamiento jurídico español por medio de normas con rango de real decreto y orden ministerial, habiendo resultado en una transposición incompleta, ya que no se han adoptado –al estar las sanciones sometidas a reserva de Ley en la Constitución- medidas que permitan sancionar el incumplimiento de la legislación tal y como dichas disposiciones comunitarias establecen de forma imperativa en su articulado. Este había sido objeto de reiteradas observaciones en las distintas misiones de inspección que la Oficina Veterinaria y Alimentaría (FVO) de la Comisión Europea (Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores) ha realizado en España.

Aunque todas las Comunidades Autónomas han legislado en materia de protección de los animales, tampoco estas leyes permiten cumplir las obligaciones de España como Estado miembro de la Unión Europea. En al menos siete de las diecisiete Comunidades Autónomas no es posible sancionar el incumplimiento de la normativa comunitaria, al ser sus leyes de aplicación exclusiva al ámbito de los animales de compañía (perros, gatos y similares), mientras que sólo en tres Comunidades Autónomas la normativa permite sanciones respecto a la protección de los animales de experimentación y otros fines científicos.

El Consejo de Estado ya se había hecho eco de esta necesidad. En concreto, el Dictamen número 513/2000, aprobado el 2 de marzo de 2000 por su Comisión Permanente, relativo al entonces proyecto de Real Decreto por el que se incorporó al ordenamiento jurídico la Directiva 98/58/CE sobre la protección de los animales en las explotaciones ganaderas (luego Real Decreto 348/2000, de 10 de marzo), había señalado: "El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo anterior será sancionado con arreglo a lo dispuesto en la normativa vigente en cada caso (artículo 6). Este precepto del proyecto constituye una norma vacía de contenido, puesto que ni la Directiva ni la legislación estatal contienen disposiciones que hagan efectivo el régimen sancionador a que alude el artículo 5 del proyecto. Razón por la cual el Consejo de Estado considera oportuno que se dicte la norma con el rango procedente que venga a dar efectividad al régimen de obligaciones a que se refiere el artículo 3."

En materia de protección de los animales utilizados en la experimentación y otros fines científicos, también el Consejo de Estado había señalado en dictámenes anteriores que sería razonable preparar un proyecto de ley que regulase la experimentación con animales, señalando bases unificadas y también sanciones. Así, en el Dictamen número 633/2005, aprobado el 16 de junio de 2005, en relación con el proyecto del que luego fue Real Decreto 1201/2005, de 10 de octubre, sobre protección de los animales utilizados para la experimentación y otros fines científicos, el Consejo había indicado que "como

cuestión de oportunidad, no de legalidad, el Consejo de Estado consideraría razonable que se preparase un proyecto de Ley que regulara el régimen jurídico de la experimentación con animales, señalando bases unificadas y también sanciones sobre esta materia, siempre teniendo en cuenta las tendencias de la legislación autonómica ya existente".

La insuficiencia y dispersión de la legislación que regula esas materias, requería, pues a juicio del Consejo, que se afrontaran dos temas de índole general para su regulación en el ámbito estatal. De un lado, la conveniencia de promulgar un texto con rango de ley formal y, de otro lado, el crucial análisis de las competencias del Estado para abordar las materias consideradas.

2. La regulación de la materia en norma con rango de ley

Dado que las principales materias que justifican la aprobación de una norma con el ámbito considerado son la inspección, la tipificación de infracciones y sanciones y el procedimiento sancionador, el rango de Ley resulta adecuado. En primer lugar porque conforme al artículo 25 de la Constitución, especialmente en la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional (entre otras las STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 3; 305/1993, de 25 de octubre, FJ5; 132/2001, de 8 de junio, FJ 5; o 16/2004, de 23 de febrero, FJ 3) "el art. 25.1 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes, en la medida necesaria para dar cumplimiento a la reserva de ley". Y, en segundo lugar, porque la regulación de potestades administrativas de inspección y de procedimientos sancionadores especiales (o de particularidades en las actividades de inspección y en los procedimientos sancionadotes) exige, en la medida en que constituyan modalizaciones a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, una norma de dicho rango. Casi todos los reglamentos aprobados hasta la fecha que contenían alguna referencia a

infracciones y sanciones se remiten al derecho sancionador en materia de consumo que está regulado en una norma, a su vez, reglamentaria (el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones en materia del consumidor y en materia agroalimentaria), la cual será elevada a norma con rango y naturaleza de ley formal cuando se cumplan las previsiones de la disposición final cuarta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. La dificultad de remitir a otras leyes sancionadotas (incluidas las de consumo) para reforzar el cumplimiento de la normativa sobre bienestar animal, al castigar dichas normas sancionadoras conductas distintas y que pretenden la protección inmediata y directa de otros bienes jurídicos, ha hecho que la técnica utilizada hasta la fecha (la remisión al derecho sancionador de leyes de sanidad, de sanidad animal o de consumo) resulte necesariamente incompleta.

Con independencia de ello, en la medida en que el anteproyecto de Ley regulaba materias que constituyen legislación básica, también es preferible su regulación por ley formal, como ya vino a señalar el propio Consejo de Estado en dictámenes anteriores sobre esta misma materia siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (v.d. entre otras, las STC 1/1982, 87/1983, 69/1988 o 102/1995).

Concluía el dictamen 2135/2006, que "en suma el hecho de que hasta la fecha las obligaciones y derechos, pero muy limitadamente la inspección y el derecho sancionador, se hayan regulado por reglamento no es óbice a su regulación por ley precisamente para que así dichas normas puedan alcanzar su plena eficacia, habiendo sido ese rango limitado hasta la fecha (el meramente reglamentario) la causa de que España no haya podido cumplir plenamente con las exigencias del Derecho comunitario europeo."

3. Las competencias estatales en la materia

Resultaba crucial determinar hasta qué punto existía o no base competencial para que el Estado pudiera promulgar una ley con el contenido indicado.

La Constitución Española, a diferencia de los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea, no menciona el bienestar de los animales ni en los artículos que distribuyen competencias del Título VIII ni en ningún otro precepto. Por su parte, la legislación autonómica utiliza títulos competenciales sobre variadas materias (normalmente la "exclusiva" de agricultura y ganadería, aunque también en algunos casos la de sanidad o higiene, así como las de medio ambiente, caza y pesca fluvial, investigación, cultura, comercio, ocio o espectáculos), aunque muchas de las leyes autonómicas no mencionan título competencial alguno, ni invocan, por tanto, potestades derivadas de sus Estatutos de Autonomía.

Los distintos reales decretos que regulan la materia se han venido promulgando al amparo de las competencias 13ª y 16ª del artículo 149.1 de la Constitución, aunque también, según los casos, de la competencia 10ª (comercio exterior).

Expresaba el Consejo de Estado en el citado dictamen número 2135/2006 que "la política del bienestar de los animales puede tener el carácter, como ocurre con otras muchas políticas que acabaron por afianzarse como funciones del Estado contemporáneo en el último cuarto del siglo pasado, bien de política sustantiva ad hoc, bien de política transversal, informadora de la actuación de otras políticas.

El lenguaje del Protocolo actualmente vigente en la Unión Europea con rango cuasi-constitucional (como ya señaló el Consejo de Estado en su Dictamen n.° 2545/2004), es especialmente claro al "comunitarizar" dicha política, a nivel europeo, única y exclusivamente en la medida en que la misma es necesaria en la formulación y

aplicación sólo de determinadas políticas sectoriales comunitarias (mercado interior, agricultura, transporte e investigación). Por ello, la base jurídica de estas normas europeas reside, en todas ellas, en los títulos competenciales de la correspondiente política sectorial comunitaria.

Por tanto, en la medida en que la transversalidad sea consustancial, es decir, en la medida en que dichas políticas sectoriales hayan hecho parte sustancial de ellas mismas el bienestar animal, estos títulos competenciales sectoriales pueden ser invocados, salvo que el contenido de la norma de bienestar animal esté totalmente "alejado" de la competencia sectorial respectiva.

Ahora bien, lo anterior no excusa de examinar hasta qué punto algunos de los títulos competenciales invocados en los reales decretos promulgados hasta la fecha pudieran haber sido erróneos o insuficientes, al tiempo, considerar si la materia considerada debe incluir contenidos no regulados hasta la fecha por el Derecho estatal.

Respecto al primer extremo, los títulos competenciales utilizados más usualmente han sido las cláusulas 13ª (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) y 16ª (bases y coordinación general de la sanidad) y, para las normas aplicables al tratamiento de animales desde o a terceros países, también la 16ª (sanidad exterior) o la 10ª (comercio exterior).

Estas últimas no ofrecen la más mínima duda cuando las normas imponen exigencias para el bienestar animal a las exportaciones o importaciones de terceros países, pero sí las primeras por cuanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del alcance del artículo 149.1.13ª es de tendencia restrictiva.

El problema radica en que si bien las normas de ordenación del sector agrícola en su conjunto han sido amparadas en la citada cláusula, normas de política transversal

como las de bienestar animal, quizá puedan quedar muy lejos de la actividad económica.

De admitirse, no obstante, la posibilidad de interpretar que los aspectos transversales no tienen relevancia económica general, se produciría una disociación entre la política agrícola, amparada en sus aspectos de bases y coordinación en la cláusula de actividad económica. Por ello resulta correctamente invocado dicho título competencial, como se ha venido haciendo tradicionalmente.

Menos duda plantea, desde luego, la invocación de las bases y coordinación general de la sanidad (artículo 149.1.16ª). La conexión entre bienestar animal y sanidad no sólo es manifiesta en el área estricta de la sanidad animal, sino que es cada vez más patente en cuanto la regulación de la calidad de los alimentos está íntimamente conectada con el bienestar de los animales. Gran parte del contenido de la seguridad alimentaria, como subsector, de la sanidad pública, se basa en actuaciones relacionadas con el bienestar animal, de forma que éste es una manera indirecta de asegurar aquella. Por tanto, la competencia en materia de sanidad va mucho más allá de la estricta sanidad animal regulada por la Ley 8/2003, de 24 de abril, debiendo entenderse que cuando se invoca el artículo 149.1.16ª se abarcan, al menos, ámbitos adicionales al estricto de sanidad animal y al más amplio de seguridad alimentaria. Nada hay, pues, que objetar a este título competencial –bases y coordinación general de la sanidad- que, por lo demás, todas las normas reglamentarías venían invocando.

Más dudosa resulta la invocación exclusiva de estos dos títulos en materia de utilización de animales para experimentación y otros fines científicos. Es cierto que el Real Decreto 1201/2005, que actualmente regula la materia, sólo invoca estos títulos. Sin embargo, resulta obvio que el mismo resultaba amparado, además, por la competencia estatal derivada del artículo 149.1.15ª (fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica), lo que explica que su disposición final segunda

habilitase al Ministerio de Educación y Ciencia para su desarrollo ulterior y fuera uno de los Ministerios coproponentes de la norma.

Tampoco parece que suscite especiales dudas la circunstancia de que las normas sobre la experimentación y otros fines científicos sean aplicables a la docencia, pues se trata de ámbito tradicionalmente incluido en nuestro Derecho interno como una de las "otras finalidades científicas" en las que la utilización de animales está controlada. El título incluido en el artículo 149.1.30ª de la Constitución también justifica la competencia estatal en la materia, ya que las normas acerca del uso y bienestar de los animales en la docencia tienen indudablemente ese carácter.

Cabe, además, apoyar la competencia estatal en el artículo 149.1.23ª de la Constitución (legislación básica de protección del medio ambiente). La sanidad animal puede afectar al medio ambiente, bien como consecuencia de enfermedades que pueden afectar a la fauna animal (ámbito en que la sanidad animal y la protección del medio confluyen), bien como consecuencia directa de la invasión de especies exóticas que constituye una de las mayores amenazas a la biodiversidad según el artículo 8.h) de la Convención de Diversidad Biológica.

Desde este ángulo competencial, sólo entendiendo correctamente la multiplicidad de títulos a los que puede responder una política de bienestar de los animales, en ausencia de título específico, puede afrontarse su regulación en el ámbito estatal.

Por último, aunque no como cuestión competencial menor, está la de las competencias estatales en el ámbito sancionador: sólo si se ostentan las correspondientes competencias sustantivas puede el Estado hacer uso de la potestad sancionadora (y limitada al alcance de aquella, es decir, a sus aspectos de legislación básica o de legislación/ejecución, en función de cada título competencial). No se trata, por tanto, de procurar una "homogeneización", sino del ejercicio, en su correcta

extensión, de una potestad de legislación básica o de utilización de los títulos competenciales antes reseñados en sus justos términos. El hecho de que en esta materia, haya habido legislación autonómica no supone, pues, que no haya título estatal suficiente (supuesto en el que procedería, acaso, una ley de armonización), sino simplemente que dicha legislación autonómica respetaba las bases o, en su caso, toda la legislación estatal, sin que la existencia previa de legislación autonómica como mero *factum* pueda considerarse en sí mismo un título competencial autonómico.

Es más, gran parte de la normativa sustantiva regulada hasta la fecha por normas de rango reglamentario tenía ya esa naturaleza de normativa sancionadora, especialmente cuando el Derecho comunitario obligaba al Estado miembro a establecer un sistema de inspección y de sanciones y a hacer efectivo ese sistema; normas comunitarias que adquieren progresivamente un enfoque cada vez más claro, al centrar totalmente su atención en la efectividad de la inspección y seguimiento y control. En cualquier caso, bien porque la correspondiente directiva o reglamento europeo así lo imponga, bien porque, ostentando la potestad sustantiva el Estado, puede optarse por imponer un sistema de derecho administrativo sancionador para reforzar el cumplimiento de toda esta legislación, si el Estado, tiene competencias para legislar en la materia sectorialmente o en implementación de una política transversal, tiene también competencia para establecer con carácter de legislación básica un sistema de inspección y de infracciones y sanciones.

No se trata, pues, de "homogeneizar" ni de "armonizar", sino de regular esta materia en normas que tengan el rango constitucional apropiado: de ley según el artículo 25 de la Constitución.

4. Conclusión

El citado dictamen 2.135/2006 sienta las bases jurídicas para permitir la regulación de una materia que en la Unión Europea tiene rango de Tratado Constitutivo (cuasi constitucional) mientras que España, al ser una materia cuya regulación obedece a la evolución social reciente, la Constitución guarda todavía formalmente silencio acerca del rango de las normas adecuadas para establecer estándares mínimos de protección de los animales y acerca de los entes territoriales (Estado/Comunidades Autónomas) llamados a regular la material. Por ello, clarifica el ámbito estatal de competencias a partir de los principios y normas constitucionales y señala hacia donde debe caminar la política de Estado de protección de los animales.

Con independencia de ello, como cuestión puntual, el dictamen puso de relieve que no se entendían las razones que pudieran existir para no haber ratificado todavía el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Animales Domésticos (*European Convention for the Protection of Pet Animals*), de 13 de noviembre de 1987, que entró en vigor el 1 de mayo de 1992 y que ha sido ratificado por países de nuestro entorno cultural tales como, entre otros, Austria, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Grecia, Suiza o Turquía.

XII. CONVENIENCIA DE UNA REGULACIÓN GENERAL DE LOS MEDIOS AUDIOVISUALES.

1. Introducción

Con ocasión del anteproyecto de Ley General Audiovisual que elaboró el Ministerio de Industria Comercio y Turismo, durante el año 2005, el Consejo de Estado emitió dictamen el 10 de noviembre de 2005 (recaído en el expediente número 170/2005). El Alto Cuerpo se hizo eco de la importante dispersión normativa existente en la regulación jurídica de la radio y la televisión uno de cuyos efectos más llamativos es la dificultad en la identificación del derecho vigente. Se origina así una necesidad, generalmente sentida, de proceder a la consolidación de esa normativa dispersa, parcialmente obsoleta e, incluso, inaplicable en algunos casos, constitutiva, por lo demás, de una seria fuente de distorsión, que dificulta la aplicación nacional del ordenamiento sectorial, produciendo inseguridad en los destinatarios de dicha legislación.

Se señalaba ya en aquel dictamen que convenía articular la consolidación legislativa en torno a una serie de principios que recogía el anteproyecto de ley considerado, cuales son:

- Neutralidad tecnológica: un marco común para todas las emisiones radiotelevisivas con independencia de la modalidad de transmisión (televisión por ondas, televisión por cable, televisión por satélite) y de la tecnología empleada (analógica o digital).

- Liberalización de la prestación del servicio de radio y televisión: los servicios de radio y televisión, hasta ahora "servicios públicos esenciales", dejarían de serlo para pasar a ser servicios de interés general que los particulares prestan en régimen de libre competencia, sin perjuicio de ciertas limitaciones técnicas para

el acceso libre al mercado dada la existencia de un espectro radioeléctrico limitado.

- Redefinición de la misión del servicio público de radio y televisión.

- Nuevo sistema de habilitaciones para prestar el servicio, que tenga en cuenta la ruptura en la cadena de valor que se ha producido como consecuencia de la introducción de la tecnología digital en la televisión terrestre y el desarrollo de la televisión por cable y satélite.

- Mejora de la salvaguarda del pluralismo: reforzando el pluralismo interno en los medios audiovisuales públicos, mediante el desarrollo del derecho constitucional de acceso a los mismos por parte de los grupos sociales representativos y mediante la reforma de su estructura organizativa y de control, para evitar procesos de concentración que perjudiquen ese pluralismo y se garantice que los programadores independientes puedan acceder en condiciones equitativas a las plataformas de televisión digital.

- Reforzamiento de los derechos de los ciudadanos, mediante la introducción de medidas para mejorar el control de los contenidos perjudiciales para la infancia, para facilitar el acceso de los discapacitados, para permitir a los ciudadanos determinar el orden de acceso a los contenidos audiovisuales y para garantizar su derecho a recibir en abierto determinadas retransmisiones de interés general.

- Fomento del pluralismo lingüístico existente en España.

Algunos de estos principios tienen ciertas implicaciones adicionales que conviene resaltar.

Para que se liberalice verdaderamente el sistema, la "despublicatio" debe ser total, pues de otra manera resulta difícil arbitrar mecanismos de financiación transparente, a la vez que armónico con la convergencia que estas actividades han

experimentado en el conjunto que constituyen las comunicaciones electrónicas. Estas últimas tienen una base conceptual común a las que luego se adhieren rasgos propios de la naturaleza de estos servicios. Ello implicaría un modelo en el que las actividades de difusión no tengan más límites, a priori, que los derivados del uso de recursos limitados, como es el espectro, y el cumplimiento de las normas de garantía de los principios constitucionalmente protegidos, estableciendo un sistema de satisfacción de objetivos de servicio público mediante la imposición de obligaciones a los operadores identificados en función de su posición en el mercado en términos adaptados a la realidad (audiencias, coberturas, volumen de actividad).

El principio de neutralidad tecnológica, debe traducirse en que la entrada en el mercado de nuevos agentes interesados en la prestación de los servicios de radio y televisión se produzca sin las limitaciones que implica el régimen de la concesión de servicio público (caracterizado por la ausencia de libertad de acceso a la prestación del servicio y por la discrecionalidad administrativa en la convocatoria del procedimiento para la adjudicación del título habilitante para llevarlo a cabo).

El modelo liberalizado comporta, en definitiva, un modelo en el que las condiciones de entrada y competencia estén presididas por la transparencia e igualdad de condiciones limitando las restricciones al ámbito de la gestión del espectro y al control de los contenidos en cuanto al respeto de los valores constitucionalmente protegidos.

2. La conveniencia de un texto legislativo único

La exigencia de un texto legislativo único tiene alcance global: debería abarcar y comprender dentro de su ámbito tanto el servicio público de radio y televisión como el servicio de radio y televisión prestado por los particulares. Ambos se dirigen a la misma audiencia considerada en términos potenciales (no individualizada por nivel económico,

consideración social u orientaciones personales o ideológicas) y, a efectos de su financiación, al menos en la actualidad, concurren en el mismo mercado publicitario contando, además, con otras vías de financiación (las propias de un presupuesto). La buena ordenación del sector aconsejaría poner especial énfasis y particular cuidado en que la falta de transparencia y claridad en las fuentes de recursos ocasiona distorsiones en la competencia.

El otro gran aspecto sobre el que articular la ansiada consolidación legislativa es la clara delimitación del objeto.

La Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, parcialmente en vigor y anterior a la popularización y generalización del uso doméstico de redes distintas de las hertzianas (fibra óptica, telefonía convencional, ADSL inalámbrico o no, GSM, GPRS, etc.), define los "servicios de difusión" como los "servicios de telecomunicación en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente" (artículo 25). Y añade que la televisión, que "tendrá siempre la consideración de servicio de difusión y en ningún caso podrá prestarse como servicio final o de valor añadido", es "la forma de telecomunicación que permite la emisión o transmisión de imágenes no permanentes, por medio de ondas electromagnéticas propagadas por cable, por satélite, por el espacio sin guía artificial o por cualquier otro medio", y se regulará por su legislación específica.

La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de "radiodifusión televisiva", no define la televisión, sino la "radiodifusión televisiva". Entiende por tal "la emisión primaria, con o sin hilo, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público. Comprenderá la comunicación de programas entre empresas con

miras a una radiodifusión televisiva destinada al público. No incluirá los servicios de comunicaciones que presten, previa petición individual, elementos de información u otras prestaciones, como servicios de telecopia, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares".

La cuestión de si la tecnología de transmisión debe influir en la definición de radio o de televisión reviste indudable importancia en la actualidad, en razón de la progresiva implantación de distintas redes de comunicación al alcance del público, se pueden recibir en un sencillo terminal los mismos contenidos que se emiten por los actuales concesionarios sólo para receptores de televisión o de radio, pero sin utilizar el canal hertziano de televisión o radio. Por ejemplo, las páginas web de casi todas las emisoras de radiodifusión permiten escuchar la radio en directo en el ordenador sin hacer uso del canal concedido. De la misma manera, los concesionarios de televisión por onda hertziana analógica, aunque no lo hacen, podrían ofrecer con suficiente calidad en directo sus emisiones de televisión directamente al ordenador o incluso a terminales *ad hoc* utilizando líneas telefónicas, como ya lo hace alguna operadora. La cuestión, por tanto, no es de nombres, sino, sustantiva; precisar si deben estar incluidos dentro del concepto de televisión o de radio los contenidos que se ofrecen a través de redes cuya implantación y uso están reguladas por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

La concepción de televisión como forma de comunicación pública por la que se ponen a disposición mediante transmisión a distancia por cualquier medio electrónico contenidos audiovisuales destinados al público, de forma que éste no pueda alterar el orden ni el momento de recepción de dichos contenidos, parece que no debiera incluir al administrador de la página en el concepto de prestador de servicios de difusión en todos los casos en que en una página web haya un vídeo. En efecto, no debe quedar bajo el ámbito de aplicación de una regulación integradora los contenidos audiovisuales transmitidos mediante ADSL o los que se anuncian a través del móvil,

sin mencionar aquellos otros como el vídeo bajo demanda o casi demanda que la jurisprudencia ya ha excluido del concepto clásico de difusión, permitiendo a quienes lo prestan hacerlo al amparo de la Ley de Telecomunicaciones.

Además, no conviene mezclar contenidos propios de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. La Ley 34/2002, de 11 de julio, regula muchas otras cosas, como el comercio electrónico, y se funda en la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Estas cuestiones no deben mezclarse con el régimen jurídico general de la televisión.

Para solucionar, pues, ambos problemas, no basta con completar la definición de televisión y de radio haciendo referencia al concepto de canal (radiofónico o de televisión), porque la cuestión no está en la emisión por diversas vías, sino en imbricar mutuamente los diversos sistemas de emisión, recogiendo la televisión en un concepto unitario que abarque todas las formas del fenómeno. Es difícil –y lo será más cada día, ante los aumentos en la capacidad de las redes, los incrementos de potencia instalada por los emisores, la progresiva versatilidad de los terminales y la reducción de los precios de fabricación de equipos– parar la progresiva convergencia de los tres elementos que integran lo que el sector conoce como “triple play”: venta de servicios de telecomunicaciones, suministro de contenidos y acceso a internet. Estos elementos tienden a unirse para sólo segregarse por el usuario final, que cada vez pondrá en marcha su aparato para su uso en red como ordenador, televisor, radio o teléfono en función de lo que desee, no de si el titular de la red es concesionario, licenciado, radiodifusor, prestador de servicios de la sociedad de la información o cualquier otra cosa al servicio de la comunicación. Parece, por tanto, que el concepto de radio y televisión debe asimilarse al de la Directiva 89/552/CEE del Consejo que, recuperando el concepto de

"programación", se refiere a la actividad de televisión o radio como emisión primaria, con o sin hilo, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas destinados al público.

3. La agudización del problema con posterioridad a 2005

Pese al anteproyecto remitido al Consejo de Estado, la promulgación de un texto general regulador de los medios audiovisuales no se ha producido, mientras que los avances tecnológicos han hecho posibles diversos medios, en gran parte nuevos, cuya regulación se acomete con normas *ad hoc* que obedecen a la vigencia de posibilitar su implantación, pero que, al carecerse de un marco regulador general, responden de manera diferente a problemas que deberían ser tratados de manera coherente para todos los medios.

El Consejo de Estado tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la diversidad de enfoques de la regulación de los nuevos medios en los dictámenes números 1.062/2006, de 22 de junio de 2006; 1.353/2006, de 27 de julio de 2006; 1.432/2006, de 27 de julio de 2006 y 272/2007, de 22 de marzo de 2007.

En ellos se resaltó, además, que la inaplicabilidad de normas generales a algunos de los nuevos medios llevaba a que, *de facto*, se estuviera produciendo un abandono progresivo de la Ley como la fuente del Derecho que, por excelencia, debería regular muchos de los aspectos, tanto de servicio público, como del régimen de competencia, que las leyes a promulgar, tramitadas con la principal finalidad de permitir en España la utilización de las nuevas tecnologías, remitían su regulación a reglamentos de desarrollo.

Dada la multiplicidad de medios, derivada de la implantación de nuevas tecnologías (radiodifusión sonora digital terrestre, radio y televisión por cable, radio digital por satélite, o televisión digital en movilidad), la necesidad de una Ley General

de Medios Audiovisuales es en 2007 todavía más perentoria que cuando se informó acerca del anteproyecto en el año 2005.

Si en los primeros dictámenes anteriormente citados, todos sobre distintos proyectos de Reales Decretos [1.062/2006, sobre un proyecto de modificación del Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora Digital Terrestre; 1.353/2006, sobre el Reglamento General de Prestación del Servicio de Radio y Televisión por Cable; y 1.432/2006, sobre el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora de Ondas Métricas con Modulación de Frecuencia] la ausencia de legislación general no planteó problemas serios al principio (dictamen número 1.062/2006), sí comenzaron a resaltar los inconvenientes de la falta de consagración de los principios (neutralidad tecnológica, etc.) en una ley general (dictámenes números 1.353/2006 y 1.432/2006, aunque en este último se resaltaban los problemas generados por la pervivencia para la regulación de la radio emitida con modulación de frecuencia de artículos sueltos de la Ley de Telecomunicaciones de 1987 –con modificaciones en 1992- pese a la nueva regulación del dominio público radioeléctrico por la Ley 32/2003).

El dictamen del Pleno del Consejo de Estado, número 272/2007, sobre el anteproyecto de Ley de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, fue, sin embargo, más tajante.

Por un lado señaló que "la disposición adicional sexta del anteproyecto, relativa a los servicios de difusión de radio y televisión, abunda en un defecto que el Consejo de Estado ya señaló en el Dictamen número 1701/2005, de 10 de noviembre de 2005, relativo al proyecto de Ley General Audiovisual, cuando se dijo que "uno de los principales problemas usualmente denunciado en el grupo normativo que disciplina la radio y la televisión, como señala expresamente la exposición de motivos de la Ley 10/2005, de 14 de junio, es la dispersión normativa que se ha venido produciendo. Resulta así una exigencia, no sólo conceptual sino también de seguridad jurídica, dadas

las discordancias que se producen en algunas de las normas, el ordenar en un solo texto legal el régimen de todo el sector audiovisual. A la atomización normativa acompaña cierta confusión entre lo técnico en materia de comunicaciones y lo sustantivo en materia de medios de comunicación pues, como se puede apreciar en la disposición derogatoria del anteproyecto de Ley que se somete a consulta, las normas técnicas sobre telecomunicaciones y las sustantivas sobre radio y televisión se mezclan sin claridad y con efectos desconcertantes, tratándose de normas que se influyen recíprocamente. De aquí que el Consejo de Estado valore como mérito cualificado del anteproyecto de Ley el serio intento de armonizar en un solo texto los aspectos principales del régimen jurídico de la radio y la televisión".

El anteproyecto de Ley ahora sometido a consulta dicta normas generales en materia de radio y TV −para toda forma de prestación de servicios de radio y TV− sin atender a la referida dispersión normativa y acrecentándola.

El Consejo de Estado cree que la solución correcta para la ordenación sistemática del sector audiovisual es la aprobación, como en su día se propuso, y de ahí el referido dictamen, de una ley general audiovisual, lo que se reitera ahora dado que las disposiciones de alcance general que se contienen en la disposición adicional que se está comentando deberían en realidad ser parte de esa hipotética ley general, máxime cuando la figura de editor, difusor de canales, y otras, cuyas responsabilidades se regulan en la disposición adicional sexta ahora comentada, no están definidos en la ley, mientras que sí lo estaban en el citado proyecto de Ley General Audiovisual".

Por otro lado, con motivo del examen de la regulación de dos nuevos medios, la radio digital por satélite y la televisión digital en movilidad, que se incluía en una parca disposición adicional séptima del anteproyecto, los distintos problemas generados por la falta de regulación general salían también a relucir: 1) regulación apresurada, sin los trámites adecuados, al hilo de la aprobación de otras leyes generales conectadas, pero no directamente relacionadas con los medios audiovisuales; 2) regulación conjunta de

medios cuya infraestructura tecnológica es relativamente distinta; 3) normas de dudosa aplicabilidad material por estar pensadas para una tecnología y aplicarse a otras; 4) desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los distintos actores responsables de las distintas concesiones (unas de uso común a varios medios y otras de uso privativo); y 5) sobre todo, el parco contenido que supone una disposición adicional para regular dos medios audiovisuales de potencial desarrollo complejo por dejar en el ámbito reglamentario, de regulación futura, cuestiones que en otros medios están detalladamente reguladas en leyes.

Señalaba, efectivamente el referido dictamen número 272/2007 que "respecto de la disposición adicional séptima debe advertirse que los servicios de radio digital por satélite y de TV digital en movilidad son en esencia distintos y no necesariamente deberían regularse en una única disposición, aunque la posibilidad de uso de infraestructuras comunes (apartado 5) explica la propuesta sometida a consulta. De nuevo, debe recordarse que, al haber sido introducida esta disposición adicional muy a última hora en la tramitación, no ha sido informada por el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones.

Si se mantiene, pues, esta regulación conjunta, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico no ha definido qué es la televisión digital en movilidad, problemática cuestión que ya fue objeto de consideraciones diversas en el Dictamen número 1701/2005, antes mencionado.

Con independencia de ello, el apartado 3 de la disposición adicional séptima prevé, en su tercer y último párrafo, un supuesto que no parece técnicamente posible para la radio digital emitida por satélite (que un satélite enfoque sólo al territorio de una Comunidad Autónoma).

Finalmente, el apartado 5, también de la disposición adicional séptima, en la práctica convierte en antenas de los concesionarios de radio digital a todos los que

tengan autorización administrativa para televisión digital en movilidad pero no establece el derecho inverso. Un titular de servicio de radio digital terrestre tiene que poner su infraestructura al servicio de los titulares del servicio de televisión digital pero no tiene derecho a constituirse, él mismo, en titular de dicho servicio de televisión en movilidad (dada la discrecionalidad con que obviamente debe regirse el otorgamiento de las autorizaciones regulado en el primer párrafo del apartado 3, no permite entender que la autorización es reglada). En suma, no parece que tengan preferencia alguna pese a ser propietarios de la concesión que sirve de infraestructura a ambos medios y pese a que no haya problemas de limitación del espectro por falta de capacidad física, cuestión esta que podría meditarse.

Lo señalado en los párrafos anteriores debe entenderse siempre a partir de que tampoco hay objeción jurídica ni de oportunidad a lo que la disposición adicional dice (sino más bien a lo que, por su brevedad, no dice, teniéndose que proceder a completar por vía de interpretación cuando sería mejor que el régimen jurídico de estos medios estuviera más detallado en una ley).

Es más, si se compara el parco contenido de las disposiciones adicionales sexta y séptima con el de la regulación de un medio algo equivalente como es la Ley 10/2005, de 14 de junio, de medidas urgentes para el impulso de la televisión digital terrestre, de liberalización de la televisión por cable y de fomento del pluralismo, se vería que la regulación de múltiples aspectos de estos medios suele estar en la ley misma sin que haya remisiones tan amplias a la potestad reglamentaria como las que contiene el anteproyecto sometido a consulta.

Por todo ello, la consolidación de todos los textos en una norma general sobre medios audiovisuales que permita distinguir cuáles son los principios comunes y cuáles las especialidades derivadas de las distintas tecnologías y sus respectivos servicios públicos y mercados, introduciría una racionalidad en el sistema de la que actualmente

se carece. Sigue, pues, siendo muy conveniente acometer la regulación en un texto general, como lo era en 2005.