

CONSEJO DE ESTADO

**MEMORIA
DEL AÑO 1992**

**que el Consejo de Estado en Pleno eleva al
Gobierno, en cumplimiento de lo dispuesto
en el artículo 20.3 de la Ley Orgánica
3/1980, de 23 de abril.**



Madrid 1993

**COMPOSICION DEL CONSEJO DE ESTADO
AL 31 DE DICIEMBRE DE 1992.**

PRESIDENTE

Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret

CONSEJEROS PERMANENTES

Excmo. Sr. D. Manuel Gutiérrez Mellado

Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina

Excmo. Sr. D. Jerónimo Arozamena Sierra

Excmo. Sr. D. Fernando de Mateo Lage

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

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

Excmo. Sr. D. Miguel Vizcaíno Márquez

Excmo. Sr. D. Antonio Pérez-Tenessa Hernández

SECRETARIO GENERAL

Excmo. Sr. D. Manuel Delgado-Iribarren Negroa

CONSEJEROS NATOS

Excmo. Sr. D. Fernando Lázaro Carreter, Director de la Real Academia Española de la Lengua.

Excmo. Sr. D. Enrique Fuentes Quintana, Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Excmo. Sr. D. Eligio Hernández Gutiérrez, Fiscal General del Estado.

Excmo. Sr. D. Emilio Jiménez Aparicio, Director General del Servicio Jurídico del Estado.

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

CONSEJEROS ELECTIVOS

Excmo. Sr. D. Ignacio Alfaro Arregui

Excmo. Sr. D. Tomás Ramón Fernández Rodríguez

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

Excmo. Sr. D. Eduardo Jauralde Morgado

Excmo. Sr. D. Angel Liberal Lucini

Excmo. Sr. D. José Vida Soria

Excmo. Sr. D. Fernando Álvarez de Miranda y Torres

Excmo. Sr. D. Ramón Martín Mateo

Excmo. Sr. D. Angel Latorre Segura

Excmo. Sr. D. Aurelio Menéndez Menéndez

LETRADOS

- Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina (2)
- Excmo. Sr. D. Alvaro Alonso Castrillo y Romeo, Marqués de Casa Pizarro (1)
- Excmo. Sr. D. José Manuel Romay Beccaría (2)
- Excmo. Sr. D. José María Martín Oviedo (3)
- Excmo. Sr. D. José Suay Milio (1)
- Excmo. Sr. D. José Luis Yuste Grijalba (1)
- Excmo. Sr. D. Pedro José Sanz Boixareu (1)
- Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón (2)
- Excmo. Sr. D. Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona (2)
- Excmo. Sr. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant (5)
- Excmo. Sr. D. Ignacio Bayón Mariné (5)
- Excmo. Sr. D. José Solé Armengol (3)
- Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata y Pérez (4)
- Ilmo. Sr. D. Enrique Alonso García (5)
- Excmo. Sr. D. Francisco Javier Gálvez Montes (3)
- Excmo. Sr. D. Federico Trillo Figueroa y Martínez-Conde (4)
- Ilmo. Sr. D. José Antonio García-Trevijano Garnica (5)
- Excmo. Sr. D. Jaime Aguilar Fernández-Hontoria (3)
- Excmo. Sr. D. José María Pérez Tremps (5)
- Ilmo. Sr. D. Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez Martín
- Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Gómez-Acebo Sáenz de Heredia.
- Ilmo. Sr. D. Luís María Domínguez Rodrigo
- Ilmo. Sr. D. José Leandro Martínez-Cardós Ruíz

Ilma. Sra. D^a Guadalupe Hernández-Gil y Álvarez-Cienfuegos

Ilmo. Sr. D. Ernesto García-Trevijano Garnica

Ilmo. Sr. D. José María Michavila Núñez (4)

Ilmo. Sr. D. Iñigo Coello de Portugal y Martínez del Peral

Ilmo. Sr. D. David Vicente Blanquer Criado

Ilmo. Sr. D. Victor Torre de Silva y López de Letona

Ilmo. Sr. D. José María Jover Gómez-Ferrer.

(1) Letrado Mayor

(2) Letrado Mayor en situación de servicios especiales

(3) Letrado Mayor en comisión

(4) En situación de servicios especiales

(5) En situación de excedencia voluntaria

INTRODUCCION

La presente Memoria del Consejo de Estado, correspondiente al año 1992, fué aprobada por el Pleno en sesión celebrada el día 12 de Mayo de 1993.

Se ha elaborado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, según el cual el Consejo de Estado debe elevar anualmente al Gobierno una Memoria en la que, además de exponer la actividad del órgano consultivo en el período anterior, se recogerán las observaciones sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulten de los asuntos consultados así como las sugerencias de disposiciones de carácter general y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración.

De acuerdo con esto, y siguiendo una práctica ya tradicional, la Memoria consta de dos partes : la primera, trata de exponer la actividad del Consejo partiendo de unos datos estadísticos; en la segunda parte se formulan observaciones y se sugieren algunas medidas en orden al buen funcionamiento de la Administración pública.

PRIMERA PARTE

EXPOSICION DE LA ACTIVIDAD DEL CONSEJO DE
ESTADO DURANTE EL AÑO 1992.

I. LABOR CONSULTIVA

1. Número de consultas

Durante el año 1992 tuvieron entrada en el Consejo de Estado 1.776 expedientes, cantidad muy parecida a la del año anterior, que fue de 1.769. De aquellos, 179 (o sea, más del 10% de los recibidos) llevaban declaración de urgencia, cifra que va en aumento año tras año, tanto en términos absolutos como relativos.

Se despacharon 1.799 asuntos, en la siguiente forma:

- Con dictamen de fondo.....	1.575
- En petición de antecedentes.....	164
- Devueltos sin dictaminar, a requerimiento de la autoridad consultante.....	60
	<hr/>
Total	1.799

Al empezar el año, quedaban 248 expedientes del año anterior pendientes de despacho. El 31 de diciembre los asuntos pendientes eran 225.

2. Clasificación de los expedientes

Los expedientes recibidos en consulta se pueden clasificar así:

2.1 Por su procedencia

Remitente	Número
Gobierno de la Nación (Ministerios)	
Asuntos Exteriores	122
Justicia	200
Defensa	225
Economía y Hacienda	70
Interior	528
Obras Públicas y Transportes	223
Educación y Ciencia.....	36
Trabajo y Seguridad Social.....	15
Industria, Comercio y Turismo.....	34
Agricultura, Pesca y Alimentación.....	18
Administraciones Públicas.....	22
Cultura	15
Sanidad y Consumo.....	35
Relaciones con las Cortes y Secretaría del Gobierno	66
Asuntos Sociales.....	8
Suma por Ministerios:	1.617
Comunidades Autónomas:	
Andalucía	20
Aragón	4
Asturias	6
Baleares	3
Canarias	8
Cantabria	4

Remitente	Número
Castilla-La Mancha	11
Castilla y León.....	18
Extremadura	9
Galicia	7
La Rioja	4
Madrid	27
Murcia	1
Navarra	11
País Vasco	2
Valenciana	24
Suma por Comunidades	159
TOTAL	1.776

Una buena parte de las consultas procedentes de las Comunidades Autónomas corresponden a expedientes municipales.

2.2. Por Secciones encargadas del despacho

Sección	Número
Sección Primera.....	85
Sección Segunda.....	322
Sección Tercera	460
Sección Cuarta.....	235
Sección Quinta.....	72
Sección Sexta.....	229

Sección Séptima	109
Sección Octava	264
.....	-----
TOTAL:	1.776

2.3. Por materias

Materias	Número
Actos administrativos	
Notificación y publicación	3
Revisión de oficio	28
Administración local	
Alteración de términos municipales	10
Entidades menores	1
Funcionarios locales	1
Administración institucional	3
Agricultura	4
Apellidos	4
Asilo político	128
Colegios profesionales	4
Comunidades Europeas	4

Materias	Número
Competencias Comunidades Autónomas.....	16
Concesiones administrativas.....	18
Consejo de Estado	1
Contratos administrativos	
Modificación.....	23
Resolución	62
Revisión de precios	3
Suspensión	7
Varios	4
Créditos extraordinarios y suplementarios.....	6
Defensa nacional	5
Dominio público	31
Educación	18
Espectáculos públicos	1
Expropiación forzosa	1
Funcionarios	7
Fundaciones	7
Hacienda pública	8
Hacienda de las Comunidades Autónomas.....	1
Indemnizaciones especiales	10
Notarías y Registros	2
Procedimiento administrativo	9
Procesos electorales.....	2
Recursos extraordinarios de revisión.....	187

Recursos de inconstitucionalidad	16
Reglamentos	8
Responsabilidad patrimonial	
Doctrina general	440
Estado juez..	124
Estado legislador	62
Sanidad	20
Títulos nobiliarios	75
Trabajo y Seguridad Social.....	2
Tráfico y seguridad vial	1
Transportes	4
Tratados internacionales	120
Tributos y tasas	7
Turismo	1
Urbanismo	28

2.4. Por su interés

Entre los asuntos consultados, merecen destacarse los siguientes:

a) Por su interés general:

- Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (Expediente nº 421/92).

- Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Expediente nº 214/92).

- Anteproyecto de Ley de Reordenación del Sector Petrolero (Expediente nº 609/92).
- Proyecto de Texto refundido de Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (Expediente nº 648/92).
- Anteproyecto de Ley reguladora de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación (Expediente nº 584/92).
- Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Expediente nº 105/92).
- Reglamento del IVA (Expediente nº 1763/92).
- Proyecto de Real Decreto sobre inversiones extranjeras en España (Expediente nº 422/92).
- Proyecto de Real Decreto relativo al tránsito de electricidad por las grandes redes (Expediente nº 1084/92).
- Proyecto de Real Decreto de modificación de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico inmobiliario (Expediente nº 580/92).
- Tratado de cielos abiertos, hecho en Helsinki el 24 de marzo de 1992 (Expediente nº 618/92).
- Convenio sobre la diversidad biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (Expediente nº 1087/92).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las enseñanzas mínimas del bachillerato (Expediente nº 1091/92).
- Proyecto de Real Decreto sobre autorizaciones de centros docentes privados para impartir enseñanzas de régimen general (Expediente nº 216/92).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones de gas en locales destinados a usos domésticos, colectivos y comerciales (Expediente nº 118/92).

- Reglamento de disciplina deportiva (Expediente nº 1289/92).

b) Por su interes doctrinal:

- Consulta sobre el alcance de las previsiones contenidas en los artículos 105.a) de la Constitución y 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Expediente nº 952/92).

- Orden de prelación de créditos que ha de guardarse en los procedimientos liquidatorios llevados a cabo por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (Expediente nº 55.879).

- Consulta relativa a la forma, procedimiento y rango de las reglamentaciones técnico-sanitarias (Expediente nº 535/92).

- Proyecto de Real Decreto de acceso de funcionarios internacionales, de nacionalidad española, a los cuerpos y escalas de funcionarios de la Administración del Estado (Expediente nº 1419/91).

- Proyecto de Real Decreto relativo a la constitución del Patronato del Instituto Cervantes (Expediente nº 1058/92).

- Adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía de Cataluña de la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones (Expediente nº 1134/91).

- Consulta sobre problemas que plantean las designaciones de sucesor en el título de una merced nobiliaria (Expediente nº 1663/91).

- Expediente relativo a los efectos que pudieran derivarse de la resolución 31/3 aprobada por la Junta General del Principado de Asturias (Expediente nº 275/92).

- Caducidad de la concesión otorgada por O.M. de 28 de febrero de 1940 a D. Benito J.F. para ocupar una parcela en la zona marítimo-terrestre de Noya

(Expediente nº 427/92).

- Proyecto de Real Decreto por el que se cambian las siglas de matrícula de los automóviles de la provincia de Girona (Expediente nº 430/92).

- Petición formulada por Troms S.A. sobre derecho edificatorio en las parcelas en que se realiza la promoción de un edificio administrativo en las calles Agustín de Foxá y Manuel Ferrero, de Madrid (Expediente nº 340/92).

- Expediente relativo al funcionario del Cuerpo Nacional de Policía D. Salvador M.V. por delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte (Expediente nº 175/92).

- Recurso de alzada interpuesto por la señora Asjraf H.K., de nacionalidad iraní, contra resolución del Ministerio del Interior que le denegó el asilo político que había solicitado (Expediente nº 91/92).

c) Por su interés singular:

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos taurinos (Expediente nº 169/92).

- Expediente relativo a las actividades del Banco Ibercorp durante el período 1988-91 (Expediente nº 1027/92).

- Expediente relativo al fallecimiento del periodista español D. Juan A. Rodríguez Moreno, ocurrido en Panamá como consecuencia de los disparos provenientes de las Fuerzas Armadas Americanas (Expediente nº 1496/91).

- Solicitud de indemnización formulada en representación de varios vecinos de Fuentealbilla (Expediente nº 729/92).

- Solicitud de indemnización por el fallecimiento de Laura R.C. en el incendio de la discoteca Alcalá, 20, de Madrid (Expediente nº 1193/92).

- Consulta sobre obligatoriedad de aportar el texto íntegro de las actas del Real Patronato del Centro de Arte Reina Sofía (Expediente nº 435/92).

- Rehabilitación del título de Marqués de Valdegamas (Expediente nº 1703/91).
- Reclamación de daños y perjuicios presentada por la empresa Leal Elizarán, S.A. (Expediente nº 224/92).
- Cambio de nombre y apellidos de D. Celestino Juan José C.F. (Expediente nº 514/92).

3. Decisiones recaídas en asuntos dictaminados

Durante el año 1992, el Consejo de Estado ha tenido noticia de 1.330 decisiones recaídas en asuntos que le fueron consultados, bien porque se publicaron en el Boletín Oficial del Estado, bien porque fueron comunicadas a la Secretaría General a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.4 del Reglamento Orgánico de este Consejo.

Dichas decisiones fueron adoptadas:

-De acuerdo con el Consejo de Estado.....	1.319
-Oído el Consejo de Estado	10
-Oído el Consejo de Estado y de acuerdo con un voto particular 1	
TOTAL:	1.330

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

- 863/91. Expediente relativo a la reclamación formulada contra la Administración por Dña. M^a Luísa B.G.
- 925/91. Recurso de reposición interpuesto por "Aparcamientos Cantabria,

S.A." contra resolución del Ministerio de Cultura de 4 de julio de 1989.

- 1.25/91. Proyecto de Real Decreto sobre instalación de aparatos de Rayox X con fines de diagnóstico médico.

- 1.078/91. Solicitud de indemnización de daños y perjuicios formulada en nombre y representación de Ford España, S.A.

- 1.254/91. Indemnización de daños y perjuicios reclamada por N.N. en nombre y representación de la sociedad "Hierros y Aceros de Mallorca, S.A."

- 1.711/91. Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado formulada por Dña. M^a Pilar S.V.

- 54/92. Recurso de alzada interpuesto por Don Z.E. contra resolución del Ministerio del Interior que le denegó el asilo político que había solicitado.

- 113/92. Recurso de alzada interpuesto por Dña. L.C. contra resolución del Ministerio del Interior que le denegó el asilo político que había solicitado.

- 141/92. Recurso de alzada interpuesto por Don M.L. contra resolución del Ministerio del Interior que le denegó el asilo político que había solicitado.

- 366/92. Recurso de alzada interpuesto por Don A.N. contra resolución del Ministerio del Interior que le denegó el asilo político que había solicitado.

- 464/92. Reclamación de daños y perjuicios deducida por el representante de "Construcciones Pedro Méndez, S.A." por los derivados de la omisión de un párrafo en un telegrama (Resuelta de acuerdo con el voto particular).

4. Reuniones

Los diferentes órganos del Consejo han celebrado las siguientes reuniones:

Pleno	11
Comisión Permanente	50
Sección 1ª	25
Sección 2ª	48
Sección 3ª	44
Sección 4ª	42
Sección 5ª	52
Sección 6ª	43
Sección 7ª	46
Sección 8ª	42

5. Ponencias especiales

El Presidente del Consejo, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 119 del Reglamento Orgánico, constituyó sendas Ponencias especiales para el despacho de los siguientes asuntos:

- 55.315. Reclamación formulada por Dña. Mª Lourdes F.T., en nombre y representación de varios farmacéuticos, en la que solicitan ser indemnizados por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la extemporánea resolución del concurso de traslados convocado por Orden de 18 de julio de 1984.

- 333/92. Expediente relativo a la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana del término municipal de Aranjuez.

- 863/92. Expediente sobre regeneración de la playa de La Laja, término municipal de Las Palmas de Gran Canaria.

- 1.058/92. Expediente relativo a la constitución del Patronato del Instituto Cervantes.

- 1.153/92. Expediente relativo a reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, promovido por D. Francisco Alberto C.H.

6. Votos particulares

Diecinueve dictámenes fueron objeto de voto particular, y son los siguientes:

- 55.315. Reclamación por daños y perjuicios causados por el retraso en la resolución de un concurso de traslado de farmacéuticos titulares, convocado por Orden de 18 de julio de 1984.

- 415/91. Reclamación formulada por varios titulares de oficinas de Farmacia a consecuencia de los perjuicios sufridos por la aplicación de la Orden de 10 de agosto de 1985 sobre nuevo margen comercial.

- 1.134/91. Expediente relativo a la adecuación de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones, al orden de competencias derivado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

- 1.245/91. Relativo a la posible nulidad del acuerdo plenario del Ayuntamiento de Córdoba de 27 de abril de 1989, por el que se aprobaron las bases que debían regir el proceso de selección para proveer plazas de subinspector y oficial de la policía local.

- 1.248/91. Reclamación de daños y perjuicios formulada por el

Comandante de Infantería D. Justo H.G.

- 1.547/91. Rehabilitación del título de Marqués de Copons.
- 182/92. Proyecto de Real Decreto por el que se regula la tasa de los servicios de inspección y control prestados por el Consejo de Seguridad Nuclear en las instalaciones de los Rayos X con fines de diagnóstico médico.
- 294/92. Adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía de Cantabria de la Ley 1/1990, de 12 de marzo, por la que se regulan los órganos rectores de las Cajas de Ahorros con sede social en dicha Comunidad Autónoma.
- 301/92. Reclamación de daños y perjuicios formulada por D. Jaime G.A.
- 333/92. Modificación del plan general de ordenación urbana de Aranjuez.
- 464/92. Reclamación de daños y perjuicios por la omisión de un párrafo en un telegrama.
- 535/92. Consulta relativa a la forma, procedimiento y rango de las reglamentaciones técnico-sanitarias.
- 648/92. Proyecto de Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.
- 704/92. Expediente relativo a la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía de Galicia de la Ley gallega 3/1992, de 23 de marzo, de Coordinación de Policías Locales.
- 863/92. Modificación número 1 del contrato de ejecución de las obras de regeneración de la playa de La Loja (Las Palmas de Gran Canaria).
- 1.152/92. Expediente relativo a la reclamación indemnizatoria formulada por Dña. Carmen F.C.
- 1.153/92. Expediente sobre responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia, promovido por D. Francisco C.H.

- 1.283/92. Recurso extraordinario de revisión interpuesto por "Corporación Alimentaria Ibérica, S.A."

- 1.449/92. Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la tabla de vigencias de los reglamentos de la Ley del Suelo.

II. PERSONAL

1. Consejeros Natos

1.1. Nombramientos.

1.1.1 Director de la Real Academia Española.

Designado Director de la Real Academia Española, D. Fernando Lázaro Carreter (en sustitución de D. Manuel Alvar López) juró y tomó posesión de su cargo de Consejero Nato de Estado en la sesión celebrada por el Pleno el día 6 de febrero de 1992.

Con tal motivo, el Presidente del Consejo de Estado, don Fernando Ledesma Bartret, pronunció el siguiente discurso:

" Siempre es un honor hablar en nombre del Consejo de Estado. En este caso resulta, además, extraordinariamente grato, pues se trata de dar la bienvenida al Excmo. Sr. D. Fernando Lázaro Carreter, Director de la Real Academia Española, Consejero Nato de Estado, por quien, como luego explicaré, siento desde antiguo admiración y respeto.

Más antes de nada, deseo recordar al Excmo. Sr. D. Manuel Alvar,

anterior Director de la Real Academia Española, para expresarle el agradecimiento de la Institución que represento por los importantes servicios prestados al Estado como Consejero Nato. En esta Casa, en la que se procura, además de trabajar mucho y bien, crear las condiciones más propicias para que todos -Consejeros, Letrados, Funcionarios y Empleados- desempeñen sus funciones con agrado y buen acogimiento, el Sr. Alvar será siempre recordado y recibido con el aprecio y respeto que merece personalidad tan distinguida. Tengo presente en este momento su magnífico discurso de toma de posesión, en el que, tras exponer cómo "el latín legal sirvió para que el romance precisara el perfil de sus definiciones o le proporcionara inusitados contenidos", terminaba diciendo "el historiador de la lengua tiene mucho que hacer en vuestros pegujales". Y bien que lo demostró el Sr. Alvar, cuya aportación al desempeño de nuestra función consultiva será siempre recordada con el mayor elogio.

Acaba de tomar posesión como Consejero Nato de Estado, D. Fernando Lázaro Carreter. Anticipé antes la admiración y el respeto que desde hace muchos años siento por el Profesor Lázaro. Explicaré las razones. Conocí al Profesor Lázaro en el año 1956. Comenzaba entonces mis estudios universitarios en la por tantos motivos admirable Facultad de Derecho de Salamanca. Bastará recordar que en sus aulas impartían enseñanzas, entre otros, los Profesores Tierno Galván, Ruíz-Jiménez, Antón Oneca, Hernando, a los que algunos años más tarde se incorporarían maestros de entrañable recuerdo, como los Profesores García-Trevijano y Menéndez.

Pues bien, a cuatro pasos de la Facultad de Derecho, separada por la Plaza de Anaya, se encontraba la Facultad de Filosofía y Letras, de la que, junto a los nombres inolvidables de los Profesores Tovar y García-Blanco,

D. Fernando Lázaro Carreter era Catedrático de Gramática General y Crítica Literaria. Al menos durante algunos años D. Fernando tuvo su residencia en el Colegio Mayor San Bartolomé, del que fue Director. Frente a este Colegio Mayor se hallaba otro, el Fray Luís de León, en el que residía quien ahora hace uso de la palabra. Entre "bartolos" y "frailuises" -que así nos llamábamos recíprocamente- existían cordialísimas relaciones, inteligentemente estimuladas por los Directores. De las conmemoraciones, actos y fiestas de unos participaban los otros. Este conjunto de casuales circunstancias explica con cuánta frecuencia coincidí en Salamanca con el Profesor Lázaro Carreter. Parece que le estoy viendo, levemente abrigado en las frías y húmedas mañanas salmantinas, camino de sus clases o de vuelta a su Residencia, siempre amable. De la categoría del Profesor Lázaro, de la amenidad e interés de sus clases, de su prestigio universitario, de su maestría, de sus dotes para la investigación -en la que se había iniciado bajo la dirección del maestro Dámaso Alonso- hablábamos con frecuencia los universitarios salmantinos. Nunca le había dicho esto, Profesor Lázaro, y lo hago ahora para justificar el porqué de la afectuosa predisposición con que pronuncio estas palabras de bienvenida al cabo de 36 años.

A lo largo de ese tiempo, toda una vida cuajada de méritos, una obra ejemplar, que ha sabido hacer llegar no sólo a los medios universitarios más eruditos, sino también a toda la sociedad en su conjunto, pues está permanentemente presente en la vida y en la obra del Profesor Lázaro Carreter, la voluntad manifiesta de conocer y aproximarse a las preocupaciones e ilusiones de las mujeres y de los hombres de su tiempo.

Antes de que la generación nacida a fines del año 39 -la primera de la

posguerra- concluyera su normal ciclo de cinco años universitarios, el Profesor Lázaro Carreter había tenido tiempo para doctorarse con una tesis sobre "Las ideas lingüísticas en España durante el siglo XVIII"; para publicar su "Diccionario de términos filológicos" y la obra titulada "Cómo se comenta un texto literario" de la que, igual que de la anterior, se hicieron numerosas reimpresiones. Y todo ello, sin que nos olvidemos de sus notas sobre el arte de Juan Ruíz, ni de sus trabajos sobre los entremeses cervantinos, Gracián, Quevedo, Lope de Vega, Moratín, Feijóo, Bertold Brecht y García Lorca. A esta época pertenece también un estudio que tengo especial interés en recordar. Me refiero al titulado "Temas de hoy: teatro y sociedad en España", aparecido en el Boletín del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca que dirigía el Profesor Tierno Galván. Fue en aquel seminario -y también en las explicaciones de algunos de los profesores que antes evocaba- cuando por primera vez empecé a oír hablar seriamente de democracia, de libertades, de una Europa unida. Fue en aquel ambiente -al que tanto contribuyó la presencia del Profesor Lázaro Carreter- en el que empecé a tomar conciencia de la necesidad de comprometerse con unos valores que hoy ya están definitivamente implantados en España, pero que en aquéllas fechas su sola pronunciación causaba, cuando menos, sobresalto.

Después de 1961, vieron la luz los trabajos del Profesor Lázaro sobre la "Vida y obra de Menéndez Pelayo", la "Epopéya de Góngora", los "Sonetos de Fray Luis de León", los "Intereses creados de Benavente", pero ante todo obras como "Estilo barroco y personalidad creadora", "Crónica del Diccionario de Autoridades 1713-1740" (que fue su discurso de ingreso en la Real Academia de España y al que contestó D. Rafael Lapesa,

recordando, entre otros extremos, la buena escuela de la que el Sr. Lázaro procedía: José Manuel Blecua, Francisco Yndurain, Dámaso Alonso, Julio Casares), además de "El Lazarillo de Tormes en la picaresca", "Estudios de Poética" y "Estudios de Lingüística".

Me estoy refiriendo ahora a una etapa en la que el Profesor Lázaro accede, desde Salamanca, a la Universidad Autónoma de Madrid como Catedrático de Lengua Española; después, en 1978, a la Complutense de esta Capital, como Catedrático de Gramática General y Crítica literaria, hasta su jubilación como Catedrático de Teoría de la Literatura. De su compromiso con la Universidad son prueba elocuente los doctorados Honoris Causa por las Universidades de Salamanca, Zaragoza y Autónoma de Madrid, sus enseñanzas en las Universidades de Heidelberg, Toulouse, Texas y la Sorbona, sus conferencias en Facultades de Francia, Italia, Inglaterra, Alemania, Marruecos, U.S.A., Japón, México y Venezuela. De su capacidad de comunicación, de su proyección social da también fé su obra periodística: los artículos de temas lingüísticos publicados bajo el título "El dardo en la palabra" o los que escribe de crítica teatral en diversas revistas y seminarios. A lo que habría que añadir la importante labor pedagógica que el Profesor Lázaro ha desempeñado a través de sus libros de texto, en los que ha descubierto a jóvenes y adultos una nueva lengua y literatura española, mucho más interesante y atractiva que la que se estudiaba con anterioridad.

Hoy, el Sr. Lázaro Carreter es Director de la Real Academia Española, de la que fue corresponsal a partir de 1958 y miembro de número desde 1972. La presencia de Presidentes y Académicos de esta Real Academia en el Consejo de Estado viene de lejos. Agradezco a los servicios de Archivo y Biblioteca de esta Casa la valiosa documentación que me han facilitado sobre

académicos de la española y Consejeros de Estado. Resulta imposible e indebido examinar ahora la cuestión con detalle. Bastará, quizá, con recordarles que ambas condiciones concurrieron en personalidades tan extraordinariamente ilustres como las de Francisco Martínez de la Rosa, Luis González Bravo, Ramón Campoamor y Campoosorio, Emilio Alcalá Galiano, Pedro Antonio de Alarcón, Juan Valera Alcalá-Galiano, Gaspar Núñez de Arce, Francisco Javier Burgos, Juan Donoso Cortés, Antonio de los Rios Rosas, Manuel Silvela, Joaquín Francisco Pacheco, Emilio Cánovas del Castillo, Antonio Alcalá Galiano, Alejandro Oliván, y otros. Me he referido tan sólo a algunos que lo fueron en la segunda parte del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Con sus nombres se escriben bellísimas páginas de parte de la historia de España.

Tan buenos frutos produjo la convivencia de ambas instituciones, que el legislador de 1980 modificó la Ley reguladora del Consejo de Estado para -además de otras importantes reformas- prever que de dicho Cuerpo Consultivo, formarían parte, como Consejeros Natos, el Director de la Real Academia Española y los Presidentes de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de Jurisprudencia y Legislación.

Decisión acertada, de la que todos debemos congratularnos, pues como dijo el Presidente a.i. Sr. Jordana de Pozas, fue "una afortunada innovación que asocia al Consejo el saber de las Reales Academias". Tan afortunada que, gracias a ella, hoy es posible que el Consejo de Estado cuente con la invalorable aportación de los Consejeros Sres. Fuentes Quintana y Hernández-Gil y, a partir de hoy, del Sr. Lázaro Carreter, a quien precedieron, vigente ya la Ley Orgánica de 1980, además del Sr. Alvar, nombres que también deben ponerse en el libro de oro de nuestra

vida colectiva, como son los de D. Dámaso Alonso y D. Pedro Laín Entralgo.

"Maestro de la palabra" decía de D. Dámaso quien fue el primer Presidente de este Consejo de Estado, tras la aprobación de la Ley Orgánica de 1980, D. Antonio Jiménez Blanco, recordando estos preciosos versos:

"Crear, hablar, pensar,
todo es un mundo aparte,
mundo anhelado, en el que una a una
fluctúan las palabras como olas".

D. Pedro Laín, en su discurso de toma de posesión, dijo:

"La lengua debe servir al Estado, ya que el Estado ejercita su soberanía mediante palabras, y los servidores de la lengua tienen la obligación de poner al servicio del Estado las palabras adecuadas a la función de decir lo que el Estado tiene que decir a los súbditos en el mejor lenguaje".

No sólo por ello, sino también por obra de esta beneficiosa influencia que con su alta autoridad ejercen en cuantas Instituciones están presentes los Directores de la Real Academia Española, puede afirmar hoy, quien no tiene mérito alguno en ello, pues la Casa lleva cinco siglos a sus espaldas y el que habla acaba de llegar a ella, que uno de los justos elogios que merece el Consejo de Estado es el de haberse empeñado en escribir bien, el de haber atribuído al lenguaje de sus Dictámenes, Memorias, Mociones e Intervenciones orales en Pleno o en Comisión una soberana importancia. Pondré tan solo un ejemplo: ¿Verdad que era delicioso escuchar las intervenciones del Consejero D. Manuel Broseta Pont, trágicamente muerto

en atentado terrorista? Escribía Cervantes (II Parte, Capítulo 16 del Quijote) que "la pluma es lengua del alma: cuales fueron los conceptos que en ella se engendraren, tales serán sus escritos" ¡Cuánto sentido tiene la frase al ser proyectada sobre la pluma y la palabra de Manolo Broseta!.

La atención, el esfuerzo que el Consejo de Estado pone en el cuidado del lenguaje obedece, creo, a una tradición y a un planteamiento jurídico constitucional, perceptiblemente apuntado en el texto de D. Pedro Laín que antes leí. La tradición está en el castellano de algunos de nuestros cuerpos jurídicos de los dos últimos siglos. ¿Cómo no recordar el Código Civil, impulsado por el gran burgalés D. Manuel Alonso Martínez, con la importante ayuda de D. Benito Gutiérrez, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Central; o la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aún hoy de actualidad; o la Ley de Aguas, elaborada en el seno de una comisión de la que también fue Presidente de facto Alonso Martínez; o el español que luce en toda la obra de quien fue creador de una gran escuela de mercantilistas -el maestro Garrigues-; o todavía más cerca, el de la Exposición de Motivos y articulado de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuya elaboración tanto tuvieron que ver personas hechas en esta Casa?.

Junto a la tradición, el fundamento jurídico constitucional. En el desempeño de su función consultiva corresponde al Consejo de Estado velar por el respeto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Al actuar así, se constituye en un órgano de relevancia constitucional que garantiza el cumplimiento de las exigencias propias del Estado de Derecho. Entre ellas se encuentra la de contribuir al fortalecimiento del pacto social sobre el que se levanta y actualiza diariamente nuestra vida colectiva.

Tanto mayor será la capacidad de influencia del Consejo de Estado para impulsar ese proceso -siempre inacabado y mejorable- de enriquecimiento de nuestra convivencia nacional a través del cumplimiento de la Ley cuanto más y mejor sea recibido el fruto del trabajo que la Constitución confía a esta Casa y que, finalmente, se expresa en palabras. En palabras de un idioma que, como ha dicho el Profesor Lázaro Carreter, es el mayor bien que tiene España como Nación. Escribía Borges que para Quevedo -a quien considera el primer artífice de las letras hispánicas- el lenguaje fue, esencialmente, un instrumento lógico. Nada lejos de este pensamiento borgiano se halla el sentido que el Consejo de Estado atribuye al lenguaje.

Pero, ya lo decía antes, todo en la vida es mejorable. También el lenguaje, hoy sometido a muchos peligros. Con nadie mejor que con el Presidente de la Real Academia Española podíamos contar para asumir confiada y exigentemente el noble objetivo de conseguir que los textos del Consejo de Estado sean comprendidos por todos, no en virtud de una presunción legal, como la del conocimiento de las leyes, sino por escribir tan claro como el agua, que así nos entenderá el pueblo soberano, del que deseamos ser sus primeros servidores.

Nada más, Señoras y Señores, sino reiterar la bienvenida al Sr. Lázaro Carreter y agradecer la presencia de todos Ustedes.

Terminada la alocución del Sr. Presidente, el nuevo Consejero tomó la palabra y dijo:

"Excelentísimo señor Presidente, Excelentísimos señores Consejeros:

Conforme a las disposiciones leídas por el señor Secretario General, el Director de la Real Academia Española, forma parte del Consejo de Estado en calidad de Consejero nato. Habiéndose producido el relevo en la dirección de aquel Instituto el día 9 de enero, como resultado de una elección estatutaria, y habiendo recaído en mi persona dicho cargo, me corresponde el honor de tomar posesión de esta Consejería, en cuyo desempeño pondré toda mi voluntad.

En el umbral deseo agradecer profundamente al Sr. Presidente del Consejo la acogida que me ha dispensado, y evocarlo como mi antiguo vecino de Salamanca cuando él, estudiante entonces, y yo profesor de aquella ilustre Universidad, no sospechábamos, con toda certeza, que los destinos políticos de la nación y los nuestros particulares habrían de reunirnos en una jornada como la de hoy. No creo nombrar en vano a la Universidad de Salamanca: ha imbuído su ciencia, durante siglos, a infinidad de juristas, en estrecha hermandad, muchas veces, del Derecho y de las Letras, saberes que, durante el tiempo en que aquel estudiante y este profesor frecuentamos sus aulas, tuvieron ejemplar reunión en las personas inolvidables de don José Antón Oneca y don Enrique Tierno Galván, ambos casi tan entrañados con la literatura como con sus respectivas disciplinas jurídicas.

Saludo igualmente, y me pongo por completo a su disposición, a los Señores Consejeros, entre los que hallo a tantos que admiro como ciudadano, y de cuya compañía sólo puedo recibir honra.

Examinada la composición de este Consejo, sin duda es el puesto que

vengo a ocupar el que parece más lateral dentro de sus funciones. Las Reales Academias no tienen jurisdicción ni responsabilidad inmediata en la máquina del Estado, aunque constitucionalmente formen parte de él, bajo el patrocinio de Su Majestad el Rey. Pero aún, la de Ciencias Morales y Políticas, y la de Jurisprudencia y Legislación están representadas aquí por personas muy eminentes en los saberes del Derecho y de la Economía, amparadas, además, por una importante experiencia en instituciones estatales del máximo rango.

Quien ahora les habla carece de tan ilustres avales; ha consagrado lo más consistente de su vida a la investigación y la docencia filológicas, y representa a un organismo cuyo fin directo dista en apariencia del de este Consejo: le está encomendada la misión de velar por la lengua española. A él, han pertenecido, no obstante, desde sus orígenes, muy importantes políticos, diplomáticos y jurisconsultos, que han aportado su saber a la tarea idiomática común. Entre muchos nombres posibles, bastará recordar los de Castelar, Cánovas del Castillo, Moret, Canalejas, Antonio Maura, Alcalá Zamora o Madariaga. Por no citar a quienes, desde esa misma procedencia, honran hoy a aquella Corporación.

Pero, evidentemente, no es esta relación, nada institucional, la que ha movido al legislador a disponer la representación de la Real Academia Española en el Consejo de Estado, sino una percepción, debo decir que bastante excepcional, de lo que el idioma representa en la vida pública. Y, por tanto, en el ámbito de la Política y del Derecho.

Bien es sabido que estas dos actividades se desarrollaron, desde sus

comienzos históricos, en estrecha imbricación con el ejercicio consciente del lenguaje. Exactamente desde el siglo V antes de Cristo, cuando dos tiranos sicilianos decretaron la repoblación de Siracusa con ciudadanos expropiados y llevados a la fuerza. Un levantamiento popular los derribó, y comenzaron entonces innumerables e interminables procesos para que los despojados recobraran sus propiedades, dada la confusión de sus títulos. Se formaron jurados populares a los que debían convencer los abogados; ello les forzó a ser elocuentes, es decir, diestros en el ejercicio persuasivo de la palabra. Así nació y floreció la Retórica, que pasó pronto a Atenas, y fue ya consustancial con el Derecho y con la democracia.

Es decir, con los dos pilares en que se basan las funciones ejercidas por este Consejo. La Retórica no es precisamente un saber que se estime hoy, hasta el punto de que no pocas veces se emplea su nombre con intención peyorativa, por haber caído durante el siglo pasado en simple artilugio para encubrir tópicos cuando no vaciedades. Dista, sin embargo, de ser una disciplina jubilable, en la medida en que todos nuestros actos de lenguaje, desde la conversación más trivial hasta el enunciado de las leyes, están gobernados por estructuras retóricas más o menos perceptibles, pero existentes siempre. Además, la **inventio**, arte de hacer venir las ideas y la **dispositio**, que regula la articulación de las ideas, no son todo lo que abarca aquel arte; está también la **elocutio**, la elocución, esto es, el empleo del material lingüístico que las expresa. Es el material de las leyes, de los tratados, de todos los documentos jurídicos, por tanto.

Y es aquí donde la presencia de una institución como la Academia, cuyo objeto de estudio es el lenguaje, tiene perfecta justificación en ésta. En

un acto como el presente, no desearía ser crítico, pero muy probablemente supondrá sólo enunciar una evidencia si afirmo que el componente idiomático de los textos legales ha ido deteriorándose poco a poco, desde aquella exacta pulcritud que se reconoce en el viejo Código Civil, hasta el desmaño con que son redactados muchos textos aprobados por las Cámaras.

No son simples razones estéticas las que aconsejan mayor cuidado en su forma, aunque también deberían contar, sobre todo al redactar las disposiciones de mayor trascendencia. Al fin, la ley debe hacerse ejemplar respetando la ley. Y ley es, ley sagrada si se me apura, la que el pueblo ha ido forjando y dándose en la creación secular de su lengua, la cual, si no se obedece, conduce a una anarquía comunicativa de perturbadores efectos sociales. De hecho, muchos litigios -ustedes lo saben mejor que yo- se fundan más que en divergencias sobre el contenido de las disposiciones reguladoras, en los problemas interpretativos que suscita su forma, esto es, en imperfecciones de su tejido lingüístico. Nuestro código gramatical fue el primero que se escribió en Europa, hace ahora medio milenio justo, y el nombre de Elio Antonio de Nebrija, primer legislador del castellano, merece ser evocado en esta sala. Tal código, ni fue ni está ahora dictado por un arbitrio peronal, sino que, insisto, acoge y da forma al consenso secularmente establecido, y también secularmente acomodado a las exigencias de los tiempos, entre quienes han hablado y hablamos la lengua española. Que nos acercamos a los trescientos millones de seres humanos, lo cual nos obliga a todos a mantener aquel acuerdo, ya que el idioma compartido es lo que proporciona a cada uno de los pueblos que lo poseen prestancia en el concierto de las naciones; carecerían de ella, si no existiera ese nexo fortísimo, esa poderosa razón demográfica. Sin olvidar que la

comunidad de lengua constituye una esencial infraestructura cultural y económica. Todos, y en todo lugar, pero principalmente en los organismos del Estado, tenemos el deber de evitarle erosiones al español para que no se disperse y nos disperse, para contribuir a la conservación de su unidad.

Probablemente, la Academia puede cooperar desde el ámbito que le es propio al trabajo de este Consejo, ayudando sobre todo en un aspecto de sus tareas: aquel acuñado por un conocido aforismo de Bacon según el cual, "la mejor ley es la que deja lo menos posible al arbitrio del juez; el mejor juez, el que deja lo menos posible a su propio arbitrio". Que podría generalizarse, tal vez, afirmando que es mejor aquel texto legal cuyo significado literal sólo puede discutirse con mala fe. Dicho de modo más simple: aquel que está bien escrito.

Vengo totalmente dispuesto a unir mi esfuerzo al de ustedes. Muchas gracias".

1.1.2 Fiscal General del Estado

Por Real Decreto 364/1992, de 10 de abril se nombra Fiscal General del Estado a don Eligio Hernández Gutiérrez. En sesión del Pleno del Consejo de Estado celebrada a las doce horas del día 26 de mayo tomó posesión de su cargo de Consejero Nato de Estado.

El señor Presidente del Consejo de Estado pronunció el siguiente discurso:

"Es costumbre en el Consejo de Estado que su Presidente pronuncie unas palabras de salutación con motivo de la toma de posesión de los

nuevos Consejeros. Tan grato como en anteriores ocasiones me resulta hoy dar la bienvenida al excelentísimo señor don Eligio Hernández Gutiérrez, Fiscal General del Estado, con quien me une el triple vínculo que entre los dos establece nuestra común pertenencia a la carrera judicial, al Ministerio Fiscal y, desde ahora, al Consejo de Estado. Bienvenido sea, pues, a esta Casa quien ostenta la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español.

¿Desde cuando la presencia de los Fiscales en el Consejo? Andaba buscando respuestas a esta pregunta cuando dí con la obra titulada "Ilustración y Derecho. Los Fiscales del Consejo de Castilla en el Siglo XVIII", de la que es autor Santos Coronas. Antes de seguir adelante quizá resulte preciso recordar que, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1917, el Consejo de Estado es el sucesor del de Castilla y de su Cámara, conclusión a la que así mismo llegó el Consejo de Estado en su dictamen 472/1943, de 13 de diciembre, en el que se afirma que el sucesor del Supremo Consejo de Castilla no puede ser otro que el actual Consejo de Estado, puesto que se mantiene entre ambas Instituciones la continuidad del proceso histórico.

Pues bien, hecha esta precisión Santos Corona nos dice que a fines del Siglo XV, hacia 1490, un memorial o consulta de las Ordenanzas que se debían hacer para el Consejo de Castilla, recogía algunas normas sobre el oficio del Fiscal del Consejo, en cuya vida judicial y administrativa quedó a partir de entonces incardinado. El Fiscal del Rey lo será asimismo del principal Consejo de la Monarquía.

No es este el momento más idóneo para exponer la evolución

posterior de tan importante Institución. Bastará con recordar que la función del Fiscal en dicho Consejo fué confirmada por la instrucción del Emperador Carlos V al Consejo de 1539, así como por la ordenanza de Felipe II de 1554 que, apenas sin variaciones, perduraría hasta el fin del antiguo régimen.

Entrado ya el Siglo XVIII, reinando Felipe V y a iniciativa de Macanaz, por Real Decreto de noviembre de 1713 se produjo una importante reforma en el Consejo de Castilla, "ante las exageradas pretensiones del mismo", reforma que sólo dos años después fue dejada sin efecto, para restituir a la Fiscalía del Consejo de Castilla "a su antiguo método y manejo", situación en que permaneció hasta que coincidieron en el tiempo tres grandes personalidades: El Conde de Aranda y los Señores Campomanes y Moñino. El Conde de Aranda fue Presidente del Consejo de Castilla, de 1766 a 1773; el asturiano Campomanes, fue Fiscal del Consejo de 1762 a 1783; y el murciano Moñino, Conde de Floridablanca, Embajador en Roma, de 1766 a 1772. Por aquellos ilustres Fiscales fueron elaborados dictámenes tan importantes como los que se referían a la represión de la vagancia, a la venta de baldíos y despoblados, a la abolición de las tasas de granos y establecimiento de su libre comercio, a la prohibición de la traslación de bienes raíces a las manos muertas. En rigor puede decirse con Santos Corona que "desde la libertad de comercio y transporte a la reducción de los privilegios de la Mesta; desde la libertad industrial a la fundación del Banco Nacional de San Carlos y de Colonias en Sierra Morena, verdadero símbolo de la reforma agraria; desde la reforma de la Hacienda, del Ejército y de la Marina a la renovación de la vida municipal y de la enseñanza", todas estas cuestiones de Estado fueron abordadas por los dictámenes de los fiscales del Consejo de Castilla, los cuales gozaron de una gran autoridad y tuvieron una gran influencia en la renovación del país.

A retener, pues, como conclusión de este rápido repaso histórico, obviamente inducido por ser quien es el Consejero que hoy toma posesión, la importancia enorme que tuvieron el Consejo de Castilla y sus Fiscales en las reformas socioeconómicas y culturales que se propusieron la transformación de España en la segunda mitad del Siglo XVIII.

Salvo error u omisión, creo que en la etapa anterior a la Ley Maura de 5 de abril de 1904 el Ministerio Fiscal estaba presente en el Consejo de Estado, en funciones de fiscal, puesto que en aquél entonces el Consejo de Estado, además de órgano consultivo, era también Tribunal de lo Contencioso. Hasta la Ley de 25 de noviembre de 1944 no se atribuye al fiscal del Tribunal Supremo la condición de Consejero Nato de Estado. En efecto no aparece así en la Ley Maura, ni en el texto refundido de la dictadura de 21 de junio de 1929, ni en la legislación de la Segunda República. La situación actual viene de 1944 y se consolida definitivamente, promulgada nuestra Constitución democrática de 1978, en la Ley Orgánica de 22 de abril de 1980.

Desde 1978 han sido Fiscales Generales del Estado, y por ello Consejeros Natos de Estado, los Señores Fanjul Sedeño, Gil-Albert, Burón Barba, Moscoso del Prado, Torres Boursault, y, desde hoy, el Sr. Hernández. Ninguna oportunidad mejor que ésta para hacer llegar a todos ellos -alguno desgraciadamente ya fallecido- un recuerdo lleno de reconocimiento y respeto. En especial así deseo manifestárselo al Sr. Torres, a quien desde aquí expreso el mejor agradecimiento por el trabajo desempeñado en esta Casa durante los dos largos años que en ella ha permanecido como Consejero de Estado.

Toma hoy posesión como Consejero Nato de Estado don Eligio Hernández. El nuevo Consejero tuvo la suerte de nacer en el Pinar-Hierro (Santa Cruz de Tenerife) y por querer tanto a su tierra, decidió desarrollar en ella su vida familiar y profesional, sin que en ningún momento le abandonase -antes al contrario- su profundo amor a España, cuya historia conoce con rigor de especialista, especialmente la del siglo en curso, siendo relativamente fácil percibir en su formación cultural la influencia de su paisano Galdós, de la generación del 98 o de la Institución Libre de Enseñanza, tan importante como la que en su evolución socio-política ejercieron las obras escritas y las acciones llevadas a cabo por españoles como don Fernando de los Rios, don Julián Besteiro, don Manuel Azaña, sin olvidar a su paisano don Juan Negrín.

Recién licenciado por la Universidad de La Laguna, ejerció el señor Hernández como Letrado, dedicándose preferentemente al orden jurisdiccional laboral. Decide más tarde prepararse para la carrera judicial, en la que ingresó en el año 1976, desempeñando las funciones propias de Juez de Primera Instancia e Instrucción en los juzgados de Teide, Icod de los Vinos, La Orotava y Granadilla de Abona. En 1980 ascendió a Magistrado, pasando a prestar servicios en el juzgado central de instrucción de la Audiencia Nacional y, después, en un juzgado de primera instancia de las Palmas de Gran Canaria. Con anterioridad a ser elegido por el Parlamento Vocal del Consejo General del Poder Judicial había ejercido como Magistrado del orden Contencioso-Administrativo en la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. En todos los órdenes jurisdiccionales -Civil, Penal, Contencioso-Administrativo y Laboral- el hoy Fiscal General del Estado ha puesto de manifiesto su

capacidad profesional.

Pero el Sr. Hernández ha sabido proyectar su preparación jurídica, su formación cultural, su voluntad de servicio a los demás, su tenacidad y firmeza e ideas, a través de la noble actividad de la política, sometida como la que más a las exigencias de la ética y gobernada -aparte de por otros- por el esencial principio de legalidad, dentro del cual debe conducirse siempre quien de los asuntos públicos se ocupa, no siendo ésta -la del respeto a la legalidad- una exigencia que se ofrezca más rigurosa en unas funciones públicas que en otras, pues los requerimientos de la Ley son los mismos para los titulares de cualquiera de los tres poderes del Estado.

Al servicio de la Ley como instrumento insustituible para la realización de la justicia ha estado también el Sr. Hernández cuando por el Gobierno fue nombrado Gobernador Civil de la provincia de Santa Cruz de Tenerife y, más tarde, Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Canarias y Gobernador Civil de las Palmas.

Me encontraba escribiendo estas cuartillas cuando tuve oportunidad de leer el artículo titulado "La realización política de la ética", del que es autor Gabriel Ureña. A él pertenece este párrafo:

"La relación entre ética y política es una relación controvertida y dialéctica. Lo es para Elías Díaz cuando aboga por el reencuentro de la ética y la política como algo coherente y necesario para una transformación de la historia y de la realidad social desde esos valores de libertad, igualdad y humana solidaridad. Lo es para Victoria Camps, cuando defiende una ética distante del dogmatismo, de racionalismos estrechos y abierta a la política de consenso y

persuasión. Lo es, finalmente, para Javier Muguerza, cuando acepta que la ética podría ser definida como la reflexión de la injusticia humanamente imputable".

Pues bien, creo no equivocarme si afirmo que durante la etapa en que el Sr. Hernández ha desempeñado funciones de Gobierno, ha hecho realidad el reencuentro de la ética y la política, ha defendido una ética distante del dogmatismo y ha reflexionado sobre las injusticias humanamente imputables que, en la medida de sus posibilidades, ha procurado corregir.

Jurista comprometido siempre con la democracia y los derechos fundamentales, el Sr. Hernández se diplomó en Derechos Humanos por la Universidad de Estrasburgo; abierto al mundo, especialmente sensibilizado con los países Hispanoamericanos, es miembro del Instituto Venezolano de Cultura Hispánica.

Pero hay en el nuevo Consejero una dimensión esencial: su estirpe canaria. Al recordar esta característica sentí la necesidad de hacerme la siguiente pregunta: ¿Qué intervención han tenido los canarios en el Consejo de Estado?. Indagando tal extremo acabé encontrándome con otro canario ilustre, el Sr. Franchi Roca, que durante los años de la Segunda República ostentó primero la jefatura del Ministerio Fiscal y después fué nombrado Consejero Permanente de Estado, concurriendo así en la persona de otro canario las dos mismas cualidades que desde hoy coinciden en el Sr. Hernández, para quien el Sr. Franchi es un modelo a seguir, como dijo en la primera de las declaraciones hechas el día que tomó posesión del cargo de

Fiscal General del Estado.

Mas no adelantemos acontecimientos y veamos ahora, rápidamente, la respuesta a aquella pregunta. Debo agradecer a los servicios de Archivo y Biblioteca de esta Casa la valiosa información que me han facilitado. Gracias a ella he sabido que a lo largo del Siglo XIX fueron Consejeros de Estado los siguientes canarios: D. Antonio Porlier y Sopranis, antes Fiscal del Consejo y Cámara de las provincias de la Nueva España; D. Estanislao de Lugo y Molina; D. Bernardo Iriarte y Nieves Ravelo, hermano del poeta y fabulista Tomás de Iriarte; D. Feliciano Pérez Zamora y D. Juan Bautista de Antequera, Senador por Canarias, Ministro de Marina, impulsor de medidas muy beneficiosas para la Armada.

Y ya en el Siglo XX, lo fue el Sr. Franchi Roca, quien por Decreto de 9 de febrero de 1934, expedido siendo Presidente de la República D. Niceto Alcalá Zamora y Presidente del Consejo de Ministros D. Alejandro Lerroux, fue nombrado Consejero Permanente de Estado con destino a la Sección de Instrucción Pública y Trabajo, cargo para el que le dió posesión el Excmo. Sr. Ministro de Justicia, Sección que no fue la única que desempeñó, pues pocos días después, el 13 de marzo de 1934, el Presidente del Consejo de Estado -D. Gerardo Abad Conde- acordó que también se encargase de la Sección de Hacienda y Agricultura, interim fuera nombrado el titular de la misma, a la que añadiría en imprecisa fecha posterior el encargo de una nueva y tercera Sección, llegando a ser tanto el trabajo encomendado al Sr. Franchi, que meses después tuvo que ser liberado del despacho de la Sección de Agricultura y Hacienda.

Años más tarde comenzaría nuestra Guerra Civil. Durante aquellos años la labor del Consejo de Estado no se interrumpió. El Consejo de Estado se reunió en cinco ocasiones según la documentación que obra en nuestros archivos: el 6 de noviembre de 1936, en Madrid; los 17 de noviembre de 1936 y 25 de septiembre de 1937, en Valencia, ciudad a la que, como consta en el Acta correspondiente a la primera de las Sesiones citadas, se había trasladado el Consejo de Estado por orden del Presidente del Consejo de Ministros, Acta en la que igualmente consta la designación del Sr. Franchi como Consejero a quien se habilita para el desempeño del cargo de Secretario General, cuya firma autoriza el Acta de las sesiones celebradas en Valencia, así como la primera de las dos posteriores que con fechas 29 de enero de 1938 y 20 de enero de 1939 tuvieron lugar en Barcelona, sesiones por cierto casi todas ellas en las que los asuntos puestos a despacho fueron, con mínimas excepciones, créditos extraordinarios y suplementos de crédito.

Desde hoy otro canario en el Consejo de Estado, también Fiscal General del Estado, heredero de aquellos fiscales ilustrados del Consejo de Castilla. Le reitero la bienvenida al Sr. Hernández y le expreso los mejores deseos. Estoy seguro de que el paso por esta Casa de quien acumula tan rico caudal de saberes y experiencias, tan hondo sentido del Estado, de quien siempre ha sido defensor de las libertades y del Estado de Derecho repercutirá provechosamente en el ejercicio de la función consultiva que la Constitución impone a este Consejo de Estado".

Terminada la alocución del Sr. Presidente, le fue concedida la palabra al señor Hernández, quien contestó en los siguientes términos:

"El día 9 de diciembre del año 1900, con motivo de la publicación de las "Bodas Reales" que completaban la tercera serie de los Episodios Nacionales, un grupo de canarios residentes en Madrid tributó un cálido homenaje a D. Benito Pérez Galdós, el cual, en el transcurso del acto pronunció, las siguientes palabras:

"...Aquí, en la intimidad del patriotismo regional, familiar, casi doméstico, me permito asegurar en nombre de todos los que me escuchan, que en nosotros vive y vivirá siempre el alma española, y hoy mas que nunca es necesario que así se diga, como remedio confortante del pesimismo y de las tristezas enfermizas de la España de hoy. Contra este pesimismo, que viene a ser, si en ello nos fijamos, una forma de la pereza, debemos protestar confirmando nuestra fe en el derecho y en la justicia, negando que sea la violencia la única Ley de los tiempos presentes y próximos...Ahora que la fe nacional parece enfríada y oscurecida...nosotros, los más chicos, seamos los más grandes en la firmeza y vigor de las resoluciones; nosotros, los últimos en fuerza y abolengo histórico, seamos los primeros en la confianza, nosotros, los más distantes seamos los más próximos en el corazón de la patria. De este modo contribuiremos a formar lo que hace tanta falta: la fe nacional. Cada cual en su esfera, grande o chica, debe ayudar a formarla y robustecerla, pues sin esa gran virtud, no hay salvación posible para las naciones".

Durante toda mi corta pero intensa trayectoria profesional y política he pretendido emular a un grupo de hombres públicos de Canarias, que, en diferentes etapas históricas, inspirados en D. Benito Pérez Galdós, pusieron el servicio al Estado y a España por encima de cualquier otra contingencia. Con ese espíritu he asumido recientemente el nombramiento de Fiscal General del Estado y asumo hoy las funciones de Consejero Nato del Consejo de Estado. Comprenderéis por ello, el alto honor que significa para mí entrar a formar parte de esta prestigiosa Institución, de tan arraigada

tradición histórica y acreditada altura intelectual y jurídica como supremo órgano consultivo del Gobierno legítimo de la nación española.

Permítanme que recuerde, de entre los canarios que han ocupado cargos relevantes en el Estado, a D. José Franchy Roca, fundador del Partido Republicano Federal canario, nombrado Fiscal General de la II República por Decreto de 31 de julio de 1931, quien supo armonizar su concepción descentralizadora del Estado con la defensa de su unidad y cohesión. Fué también Ministro de Industria y Comercio en el segundo Gobierno de D. Manuel Azaña. Me gustaría, como él, ser acreedor del respeto y el cariño de los más humildes y necesitados.

Se ha dicho con acierto que el Consejo de Estado, incardinado en la órbita del Poder Ejecutivo, es un órgano de garantía de la legalidad y oportunidad de las decisiones de éste, y para cumplir su función, debe ser un órgano al que se le consulta y no al que se le ordena. De ahí la autonomía que le reconoce la Ley Orgánica, que no es más que la expresión concreta de las exigencias de la propia naturaleza de su función.

No es difícil, pues, establecer una conexión entre las funciones del Consejo de Estado y del Ministerio Fiscal a través del principio de legalidad que el primero debe garantizar y el segundo promover la acción de la justicia en su defensa. No obstante, de entre las misiones que el artículo 124 de la Constitución asigna al Ministerio Fiscal, me interesa destacar la defensa del interés público tutelado por la Ley y la satisfacción ante los Tribunales del interés social, menos estudiadas que los principios de legalidad e imparcialidad cuya naturaleza y alcance resultan hoy

incuestionables.

La defensa por el Ministerio Fiscal del interés público o social se presenta llena de obstáculos difíciles de salvar. La propia terminología es equívoca. El artículo 103 de la Constitución establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales. En el resto de su articulado se menciona nada menos que treinta veces a los intereses generales y afines aunque sin preocuparse de precisar si se trata de conceptos idénticos o contrapuestos. Así se habla en diferentes preceptos de interés general, interés nacional, interés legítimo e interés social. En realidad, se trata de términos sinónimos para expresar un mismo concepto como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia.

La doctrina es unánime en la afirmación de que el concepto y alcance de los intereses generales ha de buscarse exclusivamente en la Constitución. Fuera de ella no hay intereses generales. Si bien la Norma Suprema no determina los intereses generales, establece una remisión para que sea la ley quien lo haga. Pero sucede de ordinario, que tampoco la ley se pronuncia sobre el particular, limitándose a hacer una remisión esta vez a la Administración, la cual tampoco define el interés general: lo único que nos dice es que un determinado supuesto fáctico es considerado como interés general y, por ello, desencadena las consecuencias jurídicas previstas en la Norma. Luego son los Jueces los que valoran y controlan, en virtud del Artículo 106 de la Constitución, si esta subsunción es correcta, y no sólo eso, sino que además imponen reglas de conducta al funcionamiento de la Administración, con lo que, en último extremo, lo que verdaderamente sea interés general es lo que declaran los Tribunales utilizando la conocida técnica francesa de incardinar aquéllos dentro de la

legalidad administrativa.

El problema tiene su importancia sobre todo en el denominado incidente de suspensión en la ejecución del acto administrativo o de los Poderes Públicos en el Recurso de protección de derechos fundamentales de la Ley 62/78 y en el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional. En el artículo 7.4 de la Ley citada se establece el principio de que la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. En el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional también se establece el principio de la suspensión del acto de los Poderes Públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional, si bien se matiza que cuando la ejecución hubiese de ocasionar un perjuicio que haría al amparo perder su finalidad. En este caso, podrá denegarse la suspensión cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero. En ambos procedimientos incidentales el Ministerio Fiscal debe informar o ser oído. Estas medidas cautelares constituyen una de las cuestiones medulares del estado de derecho y del derecho administrativo moderno. El papel del Ministerio Fiscal en la adopción de tales medidas y en esta clase de procedimientos necesita potenciarse en el futuro. Es una tarea a la que merece la pena dedicar la necesaria atención.

El problema consiste en determinar en cada caso, si debe prevalecer la tutela judicial efectiva, con toda la fuerza expansiva del artículo 24 de la Constitución, cuando el recurso de protección de los derechos fundamentales esté revestido de apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) y además se pueda producir un perjuicio irreparable (periculum in

mora); o, por el contrario, la tutela efectiva debe ceder en favor de los intereses generales cuando exista la posibilidad de que éstos resulten perjudicados o perturbados gravemente.

Es indudable que si la doctrina del "fumus boni iuris" y del "periculum in mora" se lleva a sus últimas consecuencias y se rechaza frente a ella la excepción de los intereses generales, se puede poner en peligro el principio de eficacia y el servicio a los intereses generales que el artículo 103 de la Constitución atribuye a la Administración. Tampoco es dable sostener, en todo caso, el dogma de la ejecutividad de los actos administrativos y los privilegios de la Administración frente a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. La solución consistirá, como ya ha establecido la jurisprudencia desde la fundamental sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 1987, en ponderar los distintos intereses en juego y los diferentes elementos concurrentes, para concluir si es aconsejable o no acordar la suspensión de la ejecutividad del acto combatido, pues no deben tomarse sólo en consideración los perjuicios que la ejecución puede ocasionar al administrado, sino también que esos perjuicios posibles han de ponerse en relación con los perjuicios seguros que la paralización de la ejecución ocasionaría al interés general.

Otro problema se plantea con la ejecución de sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria que a veces depende del albur de quien ha interpuesto el recurso y ha obtenido una sentencia favorable. En el futuro debiera intervenir el Ministerio Fiscal en esta fase de ejecución dado que el artículo 3.9 de su Estatuto le obliga a velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.

Me he limitado sólo a enunciar algunas de las cuestiones que plantean la defensa en derecho de los intereses generales. Quisiera que mi actuación como Fiscal General y como Consejero Nato estuviera marcada por la profundización en esta tarea que, en definitiva, se traduce en la defensa de lo que la propia Constitución en otros preceptos denomina interés nacional o interés general de España, todo ello, naturalmente, dentro del más absoluto respeto y defensa del principio de legalidad y de los derechos fundamentales.

Tengo la preocupación de no estar a la altura de las circunstancias en el futuro desempeño de mis funciones en el seno de este Consejo. Pero estoy seguro de que con la experiencia y sabios consejos de los Consejeros que lo componen, que tan relevantes servicios han prestado a España y al Estado social y democrático de derecho, podré cumplir la fórmula que acabo de pronunciar, es decir, "fidele consilium dare", dar consejos leales y útiles para nuestra patria. Permítanme, por último, aprovechar esta oportunidad para expresar la inmensa gratitud que debo a los Sres. Consejeros Jauralde y Peces-Barba, mis padrinos en este acto, por su insobornable ejemplo de toda una vida dedicada a los valores que se insertan en el artículo 1º de la Constitución, y expresamente al dignísimo magistrado que nos preside, Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret, por haber alentado hace ya algún tiempo mi resuelta vocación de servicio al Estado y a España y mi satisfacción por ejercerla ahora bajo su docta dirección. Muchas gracias."

1.1.3 Director General del Servicio Jurídico del Estado

Por Real Decreto 1369/1992, de 2 de octubre fué nombrado Director General del Servicio Jurídico del Estado D. Emilio Jiménez Aparicio, que tomó

posesión del cargo de Consejero Nato de Estado en sesión plenaria celebrada el día 5 de noviembre. En este acto el señor Presidente pronunció el siguiente discurso:

"Excelentísimos e Ilustrísimos señores, señoras y señores:

Aunque el Pleno está convocado para dar posesión al nuevo Consejero Nato de Estado, creo que las primeras palabras deben ser para dejar constancia de nuestro hondo sentimiento por la muerte de Don Antonio Pedrol Rius, durante tantos años Presidente del Consejo General de la Abogacía y, por ello, Consejero Nato de Estado, cuya condición de trabajador infatigable, gran jurista, inteligentísimo abogado e inolvidable Decano del Colegio de Abogados de Madrid ha conseguido el reconocimiento de quienes compartieron e incluso de quienes discreparon de sus diversos planteamientos profesionales. El Presidente del Consejo de Estado une los suyos a los muy justos elogios que el Sr. Pedrol Rius ha recibido. En esta casa, donde tan buenos amigos y compañeros ha dejado, D. Antonio Pedrol, q.e.p.d., será siempre recordado con el aprecio y el respeto que merece una personalidad tan extraordinariamente distinguida.

Se incorpora hoy al Consejo de Estado, como Consejero Nato, el Excmo. Sr. D. Emilio Jiménez Aparicio, Director General del Servicio Jurídico del Estado, al que, además de una afectuosa bienvenida, le expresa este Pleno los mejores deseos de que su permanencia entre nosotros sea tan fructífera como hasta ahora ha sido su continua dedicación al servicio de los intereses públicos.

Mas antes de invocar la trayectoria del nuevo Consejero, permítanme que recuerde a su inmediato predecesor don Gonzalo Quintero Olivares, hoy reintegrado a su Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de

Barcelona, en la que siempre ha realizado una importante labor científica y pedagógica. Durante el tiempo que fue Director General participó en la elaboración del Proyecto de Código Penal recientemente aprobado por el Gobierno y remitido al Congreso de los Diputados.

Hay en dicho Proyecto - como en todos los Códigos Penales - el propósito decidido de utilizar el "ius puniendi" para sancionar los más graves ataques a la dignidad humana. Pues bien, cuando determinados acontecimientos vividos recientemente en el centro de Europa nos recuerdan las olas de odio, fanatismo, racismo y xenofobia que asolaron nuestro continente a mediados del presente siglo - por no rememorar idénticos sucesos de siglos anteriores -, cualquier oportunidad es buena - y ésta me lo parece - para proclamar la necesidad de segar de raíz y condenar terminantemente cuantas acciones supongan un rebrote de aquellos comportamientos. Debiéramos estar vigilantes y atentos para proceder a su inmediata erradicación, allí donde surjan, si es que queremos seguir avanzando por los caminos de la paz, el progreso y el bienestar social, consustanciales con la Europa unida y democrática que entre todos estamos construyendo.

Estuvo certero el legislador al prever entre los Consejeros Natos de Estado, a los titulares de la que en un principio se denominó Dirección General de lo Contencioso del Estado y más tarde Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, incardinada hoy en el Ministerio de Justicia por ser éste el Departamento al que, desde los tiempos en que la Administración se ha organizado a través de Ministerios, se le ha encomendado, entre otras competencias, la asistencia jurídica del Estado.

Desde tal Dirección General se contempla el Estado en una dimensión no solamente jurídica. La experiencia y conocimiento que proporcionan el ejercicio del cargo, constituyen un valor del que se beneficia este supremo órgano consultivo del Gobierno al tener entre sus miembros al titular de tan destacado Centro Directivo.

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado - a través de sus actividades contenciosas y consultivas, de sus estudios e informes, recogidos muchas veces en volúmenes que hoy constituyen un acervo de extraordinaria valía y de imprescindible consulta por quienes desean profundizar en los ámbitos del Derecho Público - el Servicio Jurídico del Estado ante el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y demás órganos jurisdiccionales, el Servicio jurídico, en fin, encardinado en la Administración Central y periférica del Estado son los órganos desde los cuales nuestros Abogados del Estado informan, asesoran y defienden al Estado con una competencia y rigor que son ya proverbiales y que sin duda constituyen su característica más emblemática. En esta casa lo sabemos bien, pues, afortunadamente, entre nosotros también los tenemos.

Desearía que no les pareciera inoportuno que, tomando como fecha de partida la Constitución de 1978 - y con plena consideración a tiempos anteriores - me refiera brevemente a quienes a partir de entonces desempeñaron el puesto que hoy ocupa el Sr. Jiménez Aparicio. En José Luis Gómez-Dégano, Fernando Valdés Dal Re y Gonzalo Quintero, el

Estado siempre ha tenido servidores leales que han dado a los intereses públicos lo mejor de sí mismos. Muchos de ustedes, señores Consejeros y Letrados, los han conocido a su paso por esta casa. A su testimonio apelo para acreditar la certeza de cuanto acaban de oírme respecto de tan brillantes y competentes profesionales.

Vuelvo ya a nuestro nuevo Consejero el Sr. Jiménez Aparicio.

El Sr. Jiménez se licenció en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid e ingresó en el año 1980 en el cuerpo de Abogados del Estado. Primero prestó servicio en las Abogacías del Estado de Alicante y Cuenca. En 1980 se incorporó a la Asesoría Jurídica del INEM, pasando en 1983 a ostentar la Jefatura de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en la que permaneció hasta que en 1986, tras una corta estancia en la Jefatura del Servicio Jurídico de la Secretaría de Estado para las Relaciones con las Cortes y la Coordinación Legislativa, fue nombrado Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno. El Sr. Jiménez ha desempeñado desde 1991 hasta la fecha de su reciente nombramiento el cargo de Director General del Secretariado del Gobierno.

Especializado en temas legislativos -materia a la que ha dedicado sus "Directrices sobre la forma y estructura de los Anteproyectos de Ley" - y en Derecho Parlamentario - núcleo esencial de su tesis doctoral recientemente concluída - ha publicado en revistas del mayor prestigio científico el resultado de sus estudios sobre materias relacionadas con el proceso laboral, el procedimiento legislativo y el Fondo de Compensación Interterritorial.

La del Sr. Jiménez es, pues, una vida dedicada al servicio del Estado. En el seno de una sociedad democrática avanzada es imprescindible el papel que corresponde a la iniciativa privada de las personas físicas y jurídicas aisladamente consideradas o integradas en las organizaciones que libremente constituyan. Cuanto más rico, imaginativo, creador, eficaz y autosuficiente sea el tejido social, mayores serán las posibilidades de desarrollo de la sociedad que así se articule. Sin embargo al Estado siempre le corresponderá jugar un insustituible papel en el cumplimiento de su irrenunciable obligación de introducir democráticamente en la Sociedad los mayores niveles de bienestar que sean posibles, acompañando la creación de riqueza con su justa distribución, al tiempo que renovando e incrementado permanentemente las bases en que se asienta el contrato social que organiza nuestra convivencia. Para lo cual las Administraciones Públicas, además de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho -pues, como se ha escrito, el Derecho no es un lujo para la Administración, sino un componente esencial de su propia legitimidad- además de recursos económicos, necesitan también el impulso ilusionado de unos responsables públicos que conciban su función como servicio y el interés público como razón habilitadora del ejercicio de sus competencias. Trabajar mucho y bien al servicio de la sociedad. Eso es lo que de los responsables públicos se espera. Tal es el caso del Sr. Jiménez, al que en nombre de todos los miembros de este Pleno y en el mío propio, le reitero nuestra bienvenida."

A continuación, Don Emilio Jiménez Aparicio se expresó en estos términos:

"Con la venia

Excmo. Sr. Ministro de Justicia; Excmo. Sr. Presidente del Consejo de Estado; Excmos. Sres. Consejeros; Excmos. e Ilmos. Sres.; Sras, y Sres.:

El eximio jurista que fue el Juez Oliver Wendell Holmes nos dejó escrito que la vida es un gran haz de cosas pequeñas. Solo cabe añadir que además de ese conjunto de cosas pequeñas hay algunas otras que ya no lo son tanto y que por su solemnidad deben tener el oportuno realce. Entre ellas para un jurista se encuentra, a no dudarlo, la incorporación como Consejero a este Alto Cuerpo Consultivo en el cual el asiento que se ocupa deviene de un previo Real Decreto acordado por el Consejo de Ministros a propuesta del de Justicia. De ahí que en tan señalada ocasión sean aún más de agradecer las cariñosas palabras que el Presidente del Consejo de Estado me ha dirigido y que valoro no tanto por mi persona cuanto por la institución por la cual estoy aquí. Y gracias también, por ende, a los Consejeros que han aceptado la tarea de apadrinarme, D. Antonio Sánchez del Corral y del Río y D. Francisco Laporta San Miguel. Quiero asimismo dejar constancia de quienes como Directores Generales de lo Contencioso del Estado y luego del Servicio Jurídico del Estado me han precedido en este Consejo y singularmente de mi inmediato antecesor, el profesor Quintero Olivares; el ejemplo y trayectoria de todos ellos no podrán ser olvidados fácilmente. Por último, una referencia elegíaca a la memoria del recientemente fallecido D. Antonio Pedrol; los Abogados del Estado guardamos de él, y guardaremos siempre un gran recuerdo.

En éste de 1992, el Cuerpo de Abogados del Estado, al que me honro en pertenecer, ha cumplido 111 años de existencia. Durante todos ellos su vinculación con el Consejo de Estado no ha dejado de ser constante, aunque sólo

desde el último medio siglo el Director General de lo Contencioso del Estado y luego del Servicio Jurídico del Estado sea Consejero Nato de Estado. De entre los múltiples ejemplos de esa interrelación quiero referirme en este instante a dos muy significativos. Por una parte, el de uno de mis padrinos en este acto, D. Antonio Sánchez del Corral, Abogado del Estado, que es Consejero Permanente de Estado y, por otro, el del Senador D. José Prat García, Letrado de este Consejo, que fue Director General de lo Contencioso en una pasada época.

Como es sabido y ha expresado con maestría el Presidente, la Dirección general del Servicio Jurídico del Estado y el Cuerpo de Abogados del Estado tienen encomendada una doble función en los tiempos presentes: consultiva y de representación y defensa judicial. En el ejercicio de esta doble función su tarea no es sino colaborar con lo que otros órganos, de superior criterio, hayan de decidir u opinar en cada momento, incluyendo a estos efectos lo que en el ámbito asesor corresponde al supremo órgano consultivo del Gobierno, que es el Consejo de Estado. Pues bien, parece que los modelos organizativos de Estado centralizado, no sólo desde luego el de corte liberal decimonónico sino incluso los más posteriores de cariz intervencionista, están entre nosotros en trance inminente de pasar a la historia. Las fórmulas de organización jurídico-públicas hoy son no sólo estatales sino que han de coexistir con otras supranacionales o supraestatales, por una parte, e igualmente con otras varias derivadas de la descentralización interna política y administrativa, desde las Comunidades Autónomas al conjunto de entes de la vida local, por otra parte. Más aún, dentro incluso del complejo estatal resultante es de advertir asimismo hoy entre nosotros una suerte de fenómeno centrífugo en virtud del cual la gestión de determinados servicios, pero también de ciertas funciones que otrora pertenecían sin discusión al Estado como tal (por utilizar la antigua dicotomía italiana entre funciones y servicios), se está

confiriendo a sujetos dotados de personificación propia y variada forma, sean entes, agencias u otros, cada uno de los cuales ejerce por directo mandato legal un ámbito de actividad que hasta ese momento aún conservaba el Estado de modo uniforme o con menor grado de diferenciación. En la medida en que tales sujetos no se erigen -no podrían hacerlo- en antagonistas del Estado mismo, no habrá lugar a mayores dificultades. Pero sí debe advertirse que esta disgregación, que sin duda mejorará la eficacia de la gestión pública, puede dificultar, por el contrario, una contemplación o visión total del Estado desde una perspectiva unitaria. Quizás, por consiguiente, fuera bueno que esta última se ofreciera, si no desde el ámbito directo de la propia gestión, sí al menos desde el que proporcionan los órganos de asesoramiento y defensa judicial, primero, y, en último y superior lugar, el Consejo de Estado como tal a efectos consultivos. Por lo demás, recuérdese, a título de mero ejemplo, que los órganos de asesoramiento jurídico pueden hacer uso, con la debida medida, de una facultad que no es ni mucho menos nueva, cual la de elevar al órgano correspondiente una moción razonada acerca de las presentes o potenciales líneas de actuación que, a su juicio, habrían de seguir los gestores públicos. Así lo ha hecho el Consejo de Estado en asuntos de trascendencia; fué, en efecto, una Moción de 22 de mayo de 1969 la que elaboró de manera insuperable el concepto de Reglamento Ejecutivo de las Leyes.

La función consultiva, pues, ofrece al Estado unas notables posibilidades de actuación. Esa labor de dar consejo y de darlo a tiempo no permite, por su variedad de contenido, una fácil reducción. Es evidente que cuando la actuación pública, como exige la Constitución, se ajusta a la Ley y al Derecho y se somete a los fines que la justifican, no es ni debe ser objeto de censura alguna. Sin embargo, todavía sigue habiendo ocasiones, escasas por fortuna, en las que el gestor público pide consejo, pero lo que

busca en realidad es la simple aprobación de su gestión. Ahora bien, cuando ésta no se somete al imperio de la Ley, el deber de un leal consejero es advertirlo así, pues no aconseja mejor quien más aplaude las decisiones sino quien, siempre amparado en el rigor de la argumentación, dice lo que sabe y lo que debe, aunque no sea siempre ello lo que se quiera oír. Lo cual no es sólo reflejo de sólida formación y recto criterio, sino también señal inequívoca no tanto de independencia funcional y de raciocinio cuanto de una virtud que en el seno de las relaciones entre los sujetos de Derecho Público podemos calificar, parafraseando al supremo intérprete de nuestra Constitución, de lealtad constitucional. En esa tarea de leales y fieles consejeros los Abogados del Estado se ven reflejados y siguen el ejemplo que les ofrece este Alto Cuerpo Consultivo. Este Palacio de los Consejos, que primero lo fue de los Duques de Uceda, ha visto pasar, en efecto, los más importantes asuntos para el gobierno del Estado desde tiempo ha. En todos ellos el Consejo ha dado muestra de su prudencia, de su global visión del Estado, de su profundo sentido jurídico y de su leal y recta independencia de criterio. Pertenecer a él es un honor impagable, porque en definitiva el Consejo de Estado es siervo de una única esclavitud, la esclavitud a la ley, que, en palabras de Cicerón, es la servidumbre que nos permite ser libres: *legum servi sumus ut liberi esse possimus*. Muchas gracias."

1.2. Fallecimientos

El 17 de octubre falleció el Consejero Nato Excelentísimo Señor Don Antonio Pedrol Ríos, Presidente del Consejo General de la Abogacía.

El día 16 de diciembre falleció el Excelentísimo Señor Don Gonzalo Rodríguez Martín-Granizo, Jefe del Estado Mayor de la Defensa y Consejero de Estado.

2. Consejeros Electivos

2.1. Fallecimiento

El día 15 de enero el Sr. Presidente convocó una sesión extraordinaria de la Comisión Permanente a los pocos minutos de haberse recibido la noticia del fallecimiento del Consejero, Excmo. Sr. D. Manuel Broseta Pont, víctima de un atentado terrorista.

Al entierro, que tuvo lugar en Valencia, asistió una delegación oficial del Consejo de Estado. Y el día 22 siguiente se ofició un funeral en la Iglesia Arzobispal Castrense de Madrid.

2.2. Nombramiento y toma de posesión

Por Real Decreto 1276/1992, de 23 de octubre, se nombra Consejero Electivo de Estado a don Aurelio Menéndez Menéndez. El día 2 de diciembre en la Sesión del Pleno del Consejo de Estado tomó posesión. En dicho acto el señor Presidente dijo:

"Acaba de tomar posesión como Consejero de Estado D. Aurelio Menéndez Menéndez. Han sido sus padrinos los Consejeros, Señores Gutiérrez Mellado y Lavilla. A partir de septiembre de 1976 juntos estuvieron en el primer Gobierno del Presidente Suárez que puso en marcha la transición democrática española. Juntos vuelven a estar en el ejercicio de las funciones que la Constitución atribuye a este Alto Cuerpo Consultivo.

En el Memorial que Valencia ofreció a Manuel Broseta, dije que los años de la transición democrática se habían caracterizado por un alto espíritu de tolerancia, transigencia, pactismo, realismo y generosidad. Hoy añado que, aún reconociendo que el protagonismo esencial fue el del pueblo español, es completamente cierto que sin la contribución inteligente y patriótica de aquéllos políticos de todos los colores del arco parlamentario - entre los que se hallaban el nuevo Consejero, sus padrinos y otras muy ilustres personalidades presentes en este Pleno- el proceso no habría discurrido tan rápida, pacífica y modélicamente. En sus planteamientos siempre estuvo la consideración de la función política como una tarea de elevado contenido ético dirigida a mejorar la condición humana, a suscitar ilusiones nacionales y a implantar en la sociedad el sentimiento de pertenecer a un pueblo que consigue alcanzar objetivos importantes cuando organiza democráticamente su convivencia. Entonces, como ahora, parecía evidente que la causa eficiente de las soluciones que el pueblo español ha encontrado para los problemas colectivos radica en el formidable impulso, en las fuerzas de todo tipo que sólo la democracia sabe y puede desencadenar.

Aurelio Menéndez sucede como Consejero de Estado a Manuel Broseta, su entrañable amigo y compañero, al que dedicó un bello trabajo titulado "Manuel Broseta Pont, universitario, jurista y amigo", en el que destacó "sus altas cualidades humanas: el sentido de la amistad, la alegría vital, el equilibrio moral, la fina y aguda inteligencia, el nervio de su vocación universitaria, la defensa de la justicia y el progreso social, su fe en la libertad, su condición de hombre de pensamiento, de acción y de integración". Palabras y sentimientos que por completo compartimos y que

fueron expresadas por este Pleno a los pocos días de su muerte violenta.

He empezado recordando una de las fases de la vida de Aurelio Menéndez. La que comenzó con su nombramiento como Ministro de Educación en Julio de 1976 y concluyó el 4 de Julio del siguiente año. Pero de haber seguido un orden cronológico, más exacto habría sido evocar la que, desde muy joven, y a lo largo de más de cuarenta años, sólo interrumpidos por el desempeño de otras responsabilidades colectivas, entre las que destacaría su paso por el Tribunal Constitucional, ha sido la principal de sus dedicaciones: la Universidad, la enseñanza, la investigación, la ciencia jurídica. Recién incorporado como Catedrático de Mercantil a la Universidad de Salamanca tuve el honor de conocerle, allá por el año 1959. Desde entonces mi admiración y afecto han ido en aumento. Mas ni una ni otro influirán en la objetividad de mis palabras. Dejaré a un lado nuestra convivencia en la Facultad, en el Colegio Mayor, en las calles de aquélla unamuniana

**"Salamanca, Salamanca
renaciente maravilla
académica palanca
de mi visión de Castilla"**

Recuerda D. Rodrigo Uría, en su contestación al discurso leído por Aurelio Menéndez en el acto de recepción como Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que en 1950 el entonces recién licenciado comenzó a trabajar en su cátedra en calidad de ayudante de clases prácticas. Desde aquella fecha y hasta hoy Aurelio Menéndez ha venido desarrollando una intensa función universitaria. Primero en la

Escuela de Altos Estudios Mercantiles de Bilbao, después y sucesivamente en las Cátedras de Derecho Mercantil de las Facultades de Santiago, Salamanca y Oviedo. Más tarde en la Universidad Autónoma de Madrid, donde hoy continua.

Quizá recordando que "ninguna ciencia engaña. El engaño está en quien no la sabe" o buscando "la verdad maravillosa de la ciencia", como en ambos casos escribiera Cervantes, nuestro nuevo Consejero ha penetrado en los más diversos ámbitos del Derecho Mercantil. Imposible -y por otra parte inadecuado- proponerse en este momento ni siquiera un breve resumen de su obra. En cualquier caso sí parece oportuno resaltar que los trabajos del Profesor Menéndez examinan con el rigor que siempre le ha caracterizado la mayor parte de las diversas figuras jurídicas del Derecho Marítimo -al que dedicó sus primeros trabajos-, las diferentes formas de la contratación mercantil (compraventa, seguros, contratos bursátiles, etc.), los títulos-valores, las sociedades mercantiles (materia que polariza sus estudios más recientes y a la que últimamente ha dedicado interesantísimas consideraciones sobre la reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la necesidad de una nueva Ley General de Sociedades), la quiebra de las empresas, la publicidad registral mercantil (su evolución y desarrollo hasta la actualidad, incluidas directivas comunitarias), la empresa (los auxiliares del empresario y la reforma de la empresa han sido abordadas también por el Profesor Menéndez), así como los temas que, conectando Constitución y Economía, le han llevado a publicar imprescindibles textos sobre "Constitución, Sistema Económico y Derecho Mercantil" -tema que primero abordó en 1982 y completó años más tarde- y sobre "Autonomía económica liberal y Derecho Mercantil",

éste último en conmemoración del Centenario de nuestro vigente Código de Comercio en 1885, sin olvidar su magnífico discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre "La Competencia desleal".

Obra, pues, extensa y profunda, que inició con los tempranos trabajos en torno a la venta C.I.F. -objeto de su tesis doctoral- el contrato de remolque y los auxiliares del empresario- hoy un clásico, pese a la juventud de su autor-, muestra entonces en esperanza de ciertísimos frutos, que dijera Fray Luis de León. Obra, en fin, de la que me importa destacar -pues si no lo hiciera me lo reprocharían los innumerables aplicadores del derecho que a ella acuden diariamente- su "Revisión, corrección y puesta al día del comentario a la Ley de Sociedades Anónimas de Garrigues-Uría", compartida con el Profesor Olivencia.

Acabo de mencionar a los Profesores Garrigues y Uría. En la magnífica Escuela de mercantilistas españoles que promoviera D. Joaquín y a la que pertenecen los nombres ilustres de los Profesores Polo, Uría, Girón-Tena y otros de imposible cita, Aurelio Menéndez ocupa un destacado lugar. Muy bien conozco el aprecio intelectual y humano que por el Profesor Menéndez sienten quienes, perteneciendo o no a su escuela, siendo mayores o más jóvenes que él, se dedican a la ciencia del Derecho Mercantil. El origen de este aprecio no está sólo en el rigor de su propia producción científica. También se halla en el esfuerzo que siempre ha puesto en la formación de sus discípulos y colaboradores, en la ilusión con que se ha entregado a la enseñanza. No menos de diez catedráticos se proclaman discípulos suyos. El dato es definitivo. Y eso que no computa el incontable número de alumnos que, como nos ocurrió a quienes a finales de

la década de los cincuenta cursábamos la licenciatura de Derecho en la Universidad de Salamanca, encontramos en sus enseñanzas, para las que siempre estuvo disponible, la semilla de un amor por el Derecho, es decir por la Justicia y por la Libertad.

Por exigencias de la Constitución, a consecuencia de los profundos cambios socio-económicos que en la sociedad europea se vienen produciendo, en virtud de los compromisos asumidos por España desde nuestra adhesión a la Comunidad Europea, el Derecho Mercantil español no ha podido quedar residenciado en el Código que el año 1985 cumplió cien años de vida. Incluso antes de que se produjeran aquellos acontecimientos, ya se había sentido la necesidad de introducir en nuestro ordenamiento mercantil los instrumentos jurídicos que permitiesen hacer frente a los retos finiseculares y del nuevo siglo. Pues bien, de la especial sensibilidad del Profesor Menéndez por la renovación del Derecho privado de nuestro tiempo y su ubicación en el contexto del Estado Social de Derecho dan fe las siguientes consideraciones contenidas en su trabajo, antes citado, "Contribución, sistema económico y Derecho Mercantil", que textualmente reproduzco a continuación y con los que me siento especialmente identificado:

"Cualquier revisión legislativa habrá de hacerse de acuerdo con el contenido y espíritu de la Constitución de 1978."

"Bajo la inspiración de la cláusula constitucional del Estado Social, el Estado y el ordenamiento modernos, partiendo de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores, conduce a la sola irracionalidad, se propone neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado. El Estado Social es un intento,

pues, de normativación del orden social económico".

"La noción de la neutralidad política o de la autonomía natural del sistema de economía de mercado y de Derecho privado, se presenta ahora como incompatible con el interés común general y conduce, irremediablemente, a una instrumentalización del Derecho en función de los fines perseguidos por el ordenamiento público de la economía".

"No ha de sorprender que la idea de la unidad del mercado en estrecha conexión con el modelo económico constitucionalizado esté siendo constantemente invocada en favor de un ordenamiento económico y mercantil unitario".

Hasta aquí las citas del trabajo aludido. Congruente el autor con esta voluntad de renovación normativa, desde la Presidencia de la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Aurelio Menéndez y quienes con él han trabajado, han desplegado el invaluable esfuerzo de preparar anteproyectos de importantes textos legales. Algunos - sobre el arbitraje, la Ley cambiaria y el Cheque, la adaptación de la normativa de Sociedades Anónimas al Derecho Comunitario- ya son, tras su reexamen político y posterior sometimiento al proceso legislativo, Ley vigente. Otros -sobre las condiciones generales de la Contratación, la Ley Concursal, las Sociedades de Responsabilidad Limitada, etc., pues no hago una relación exhaustiva- siguen su debate prelegislativo.

Para terminar, las funciones encomendadas al Profesor Menéndez en relación con la formación universitaria de Su Alteza Real El Príncipe Felipe son la mejor acreditación de la confianza que inspira su maestría.

La biografía de Aurelio Menéndez revela hasta qué punto concurren

en su persona las condiciones necesarias para el desempeño de las funciones propias de un Consejero de Estado. En nombre de todos los miembros de este Pleno y en el mío propio, le doy la más cordial y afectuosa bienvenida y le expreso los mejores deseos.

Terminado el discurso, el Señor Presidente concede la palabra al nuevo Consejero, Sr. Menéndez Menéndez, que dijo:

"Excmo. Sr. Presidente del Consejo de Estado.

Excelentísimos señores Consejeros.

Señoras y señores:

Con esta toma de posesión como Consejero de Estado continúo mi trayectoria de servicio al interés público, desarrollada en otras etapas de mi vida en el seno del Gobierno de la Nación, y en la primera andadura del Tribunal Constitucional, prolongada más tarde, y hasta este mismo momento, en la Presidencia de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, y cumplida siempre, con una vocación irrenunciable, en la que considero mi casa natural, esto es, la Universidad. Vuelvo con la misma actitud de colaboración y respeto, con la misma gratitud por el honor que esta llamada representa, y con la misma preocupación de si seré capaz de encontrar el tiempo suficiente y la respuesta adecuada a todo lo que significa esta nueva responsabilidad.

Debo empezar confesando que estos días pasados he vuelto a mi escasamente nutrida biblioteca de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en busca de algunas páginas sobre el Consejo de Estado. En todas ellas se pone el acento, claro está, en su función consultiva, en aquella norma

tantas veces repetida, consagrada ahora en el artículo 107 de la Constitución y que sirve de pórtico a la disciplina recogida en nuestra Ley orgánica de 22 de abril de 1980: "El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno". Algunos autores estiman, sin embargo, que es algo más que un **órgano consultivo**; entienden, en efecto, que es también un **órgano de control**. En otras palabras, la intervención del Consejo de Estado no se funda sólo en la necesidad del asesoramiento técnico que sus dictámenes llevan consigo, sino en una cierta finalidad de fiscalización orientada a procurar que el Gobierno y la Administración sigan el parecer del Consejo de Estado en las materias sometidas a informe. Propósito éste fácil de percibir si tenemos en cuenta que las disposiciones generales del Gobierno y la Administración se encuentran bajo la amenaza de su anulación si se produce -al menos en los supuestos de los recursos directos- la omisión de dictamen, y, cuando menos, expuestas a una cierta desautorización material si el Gobierno toma sus decisiones en contra de la opinión del Consejo, expresada en dictamen preceptivo aunque no vinculante.

Esta caracterización del Consejo de Estado como órgano de control jurídico encuentra fundamento, de un lado, en las garantías de que goza en el ejercicio de sus actividades pues como indica el citado artículo 1º de la Ley orgánica "ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las leyes"; y de otro lado, en la propia finalidad que esa actividad persigue, pues -como dice el artículo 2º- en el ejercicio de sus funciones "velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico". es más, ese control no siempre es estrictamente jurídico, porque el precepto citado prevé concretamente que sus opiniones se pueden extender a la valoración de "los aspectos de oportunidad y

conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines".

Todo ello supera la pura función consultiva. El Consejo garantiza también la objetividad de la actuación administrativa frente a los administrados. Y por el lado de los mismos órganos consultantes lo que buscan, en ocasiones, con la solicitud de dictamen es, más que asistencia técnica, la descarga parcial de la responsabilidad de su decisión en la **auctoritas** institucional del Consejo.

Estas son, en su formulación más elemental, las altas funciones del Consejo de Estado. Me encuentro ahora, no con los libros, sino con la realidad de esta institución llena de historia y llena también de prestigio. No creo en su decadencia, como otros anuncian. Pienso, más bien, lo contrario. En primer lugar porque esta institución, entre otras cosas, contribuye de algún modo a cubrir aquella necesidad de asesoramiento técnico en la elaboración de las normas jurídicas que, cada día, se deja sentir de forma más alarmante. Se trata en este sentido -como en alguna otra vez he indicado- de velar por la **calidad de las leyes** o disposiciones generales o, si se quiere, de la elevación de su nivel técnico para recuperar la confianza en la propia ley y en el Derecho. La proliferación de las normas legales o reglamentarias y la pluralidad de instancias de producción de las mismas corre pareja con una insuficiencia técnica y una desconexión sistemática de las distintas partes del ordenamiento, que amenazan de modo creciente la primaria función de seguridad que el Derecho debe cumplir. En ocasiones se tiene la impresión de que se legisla con escasa continencia, de forma

precipitada y con un rigor técnico insuficiente. Semejante arsenal de disposiciones de distinto rango genera desconfianza, inseguridad en torno al precepto que ha de aplicarse y una cierta resignación, en fin, ante el divorcio que se produce entre Derecho vigente y Derecho eficaz.

Hace ya algún tiempo que se viene hablando de la "decadencia en el arte de hacer buenas leyes". Es en cierto modo sorprendente que un fenómeno de tan alto relieve haya suscitado tan poco interés entre nosotros; sorprendente que nuestro quehacer como estudiosos del Derecho se centre en la interpretación de la norma y no pondere la importancia de su más correcta elaboración y formulación; y sorprendente, en fin, la ignorancia y el desinterés que se percibe tanto en la doctrina como, en alguna medida, en la actividad de los poderes públicos, acerca de la necesidad de mejorar ese proceso de elaboración de las normas jurídicas. Si ante esta necesidad de recuperar la calidad técnica y social del entramado de normas que integra el ordenamiento jurídico se aboga fundadamente por la creación de instituciones para tan importante tarea, bien se puede afirmar que, desde esta perspectiva, el Consejo de Estado acrecienta la importancia de su función técnica, colaborando activamente, dentro de sus fronteras, en el proceso formativo de las normas reglamentarias. El Consejo de Estado se presenta así como una institución que con su alta autoridad contribuye, en buena parte, a la mejor elaboración del Derecho, mostrándose ante los ojos del jurista como un órgano de relevancia constitucional, particularmente digno de estimación y respeto, que contribuye a la mejora técnica del ordenamiento jurídico desde la perspectiva de su validez formal, tema que afecta al Derecho como un sistema de seguridad colectiva.

No hará falta recordar que este tema de la mejora técnica del Derecho positivo, aunque tenga alguna conexión con el viejo problema de la valoración del Derecho como un ordenamiento justo o injusto, es cosa distinta. El ideal de realización de la justicia es otra cuestión, ciertamente la gran cuestión. Pero "dura lex, sed lex". Los atributos de la Ley -como decía Ortega- "son los mismos del pedernal. Es la ley inexorable y rígida

como un mineral". Esta evidencia no debe producir desánimo. El combate en favor de la justicia, largo y difícil combate, no es algo reservado a los juristas, sino a la convivencia problemática y, en ocasiones, doliente de todos los ciudadanos. Pero los estudiosos del Derecho trabajamos con la herramienta que puede y debe modelar y canalizar ese ideal del hombre, y los juristas hemos de ser, en buena medida, los servidores de ese ideal. No hay aquí una pura afirmación retórica, sino la convicción de que este "supremo órgano consultivo del Gobierno", no sólo cumple una alta función de asesoramiento, sino también un papel fundamental en la consecución de un ordenamiento jurídico más justo.

Ese es el ideal, la utopía tras la que siempre andamos. Calidad de las leyes y leyes justas, una vieja aspiración humana. Vengo al Consejo a colaborar -con la modestia de mis posibilidades- en esa tarea. Más concretamente a servir al Estado. Y a hacerlo -en cuanto sea posible y como en otras ocasiones semejantes- desde una posición tolerante e integradora.

Permitidme ahora que en la parte final de mi intervención me haga eco de algunos sentimientos que me embargan en este momento: la amistad,

la gratitud y el recuerdo entrañable. La amistad que nos une. Es ésta una de las razones personales que hacen particularmente grato el acceso a esta prestigiosa institución. Vuelvo al encuentro con un buen número de amigos íntimos, Consejeros y Letrados, que han destacado en el mundo del Derecho o de la Política. Algunos con una amistad nacida en los tiempos difíciles y esperanzados de la transición política; otros, en los meses fundacionales del Tribunal Constitucional; otros, en el tiempo de continuado trabajo de la Comisión General de Codificación; y otros, en fin, en los muchos años vividos en el ejercicio de la Abogacía, y de modo especial, en el mundo de la docencia y la investigación de nuestra querida institución universitaria. Soy consciente de la deuda que tengo contraída con todos, una deuda que ahora se incrementará por la necesidad de vuestra ayuda para cubrir las muchas carencias con las que me encuentro al asumir esta responsabilidad.

En segundo lugar -decía- un sentimiento de gratitud. Gracias, muy íntimas y personales a quienes aceptaron apadrinarme en esta toma de posesión: el Teniente General Gutiérrez Mellado y Landelino Lavilla, dos figuras especialmente representativas de la España de nuestro tiempo. Con ellos compartí las tareas políticas del año auroral e ilusionado (1976-1977) del Gobierno de la Transición, aquel considerable esfuerzo por pasar de una a otra orilla política con comprensión y sin ira, en la búsqueda de un cambio necesario que respetara a la vez -así era aquella paradoja-, la continuidad de la convivencia nacional. Allí estuvo el Derecho en su más grande tensión, pero allí estuvo también el Derecho como puente, el Derecho como compromiso, como "tratado de paz entre fuerzas diversas", algo que nunca está de más recordar y que no es ocioso hacerlo ahora, en este momento y en esta institución que tanto contribuyó siempre -y también en aquel

momento- a modelar y perfilar el cauce jurídico con su discreción, su cuidadoso asesoramiento y la moderación de su serena reflexión.

Gratitud a cuantos, con abundante generosidad, han puesto su confianza en mi persona para tan alta responsabilidad. De modo muy especial quiero reiterar este agradecimiento por sus atenciones a nuestro Presidente, Fernando Ledesma. Gratitud por sus palabras de recuerdo y estimación, por muy llenas que estén -como efectivamente han estado- de inmerecido elogio. Los años de convivencia en el Colegio Fray Luis de León y en la Facultad de Derecho de Salamanca explican este mutuo afecto. Es difícil reproducir lo que aquellos años de la década de los sesenta tuvieron de amistad y de vivencias universitarias. En el Derecho nos encontramos entonces y en el Derecho nos encontramos ahora. En alguna otra ocasión he recordado -tomando una idea de Pedro Laín- que "no es buen maestro quien, llegado a una cierta edad, no sabe ser discípulo de sus discípulos". este es un buen momento para repetirlo.

Pero mi último recuerdo, entrañable y dolorido recuerdo tiene que ser para Manuel Broseta Pont, Catedrático de Derecho Mercantil y Consejero de Estado. Sigo recordando el versículo del Génesis: "Caín ¿dónde está tu hermano Abel?. Sólo Dios sabe lo que ha significado su muerte cruel para todos los suyos y, para la gran familia de los mercantilistas españoles. Vengo a sucederle. Es una de las más poderosas razones que me han movido a aceptar esta alta y honrosa responsabilidad. Manuel Broseta contará siempre con un "duelo de labores y esperanzas" de los estudiosos españoles de Derecho Mercantil. Como un miembro más de esa gran Escuela en que nos formamos y vivimos juntos durante cerca de cuarenta

años, esto es lo que una vez más, le ofrezco hoy, en el recuerdo de su amistad, su magisterio universitario y su servicio constante a la paz y el progreso de nuestro pueblo. Un ejemplo a imitar cuando siguen sonando con dolor las campanas de la Universidad que él tanto amó y por mi parte asumo la continuidad de sus tareas en el Consejo de Estado.

Muchas gracias.

3. Letrados

3.1 Ingreso

Con fecha 7 de mayo, tomó posesión el Letrado de nuevo ingreso D. Jose María Jover Gómez-Ferrer, que quedó adscrito a la Sección 2ª.

3.2. Cambio de situación

El letrado D. Francisco Javier Gálvez Montes reingresó al servicio activo procedente de excedencia voluntaria, quedando adscrito a la Sección 5ª como Letrado Mayor en comisión.

3.3. Oposiciones

Por Resolución de 23 de junio de 1992, se convocaron oposiciones para la provisión de seis plazas del Cuerpo de Letrados, cuyo desarrollo daría comienzo el día 1 de febrero de 1993 (B.O.E de 30 de junio).

Por Resolución de 16 de octubre (B.O.E. del 24) se publicó la lista definitiva de aspirantes y el Tribunal que habría de juzgarlos.

4. Interventor Delegado

Con fecha 23 de diciembre de 1992 cesó en sus funciones de Interventor Delegado D. José Pérez y Pérez.

5. PERSONAL ADMINISTRATIVO

5.1 ALTAS

Procedente del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado, se incorporaron en "comisión de servicio" durante el año Dña. María Angeles Mazcuñán Galdrán , D. José Angel Jiménez Muñoz de Morales y Dña. María del Pilar Puente de la Fuente.

5.2 BAJAS

Fueron baja en la plantilla por jubilación por enfermedad Dña. Gloria Palazuelos Moreno y Dña. María Angeles Obregón Moreno, así como Dña. María Joaquina Moina Méndez, por cumplir la edad reglamentaria de 65 años, todas pertenecientes al Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado.

6. PERSONAL LABORAL

Con fecha 17 de noviembre de 1992 ha sido aprobado un Convenio, con vigencia para los años 1993-95, ambos inclusive.

Por resolución de 4 de diciembre de 1992, se aprobó la Relación de Puestos de Trabajo del Personal Laboral de este Consejo.

III. SERVICIOS

1. Archivo y Biblioteca

1.1. Archivo

El número de expedientes ingresados durante el año 1992, se eleva a 1.776, con lo que el total de los mismos contabilizados a partir de 1940 es de 57.483.

A lo largo de 1992 se ha llevado a cabo por el personal del Archivo la preparación, inventario, catalogación y clasificación de los documentos que componen el fondo denominado tradicionalmente "Ultramar". El resultado ha sido una base de datos en soporte informático compuesta por cerca de 8.000 registros.

Continúa la tendencia al alza de las solicitudes de consulta con fines de investigación, tanto de particulares como de instituciones públicas y privadas.

Los temas investigados durante el año 1992 han sido los siguientes:

- La Biblioteca Real, la Biblioteca Nacional y el Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos.

- Rehabilitación del título de Conde de La Laguna de Términos.

- Rehabilitación del título de Conde de Casa de Loja.

- Título de Marqués de Moratalla.

- Rehabilitación del Condado de Alcudia.

- La Foralidad Vascongada durante la Restauración y la República, 1877-1937.

- La Justicia en la Formación del Nuevo Estado, 1936-1945.

- Presidentes del Gobierno Español entre 1823 y 1989.

- Colonización y presencia españolas en las islas Marianas durante el siglo

XIX (1828-1899).

Han comenzado los trabajos preparatorios para acometer el inventario de los fondos del siglo XIX y XX hasta 1939 que actualmente se encuentran agrupados en legajos sin otro orden que el puramente correlativo.

1.2. Biblioteca

El número de títulos de monografías recibidos durante el año 1992, ha sido de 1.087, de las cuales 978 ingresaron mediante adquisición y 109 mediante donaciones procedentes de otros Organismos. El total de volúmenes se eleva en la actualidad a 25.953.

La colección de revistas está formada por 205 títulos que se mantienen al día a través de compra o donación.

Continúa la confección de Boletines Bibliográficos y de Sumarios de Revistas, y se pretende conseguir en ambos una periodicidad más estricta de la que tienen hasta el momento.

El Area de Archivo y Biblioteca ha facilitado a los usuarios un total de 449.241 fotocopias de documentos.

Aparte de la ya mencionada creación de la base de datos del fondo documental de Ultramar, se han iniciado las tareas de carga de otros dos ficheros automatizados:

- Monografías: catálogo de monografías, al 31 de diciembre 1066 documentos, cuyo objetivo es transformar el actual catálogo convencional, en forma de fichas, en un sistema de búsqueda apoyado en las herramientas informáticas disponibles.

- Archivo: inventario de los fondos de Archivo, desde la segunda mitad del siglo XIX hasta 1986. Se ha tratado de incorporar la mayor cantidad de información posible en cada registro, que permita, como objetivo inmediato, la generación de un sistema eficaz de recuperación de la información contenida en el fondo documental para, posteriormente, establecer las series y subseries documentales del modo más nítido posible.

1.3 Publicaciones

Además del folleto informativo sobre el Consejo de Estado, al que se aludía en la Memoria del año anterior, se han publicado en 1992 la Recopilación de la Doctrina Legal y la Memoria correspondientes al año 1991.

2. Informática

2.1. Equipo

El presupuesto para inversiones en informática se redujo durante 1992 a una cantidad inferior a 2,5 millones de pesetas; por eso, no se pudo llevar a cabo ninguna ampliación importante.

En lo que al equipo central se refiere no se ha producido variación alguna durante el año 1992. El ordenador MV/9500 sigue con la misma configuración a pesar de encontrarse al límite en cuanto a capacidad de almacenamiento en disco, siendo necesario para el próximo año aumentar el tamaño de las unidades de almacenamiento masivo.

Como elementos periféricos se han adquirido e instalado en varias dependencias del Consejo de Estado seis nuevas impresoras láser y siete ordenadores personales conectados al ordenador central, para posibilitar consultas a bases de datos y al archivo electrónico de dictámenes.

La periferia del ordenador central se componía al final de 1992 de los siguientes elementos:

- 29 ordenadores personales;
- 30 terminales;
- 31 impresoras.

2.2. Actividad

A lo largo del año se procesaron en el ordenador central alrededor de 1.650 dictámenes. Esto supuso una impresión de 13.000 páginas válidas, siendo su distribución aproximada por Secciones la siguiente: 800 de la Sección Primera, 3.000 de la Segunda, 3.100 de la Tercera, 850 de la Cuarta, 1.000 de la Quinta, 1.950 de la Sexta, 1.100 de la Séptima y 1.200 de la Octava.

La base de dictámenes cuenta ya con todos los aprobados durante el año 1992, por lo que contiene aproximadamente unos 7.000 dictámenes que cubren el período comprendido entre mediados de 1987 y 1992. Se dieron de alta tres nuevas bases de datos, Monografías, Archivo y Legislación de las Comunidades Europeas, y se elaboraron los programas de entrada de datos, carga y depuración, así como diversos tipos de informes, necesarios para la correcta visualización de los datos.

Un total de 35 funcionarios del Consejo recibieron diferentes cursos impartidos por personal especializado del Area de Informática. La mayoría de esos cursos, han sido reconocidos por el Ministerio para las Administraciones Públicas, el cual concederá el diploma acreditativo a cada uno de dichos funcionarios. A su vez, dos personas del Area de Informática se desplazaron a DATA GENERAL para recibir cursos de formación sobre las particularidades de los nuevos elementos incorporados a nuestro ordenador central, así como de su sistema operativo y herramientas. También se participó en cuatro cursos de servicio de teledocumentación, con el propósito de conocer las técnicas de administración y programación del sistema de Bases Documentales que en la actualidad posee el Consejo de Estado.

3. Intendencia

3.1. Obras

En los primeros meses de 1992 se realizaron las obras correspondientes al Proyecto "Modificado" del de "Habilitación de la cámara bajo cubierta y conexiones verticales de acceso del edificio del Consejo de Estado".

En julio de 1992 se iniciaron, las obras correspondientes al Proyecto "Habilitación de despachos y dependencias administrativas en la planta segunda y remates en la cámara bajo cubierta" consistentes, por una parte, en la habilitación, para nuevas dependencias administrativas, de la zona de la planta segunda; y por otra, en completar, con instalación de climatización y otros remates, las obras que quedaron inconclusas en 1991 en la cámara bajo cubierta.

También se realizaron obras en la zona de entrada, para separar las instalaciones de seguridad de las de recepción y facilitar la adecuada circulación de personas.

3.2 Conservación y mantenimiento

En este renglón, la labor principal ha consistido en:

- Trabajos previos a la instalación del sistema telefónico IBERCON.
- Restauración de cinco cuadros propiedad del Museo del Prado,

depositados en el Consejo de Estado.

- Restauración de bajantes de aguas.
- Restauración de sillería y cortinas
- Acondicionamiento de aseos en planta baja.

3.3. Adquisiciones

- Retrato de S.M. el Rey, pintado expresamente para el Consejo de Estado.

Se han realizado diversas adquisiciones de cierta importancia, con independencia de las que se refieren a elementos de Informática:

- Dotación de estanterías para el Depósito de Libros en la cámara bajo cubierta.
- Alfombra para la Galería Principal de la primera planta.
- Sistemas de seguridad.

IV. VARIOS

1. Actividades externas institucionales.

1.1 Visita al Consejo de Estado italiano

El día 9 de marzo, respondiendo a una invitación oficial, una delegación del Consejo de Estado español, al frente de la cual figuraba su Presidente señor Ledesma, efectuó una visita al Consejo de Estado italiano en Roma.

Además de los actos protocolarios, se celebró una reunión de trabajo en la que se examinaron fórmulas de colaboración e intercambio de datos entre ambas instituciones y se analizaron problemas comunes relacionados con la función consultiva.

1.2. Visita al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Por invitación del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Comisión Permanente hizo una visita oficial a dicho Tribunal, en Luxemburgo, el día 27 de octubre.

Con tal motivo, después de asistir a una sesión plenaria del Tribunal, se celebró un coloquio con el Presidente y los Jueces de Primera Instancia y otro con el Presidente, Jueces y Abogados Generales del Tribunal de Justicia en los que se abordaron diversos temas de Derecho Comunitario.

2. Tribunal de Conflictos

Conforme a lo previsto en el art. 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Pleno del Consejo de Estado, en sesión de 15 de noviembre de 1992, acordó designar, para que formen parte del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales durante el año 1993, a los Consejeros Permanentes siguientes: titulares, D. Jerónimo Arozamena Sierra, D. Antonio Sánchez del Corral y del Río, y D. Gregorio Peces-Barba del Brío; suplentes D. Miguel Vizcaino Márquez y D. Antonio Pérez-Tenessa Hernández.

3. Visitas colectivas al Consejo de Estado

En el curso del año tuvieron lugar las siguientes visitas colectivas:

- El 4 de marzo y el 7 de mayo, alumnos de la Escuela Nacional de Administraciones Públicas.
- El 1 de abril, la Asociación de Cónyuges de Funcionarios Diplomáticos.
- El 7 de mayo, alumnos del último curso de la Facultad de Derecho del CEU.

4. Conferencias en Universidades

Para mantener las relaciones entre el Consejo de Estado y la Universidad, se organizaron algunas conferencias, a cargo de Letrados del Consejo, en las Universidades de Valencia y Autónoma de Madrid así como en la Facultad de Derecho de Burgos.

SEGUNDA PARTE

OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

1. Posición institucional del Consejo de Estado

Praevidet Providet

1.1. Punto de partida

Con fecha 26 de noviembre de 1992, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia que no puede pasar inadvertida en la Memoria del Consejo de Estado.

Dicha sentencia lleva el número 204/1992 y recayó en la cuestión de inconstitucionalidad 2414/91, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana sobre supuesta inconstitucionalidad del artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado en relación con el artículo 22.3 de la misma Ley, en cuanto pudiera vulnerar los artículos 2, 137, 148.1.1^a, 107 y 153 de la Constitución Española.

La sentencia declara que el mencionado artículo 23.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 23 de abril no es contrario a los citados preceptos constitucionales "en la interpretación acorde con los fundamentos jurídicos de esta sentencia", lo cual nos obliga a analizar el contenido de la misma que, junto con la número 56/1990, de 29 de marzo viene a perfilar la posición institucional del Consejo de Estado en el nuevo orden establecido por la Constitución de 1978.

Pero, en lugar de limitarnos a hacer una exégesis de ambas sentencias, vamos a situar la cuestión en un contexto más amplio, analizando primero qué es el Consejo de Estado y cuál es su función, para ver luego cómo se encaja con naturalidad en el Estado de las Autonomías.

1.2. Qué es el Consejo de Estado

Puede parecer extraño que una institución que tiene casi cinco siglos de existencia con el mismo nombre, se venga a hacer ahora esa pregunta. Sin embargo -y sin que esto suponga que está pasando por una crisis de identidad- es razonable y conveniente que de vez en cuando se la formule, como cualquier organismo consciente que, por estar vivo, evoluciona.

El Consejo de Estado es, ante todo, un órgano de relevancia constitucional.¹ La Constitución Española de 1978, siguiendo el ejemplo de la de 1812 y de la republicana de 1931, ha asumido la existencia de esta institución multiseccional, engarzándola en la estructura orgánica del Estado y definiéndola como el supremo órgano consultivo del Gobierno (artículo 107 CE); y es muy significativo que, al dar esa definición, se ponga el verbo en presente ("El Consejo de Estado es...") y no en futuro, como decía la Constitución de Cádiz ("Habrá un Consejo de Estado..."). El Consejo de Estado no debe su existencia a la Constitución, pero sí le debe la garantía de su continuidad, su rango y algunas de sus funciones.

Es un órgano consultivo. Siempre lo fue desde su fundación por el Emperador Carlos V en 1526; y si bien en alguna época -concretamente desde 1845 a 1868 y desde 1875 a 1888- desempeñó funciones de tipo jurisdiccional en lo contencioso-administrativo, lo hizo dentro de un sistema de jurisdicción retenida, en el que su tarea no iba más allá de formular un proyecto de resolución, igual que ocurrió más tarde con el recurso de agravios en materia de personal² o con las llamadas cuestiones de competencia entre la Administración y los Jueces o

¹Sentencia del T.C. nº 56/1990, de 29 de marzo, fundtº nº 37. Así se dice también en la Exposición de Motivos de la L.O. del Consejo de Estado.

²Ley de 18 de marzo de 1944.

Tribunales³.

Conviene recalcar esto para que quede claro que el Consejo de Estado, además de no pertenecer a la Administración activa, no controla a nadie, responde al que le pregunta, y su dictamen no es nunca vinculante, ni siquiera en aquellos casos -pocos- en los que la ley requiere su informe favorable como requisito previo de la resolución, pues aun entonces le queda a la Administración pública la posibilidad de no resolver; por eso se ha dicho que en tales casos el dictamen del Consejo es obstativo. Así es este órgano y así debe ser. Lo contrario, supondría un desplazamiento inaceptable del centro de decisión. El Consejo de Estado prefiere que sus dictámenes se acepten por el peso de la razón y no por la fuerza de la ley; de ahí que los termine siempre con la fórmula "V.E., no obstante, resolverá", que recuerda el elegante recato con que daban su **responsum** los jurisconsultos romanos.

Incluso en el supuesto previsto en el epígrafe b) del artículo 153 de la Constitución -relativo al control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas- está claro que quien controla el ejercicio de las facultades delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150 es el Gobierno, previo dictamen -eso sí- del Consejo de Estado.

Solamente en sentido figurado podría decirse que ejerce una especie de control, tanto sobre la producción de normas jurídicas cuanto para determinadas resoluciones administrativas, con la vista puesta en su tarea esencial, que es velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico⁴. El Consejo de Estado vela, pero no controla más que la calidad, y a eso alude el "ojo"

³A partir de la Ley Santamaría de Paredes, y hasta 1904, dicha jurisdicción tuvo el carácter de delegada.

⁴Artículo 2º de su L.O.

siempre abierto que junto con la leyenda "**Praevidet Providet**" figura en su emblema ⁵.

Es un órgano consultivo del Gobierno. En la Constitución de 1812 (artículo 236) todavía aparecía el Consejo de Estado, igual que en el Antiguo Régimen, como Consejo del Rey "que oirá su dictamen -decía- en los asuntos graves gubernativos, y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados"; eran las reminiscencias del principio monárquico.

En la primera de sus leyes orgánicas, que es la de 17 de agosto de 1860, reinando Isabel II, fue definido así: "El Consejo de Estado es el Supremo Cuerpo Consultivo en asuntos de gobierno y administración", fórmula que, con ligeras variantes, pasó a ser tradicional. Sin embargo, en la Ley de Maura de 1904 se afirmaba por primera vez que era el supremo cuerpo consultivo del gobierno; mención expresa de la que se prescindió deliberadamente en la penúltima de esas leyes orgánica, la de 18 de marzo de 1944, porque al restablecerse el funcionamiento de esta institución en 1940 se introdujo la novedad de que la consulta pudiera efectuarla también y en primer lugar el Jefe del Estado. Pero en 1967, al dictarse la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero, hoy derogada, se sustituyó la definición tradicional por esta otra: "El Consejo de Estado es el supremo cuerpo consultivo de la Administración" (artículo 40); con ello se pretendía, ante todo, diferenciarlo de otros órganos consultivos de marcado carácter político puestos al servicio de la Jefatura del Estado, especialmente el llamado Consejo del Reino. Esto representaba un cambio importante que, sin embargo, pasó inadvertido y no tuvo ninguna consecuencia práctica, porque la

⁵Artículo 91 del Reglamento.

institución siguió siendo lo que era.

En el anteproyecto de Constitución publicado en el Boletín Oficial de las Cortes número 44, de 5 de enero de 1978, se definía el Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del gobierno, y aunque se presentaron -y llegaron a prosperar en el seno de la Comisión correspondiente- algunas enmiendas para que se respetase la fórmula tradicional, el Pleno del Congreso volvió al texto del anteproyecto ⁶ si bien en los debates parlamentarios quedó ya de manifiesto que la palabra "Gobierno" debía entenderse en sentido amplio. Esto suponía optar por el concepto de la Ley Maura y aceptar la realidad histórica de que, desde el momento en que el Consejo de Estado dejó de ser Consejo del Rey, sólo el Gobierno o sus miembros podían consultarlo. Así pues, el Consejo de Estado es esencialmente un órgano consultivo del gobierno.

¿Quiere decir esto que en la actual configuración del Estado deba entenderse por Gobierno exclusivamente el de la Nación? La reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1992, antes citada, analiza y resuelve esta cuestión en el 2º de sus fundamentos jurídicos, diciendo:

" El Consejo de Estado es un órgano previsto y garantizado por el artículo 107 de la Constitución Española, que lo define como **supremo órgano consultivo del Gobierno**. La interpretación de esta definición no es pacífica, como lo demuestran los alegatos de las partes. No obstante, está claro que este inciso del artículo 107 CE se está refiriendo a la función consultiva que el Consejo de Estado desarrolla para el Gobierno de la Nación en concreto, y así lo admiten expresamente el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado.

Sistemáticamente, no cabe duda de que ésta es la acepción del término **Gobierno** que el artículo 107 emplea, pues este precepto se incluye en el Título IV

⁶Diario de Sesiones nº109, de 13 de julio de 1978, pág. 4231.

de la Constitución, referido inequívocamente al gobierno de la Nación y no a otros órganos de naturaleza gubernativa, como los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Tampoco cabe entender que, por **Gobierno**, el artículo 107 comprenda, en general, el llamado Poder Ejecutivo, incluyendo cualquier Administración pública, como hace, en cambio, el artículo 103 CE, pues Gobierno y Administración no son la misma cosa y están perfectamente diferenciados en el propio Título IV en el que el artículo 107 se inserta. De otro lado, los antecedentes legislativos vienen a confirmar esta tesis, pues precisamente la mención al Consejo de Estado como órgano supremo consultivo **en materias de Gobierno y Administración**, que figuraba en el texto del Proyecto de Constitución aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso, fue conscientemente sustituida por la definición más estricta **de supremo órgano consultivo del Gobierno**. Por tanto, del primer inciso de este artículo no se puede deducir que la Constitución imponga la intervención consultiva del Consejo de Estado en relación con los Gobiernos y Administraciones de las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, que el artículo 107 de la Constitución no contemple expresamente sino la función consultiva que el Consejo de Estado desarrolla para el Gobierno de la Nación, no quiere decir que ese órgano haya de quedar confinado al ejercicio de esa específica función y que no pueda extenderse el alcance de su intervención consultiva. En realidad, el ámbito de actuación del Consejo de Estado es mucho más amplio, y se ha venido configurando históricamente como órgano consultivo de las Administraciones públicas. El hecho de que no forme parte de la Administración activa, su autonomía orgánica y funcional, garantía de objetividad e independencia, le habilitan para el cumplimiento de esa tarea, más allá de su condición esencial de órgano consultivo del Gobierno, en relación también con otros órganos gubernativos y con Administraciones públicas distintas de la del Estado, en los términos que las leyes

dispongan, conforme a la Constitución."

Interpretación que, en lo esencial, coincide con la postura que ha venido sosteniendo el Consejo de Estado desde que elaboró el anteproyecto de su propia Ley Orgánica y que se resume en la Memoria del año 1986 (páginas 74 y ss.).

Es el supremo órgano consultivo. La última, nota característica del Consejo de Estado, según el artículo 107 de la Constitución, es su carácter de supremo. Esta calificación no implica en modo alguno cierta jerarquía sobre los demás órganos consultivos, en virtud de la cual se establezca con ellos una especie de relación de supremacía, ni tampoco que la doctrina que sienta en sus dictámenes deba prevalecer. Significa tan solo que, dentro de la Administración consultiva es el órgano más eminente y, en consecuencia, que los asuntos en los que hubiera dictaminado el Pleno o en Comisión Permanente no podrán remitirse a informe de ningún otro cuerpo, órgano o servicio de la Administración ⁷, tanto estatal como autonómica.

Es decir, el Consejo de Estado, en los asuntos que le han sido consultados, tiene la última palabra antes de la decisión.

1.3. La función del Consejo de Estado

Es muy importante, para definir la posición institucional del Consejo de Estado, delimitar su función y conocer el modo de ejercerla.

Está claro que se trata de una función esencialmente consultiva, pero ¿sobre qué clase de asuntos?

La Constitución, con muy buena técnica, no lo dice sino que se remite (artículo 107) a lo que se disponga en la correspondiente ley orgánica, que siempre será más fácil de ajustar a las exigencias de los tiempos, habida cuenta de que esta

⁷Artículo 2.4 de su L.O.

institución, desde sus remotos orígenes "ha mostrado una gran ductilidad en todos los ordenamientos, evolucionando según las necesidades constitucionales de todas las épocas en un proceso que ha mostrado su vitalidad y que el legislador muchas veces no ha hecho sino sancionar y plasmar en un texto normativo" ⁸. Sólo hay una consulta concreta que le viene atribuida por la Constitución en su artículo 153, epígrafe b) y es la relativa al control por el Gobierno de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150 de la propia Constitución, es decir, en el ejercicio de facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que hayan sido transferidas o delegadas a las Comunidades Autónomas mediante ley orgánica. En todos los demás casos hay que estar a lo que diga la ley.

Esa ley, que es la de 22 de abril de 1980, hace una larga enumeración de los asuntos en los que es preceptiva la consulta al Consejo de Estado en Pleno (artículo 21) o en Comisión Permanente (artículo 22), relación que no es exhaustiva porque, en uno y otro caso, termina refiriéndose a cualquier otro asunto en que por ley sea obligatoria la consulta, pero, además, el artículo 24 de esa Ley Orgánica declara que el Consejo de Estado puede ser oído en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente, lo cual abre un abanico casi ilimitado de posibilidades. Así, pues, es lícito concluir diciendo que el Consejo de Estado puede ser oído sobre cualquier asunto que tenga -claro está-, algo que ver con el Estado considerado en su conjunto, lo que, en un Estado de Derecho, equivale a decir con el ordenamiento jurídico.

La vieja polémica sobre si pueden ser asuntos de gobierno y administración, como decían las antiguas leyes, o solamente asuntos administrativos, como pudiera

⁸Exposición de motivos de la L.O. 3/1980.

deducirse de la consciente supresión de aquella mención expresa, llevada a cabo por el Congreso de los Diputados en el proyecto de Constitución y recordada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 204/2993, carece de sentido. Aparte la posibilidad, siempre abierta, de la consulta potestativa, hay en la lista de las preceptivas una serie de asuntos que difícilmente podrían calificarse sin más de administrativos, tales como determinados anteproyectos de leyes, los proyectos de Decretos-legislativos, el ejercicio de la protección diplomática, el asilo político, la impugnación ante el Tribunal Constitucional de las disposiciones o resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas y los asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión. El Congreso de los Diputados suprimió aquella referencia expresa a las materias de consulta, no para reducir las sino por entender que todo lo relativo a la composición del órgano y a su competencia debía quedar fuera de la Constitución, por ser mudable, para llevarlo a la Ley orgánica, que muy bien pudo haber utilizado, en este aspecto, los mismos términos de las anteriores, sin apartarse por ello de lo establecido en la Constitución. En cualquier caso, el resultado ha sido el mismo.

Delimitada la función, hay que puntualizar ahora algunos extremos sobre el modo de ejercerla.

Dice el artículo 1.2 de su Ley Orgánica que el Consejo de Estado, ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las leyes. Este precepto, de redacción complicada y sin comas, fruto de haberse aceptado en el Congreso de los Diputados "el espíritu de las enmiendas presentadas a este número" (como dice el informe de la Ponencia. B.O.C. de 29 de noviembre de 1979) es muy significativo para enjuiciar la posición institucional del Consejo de Estado, por cuanto establece las tres notas distintivas de su modo de proceder, a saber: que dictamina de acuerdo con la Constitución y las leyes; que lo hace con

objetividad e independencia; y que goza de autonomía orgánica y funcional.

La primera pone de manifiesto el carácter jurídico del dictamen, en la inteligencia de que no se limita sólo a apreciar la legalidad de la actuación administrativa singular, o la observancia de las reglas de procedimiento y la existencia de lo que algunos llaman la cobertura legal, si se trata de proyectos de disposiciones reglamentarias, sino que tiende a buscar la armonía del ordenamiento jurídico en su totalidad -normas, principios, conceptos, terminología y técnica legislativa-, sin perjuicio de que además se valoren, en su caso, los aspectos de oportunidad y conveniencia así como la eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines.

La segunda de las notas apuntadas, la de la objetividad e independencia del Consejo, es esencial para mantener su "**auctoritas**", que es donde radica toda su fuerza, y ha sido destacada por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 204/1992 como **especialmente habilitante para el desempeño de la función consultiva en relación con otros órganos gubernativos y con Administraciones públicas distintos de los del Estado**. El mismo hecho de que haya de recabarse su dictamen en potenciales conflictos con las Comunidades Autónomas o de que sus miembros (Consejeros Permanentes) sean llamados por la ley a formar parte del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) es una muestra de confianza en esa independencia de criterio.

En cuanto a la autonomía orgánica y funcional se deben hacer algunas precisiones. Es indudable que nadie interfiere, ni ha interferido nunca, en el funcionamiento del Consejo de Estado. En cambio, la capacidad de autoorganización, en lo no previsto expresamente en la ley, quedó congelada desde el momento en que el Gobierno aprobó por Real Decreto de 18 de julio de 1980 el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, a propuesta del mismo. Esta aparente incongruencia se debe a que lo de la autonomía orgánica no figuraba en el

proyecto de Ley Orgánica remitido al Congreso y fue fruto de la enmienda número 16 presentada al artículo 1.2; mas no se tuvo en cuenta que, en consecuencia, había que haber enmendado también o suprimido la tercera disposición final del proyecto que atribuía al Gobierno la aprobación del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, y así quedó en el texto definitivo. A resultas de esto, pudiera parecer que la autonomía orgánica del Consejo de Estado ha quedado un tanto mediatizada, impresión desmentida por la experiencia, pues la única modificación que interesó introducir en el Reglamento Orgánico no tropezó con la menor dificultad⁹. En cualquier caso, su autonomía funcional, la que le permite desempeñar su función sin interferencias ajenas de ningún tipo, es absoluta; no se ha visto nunca entorpecida ni presionada, e incluso se ha ido afirmando en otras esferas -tangenciales, si se quiere, pero muy significativas- como son la formulación y gestión de sus presupuestos, la selección del personal a todos los niveles y la contratación de obras y servicios. Todo lo cual contribuye a perfilar su posición en el cuadro de las instituciones del Estado. Conviene, finalmente destacar otro aspecto de su función que va más allá de lo estrictamente jurídico y aun de lo meramente consultivo, y es la facultad que tiene de elevar al Gobierno de la Nación las propuestas o mociones que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugiera (artículo 20.2 O.) y la posibilidad -casi obligación- de recoger en la Memoria que eleva anualmente al Gobierno las observaciones sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulte o se deduzca¹⁰ de los asuntos consultados así como las sugerencias de

⁹R.D. 1405/1990, de 16 de noviembre.

¹⁰En el preámbulo de la Ley, la palabra "resulte" figura en plural, como referida a las observaciones, mientras que en el texto del artículo va en singular, lo que obliga a ponerla en relación con el funcionamiento de los servicios. Es un matiz importante.

disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración (artículo 20.3 L.O), competencias todas ellas de gran alcance que no siempre han sido aprovechadas y que podrían servir de cauce a iniciativas propias y a aspiraciones sectoriales bien fundadas, completándose así la posición institucional meramente receptiva del órgano consultivo con una proyección razonable de su visión de conjunto del Estado y del ordenamiento jurídico; tarea esta última que en instituciones similares, como el Consejo de Estado francés, está encomendada a un Departamento especial.

1.4. Consejo de Estado y Comunidades Autónomas

La principal cuestión que se ha planteado acerca de la posición institucional del Consejo de Estado es en relación con las Comunidades Autónomas, cuestión que, como es natural, no tiene precedentes históricos y que ha surgido más de una vez, dentro de un clima de armonía y respeto, a medida que se iba consolidando el proceso autonómico previsto en la Constitución Española de 1978. El Consejo de Estado ¿lo es también de las Comunidades Autónomas? ¿Pueden éstas consultarlo? ¿Deben en algún caso consultarlo?

A la primera pregunta respondió la sentencia del Tribunal Constitucional número 56/1990, de 29 de marzo recaída en los recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos por el Parlamento y la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia y el Gobierno Vasco frente a determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, entre los que figura el artículo 38 que atribuye la resolución de los conflictos de jurisdicción que se promuevan entre los Juzgados o Tribunales y la Administración Pública a un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, dos Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este mismo Tribunal y tres Consejeros Permanentes de Estado. Los recurrentes alegaban que el sistema establecido para

la resolución de los conflictos jurisdiccionales puede considerarse de autocomposición, en el que, sin embargo, no se halla presente en su caso la Administración de la Comunidad Autónoma interesada, ya que los citados Consejeros Permanentes sólo representan a la llamada Administración del Estado. La referida sentencia, en su fundamento jurídico número 37, después de rechazar la interferencia de la Administración del Estado en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas impugnantes, sentó la siguiente interpretación:

"El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del artículo 107 de la Constitución Española, que se refiere a él como supremo órgano consultivo del gobierno, tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece. Así resulta de su composición (arts. 7 y 9,h) LOCE) y de sus funciones consultivas que se extienden también a las Comunidades Autónomas, según prevén explícitamente en el diseño competencial a que se remite la Norma fundamental, realizado por los artículos 20 a 23 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado."

A la segunda pregunta responde la propia Ley Orgánica de este Consejo, que en su artículo 23 dice:

"Las Comunidades Autónomas podrán, por conducto de sus Presidentes, solicitar dictamen del Consejo de Estado, bien en Pleno o en Comisión Permanente, en aquellos asuntos que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente"¹¹

¹¹El dictamen 48.355/1986, de 2 de febrero, entre otros, declaró que dicho precepto atribuye al Consejo una competencia consultiva plena respecto de todos los asuntos que sean sometidos voluntariamente a su consideración por las Comunidades Autónomas, siempre que se trate de asuntos a los que se refiere su Ley Orgánica y que la consulta se formule a través del Presidente de la Comunidad, aunque en el caso concreto la iniciativa procediese nada menos que del Presidente de la Asamblea Legislativa.

La tercera pregunta es la más complicada. Ya en la Memoria relativa al anteproyecto de Ley Orgánica del Consejo de Estado, elaborado por la propia institución se decía:

"Una novedad que ha parecido obligada es el establecimiento de la posibilidad de consulta al Consejo por las Comunidades Autónomas, siempre que dicha consulta se verifique por conducto del Presidente del Gobierno, por considerar que si bien en el ejercicio de potestades propias y no delegadas no vienen obligadas las mencionadas Comunidades a requerir el dictamen del Alto Cuerpo, por ser éste fundamentalmente asesor del Gobierno y de la Administración Central, nada impide que puedan dirigirse al Consejo para recabar su parecer en asuntos de Estado, con carácter facultativo y siempre a través del Gobierno"

y así se establecía en el correspondiente artículo del anteproyecto.

Sin embargo, en la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley se introdujeron dos modificaciones: una en el Congreso, consistente en sustituir el requisito de que la consulta se efectuase por conducto del Presidente del Gobierno por el que se hiciera a través del Presidente de la Comunidad¹² y otra en el Senado (enmienda número 11) para añadir un párrafo final al artículo 23 que dijera:

"El dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes."

La enmienda que proponía esta adición, y que en definitiva fue aceptada, se fundaba en la coherencia del sistema, pues si las Comunidades Autónomas, se decía, pueden consultar al Consejo de Estado es lógico que deban hacerlo también cuando lo hace la Administración estatal, ya que, de otro modo, se producirían

¹²Enmienda número 43, de la Minoría Catalana.

vacíos en el ordenamiento jurídico¹³ y eventualmente también una disminución de las garantías de los ciudadanos. El Consejo de Estado, manteniéndose en su inicial línea de pensamiento antes expuesta, aplicó este precepto con gran cautela, limitándose a declarar la obligatoriedad de la consulta, si se trataba de disposiciones reglamentarias, solamente cuando se dictasen en ejecución o desarrollo de una norma estatal, y si se trataba de resoluciones administrativas, cuando la ley aplicable por la Comunidad, en virtud de competencias asumidas, exigiera preceptivamente ese dictamen, el cual debía considerarse no como un acto de control sino como una garantía esencial del procedimiento que encuentra su fundamento, en último término, en la necesidad de garantizar un tratamiento uniforme de las cuestiones incluidas en el ámbito del citado procedimiento administrativo común¹⁴; con una salvedad: que la Comunidad Autónoma cuente con un órgano consultivo propio, cuya intervención sustituya con las mismas garantías a la del Consejo de Estado.

Esta postura se refleja con precisión en el dictamen 51.924/1988, de 24 de noviembre cuyos principales párrafos vale la pena de transcribir, a pesar de su amplitud:

"La configuración constitucional del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno (artículo 1.1 LOCE) no excluye el mantenimiento de su configuración competencial como supremo órgano consultivo en materias de gobierno y administración. En tal sentido, el artículo 1.2 de la L.O. del Consejo de

¹³Se refería expresamente a los supuestos de los artículos 109 y 110 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que requerían el dictamen favorable del Consejo de Estado para la anulación de oficio o a instancia del interesado de determinados actos administrativos.

¹⁴Dictamen 50.516/1987, de 23 de julio.

Estado atribuye al mismo autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las Leyes. Desde la perspectiva de la autonomía constitucional de las Comunidades Autónomas, basta recurrir, conforme al criterio establecido en otros ordenamientos extranjeros inspirados en principios e organización territorial del poder similares a los establecidos en la Constitución Española, al concepto doctrinal de **administración impropia** para predicar el posible uso de un órgano inserto en la organización central del Estado por parte de las comunidades Autónomas. De dicho concepto resulta una codependencia funcional que permite imputar a la Comunidad Autónoma consultante, y no al Estado, el dictamen emitido a petición de ésta. Este mecanismo permite, por otra parte, economías importantes en el gasto público, al no ser necesario que las Entidades territoriales reduplicuen la estructura institucional del Estado Central mediante órganos autonómicos semejantes, con el consiguiente ahorro financiero.

Esta construcción permite también salvar, desde una perspectiva subjetiva, la delicada cuestión constitucional de que el Consejo de Estado siga desempeñando su función consultiva cerca de las Comunidades Autónomas titulares de competencias hasta ahora estatales. Al mismo tiempo, desde una perspectiva objetiva o de procedimiento, el mantenimiento de la competencia del órgano consultivo impide que el mismo se vea desprovisto de una garantía esencial para el interés público como lo es el mantenimiento de un dictamen emitido por un órgano colegiado independiente separado de la Administración gestora".

Y tras este planteamiento teórico-conceptual, se entra en la verdadera cuestión de si puede ser preceptivo en algún caso para las Comunidades Autónomas el dictamen del Consejo de Estado, cuestión que se resuelve en principio afirmativamente por considerar que ese trámite **es una garantía esencial del procedimiento**:

"A la luz de estas consideraciones debe entenderse el artículo 23, párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado que, al mantener la preceptividad de los dictámenes respecto de las Comunidades Autónomas, vino a establecer una garantía esencial de procedimiento y no un control -carente de apoyo constitucional- del Estado sobre las Administraciones autonómicas. De esta forma la preceptividad del dictamen es una exigencia propia del procedimiento administrativo común previsto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución, cuya regulación compete al Estado".

Pero después de esta afirmación genérica, y sin salirse del esquema argumental, se hace la siguiente puntualización:

"Ahora bien, al constituir el núcleo esencial del problema el mantenimiento de una garantía del procedimiento, es obvio que también compete al Estado regular las formas y supuestos en que dicha garantía ha de ser cumplida garantizando, a tenor de lo dispuesto en los artículos 9, 149,1.1ª y 149.1.18ª de la Constitución, la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y asegurando a los administrados un tratamiento común ante todas las Administraciones públicas. En este sentido, el mantenimiento de la garantía que la función consultiva supone puede lograrse también previendo la intervención del órgano consultivo específico de las Comunidades Autónomas allá donde exista, correspondiendo en su defecto el dictamen al Consejo de Estado."

Y se concluía toda esta argumentación diciendo:

"En el momento actual, siempre y cuando se mantenga el requisito de un dictamen objetivo en el procedimiento, no parece contradecir la letra ni el espíritu del artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado precisar que dicho dictamen podrá ser evacuado por los órganos consultivos específicos de las Comunidades Autónomas. El dictamen -en cumplimiento del citado artículo 23.2

de la Ley Orgánica del Consejo de Estado- será preceptivo para las comunidades Autónomas en los mismos casos previstos en la Ley Orgánica del Consejo de Estado para el Estado, con la única innovación de ser emitido por un órgano consultivo inserto formalmente en la organización institucional autonómica."

Todas estas consideraciones, aun formuladas en términos generales, se hacían a propósito de un primer anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, materia en la que ha sido tradicional y preceptiva la intervención del Consejo de Estado con carácter previo a la adopción de determinadas resoluciones; pero no contemplaban expresamente el caso de los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones (artículo 22.3 L.O.). Sobre este punto, el Consejo de Estado había adoptado el criterio de que era preceptivo su dictamen en los proyectos de reglamento elaborados por una Comunidad Autónoma en desarrollo de una norma estatal¹⁵, sin pronunciarse sobre los demás.

Pero toda esta posición del Consejo de Estado se basaba en una interpretación prudente y razonada del artículo 22.3 de su Ley Orgánica, cuya constitucionalidad no se ponía en duda. El verdadero problema ha surgido cuando se ha puesto formalmente en duda la constitucionalidad de ese precepto, en la cuestión de inconstitucionalidad 2414/91 antes citada, en la que ha recaído la sentencia de 26 de noviembre de 1992, que sirve de punto de partida a estas observaciones y sugerencias. Dicha sentencia, que recuerda en lo fundamental la doctrina mantenida por este Consejo, ha precisado más el alcance del mencionado artículo 22.3 de la Ley Orgánica, incluso en lo relativo a la elaboración de reglamentos, en términos que es mejor transcribir:

"3 la cuestión que aquí se plantea no es si el Consejo de Estado puede

¹⁵Vid. por ejemplo, Dictamen 437.156/1985, de 21 de marzo.

actuar como órgano consultivo de las Comunidades Autónomas, incluso emitiendo dictámenes preceptivos, cuestión a la que ya se ha contestado afirmativamente, sino si esa intervención puede venir establecida en una ley del Estado y, más concretamente, en la Ley Orgánica del Consejo de Estado y con la amplitud con que se establece en el artículo 23, párrafo segundo."

El Tribunal Constitucional entiende que esta cuestión no puede resolverse por el segundo inciso del artículo 107 de la Constitución, que se limita a establecer una reserva de ley orgánica para la determinación de las competencias del Consejo de Estado pero que en modo alguno puede alterar el régimen de competencias que se deduce del Título VIII; ni tampoco alegando que la intervención del Consejo de Estado constituye un aspecto básico del régimen jurídico de las Administraciones públicas o del procedimiento administrativo común, que es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18ª CE), pues aun reconociendo que esa intervención, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva, que, el legislador podría elevar a la categoría de norma básica,

"4. Sin embargo, esta garantía procedimental debe cohererse con las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido para regular la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1ª CE), de modo que esa garantía procedimental debe respetar al mismo tiempo las posibilidades de organización propia de las Comunidades Autónomas."

Ningún precepto constitucional -a juicio del Tribunal- y menos aún el artículo 107, impide que, en el ejercicio de esa potestad organizativa, las Comunidades Autónomas puedan establecer, en su propio ámbito, órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su composición y competencias.

"5. Pues bien, si una Comunidad Autónoma, en virtud de su potestad de

autoorganización (148.1.1ª CE), crea un órgano superior consultivo semejante, no cabe duda de que puede dotarlo, en relación con las actuaciones del Gobierno y la Administración autonómica, de las mismas facultades que la L.O.C.E. atribuye al Consejo de Estado salvo que el Estatuto de Autonomía establezca otra cosa, y naturalmente sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 153.b), en relación con el 150.2 de la Constitución Española."

Por tanto, cuando existe ese órgano consultivo autonómico, su intervención excluye la del Consejo de Estado, salvo que la Constitución, el Estatuto de Autonomía propio o la Ley autonómica establezcan lo contrario para supuestos determinados. Así lo ha entendido también el legislador estatal en algunas ocasiones expresas, como el artículo 13.1 de la Ley de Bases del Régimen Local¹⁶, el artículo 114.3 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local¹⁷ y los artículos 102 y 103 de la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁸ en los que se exige al dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere o, en su defecto, del Consejo de Estado.

Y como resumen de todo lo dicho, el Tribunal Constitucional concluye con las siguientes consideraciones:

"En consecuencia, y por lo que aquí respecta, no sólo hay que reconocer las competencias de las Comunidades Autónomas para crear, en virtud de sus potestades de autoorganización, órganos consultivos propios de las mismas características y con idénticas o semejantes funciones a las del Consejo de Estado sino, por la misma razón, estimar posible constitucionalmente la sustitución del

¹⁶Ley 7/1985, de 2 de abril.

¹⁷Aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

¹⁸Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

informe preceptivo de este último por el de un órgano superior consultivo autonómico, en relación al ejercicio de las competencias de la respectiva Comunidad, en tanto que especialidad derivada de su organización propia.

"Pero, si es preciso reconocer esa posibilidad de sustitución, también es necesario afirmar que en donde o en tanto semejantes órganos consultivos autonómicos, dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica, no existan, es decir, en aquellas Comunidades Autónomas que no cuenten con esta especialidad derivada de su organización propia, las garantías procedimentales mencionadas exigen mantener la intervención preceptiva del Consejo de Estado, en tanto que órgano al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece."

Doctrina que la sentencia aplica expresamente al supuesto que motivó la cuestión de inconstitucionalidad, que se refiere a la elaboración de reglamentos que se dicten en ejecución de leyes, sin hacer distinción alguna entre si las leyes son de origen estatal o de carácter autonómico.

1.5. Consideración final

Como resumen de todo lo expuesto, la posición institucional del Consejo de Estado en el orden derivado de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, se puede sintetizar en los siguientes puntos:

1º El Consejo de Estado, de larga tradición histórica, es un órgano de relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece.

2º Su función es esencialmente consultiva y no ejerce ningún tipo de control sobre otros órganos.

3º Aunque configurado en principio como órgano consultivo del Gobierno

de la Nación, eso no impide que, en asuntos de su competencia, pueda ser consultado por las Comunidades Autónomas, por conducto de sus respectivos Presidentes.

4º Las Comunidades Autónomas que no cuenten con un órgano consultivo propio y análogo al Consejo de Estado deben consultarlo en todos los casos en que la ley lo exige para la Administración del Estado, incluidos los reglamentos de ejecución de leyes autonómicas, así como sus modificaciones.

5º Después del dictamen del Consejo de Estado no se puede recabar el informe de ningún otro órgano sobre el mismo asunto.

No quedaría completo este diseño si no se añadiera una consideración final.

El Consejo de Estado, desde su fundación, ha tenido una vocación integradora. Nació para que hubiera alguien que se ocupase, con visión de conjunto, de los asuntos que afectaban a todo el Reino sin las limitaciones territoriales o específicas de los antiguos Consejos, ya existentes, de Castilla, de Aragón, de Indias, de Hacienda o de Guerra. Esa visión de Estado ha sido una constante en su trayectoria histórica.

Lo suyo, más que la justicia conmutativa -que eso es asunto de los tribunales- es el Estado como organización y el Derecho como ordenamiento; aunque por exigencias legales, tenga que intervenir también en asuntos de menor alcance que son residuos de otros tiempos o adherencias que se pegan en el camino, como lo fueron en su día los recursos de agravios o pueden serlo ahora los de revisión. Le corresponde, ante todo, velar por el ordenamiento jurídico en su conjunto, con la vista puesta en los valores y en los principios, pero sin olvidar tampoco las exigencias estructurales que garantizan la seguridad jurídica, tales como la jerarquía de las normas, la identidad de las instituciones, la pureza de los conceptos, la terminología unívoca y hasta lo que pudiera llamarse el arte del buen hacer, a fin de conseguir un todo armónico. Cohesión del Estado y armonía del

ordenamiento. Eso es lo esencial.

El Consejo de Estado es consciente de que su función no debe ser un obstáculo para la buena marcha de la Administración activa y de que, en los tiempos presentes, cualquier tipo de asesoramiento ha de ser rápido para que sea eficaz. Si en lo sucesivo se produjera un aumento notable en el número de consultas, habría que habilitar un modo de proceder interno más ágil, que ya está previsto en el artículo 3.2 de su Ley Orgánica, lo

cual permitiría despachar más pronto los asuntos de menos relevancia y estudiar con más sosiego los de interés general.

2. La seguridad jurídica

Sine lege certa, sine iure certo.

2.1 Introducción

La Constitución -dice su artículo 9.3- garantiza la seguridad jurídica, uno de cuyos aspectos fundamentales es el de que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse; lo cual supone, por un lado, un conocimiento cierto de las leyes vigentes, y por otro una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ellas se definen. Estas dos circunstancias -certeza y estabilidad de las normas- son muy importantes en un Estado de Derecho, donde no cabe la posibilidad dialéctica de que se viva "**sine lege certa, sine iure certo**" (D.2.1.1.2)¹⁹.

Entre las instituciones que deben preocuparse de la seguridad jurídica, para que la garantía constitucional se cumpla, figura el Consejo de Estado, cuya misión primordial consiste en velar por la integridad, la calidad y la armonía del ordenamiento jurídico. Su posición institucional, antes expuesta, su intervención preceptiva en el proceso de elaboración de una buena parte de las disposiciones de carácter general y su visión de conjunto del Estado y del Derecho, sitúan a este Consejo en condiciones óptimas para procurar ese objetivo; y el citado precepto de la Constitución le obliga a hacerlo.

Por eso, ha parecido oportuno incluir en esta Memoria algunas observaciones y sugerencias relacionadas con el tema, cada día más preocupante, de la seguridad jurídica, que ya el artículo segundo de la Declaración de Derechos

¹⁹La frase es de Pomponio, refiriéndose al pueblo romano antes de la XII Tablas.

del Hombre y del Ciudadano calificaba de "derecho natural e imprescriptible"²⁰ ; que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha proclamado como principio general del Derecho²¹; y que empieza a inquietar seriamente a los ciudadanos a medida que van tomando conciencia de que se ven constreñidos, en aras de una ficción, a no ignorar un acervo de reglas que les es imposible conocer.

A continuación, se van a explicar las principales causas de la inseguridad.

2.2 La proliferación de normas jurídicas

Hace ya algún tiempo que, desde círculos privados, se viene llamando la atención sobre el alarmante fenómeno de la proliferación de normas jurídicas, al que un insigne tratadista alemán calificó, con expresión gráfica, de "legislación motorizada". Este fenómeno se da especialmente en el campo del Derecho Administrativo, mudable y contingente por naturaleza; alcanza su punto álgido en materia fiscal; y ha llegado a afectar a cuerpos legales tan estables como el Código Civil y a instituciones tan conservadoras como la familia. Por ejemplo, en España, aparte las modificaciones derivadas de la Constitución de 1978 -tales como el divorcio, la no discriminación de la mujer y la supresión de la categoría de los hijos ilegítimos- el capítulo dedicado a la adopción, de por sí bastante estable, que ya había sido reformado por la Ley de 24 de abril de 1958, fue modificado tres veces consecutivas en poco tiempo: por la Ley 11/1981, de 13 de mayo; por la Ley 30/1981, de 7 de junio (o sea, al mes siguiente) y por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

²⁰Literalmente, el artículo habla de la seguridad sin más; pero el Consejo de Estado francés lo invoca a propósito de la seguridad jurídica. Vid. Conseil d'Etat, Rapport public 1991, pág. 15.

²¹Sentencias de 13 de febrero 1979 (asunto 101/78), 8 de marzo 1979 (asunto 130/78), 29 de marzo 1979 (asunto 118/78, etc.).

Para dar una idea de la magnitud del fenómeno en nuestro país, vamos a ofrecer un cuadro estadístico, cuyos datos han sido extraídos del Boletín Oficial del Estado con un margen de error, muy pequeño, debido al desfase que a veces se produce entre la aprobación y la publicación de la norma.

	1970	1980	1990	1991
Leyes orgánicas	-	13	-	13
Leyes ordinarias	44	83	31	31
Decretos-leyes	20	16	7	6
Decretos	3.651	3.196	1.753	1.849
TOTAL	3.715	3.308	1.791	1.899
Nº de páginas ²²	2.663	4.031	8.849	9.498

Esto significa, en primer lugar, que un profesional del Derecho, un juez, un funcionario o incluso un ciudadano cualquiera que quiera estar al día en la producción jurídica estatal ha tenido que leerse en el año 1991 un promedio de casi 30 páginas diarias (domingos incluidos) de nuevas disposiciones, si bien una parte de ellas, aunque no la más larga, carece de contenido normativo propiamente dicho, pues en realidad se trata de actos administrativos que revisten la forma de Real Decreto. A cambio de esto, no hemos incluido en la relación numérica la serie no despreciable de disposiciones de inferior rango, entre las que se encuentran algunas tan importantes como las Circulares del Banco de España.

²²En un repertorio corriente de legislación.

Volviendo al análisis del cuadro, pudiera parecer, a primera vista, que la curva de producción de normas jurídicas ha iniciado una marcada tendencia descendente a partir del año 1989; lo cual es cierto por lo que se refiere a las normas estatales. Pero ese falso espejismo se disipa al contemplar la abrumadora estadística de las diecisiete Comunidades Autónomas puestas a producir normas, a medida que iban ejerciendo las competencias asumidas en virtud de sus Estatutos, como se ve en el siguiente gráfico, cuya fuente de información ha sido el Ministerio para las Administraciones Públicas:

	1980	1990	1991
Leyes de la CC.AA.	6	136	205
Decretos CC.AA.	²³	3.727	4.801
TOTAL		3.863	5.006

sin que valga la pena, para los efectos que aquí se persiguen, hacer un desglose por Comunidad.

Según se desprende de un conocido repertorio de legislación administrativa, el número de disposiciones estatales (solamente administrativas) vigentes en el año 1990 ascendía a la cifra de 12.488, que no pueden manejarse ni con un ordenador personal²⁴.

Y no sólo va aumentando el número de disposiciones sino que cada vez son

²³No se cuenta con datos estadísticos sino a partir del año 1982.

²⁴Cifra ciertamente modesta comparada con la de 82.000 disposiciones reglamentarias vigentes en Francia en el año 1991, según estimación del Conseil d'Etat, Rapport n° 43; o con las 21.000 que, según el Banco de Datos "Celex" de las Comunidades Europeas, constituye el acervo comunitario.

más largas, como se deduce del número de páginas que ocupan, según el primero de los cuadros.

No se trata de poner en tela de juicio este modo de proceder. Seguro que todas y cada una de las normas dictadas tuvieron en su momento alguna razón de ser. Es más, sin necesidad de descender al detalle, bastaría con apuntar unas cuantas razones generales para explicar en buena parte el fenómeno de la proliferación de normas jurídicas: empezando por la incorporación de España a las Comunidades Europeas que ha obligado a transponer al ordenamiento interno del orden de 300 Directivas y a tener en cuenta los Reglamentos que son de aplicación directa; luego, el fomento de las relaciones internacionales conduce a la suscripción de numerosos tratados que también se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico y a veces requieren disposiciones de ejecución; finalmente, y esta es la razón principal, la constante expansión de la acción administrativa obliga a dictar multitud de normas, incluso de marcado carácter técnico, como las reglamentaciones técnico-sanitarias o las llamadas normas de edificación, que se suceden vertiginosamente unas a otras, a la zaga del progreso tecnológico.

Pero alguna otra causa debe haber para explicar la notable diferencia que existe entre el número de Reales Decretos que se dictan anualmente en España y el promedio de 1.200 a 1.500 Decretos anuales que viene habiendo en Francia, de los cuales sólo son normativos unos 600, y concretamente 680 en el año 1991.²⁵

Es verdad que este fenómeno de la profusión de datos, característico de nuestro tiempo, no se da sólo en el campo del Derecho; pero en los demás sectores no pasa de ser una oferta, que amplía las posibilidades de elección que tiene el individuo, mientras que las leyes y los reglamentos son una imposición que de algún modo restringe esas posibilidades.

²⁵Fuente de información: Conseil d'Etat. Rapport n° 43.

En todo caso, es una de las causas de la inseguridad jurídica.

2.3 La inestabilidad de las normas

Otra de las características de nuestro tiempo, que produce una gran inseguridad, es la poca estabilidad de las normas jurídicas, incluso de las de superior rango. Las leyes centenarias o longevas, como la de Aguas de 1879, las de Registro Civil de 1870, la Orgánica del Poder Judicial del mismo año, la Ley Hipotecaria de 1861, son raros ejemplares que no volverán a repetirse. Se diría que a medida que aumenta la esperanza de vida de los hombres disminuye, con mayor rapidez aún, la de las normas. Lo cual es natural y se acompasa con el ritmo de cambio de la sociedad moderna.

Es justo reconocer que la Constitución de 1978 ha significado un cambio tan grande y tan fecundo en la configuración del Estado y de la sociedad que ha obligado a renovar casi todo el ordenamiento jurídico español: Código Civil, Código Penal (todavía en proceso), Código de Comercio, Código de Justicia Militar, Ley Orgánica del Poder Judicial, Leyes de Enjuiciamiento, Leyes Orgánicas reguladoras de los derechos fundamentales, nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Leyes de régimen local, Leyes tributarias, Ley de Aguas, Ley del Suelo, Ley de Costas, Ley de Puertos y de la Marina Mercante, Ley de Carreteras, etc. Nunca en la historia de España se había producido una actividad legislativa tan amplia y una reforma tan profunda como la que se ha llevado a cabo a partir del año 1979. Todo esto era necesario y, a pesar de haber estado expuestos los proyectos en su tramitación parlamentaria, verdaderamente democrática, a toda clase de enmiendas con efectos no siempre coherentes, entre sí, el resultado obtenido es de cierta calidad y no tiene por qué no ser duradero. No son estos los cambios a los que nos referimos.

Donde la inestabilidad de las normas es verdaderamente llamativa es en el ámbito de la potestad reglamentaria, y sobre todo en materia fiscal, en la que muchas veces da la impresión de que se procede por impulsos, a propósito de casos singulares, sin tener en cuenta la desorientación general que esto produce, lo perturbador que cualquier cambio suele ser para los sujetos pasivos (aunque sólo sea en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones formales) y el costo que representa para la propia Administración tributaria que, en el mejor de los casos, tiene que cambiar sus programas informáticos y destruir una serie de impresos inservibles.

El siguiente cuadro puede ser ilustrativo del número de cambios que se vienen efectuando cada año en la reglamentación de los principales impuestos, sin comprender las modificaciones -más importantes sin duda- que se introducen también anualmente en la leyes tributarias sustantivas por vía del articulado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado:

	1970	1980	1990	1991
I.R.P.F.		36	24	30
Imp. Sociedades		26	26	25
I.V.A.			24	19
Otras disp.fiscales	153	265	121	117

No se incluyen en este cuadro las disposiciones adoptadas por orden ministerial, resolución o circular, que son de gran impacto porque suelen afectar a las obligaciones formales o al calendario del contribuyente.

Para no hablar en abstracto ni incurrir en detalles poco relevantes, vamos a

referimos, dentro de este apartado de la inestabilidad, a algunos de los cambios introducidos en un impuesto tan general como el de la renta de las personas físicas.

La primera Ley reguladora de este impuesto se promulgó el 8 de septiembre de 1978, para que se aplicase a las rentas e incrementos patrimoniales obtenidos a partir de 1º de enero de 1979. Pues bien, antes de esta fecha se dictó la Ley del Impuesto sobre Sociedades, de 27 de diciembre de 1978 y en su disposición adicional tercera se modificaban los artículos 3º, 19,22 y 23 de la del I.R.P.F. que todavía no se habían aplicado. Y, a partir de entonces, en todas las Leyes de Presupuestos Generales del Estado -salvo la de 30 de diciembre de 1991²⁶- se han ido introduciendo modificaciones importantes en el régimen jurídico de este impuesto, unas con vigencia exclusiva para el ejercicio económico correspondiente -en uso de la autorización contenida en la adicional segunda de la Ley 44/1978, que permitía introducir por esa vía determinadas modificaciones por razones de política económica- y otras por tiempo indefinido. Lo cual, sin entrar a discutir caso por caso la corrección del procedimiento, ni las razones circunstanciales que avalasen la reforma, denota, cuando menos, cierta inestabilidad en el manejo de un instrumento capital del sistema tributario.

Aparte de estas alteraciones con rango de Ley, todos los años se han hecho del orden de 20 a 25 innovaciones reglamentarias en la gestión del impuesto -a veces sólo para aprobar nuevos modelos de declaración, que es una de las medidas más perturbadoras- como se observa en el cuadro estadístico que figura más arriba, y que en el año 1992, al que esta Memoria se refiere, consisten en las siguientes:

- Resolución de 26 de diciembre de 1991 (publicada en enero de 1992) sobre declaraciones de retenciones a cuenta.

²⁶Porque acababa de aprobarse la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

- Orden de 7 de enero de 1992, por la que se aprueba el modelo de declaración de retenciones practicadas en adquisición de inmuebles a no residentes sin establecimiento permanente.

- Orden de 29 de enero de 1992, que aprueba un nuevo modelo de declaración de retenciones e ingresos a cuenta.

- Rectificación de la anterior llevada a cabo en el Boletín Oficial del Estado de 14 de febrero de 1992.

- Orden de 29 de enero de 1992 relativa a la declaración censal de comienzo, modificación o cese de actividad empresarial o profesional.

- Orden de 31 de enero de 1992 sobre la declaración por obligación real de contribuir.

- Orden de 26 de febrero de 1992 sobre aplicación de la modalidad de signos, índices o módulos en el método de estimación objetiva singular, rectificada en el Boletín Oficial del Estado del 27 de marzo.

- Real Decreto 240/92, de 13 de marzo, sobre declaración simplificada del año 1991.

- Real Decreto 241/92, de 13 de marzo, sobre incentivos fiscales a la inversión en Canarias.

- Orden de 26 de marzo de 1992, de aprobación de nuevos modelos 130 y 131 para pagos fraccionados.

- Real Decreto 292/92, de 27 de marzo, por el que se prorroga el plazo de presentación de declaraciones-liquidaciones correspondientes al primer trimestre de 1992 de determinados sujetos pasivos en régimen de estimación objetiva a quienes sea aplicable el régimen especial simplificado del IVA.

- Orden de 27 de marzo de 1992, por la que se prórroga el plazo de liquidación del primer trimestre que deben efectuar los sujetos pasivos en régimen de estimación objetiva por signos, índices y módulos.

- Orden de 31 de marzo de 1992, sobre las declaraciones correspondientes al ejercicio anterior.

- Orden de 2 de abril de 1992, sobre pago fraccionado semestral en determinadas actividades agrícolas, ganaderas, forestales y pesqueras.

- Resolución de 22 de abril de 1992, sobre intervención del Servicio de Correos en recogida, clasificación y entrega de declaraciones.

- Resolución de 11 de mayo de 1992, por la que se dictan instrucciones en relación con ingresos o solicitudes de devolución de residentes en el extranjero sujetos por obligación personal.

- Real Decreto 753/92, de 26 de junio, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de 30 de diciembre de 1991 (o sea, que no tenían ni seis meses de vigencia).

- Orden de 30 de junio de 1992, por la que se aprueban normas y modelo 132 para el pago fraccionado del primer semestre de 1992, en

relación con determinadas actividades agrícolas, ganaderas, forestales y pesqueras.

- Orden de 30 de julio de 1992, sobre declaración mensual de retenciones por rendimientos del capital.

- Orden de 5 de octubre de 1992, sobre ejecución de premios literarios, artísticos o científicos relevantes.

- Orden de 24 de noviembre de 1992, por la que se aprueban los modelos 190 y 191.

- Orden de 26 de noviembre de 1992, sobre el método de estimación objetiva.

De esta farragosa lista se desprende que en un solo año, además de cuatro modificaciones con rango de Ley en el régimen general de I.R.P.F., ha habido diez cambios de modelos de declaración y quince innovaciones reglamentarias, que no

son pocas teniendo en cuenta que el Reglamento es de 30 de diciembre del año anterior.

Así se comprende que, según un estudio realizado en el año 1992 por el Instituto de Estudios Fiscales, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, un 68% de los contribuyentes tengan que recabar los servicios de un asesor fiscal para su declaración del Impuesto sobre la Renta; el cumplimiento de las obligaciones formales suponga un costo de más de 87.000 millones de pesetas; y que la mayoría de los contribuyentes se quejen de la complejidad de la tarea y de los frecuentes cambios legislativos.

Esto que ha ocurrido en el régimen jurídico del I.R.P.F. se ha producido también con parecido ritmo, en el Impuesto sobre Sociedades y en el I.V.A., y no es nada comparado con lo que suele pasar en los Impuestos Especiales.²⁷

No se cuestiona aquí la necesidad y el acierto de todas estas reformas. Tampoco se pretende ahora sugerir que algún día habrá que pensar en cambiar el sistema, prescindiendo de dogmas académicos que el tiempo se encarga de desmitificar. Lo único que se quiere poner de manifiesto, con datos concretos, es la inestabilidad de las normas, en éste y en otros sectores del ordenamiento jurídico y recordar el principio "**legem patere quam fecisti**", que aunque suele traerse a colación a propósito de la inderogabilidad singular de los reglamentos, tiene una significación mucho más amplia que no debieran olvidar los que se apresuran a introducir "mejoras".

²⁷Puede resultar ilustrativo el siguiente dato: Los impresos que una empresa mediana, tiene que rellenar para pagar sus impuestos al Estado miden 12.30 metros de longitud (41 páginas). Si exporta a países de la CEE, hay que añadir a esto las correspondientes declaraciones del IVA. Lo cual pone de manifiesto el trastorno que para los sujetos pasivos significa cualquier cambio, no ya de la normativa, sino de los impresos. En Francia, en 1991, los impresos a rellenar medían 3.60 metros (Vid. Conseil d'Etat, Rapport 1991, pág. 19).

2.4 La degradación de las normas

La tercera causa de inseguridad jurídica es lo que pudiéramos llamar la degradación, más que de la técnica, del rigor con que deben elaborarse las disposiciones de carácter general, cualquiera que sea su rango²⁸, defecto que es una secuela casi inevitable del exceso de producción: a mayor producción, menor calidad.

Si esto no fuera más allá de cuestiones de redacción, de sistemática o de terminología, sería lamentable pero no inquietante; lo malo es cuando la degradación repercute en la seguridad jurídica, que es una garantía constitucional para los ciudadanos; riesgo que se produce cuando no se sabe con certeza cuáles son las normas que están vigentes, cuando es difícil localizarlas y cuando, aun teniéndolas a mano, no se entienden.

2.4.1 Actualmente, hasta para un experto profesional del Derecho es difícil señalar con certeza cuáles son las normas vigentes sobre determinada materia administrativa en un momento dado. El principio **iura novit Curia** ha pasado a ser una mera presunción, bastante pretenciosa por cierto, si es que alguna vez fue verídico.

Aparte de la incertidumbre que se deriva del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de la dificultad añadida que resulta de la jurisprudencia constitucional -al declarar que una parte de las competencias calificadas de exclusivas son en realidad compartidas- esa falta de certeza, esa inseguridad nace de que las nuevas normas no contienen una disposición derogatoria precisa sino redactada en términos genéricos referidos a toda regla

²⁸El Consejo de Estado lo ha ido advirtiendo en muchos dictámenes, cuya posición se resume en la Memoria del año 1990.

anterior, de igual o inferior rango, que se oponga a lo ordenado en la presente; lo cual entraña una doble dificultad: la de encontrar todas las normas anteriores sobre la misma materia y la de averiguar si se oponen o no a lo dispuesto en la nueva.

Ya la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, adelantándose notablemente a la previsión de otros países, estableció que no podría formularse ninguna propuesta de nueva disposición sin acompañar al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, y sin que en la nueva disposición se consignen expresamente las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas (art. 129.3), precepto no siempre bien entendido porque, a veces, en informes preceptivos, se ha formulado la observación de que no se incluía en el proyecto, como anexo, la tabla de vigencias, cuando lo único que exige la Ley es que figure en el expediente, no que se incorpore al texto normativo; y, olvidado con frecuencia, no por otra razón sino porque no hay quién sepa qué es lo que se deroga y qué es lo que continúa vigente.

Debe reconocerse que, a partir de entonces, las Leyes suelen incluir una disposición derogatoria específica y detallada, cosa que no ocurre siempre en las disposiciones reglamentarias, como puede comprobarse en el Boletín Oficial del Estado del año 1992, sin ir más lejos.

2.4.2 Otra falta de rigor en la elaboración de las normas, que repercute en la seguridad jurídica, consiste en situarlas tan fuera de contexto que resulta poco menos que imposible su localización. Esto ocurre sobre todo con las disposiciones que los franceses llaman "**cavaliers**", o sea "a caballo de" otra, que suele ser la de Presupuestos Generales del Estado.²⁹ La que aprobó los Presupuestos para el año

²⁹El Consejo de Estado en la Memoria de 1986 consideró conveniente sugerir al Gobierno la oportunidad de someter a una reflexión crítica la práctica que se venía siguiendo de utilizar la Ley de Presupuestos para introducir innovaciones sustantivas en diversos sectores del ordenamiento jurídico. Estas consideraciones tienen un autorizado respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,

1992 contiene 30 disposiciones adicionales y 7 disposiciones finales que poco o nada tienen que ver con la gestión presupuestaria ni siquiera con la política económica general y que se refieren a materias tan diversas como la Ley 38/1988 de demarcación y planta judicial, la Ley 21/1974 sobre régimen jurídico de las exploración, investigación y explotación de hidrocarburos, la publicación anual de un censo de importadores y exportadores, la Ley 82/1980 sobre aprovechamiento de la energía solar, la Ley 8/1988, en lo relativo a infracciones y sanciones en el orden social, el Texto refundido de la Ley del Suelo, la Administración turística española, y los centros sanitarios del Instituto Nacional de la Salud; todo lo cual, además de no estar de acuerdo con la naturaleza y la vigencia ideal de una Ley de Presupuestos, introduce cuando menos un factor de confusión en el ordenamiento jurídico.

Mas no es éste el único caso de normas "a caballo de" otras; se da también, con mayor razón, en las disposiciones sobre medidas urgentes de carácter económico-financiero, casi siempre adoptadas por Decreto-ley, como el de 21 de julio de 1992, e incluso en leyes ordinarias, de la que tal vez sea el exponente máximo la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que entró en vigor el 1º de enero de 1992 y contiene 24 disposiciones adicionales que modifican, entre otras, la Ley general Tributaria, la Ley del Impuesto sobre Sociedades, la Ley de régimen fiscal de determinados activos financieros, el Estatuto de los Trabajadores en lo relativo al cese por causas tecnológicas o económicas, la Ley del Mercado de Valores, varios artículos de anteriores Leyes de Presupuestos igual de heterogéneos, la Ley reguladora de las Haciendas Locales, la Ley reguladora de las Sociedades de Inversión Colectiva, el régimen de

siendo de mencionar, como más expresiva, la Sentencia del T.C. de 18 de mayo de 1992. La cuestión fue objeto de estudio en el dictamen del Consejo de Estado 859/92, de 25 de junio.

la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la propia Ley del I.R.P.F., introduciendo excepciones a lo establecido en su artículo 48 y en la disposición final segunda antes de que entraran en vigor.

Debe reconocerse, no obstante, que este desorden legislativo -impuesto a veces por exigencias de armonización- está atemperado en algunos casos (como el de las modificaciones de la Ley General Presupuestaria o de la Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades) por el procedimiento de ofrecer una redacción completa de los preceptos afectados por la reforma, y que sería muy difícil proceder de otro modo. Porque más que un defecto de procedimiento es un fallo del sistema.

El mismo defecto en el modo de proceder es imputable a las disposiciones de contenido múltiple, de las que sólo vamos a citar un ejemplo, que fue tímidamente advertido en el dictamen de este Consejo nº 1763/92 de 28 de diciembre y cuyo enunciado esclarecedor ha quedado redactado en estos términos: "Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido y se modifica el Real Decreto 1041/1990, de 27 de julio, por el que se regulan las declaraciones censales que han de presentar a efectos fiscales los empresarios, los profesionales y otros obligados tributarios; el Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo, por el que se regula la composición y la forma de utilización del número de identificación fiscal; el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, y el Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre, por el que se establece el procedimiento de aplicación de las Directivas de la Comunidad Económica Europea sobre intercambio de información tributaria". Cinco materias distintas en un solo Real Decreto.

2.4.3 Finalmente, mucho contribuye también a la degradación del

ordenamiento jurídico la deficiente técnica normativa.

Al redactar un proyecto de disposición de carácter general debiera tenerse siempre en mente la idea de que una norma jurídica es un imperativo, por lo general condicionado, que ordena, permite o prohíbe. Todo lo que sea salirse de ahí denota, cuando menos, una falta de rigor. Las motivaciones, las declaraciones de intenciones, incluso las llamadas habilitaciones legales a cuyo amparo se dicta la disposición tienen su lugar adecuado en el preámbulo, pero no deben llevarse a la parte dispositiva.

Dentro de esta última, es muy importante, para que se entienda el contenido de la norma, el rigor terminológico y la sintaxis adecuada; pero, sobre todo, hay dos tendencias que conviene evitar: los incisos, que representan otras tantas salvedades intercaladas en el precepto, y las remisiones frecuentes a otros artículos de la misma disposición que la convierten en un laberinto sin salida. Lo cual se debe al deseo, tan loable como pueril, de que no se escape nada en la previsión normativa.³⁰

El Consejo de Estado reconoce la dificultad de llevar a la práctica estas ideas en un sistema jurídico de regulación omnicompreensiva donde, por si fuera poco, entre la Ley y la jurisprudencia se intercala, en la esfera administrativa, la potestad reglamentaria; por eso, aun a riesgo de que sus observaciones puedan ser tachadas de abstractas, no se citan aquí ejemplos concretos de algunas deficiencias de técnica normativa en proyectos que le han sido consultados a lo largo del año 1992. Pero no puede menos de recordar los principios, para que sirvan de orientación a los que elaboran los proyectos en el seno de la Administración activa

³⁰El Tribunal Constitucional, en una reciente sentencia de 21 de enero de 1993, lo ha expresado mejor con estas palabras: "...el conjunto a veces muy complejo de remisiones en cadena y hasta de reenvíos mutuos, a su vez con salvedades o excepciones de excepciones que enturbian el entendimiento de la **voluntas legis**.

y para tenerlos él mismo en cuenta en el desempeño de su función consultiva, uno de cuyos objetivos primordiales consiste en procurar la calidad del ordenamiento jurídico, y eso es lo que le lleva a hacer en sus dictámenes observaciones minuciosas, incluso de redacción.

Claro está que para cumplir bien dicha función necesita disponer de un mínimo de tiempo, cosa que no ocurre en la mayor parte de los casos, ya que los proyectos de disposiciones de carácter general que se remiten en consulta al Consejo de Estado o van con declaración de urgencia o se urge su despacho cuando no la llevan, especialmente en materias de Hacienda,³¹ habiéndose llegado a situaciones límite en este modo de proceder (Dictamen 1763/92, de 28 de diciembre).

Y no estaría de más introducir en sus métodos de trabajo un contacto directo entre el Centro del que procede el proyecto de disposición que se consulta y la Sección del Consejo encargada del despacho, como se hace en el Consejo de Estado francés.

³¹De 50 consultas de esta naturaleza formuladas por el Ministerio de Economía y Hacienda en el año 1992, 28 llevaban declaración de urgencia y las otras hubo que despacharlas con premura.

2.5 Conclusión

No es nada probable que se vaya a frenar la marcha acelerada en la producción de normas jurídicas, sobre todo de carácter administrativo. Es un signo de los tiempos.

Tampoco cabe esperar por ahora una mayor estabilidad de las normas y menos aún de las de carácter fiscal.

Pero algún día habrá que hacer algo en aras de la seguridad jurídica. Pues así como el Derecho Civil, desde sus comienzos, es el Derecho de los hombres libres y fomenta el desarrollo de la persona, gracias a la familia, y a la propiedad, el Derecho Administrativo lleva en sí un germen de servidumbre (**ad manus trahere**) porque en él predomina la idea de servicio y porque todo reglamento es, a la par que una garantía del orden, un freno para la libertad de acción; también de la acción administrativa. La misma Administración se ha percatado de ello y, al verse atrapada en sus propias redes -dicho sea en términos dialécticos-, se ha visto en la necesidad de emprender lo que se ha llamado la "huída" del Derecho Administrativo, en busca de fórmulas de Derecho privado que le permitan actuar con agilidad y eficacia; y ya empieza a huir también de la rigidez del derecho Fiscal con la distinción entre tasas (sometidas a los principios de legalidad, equivalencia y capacidad) y precios públicos, que pueden establecerse por orden ministerial³². Pero los administrados no tienen esa posibilidad, salvo algunas empresas que buscan los "paraísos jurídicos", como antes huyeron hacia los "paraísos fiscales".

Sin embargo, el hecho de que de momento no se vea solución al agobiante problema de los dieciocho diarios oficiales dedicados a la publicación de nuevas normas jurídicas, no significa que no pueda haberla o que se haya llegado al

³²Ley 8/1989, de 13 de abril.

umbral del "**lasciate ogni speranza**"³³. Alguna solución tendrá que haber o para remover las causas o para dominar la situación sin que padezca la seguridad jurídica.

El Consejo de Estado, después de exponer los hechos y a sabiendas de que no descubre nada nuevo, quiere:

1° Llamar la atención del Gobierno sobre el grave problema de la proliferación e inestabilidad de las normas jurídicas, sobre todo en materia administrativa y fiscal, recordando el principio "**legem patere quam fecisti**".

2° Ofrecer al Gobierno su colaboración, en el ejercicio de la función consultiva, para procurar la calidad de las disposiciones generales que le sean consultadas.

3° Sugerir al Gobierno que encargue a alguna de sus dependencias -como se ha hecho en algún otro país- el estudio riguroso de este fenómeno, haciendo caso omiso de dogmatismos que el tiempo se encarga de desmitificar.

³³Dante, La Commedia, I, canto terzo, 9.

3. La recepción del Derecho Comunitario³⁴

Quod autem gentium, idem

civile esse debet

(Cicerón, *De off.* III, 17)

3.1 La labor del Consejo de Estado

Desde que el Reino de España se adhirió a los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, el Consejo de Estado ha sido consultado en numerosos asuntos relacionados con la incorporación del llamado Derecho Comunitario a nuestro ordenamiento interno y, en consecuencia, ha ido elaborando sobre este tema un cuerpo de doctrina caracterizado por el rigor jurídico, la receptividad abierta y el sentido europeísta que corresponde a su filiación histórica.

El día siguiente a la firma del Tratado de Adhesión, emitió el dictamen número 47.939/85, de 13 de junio, sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado, y ya en esa primera ocasión se percató de que no se estaba en presencia de un tratado internacional cualquiera sino de un nuevo orden jurídico, con su propio sistema de fuentes, que implicaba la cesión, en favor de unos organismos infranacionales, de determinadas competencias derivadas de la Constitución.

Poco después le fue remitido en consulta el anteproyecto de Ley de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas, a propósito del cual³⁵ y partiendo, por un lado, de la premisa indiscutible de que la citada adhesión de España implicaba la aceptación del llamado "acervo

³⁴Esta expresión figura en el dictamen 421/92, de 9 de abril, ap.II de las consideraciones.

³⁵Dictamen nº 48.377/85, de 5 de noviembre.

comunitario" y, por otro, del principio de autonomía institucional de los Estados miembros para determinar el modo de llevar a cabo la recepción -proclamando en numerosas ocasiones por el Tribunal de Justicia de la CE-, analizó las diferentes técnicas normativas utilizables, para centrar su dictamen en la delegación legislativa recepticia y en los requisitos que debía reunir en cuanto a la forma de la delegación, al ámbito material de la misma (que era más difícil de precisar) y al plazo para ejercerla, terminando con algunas consideraciones sobre el control del ejercicio de la delegación y la conveniencia de introducir en el anteproyecto alguna cláusula de salvaguardia de las competencias asumidas, en su caso, por las Comunidades Autónomas.

En el Boletín Oficial del Estado del 30 de diciembre de 1985 se publicó la Ley 47/85, de 27 de diciembre, de Bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas, cuyo artículo 4º dispuso:

"El Consejo de Estado dictaminará los proyectos de Decretos legislativos que hayan de aprobarse por el Gobierno en ejercicio de la delegación que en esta Ley se confiere, así como cuantas disposiciones reglamentarias se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de la normativa comunitaria europea, de conformidad con los términos establecidos en su propia Ley Orgánica."

Y de acuerdo con esta disposición, el Consejo de Estado, unas veces en Pleno y otras en Comisión Permanente -conforme a los términos de su propia Ley Orgánica-, ha venido dictaminando no sólo los proyectos de Decretos Legislativos y de disposiciones reglamentarias que hubo que dictar para adaptar al ordenamiento comunitario las treinta y seis normas con rango de Ley incluidas en el Anexo de la delegación legislativa y para recibir en el Derecho interno las setenta Directivas y Decisiones comunitarias que se relacionan en el mismo Anexo, sino también todas las disposiciones reglamentarias que se han venido dictando en lo sucesivo en ejecución, cumplimiento o desarrollo de las normas

comunitarias, lo que solamente en el año 1992, al que se refiere esta Memoria, representa una cifra de cuarenta y tres consultas.

Ya se comprende, por esta simple enumeración de datos, que el Consejo de Estado, en el desempeño de su función consultiva, ha tenido que plantearse numerosas cuestiones relacionadas con la recepción del Derecho Comunitario; desde problemas de terminología -como el de preferir la palabra "directiva" a "directriz", entre las que se usaban al principio, o el descartar el término "implementación" utilizado por algunos autores en lugar de "transposición", que es el que ha prevalecido- hasta cuestiones estructurales del ordenamiento jurídico, que son o deben ser el objeto primordial de su atención, sin olvidar la depuración de conceptos y la técnica normativa.

A esas cuestiones estructurales sobre las que se ha pronunciado el Consejo de Estado es a las que vamos a referirnos a continuación haciendo al hilo del discurso, algunas observaciones y sugerencias para su correcto tratamiento.

3.2 La autonomía del ordenamiento comunitario

El derecho comunitario, como conjunto de normas que regulan la organización, las competencias y el funcionamiento de las Comunidades Europeas, constituye un ordenamiento jurídico singular, distinto del Derecho internacional y autónomo frente al Derecho interno de cada Estado miembro; un ordenamiento que tiene sus propias fuentes, que se desarrolla en el ejercicio de auténticas potestades normativas, y que va penetrando e impregnando los sistemas jurídicos nacionales en un incesante proceso de integración política, económica y social.

La singularidad del ordenamiento comunitario respecto del Derecho internacional radica en que los tratados constitutivos de las Comunidades, aun siendo verdaderos tratados internacionales, **no son como los otros** a efectos de interpretación y aplicación, ya que tales tratados no solamente implican la

sumisión de las Altas Partes contratantes a unas reglas de comportamiento establecidas de común acuerdo, sino que comprometen a los Estados miembros a someterse a unas normas cuyo contenido ignoran, que serán elaboradas por órganos supranacionales y serán obligatorias -directa o indirectamente- tanto para las Partes cuanto para sus ciudadanos.³⁶

La autonomía frente al ordenamiento interno de cada país se manifiesta, aparte del distinto origen de las normas, en que las comunitarias son a veces de aplicación directa y siempre reciben su vigencia de otras instancias que les atribuyen la primacía. Estas dos notas características -la aplicabilidad directa y la primacía- han sido proclamadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades en numerosas sentencias³⁷ y son las que permiten hablar con propiedad de autonomía del Derecho Comunitario³⁸, el cual, por decirlo con palabras del mismo Tribunal,

³⁶ El Consejo de Estado lo ha expresado en estos términos: "Los Derechos estatales establecen con el Derecho internacional relaciones de sometimiento y coordinación que obligan a los Estados a adaptar sus ordenamientos a las exigencias de la Comunidad internacional. Pero dicha adaptación, aunque a veces sea automática, como dispone el artículo 96 de nuestra Constitución, es siempre imprescindible, porque los sujetos de Derecho internacional y de Derecho interno son distintos y las esferas de aplicación de ambos Derechos se mantienen separadas. En cambio las relaciones del Derecho comunitario con el Derecho nacional son relaciones de integración. Las normas y las instituciones comunitarias están destinadas a integrarse y a coexistir como las de Derecho interno. Y tal integración se manifiesta en la comunidad de sujetos y de garantías que se da entre ambos Derechos: en efecto, los sujetos del Derecho interno lo son a la vez del Derecho comunitario y tienen acceso a los mecanismos que aseguran el cumplimiento de las normas de uno y otro ordenamiento" (Dictamen 421/92, de 9 de abril).

³⁷ Que arrancan de la de 5 de febrero de 1963, as. 26/62 Van Gend & Loos (sobre la aplicabilidad directa) y la de 15 de julio de 1964, as. 6/64 Costa-ENEL (sobre la primacía).

³⁸ Esta configuración tiene además la ventaja de que se mantiene en el plano de

constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales³⁹.

Cómo se articula todo esto con el orden constitucional de los países miembros, y más concretamente de España, es la primera cuestión que hubo de plantearse el Consejo de Estado a propósito de la ratificación del Tratado de Adhesión de 12 de junio de 1985⁴⁰. Según el artículo 22.1 de la Ley Orgánica de este órgano consultivo, la Comisión Permanente debe ser consultada en todos los tratados o convenios internacionales sobre si es necesaria la previa autorización de las Cortes para la prestación del consentimiento del Estado, lo que le obligó a examinar el Tratado en cuestión para ver si encajaba en alguno de los cinco supuestos que enumera el artículo 94.1 de la Constitución. Pues bien, en este caso el Consejo de Estado, como dijimos antes (*supra* 3.1), no tuvo la menor duda de que este tratado **no era como los otros**, de que el camino a seguir para su recepción en el ordenamiento interno no era la vía ordinaria del artículo 94 de la Constitución sino la específica del artículo 93, según el cual: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución", atribución que era la característica diferencial de este tratado.

Se recordaba en el dictamen⁴¹ que los constituyentes, al redactar el citado artículo 93, tenían la mente puesta en la eventual adhesión de España a las Comunidades Europeas, como resulta del debate que tuvo lugar en la sesión

lo estrictamente jurídico, sin implicaciones sobre la forma política de la CE que serían, cuando menos, prematuras.

³⁹Sentencia 15.7.64, antes citada.

⁴⁰Dictamen 47.939/85, antes citado.

⁴¹Consideración segunda.

plenaria del Senado celebrada el 30 de septiembre de 1978, e incluso del tenor literal del precepto que, al final, habla de organismos "supranacionales", calificación que la doctrina ha reservado para las Comunidades Europeas⁴². Claro está que la aplicabilidad del artículo 93 de la Constitución Española no se agota con la adhesión dicha, pero no cabe negar que este acontecimiento era el supuesto paradigmático contemplado por las Cortes.

Partiendo de ese enfoque, el Consejo de Estado llegaba a la conclusión de que los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, a los que España se adhería, atribuyen a sus organismos el ejercicio de algunas competencias derivadas de la Constitución, lo que supone una innovación en el sistema de fuentes del Derecho interno y una alteración relevante del orden de competencias asignadas a los poderes públicos, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. En primer lugar --aparte de la potestad normativa que ejercen las instituciones comunitarias con una libertad de acción comparable a la de los órganos legislativos nacionales- hay normas y decisiones comunitarias de aplicación directa, que penetran en el ordenamiento interno sin el soporte de ninguna disposición nacional, tales como los reglamentos de la CEE y las decisiones de la Alta Autoridad de la CECA; en segundo término, las instituciones comunitarias ejecutan directamente ciertas medidas previstas en el Derecho Comunitario sin necesidad de intervención alguna de las Administraciones nacionales; y finalmente, en materia jurisdiccional, el Tribunal de Justicia no sólo es competente para enjuiciar el recurso de incumplimiento contra un Estado miembro sino que

⁴²Debe reconocerse que esta previsión constitucional, de la que no faltaban precedentes en Alemania y en Italia, allanó mucho el camino, evitando las dificultades con las que tropezaron otros Estados miembros, de tradición dualista, que tuvieron que modificar su Constitución (Países Bajos) o violentar algunos de sus principios (Reino Unido).

también tiene reservado en exclusiva el reenvío prejudicial, auténtica piedra angular del sistema, en virtud del cual cuando se plantee ante un órgano jurisdiccional interno, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso, una cuestión relativa a la interpretación de los Tratados, dicho órgano viene obligado a someterla al Tribunal de Luxemburgo, lo cual supone una excepción a la competencia que el artículo 123.1 de la Constitución atribuye al Tribunal Supremo. Y terminaba el Consejo de Estado recordando, aunque sin hacerlas suyas, las palabras del Tribunal de Justicia, en la sentencia de 15 de julio de 1964 antes citada, al decir que la transferencia de competencias operada por los Estados en beneficio del ordenamiento jurídico comunitario implica una limitación definitiva de sus derechos soberanos. Pero, aun prescindiendo de esta cita -que no tenía en este caso más valor que el de **obiter dicta**- lo que sí estaba claro en el dictamen es que se iba a operar, en favor de instituciones supranacionales, una cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución y que la vía para articular esa cesión dentro del orden constitucional era la del artículo 93. De acuerdo con este planteamiento se dictó la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto por la que se autorizaba la ratificación del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, firmado el día 12 de junio anterior, que había de entrar en vigor el 1º de enero de 1986.

3.3 Integración del Derecho Comunitario en el ordenamiento interno

3.3.1 La adhesión de España a las Comunidades Europeas implicaba la aceptación del llamado **acervo comunitario**, integrado por el Derecho originario (Tratados constitutivos) y por el Derecho derivado (normas y decisiones adoptadas con anterioridad por las instituciones comunitarias). Así lo declaraba expresamente el artículo 2º del Acta relativa a las condiciones de la adhesión, adjunta al Tratado. Sobre el modo de incorporar este "acervo" al ordenamiento interno se pronunció el Consejo de Estado en su dictamen número 48.377/1985, de 5 de noviembre, y sus apreciaciones siguen siendo de actualidad, porque el acervo comunitario continúa creciendo día a día.

En él se empezaba recordando que el principio básico de esta incorporación es el de la autonomía institucional de los Estados, principio que ha sido reconocido en numerosas ocasiones por el Tribunal de Justicia de las Comunidades (Sentencias de 11 de febrero de 1971 y 15 de diciembre del mismo año, entre otras) y que significa que la determinación de los órganos y de los procedimientos a seguir para la integración del Derecho Comunitario en el ordenamiento interno corresponde a las normas propias de cada Estado. Como ha señalado el citado Tribunal en su sentencia de 15 de diciembre de 1971, dicho principio se halla limitado por la uniformidad y la primacía del Derecho Comunitario y, en consecuencia, tiene un alcance distinto según el tipo de norma comunitaria que se pretenda integrar y según la materia sobre la que verse. Pero, dentro de esos límites, el Estado es libre para elegir, de acuerdo con su propio ordenamiento, el modo de llevar a cabo esa integración.

3.3.2 Salvo en aquellos casos en que la intervención del Legislativo es constitucionalmente indispensable ⁴³, los Estados miembros han preferido valerse de la acción del Ejecutivo para realizar la tarea de adaptar el Derecho interno al ordenamiento comunitario, sobre todo cuando se trataba de hacerlo por primera vez, dentro del breve plazo que mediaba entre la firma del Tratado de Adhesión y su entrada en vigor, utilizando al efecto la técnica de la delegación legislativa. Así se hizo en el Reino Unido, así se hizo en Dinamarca y así se hizo también en España mediante la Ley 47/1985, de 27 de diciembre cuyo anteproyecto fue remitido en consulta al Consejo de Estado.

Este órgano consultivo ⁴⁴ estimó que la técnica de la delegación legislativa receptiva, regulada por los artículos 82 a 85 de la Constitución Española, era en aquel caso, si no la única posible, sí la más adecuada para la pronta adaptación en materias afectadas por una reserva de ley, sin perjuicio de la utilización de la potestad reglamentaria en los demás supuestos.

De las dos formas que puede adoptar la delegación -la de bases, cuando su objeto sea la formación de textos articulados, y ley ordinaria, cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo -el Consejo de Estado optó por la primera, lo cual equivalía a atribuir la consideración de **bases** a las directivas y demás normas de Derecho comunitario cuya aplicación exija la promulgación de normas internas con rango de Ley, y propuso que se hiciera constar así en el anteproyecto remitido en consulta, como efectivamente se hizo. Aunque esta calificación sobre la naturaleza jurídica de determinadas normas comunitarias no debía extrapolarse más allá de los límites de la delegación ⁴⁵ marca una toma de

⁴³Como lo ha sido en España la adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE llevada a cabo por la Ley 19/1989, de 25 de julio.

⁴⁴Dictamen núm. 48.377/85

⁴⁵Como dato curioso cabe señalar que en la relación de leyes, incluida en el

posición del Consejo que le llevará a entender más adelante que la exigencia de reserva legal impuesta por la Constitución en determinadas materias no se puede dar por cumplida cuando se desarrolla una norma comunitaria de aplicación directa⁴⁶, a diferencia de lo que el Consejo de Estado francés declaraba inicialmente en su dictamen de 20 de mayo de 1964 al afirmar que el Gobierno, cuando garantiza la ejecución de las disposiciones directamente aplicables de los tratados, así como de los reglamentos y decisiones de la CEE, está en la misma situación que cuando aplica una ley interna, de lo que resulta que las medidas de aplicación de los referidos actos comunitarios son adoptadas normalmente por vía reglamentaria.

Esta interpretación española del principio de autonomía institucional de los Estados miembros para llevar a cabo la integración del Derecho Comunitario en el ordenamiento interno -que conduce a la congelación del rango de la norma interior pre-existente- se ha llevado por el Consejo de Estado también al dominio de la potestad reglamentaria, incluso cuando se trata de directivas que tienen un contenido de carácter técnico, como es el caso de las reglamentaciones técnico-

anexo de la delegación, que habían de ajustarse a esas "bases" de origen comunitario figuraban algunas que a su vez tenían el carácter preconstitucional de ley de bases, tales como la Ley 2/1962, de 14 de abril de Bases sobre Ordenación del Crédito y de la Banca, el Real Decreto-Ley de 11 de junio de 1929, de Bases de Puertos, Zonas y Depósitos Francos, y el Texto Refundido de las Disposiciones Básicas relativas al Régimen de Admisión temporal aprobado por Decreto 2665/1969, de 25 de octubre. Todo esto ya pertenece a la historia.

⁴⁶Así, en el dictamen 48.699/86, de 6 de febrero, se dice: "Es claro que, en el ámbito de la delegación legislativa hecha por la Ley 47/1985, queda respetado el principio de reserva de Ley, pues sólo a partir de su reconocimiento tiene sentido aquella delegación: las Cortes Generales ejercen su competencia al otorgarla y con su otorgamiento se satisfacen las exigencias del citado principio de reserva legal, tanto en su alcance material como en su aspecto formal asociado al principio de jerarquía normativa".

sanitarias⁴⁷.

3.3.3 En este apartado relativo a la integración del Derecho Comunitario en el ordenamiento interno, hay otra cuestión muy importante a considerar: la de las competencias de las Comunidades Autónomas.

El Reino de España que se integró como miembro en las Comunidades Europeas, no es un Estado unitario. La Constitución Española de 1978 reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que lo integran (artículo 2º), reconocimiento que al hacerse efectivo ha dado origen a las Comunidades Autónomas, dotadas de sus propios órganos de gobierno con amplias potestades normativas, y en consecuencia, a una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Esta pluralidad se manifiesta sobre todo -a diferencia de lo ocurrido en otros tiempos- en el campo del Derecho Administrativo que es, por ahora, la parcela preferida del Derecho Comunitario. ¿Como se compagina la recepción interna de este Derecho con el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas diseñado por la Constitución?

Ya en el temprano dictamen 48.377/85, de 5 de noviembre, antes citado, este Consejo, al observar que el anteproyecto de Ley de delegación al Gobierno para recibir el acervo comunitario no contenía ninguna mención de las Comunidades Autónomas, sugirió la oportunidad de introducir en el texto alguna cláusula de salvaguardia de sus facultades sin predeterminedar la forma de aplicación del Derecho Comunitario por las citadas Comunidades, según los casos, en las materias de su competencia. Y se fundaba en este razonamiento, que luego ha

⁴⁷Vid. Dictamen 535/92, de 2 de julio, en cuya conclusión séptima se afirma "que cuando las reglamentaciones técnico-sanitarias se limitan a reproducir literalmente el contenido de las correspondientes directivas comunitarias, no puede realizarse su aprobación y publicación por tal circunstancia mediante orden ministerial". Este dictamen fue aprobado por mayoría, con un voto particular que afecta, entre otros extremos, a este punto concreto.

repetido en varias ocasiones:⁴⁸:

"El principio de autonomía institucional de los Estados, que remite al Derecho interno la determinación de los órganos y procedimientos de aplicación del Derecho Comunitario, no sólo requiere la concreción de la participación del poder Ejecutivo y del Legislativo en dicha ejecución normativa, sino también la de cuál ha de ser la intervención del Estado y de los Entes Territoriales autónomos dotados de facultades normativas en aquellos países en que existan."

Desde esta perspectiva, que implica un cierto reconocimiento de facultades normativas de las Comunidades Autónomas para la recepción del Derecho Comunitario, el problema se centra en la transposición de las Directivas, que por lo general, son las únicas normas comunitarias que requieren un desarrollo interno. El tema fue abordado en el Dictamen núm. 53.962/89, de 28 de diciembre, aunque limitándose al supuesto de competencias compartidas.

Se parte del principio de que

"las Directivas **per se** no comportan una alteración del régimen interno de distribución de competencias entre los órganos y entidades de cada Estado miembro. Podría decirse que, desde la perspectiva comunitaria, poco importa el órgano o la entidad (así como el rango formal de la norma) que proceda materialmente a la transposición en el Derecho interno del contenido de la Directiva. Como señaló este Consejo de Estado en su dictamen 48.377 (reiterado en el 48.699), ante la existencia de ciertos actos comunitarios -como son la Directivas- que requieren un complemento normativo estatal, es el Derecho interno de cada Estado, dentro de los límites del Derecho comunitario, el que ha de determinar el órgano y el procedimiento preciso para llevar a cabo la aplicación

⁴⁸Vid. por ejemplo, Dictamen núm. 48.699/1986, de 6 de febrero y Dictamen 53.962/89 de 28 de diciembre.

normativa del citado ordenamiento."

Este principio se deriva de la propia literalidad del artículo 189 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, al dejar a salvo la competencia de las autoridades nacionales en cuanto a la forma y los medios de conseguir los resultados impuestos por las directivas; ha sido proclamado reiteradamente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades; y lo ha tenido en cuenta nuestro Tribunal Constitucional al decir que "son las reglas internas de delimitación competencial las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia planteados entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las cuales, por esta misma razón, tampoco podrán considerar ampliado su propio ámbito competencial en virtud de una conexión internacional"⁴⁹. O sea que las normas estatutarias que prevén que la Comunidad Autónoma adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los tratados internacionales en lo que afecten a materias de su competencia no son normas atributivas de una competencia nueva distinta de la que en virtud de otros preceptos estatutarios ya ostenta.

Por otra parte, y así lo ha recordado en más de una ocasión este Consejo, el Estado a través de su Administración Central, es no sólo el único interlocutor válido para las Comunidades Europeas sino también el directamente responsable frente a las instancias comunitarias del cumplimiento del Derecho Comunitario, cualquiera que sea la entidad territorial interna competente para desarrollarlo o ejecutarlo, según se desprende del último inciso del artículo 93 de la Constitución. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo, al conocer de recursos por incumplimiento contra Estados miembros, no ha admitido la alegación hecha en su defensa de que la ejecución o el desarrollo de la norma comunitaria en cuestión no era

⁴⁹Sentencia 252/1988, de 20 de diciembre, fundamento jurídico 2º.

competencia del Estado sino de una región determinada⁵⁰. Lo cual pone de manifiesto que tampoco coincide necesariamente la competencia interior para la transposición de las directivas al ordenamiento interno con la responsabilidad exterior por el incumplimiento.

Sobre estas bases, el Consejo de Estado ha entendido que no se puede establecer una regla general determinante de la competencia para la transposición de directivas, sino que hay que atender a los diferentes títulos competenciales que por razón de la materia -no del territorio- concurran en el caso.⁵¹

Si se trata de materias que son de la exclusiva competencia del Estado, la transposición de las directivas comunitarias corresponderá a las Cortes Generales (en muy raros casos), al Gobierno, como titular originario de la potestad reglamentaria, o al Ministro del ramo, según el rango de la disposición a adoptar conforme al sistema de fuentes interno.

Si se trata de materias de competencia compartida, al Estado le corresponde en primer lugar llevar a cabo la transposición, que será de aplicación directa en las Comunidades Autónomas que no hayan asumido esas competencias estatutarias y de aplicación supletoria en las demás.

Finalmente, la cláusula de suplencia general del Derecho estatal (artículo 149.3 de la Constitución) legitima al Estado para establecer un derecho general que, en su caso, se insertará como supletorio del propio de las Comunidades Autónomas. Vendrá especialmente justificado cuando las Comunidades Autónomas no legislen en materia que es propia de su ámbito competencial, o cuando no todas las Comunidades hayan ejercitado su poder normativo, o lo hayan

⁵⁰Sentencias de 2 de febrero de 1982, **Comisión contra Bélgica**, y de 11 de julio de 1984, **Comisión contra Italia**.

⁵¹Dictamen 53.962/89, de 28 de diciembre.

efectuado de forma fragmentaria o incompleta. La transposición de las Directivas Comunitarias por el Estado será inexcusable cuando se trate de normas básicas, a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución, por cuanto contienen lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado "el común denominador normativo". Pero esto requiere alguna precisión.

Cuando, con motivo de la adhesión de España a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, se llevó a cabo la recepción en bloque del acervo comunitario, la Ley 47/1985, de delegación en el Gobierno para que efectuara la incorporación al ordenamiento interno calificó de **bases** las directivas y demás normas de Derecho Comunitario incluidas en el anexo II cuya aplicación exigiera la promulgación de normas internas con rango de Ley (artículo 2º). Esta calificación sirvió para determinar la competencia del Estado por razón de la materia y la forma de Decreto Legislativo que debía adoptar la disposición, con las limitaciones inherentes a este tipo de delegación legislativa.

Ahora bien, con independencia de este enfoque inicial y del sentido que se deba atribuir a los términos que utiliza el artículo 2º de la Ley de delegación ¿cómo se determina, en general, si el contenido de una directiva tiene o no carácter básico?

En este punto, como señaló el Consejo de Estado en la Memoria correspondiente al año 1988, se advierte en la jurisprudencia constitucional un progresivo desplazamiento desde lo material a lo formal; lo cual no significa un cambio de criterio sino la consecuencia lógica del cambio que se va produciendo en la legislación vigente. Hubiera sido ilusorio, a raíz de promulgarse la Constitución, que las bases vinieran establecidas en Leyes, habida cuenta de que se operaba en gran parte con normas preconstitucionales; a medida que fue pasando el tiempo, el Tribunal Constitucional vino acentuando el aspecto formal de las **bases** que, de preferencia, han de venir definidas por una disposición con fuerza de

ley ⁵². Nada más preciso a este respecto -aunque sean algo extensas- que las siguientes consideraciones de la sentencia 248/1988, de 20 de diciembre ⁵³:

"El Estado debe garantizar, a través de las normas básicas, un común denominador normativo -dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales -a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en atención a sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto. A la satisfacción de esta necesidad responde el concepto material de **norma básica**, que impide considerar como tal cualquier precepto que en realidad no tenga ese carácter y vacíe de contenido o cercene las competencias autonómicas. En segundo término, en la definición de lo básico deben observarse también las imprescindibles garantías de certidumbre jurídica, que permitan a las Comunidades Autónomas conocer con la mayor exactitud posible cuál es el marco normativo al que deben sujetarse en el ejercicio de sus competencias de desarrollo de la legislación estatal básica. A esta segunda finalidad se orienta la exigencia de que las **bases** se regulen, en principio, por Ley formal y de que la propia Ley declare expresamente el alcance básico de todas o parte de sus normas o, al menos, permita inferir esta condición de las mismas sin especial dificultad. No obstante, es admisible, como excepción, que el Gobierno de la Nación pueda regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia cuando resultan complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases, excepción o dispensa de la exigencia normal de suficiencia de rango normativo, que encuentra su principal justificación en el caso de la

⁵²Sobre la posibilidad de hacerlo por Decreto-Ley, véase la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1993, que la admite en principio.

⁵³Fundamento jurídico 4º.

legislación preconstitucional -o anterior a la aprobación de los Estatutos de Autonomía- es decir, en aquellos supuestos en que no le era posible al Estado prever la ulterior atribución de competencias a las Comunidades Autónomas y desplegar la correspondiente actividad legislativa de delimitación de lo básico. Pero incluso en tales casos excepcionales ha de entenderse, junto al criterio del concepto material de **norma básica**, a una elemental exigencia de seguridad jurídica que impide calificar de básicos otros preceptos que aquellos respecto de los cuales esta naturaleza pueda inferirse sin dificultad."

De acuerdo con esto, el Consejo de Estado ⁵⁴ha venido estimando, en síntesis, que la calificación de **norma básica** depende, ante todo, de la materia; que esa calificación debe hacerse, de ordinario, mediante ley formal; y que, excepcionalmente, cabe que se haga por Real Decreto, sobre todo en materias reguladas por la legislación preconstitucional o cuando se trate de garantizar el fin a que responde la competencia estatal.

Volviendo al tema de las directivas, es poco probable que actualmente su transposición tenga que hacerse por ley formal en la que se declare -si procede por razón de la materia- su carácter básico. En cambio, es muy frecuente, por no decir habitual, que esas directivas versen sobre materias como el comercio o la salubridad pública en las que se impone la competencia estatal primaria para garantizar el fin que se persigue, que no es otro sino el de crear un mercado común auténtico; para lo cual la diferencia de regulaciones internas se erige en un formidable obstáculo a los intercambios y a las condiciones de la libre competencia.

Por eso, aunque la invocación genérica del artículo 149.1.1ª de la Constitución, como fundamento del título competencial del Estado, hecha por una

⁵⁴Dictamen 53.962/89 y otros.

norma reglamentaria al transponer una directiva, debe ser vista con cierta prevención, otros títulos específicos como el del artículo 149.1.10^a (Comercio exterior) o el 149.1.16^a (Sanidad) puede ser determinantes de la competencia estatal para incorporar por vía reglamentaria las directivas comunitarias con el carácter de **norma básica**⁵⁵.

3.4. La primacía del Derecho Comunitario

Es innegable que el Derecho Comunitario, tanto originario como derivado, se ha ido integrando progresivamente en el ordenamiento jurídico español, del que forma parte.

A partir de esa integración, era inevitable, tanto en España como antes en otros países miembros de las Comunidades Europeas, que los jueces nacionales se tuvieran que enfrentar a conflictos entre el Derecho Comunitario y el nacional, para cuya solución no había ninguna norma en los Tratados constitutivos. Esta aparente laguna era el fruto derivado de una actitud muy prudente: la de evitar cualquier afirmación que pudiera sonar a federalismo, limitándose a hacer declaraciones menos ambiciosas como la relativa a la obligatoriedad de los actos institucionales o la de que los Estados miembros se abstendrán de adoptar cualquier medida que pueda comprometer la realización de los objetivos comunitarios (art. 86 CECA; art. 5 CEE; art. 192 CEEA).

Pero la cuestión llegó hasta el Tribunal de Justicia, por la vía del recurso pre-judicial, y fue una vez más la jurisprudencia la que tuvo que llenar el vacío normativo. A partir de la sentencia de 15 de julio de 1964, as. 6/64 Costa vs.ENEL, el Tribunal de Luxemburgo ha venido afirmando, cada vez con más precisión, la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho nacional; con la

⁵⁵Dictamen 53.611/1989, de 14 de noviembre.

particularidad de que esa primacía no se funda en ningún principio jerárquico sino en la noción de mercado común que requiere la aplicación uniforme del Derecho Comunitario para la consecución de sus fines, lo cual no sería posible si los Estados miembros pudieran sustraerse a sus obligaciones oponiendo una ley interna ⁵⁶.

El Consejo de Estado ha admitido sin reservas la primacía del Derecho Comunitario, con peculiares matices de fundamentación que no afectan a lo esencial:

"En cuanto a la primacía del Derecho Comunitario, es consecuencia obligada de la propia concepción y finalidad de la Comunidad Económica Europea, consistente precisamente en la absorción progresiva de determinadas competencias originariamente vinculadas a la soberanía de cada uno de los Estados miembros. Esta primacía es predicable, no solo respecto de los Tratados (derecho originario) sino también en relación con las normas y actos adoptados para su aplicación (derecho derivado) y, con relación al Derecho interno, afecta a toda norma de éste cualquiera que sea su rango (Sent. International Handelsgesellschaft de 17 de febrero de 1970). En la ya clásica sentencia *Costa c. ENEL* (15 de julio de 1964) afirmó el Tribunal de Justicia la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer una medida unilateral por ellos adoptada en contra del ordenamiento jurídico comunitario aceptado sobre una base de reciprocidad. En la sentencia *Sinmenthal*, de 9 de marzo de 1978, el Tribunal apreció que "todo juez nacional, competente en una materia determinada, tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho Comunitario... dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional anterior o posterior a la regla

⁵⁶Sentencia de 7 de febrero 1973, as. 39/72, Comisión contra Italia.

comunitaria".⁵⁷

Esta primacía se manifiesta de manera distinta en la esfera legislativa, administrativa y jurisdiccional.

En el primer campo, el legislador nacional no puede inmiscuirse en una materia que esté ya regulada por una disposición directamente aplicable de los Tratados constitutivos o por un reglamento comunitario, salvo cuando se trate de adoptar medidas complementarias previstas por este último o que rebasen el ámbito competencial de la Comunidad, como ocurre con las sanciones penales o con las medidas fiscales. Pero ¿qué ocurre si el legislador nacional no respeta esa limitación? Esta es una delicada cuestión que, por entrar en el ámbito de lo constitucional, trataremos más adelante, no sin anticipar que en países de sistemas jurídicos análogos al nuestro, como Francia, ha sido enfocada y resuelta con diferentes criterios por las más altas instancias. El Consejo de Estado español no ha tenido oportunidad, ni goza de competencia, para abordarla directamente, pero ha dado por supuesto que la ley nacional contraria a los Tratados o a los reglamentos comunitarios, tanto si era anterior como si era posterior a la adhesión de España, era "**inaplicable**" en el caso concreto examinado, sin perjuicio de lo que decidieran los tribunales competentes y sin prejuzgar el alcance subjetivo de esta inaplicabilidad en relación con ciudadanos de fuera de la Comunidad Europea. Y, al optar por ese término, está descartando implícitamente las otras posturas extremas, a saber, la de la **abrogación "erga omnes"** de la norma contraria y la de su **inoponibilidad**.

En el orden administrativo, los Estados miembros no pueden adoptar ninguna medida que sea contraria al Derecho Comunitario ni escudarse en una ley nacional para dejar de cumplir las obligaciones derivadas de su adhesión a los

⁵⁷Dictamen 54.395/1990, de 28 de junio.

Tratados.

En el ámbito jurisdiccional, que es donde en definitiva se plantea el conflicto entre los dos ordenamientos jurídicos, la primacía del Derecho Comunitario se traduce en que el juez no puede aplicar una ley nacional que sea contraria a las normas directamente aplicables de ese Derecho. El Tribunal de Justicia lo ha declarado con estas palabras: "Todo juez competente en determinada materia tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho Comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando de aplicar toda disposición de la ley nacional anterior o posterior eventualmente contraria a la regla comunitaria".⁵⁸ Es más, según el artículo 177 del Tratado de Roma CEE, cuando se plantee un conflicto de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de cualquier Estado miembro, podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesario tal pronunciamiento para poder emitir el fallo; y si se trata de un tribunal cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso, dicho órgano, está obligado a plantear la llamada cuestión prejudicial⁵⁹.

Esta primacía ¿es predicable de todas las normas de Derecho Comunitario y sobre todas las normas del ordenamiento interno? En un principio el Tribunal de

⁵⁸Sentencia de 9 de marzo de 1978, as. Simmenthal.

⁵⁹Aunque ésta es una materia completamente ajena a la competencia del Consejo de Estado, queremos recordar que en varios países comunitarios se ha entendido que esta obligación no es absoluta ni automática, y que sólo es exigible cuando existe una verdadera "cuestión" a zanjar, no cuando se trate de un caso claro. Se fundan para ello en que un órgano jurisdiccional de ese rango tiene por naturaleza, competencia para interpretar tanto la ley de origen nacional como la internacional que se ha incorporado al ordenamiento interno, y en los graves efectos que tendría el permitir que cualquier litigante pudiera paralizar o retardar la acción de la justicia exigiendo sin verdadero motivo el planteamiento de la cuestión prejudicial. Esto se conoce con el nombre de la doctrina del "acto claro".

Justicia se limitó a afirmar la primacía de los Tratados constitutivos⁶⁰ pero luego la ha ido extendiendo a las demás fuentes de ordenamiento comunitario sin excepción⁶¹. La regla general es que todas esas normas prevalecen sobre las normas nacionales .

La cuestión más conflictiva en esta segunda parte es la de si prevalecen también sobre la Constitución. Para el Tribunal de Justicia de Luxemburgo la respuesta es clara: El Derecho Comunitario tiene primacía sobre las normas de Derecho interno de los Estados miembros, cualquiera que sea su rango, incluso las de carácter constitucional⁶², sin perjuicio de que su aplicación deba hacerse por los órganos jurisdiccionales de cada país con arreglo a sus propios procedimientos. Pero esta salvedad no afecta a la esencia de la cuestión.

Semejante postura jurisprudencial ha encontrado alguna resistencia sobre todo en los países de orientación "dualista" en los que no se concibe que ninguna norma de origen externo pueda incorporarse al ordenamiento interno sino en virtud de la Constitución y con sujeción a sus principios. De acuerdo con ello, el juez nacional no podría nunca dejar de aplicar no sólo la Constitución, sino incluso la ley posterior al ingreso en las Comunidades Europeas, por considerarlas contrarias a alguna regla del ordenamiento comunitario. El juez no puede declarar la ilicitud de un acto emanado del Poder Legislativo y los Tribunales Constitucionales u organismos equivalentes de esos países se han considerado incompetentes para resolver ese tipo de conflictos entre la ley nacional y la norma comunitaria. Para salir de este círculo vicioso, se ha ideado la doctrina de la

⁶⁰Vid. la sentencia de 15 de junio de 1964, *Costa-ENEL*, antes citada.

⁶¹Sentencias de 17 de febrero de 1970, *Handelsgesellschaft*, de 7 de marzo de 1972, *Marinex*, de 30 de noviembre de 1978, *Bussone*; etc.

⁶²Vid. sentencias citadas en la nota anterior.

inaplicabilidad. El juez nacional no puede juzgar de la "ilicitud" de las leyes internas pero, ante un conflicto de leyes, puede decidir cuál es la aplicable en el caso concreto.

En España, la posición es clara. La Constitución está por encima de cualquier otra norma jurídica. No se puede celebrar un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución sin la previa revisión constitucional (art. 95.1 CE). No hay conflicto posible.

Los tratados internacionales validamente celebrados -incluido el de Adhesión a las Comunidades Europeas- pasan a formar parte del ordenamiento interno después de su publicación oficial en España (art. 96.1 CE) sin que en modo alguno vengan a ser por ello el canon de constitucionalidad para valorar las leyes del Estado español. "Ningún tratado internacional recibe del artículo 96.1 de la Constitución nada más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundtº jurídico 14 **in fine**) sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozca.⁶³ Esta postura es análoga a la de los países europeos del entorno, y no tiene más salida sino la de que el órgano jurisdiccional competente declare la "inaplicabilidad" al caso concreto de la ley nacional contraria al ordenamiento comunitario. Y ésta es también, como es lógico, la doctrina del Consejo de Estado, con algunas matizaciones que no afectan a la esencia de la cuestión y que conviene precisar para salir al paso de cualquier malentendido.

⁶³Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991.

El Consejo de Estado ha tenido desde el principio una decidida orientación europeísta. Ha empezado por calificar de "supranacionales" a las instituciones comunitarias y a las normas que de ellas emanan, aun a sabiendas de que el propio Tribunal de Justicia ha cuidado mucho de evitar ese término que se presta a diversas interpretaciones políticas⁶⁴; ha proclamado la absoluta primacía del Derecho Comunitario, tanto originario como derivado, sobre todas las normas de Derecho interno, cualquiera que sea su rango⁶⁵; ha afirmado que la autorización de las Cortes, cuando se requiera para la ratificación de los tratados suscritos por las Comunidades Europeas con terceros países, es un acto debido⁶⁶; ha recomendado la derogación expresa, y no la sola inaplicabilidad, de toda norma de Derecho interno contraria al Derecho Comunitario⁶⁷; ha aceptado sin reparos la traslación literal de las directivas comunitarias a la correspondiente norma nacional, llegando a equiparar los términos transposición y transcripción⁶⁸; y ha considerado que es posible mediante Ley orgánica, que el Derecho Comunitario penetre en el ámbito constitucional, salvo determinados reductos que le están vedados por la propia Constitución.⁶⁹ Pero todo ello dentro de la Constitución y por los cauces establecidos en la misma.

En ningún momento -y a pesar de la expresión literal de algún dictamen, como el 54.395/90, que recogía las palabras del Tribunal de Justicia de

⁶⁴Dictamen 47.939/85, de 13 de junio.

⁶⁵Dictamen 54.395/90, de 28 de junio.

⁶⁶Dictamen 51.692/88, de 17 de marzo.

⁶⁷Dictamen 48.700/86, de 29 de enero.

⁶⁸Dictamen 781/91, de 27 de junio.

⁶⁹Dictamen 421/92, de 9 de abril.

Luxemburgo- el Consejo de Estado ha puesto en duda la prioridad absoluta de la Constitución; lo que sí ha entendido es que en la propia norma fundamental se halla previsto un cauce específico, aunque no exclusivo -el del artículo 93- para la recepción del Derecho Comunitario en el ordenamiento interno, aun en los supuestos en que normalmente sería necesaria la previa revisión constitucional, siempre y cuando no afecten a aquellas materias que solo pueden reformarse por el procedimiento rígido del artículo 168 de la propia Constitución.

Esta fue la cuestión planteada en la consulta relativa al eventual reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales a favor de los ciudadanos de la futura Unión Europea en el Estado miembro en que residan⁷⁰, así como en la consulta subsiguiente sobre la ratificación del Tratado de la Unión firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992⁷¹. En ambos dictámenes el Consejo de Estado entendió que no era necesaria la previa revisión del texto constitucional, ya que las modificaciones que el Tratado introducía podían integrarse en el ordenamiento jurídico español por la vía del artículo 93 de la Constitución, al no afectar a aquellos reductos constitucionales en los que el Derecho Comunitario no debe entrar como son: los valores superiores del ordenamiento, la forma y estructura del Estado, sus bases institucionales y los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo, sección primera, del Título I de la Constitución, entre los que no se encuentra la declaración contenida en el artículo 13.2, cuya función consiste en limitar por razón de extranjería el ámbito subjetivo de los derechos reconocidos en el artículo 23.

No obstante, en ambas consultas recomendó este Consejo que se utilizara el

⁷⁰Dictamen 850/91, de 20 de junio.

⁷¹Dictamen 421/92, de 9 de abril.

mecanismo previsto en el artículo 95.2 de la Constitución para que el Tribunal Constitucional declarase si existía o no contradicción en ese extremo entre el Tratado de la Unión Europea y la norma fundamental, habida cuenta de la relevancia histórica de ese Tratado y de la necesidad de que España inicie su andadura bajo el mismo con plena certidumbre. Y, al efecto, el Tribunal Constitucional, en su declaración de 1º de julio de 1992 (B.O.E. del 24 siguiente), primera en su género -que sin revestir la forma de sentencia produce el efecto de cosa juzgada formal y material- declaró que la estipulación del tratado de la Unión Europea por la que se atribuye el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión que no sean españoles es contraria al artículo 13.2 de la Constitución y, en consecuencia, requiere para su ratificación la previa reforma constitucional, por el procedimiento establecido en su artículo 167. El argumento utilizado por el Tribunal para descartar la aplicación en este caso del artículo 93 de la Constitución es el siguiente: "En virtud del artículo 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de **competencias derivadas de la Constitución**, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues ni el poder de revisión constitucional es una **competencia** cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución permite ser reformada por otro cauce que no sea el de su título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto"

Así es como ha quedado zanjada la cuestión, en la que nunca el Consejo de Estado puso en duda la primacía de la Constitución sobre el Derecho Comunitario, que es de lo que aquí se trata⁷².

⁷²No obstante, conviene advertir que la declaración del Tribunal Constitucional antes citada resuelve el problema de la primacía por lo que se refiere al Derecho Comunitario incluido en los tratados pero no en las normas que contienen el Derecho derivado.

3.5. Cuestiones de técnica normativa.

La incorporación del Derecho derivado de las Comunidades Europeas al ordenamiento jurídico español plantea algunas cuestiones de técnica normativa, distintas según se trate de reglamentos, de directivas o de decisiones comunitarias.

3.5.1. Reglamentos

A tenor de lo dispuesto en el artículo 189 del Tratado de Roma (CEE), el reglamento es una disposición de carácter general, emanada del Consejo o de la Comisión, obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros⁷³.

Tiene dos notas características que son la universalidad y la eficacia directa. La primera significa que -a diferencia de las decisiones y de algunas directivas- no tiene unos destinatarios específicos sino que se aplica por igual y simultáneamente en todos los Estados miembros, sin discriminación de personas, de modo que cualquier ciudadano de la Comunidad puede hacerlo valer ante los tribunales nacionales⁷⁴. Es una verdadera ley comunitaria, que se impone incluso a la ley nacional, sin que esta afirmación prejuzgue la calificación que merezca en la

⁷³El Consejo de Estado lo ha expresado reiteradamente con estas palabras: "Conforme establece el artículo 189 del Tratado constitutivo de la CEE, el reglamento es de aplicación general, obligatorio en todas sus disposiciones y directamente aplicable en cada Estado miembro, con tal de que haya sido publicado en el Diario Oficial de la Comunidad". Dictámenes num. 48.700/86, de 29 de enero, núm. 48.969/86, de 13 de marzo, etc.

⁷⁴Sentencias del TJ de 2 de febrero de 1977 y de 27 de septiembre de 1978, entre otras.

jerarquía de las normas⁷⁵.

Esta fuente del Derecho Comunitario plantea en la práctica de los Estados miembros algunos problemas técnicos relativos a su entrada en vigor, a su incorporación al ordenamiento interno y a su ulterior desarrollo.

a) Según el artículo 191.2 del Tratado CEE, los reglamentos del Consejo y de la Comisión entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad, salvo que en ellos se fije otra fecha. En algunos países comunitarios y también en España, se ha planteado la duda de si no sería necesaria también, desde el punto de vista interno, la publicación oficial del reglamento dentro del país, para conocimiento de todos los ciudadanos, como lo exige en España con carácter general el artículo 2.1 del Código Civil y, por lo que se refiere a las normas de Derecho internacional en particular, el artículo 96.1 de la Constitución. Sin embargo, los organismos comunitarios han sido muy reacios a esa publicación nacional que se prestaría a discusiones sobre la fecha de entrada en vigor de la disposición y aun sobre la naturaleza de la misma, y lo más que toleran es que el reglamento comunitario se publique a título informativo en el boletín oficial nacional, no en la parte relativa a las disposiciones generales sino como anexo o en la sección dedicada a los anuncios y otras informaciones. El Consejo de Estado español no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión que, no obstante, merecería alguna reflexión, aunque de algún modo va implícita en la siguiente, que se refiere a la recepción en el ordenamiento interno.

b) Consecuencia lógica de la eficacia directa de los reglamentos comunitarios es que no hace falta ningún acto de recepción en el ordenamiento interno.

"Es más, no sólo dicha recepción es innecesaria sino que, como el propio

⁷⁵Vid. **supra** lo dicho sobre si cubre la exigencia de reserva legal.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado reiteradamente, no resulta admisible limitar o condicionar la aplicación directa de los reglamentos merced a la incorporación de su contenido a normas internas de cada Estado miembro. En este sentido -sigue diciendo el Consejo- se expresó, por ejemplo, la sentencia 34/1973 (asunto Variola) así como la sentencia anteriormente mencionada 39/1978, indicándose en esta última que "son contrarias al Tratado todas las modalidades de ejecución cuya consecuencia podría ser la de dificultar el efecto directo de los reglamentos comunitarios y comprometer de esta manera su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la Comunidad".

Entre esas modalidades de ejecución proscritas figuran la incorporación del texto íntegro del reglamento comunitario en una norma de Derecho interno, cualquiera que sea su rango, y aun la simple publicación en el Boletín Oficial del Estado entre las disposiciones generales. En cambio, a juicio del Consejo de Estado ⁷⁶, puede ser conveniente en ocasiones, sobre todo desde el punto de vista práctico proceder a la transcripción siquiera parcial de alguno o algunos de los preceptos contenidos en dichos reglamentos, siempre que se haga la cita de su procedencia y se reconozca en el preámbulo de la disposición interna la aplicabilidad directa del reglamento en España, conforme ha recomendado en algún caso la Comisión de las Comunidades Europeas⁷⁷.

⁷⁶Dictamen 48.700/1986, de 29 de enero y 48.969/86, de 13 de marzo.

⁷⁷Así se hizo, por ejemplo, en el R.D. 1101/86, de 6 de junio, dictado en aplicación del Reglamento 1035/72 CEE del Consejo de 18 de mayo, en el que casi todos sus artículos se remitían al correspondiente del reglamento, se reproducían como anexo algunos preceptos de ese reglamento y se manifestaba en el preámbulo que "si para asegurar la coherencia y comprensión del texto, el presente Real Decreto reproduce parcialmente algunas disposiciones de los reglamentos comunitarios, ello no afecta en modo alguno a la aplicabilidad directa de los mismos en España". Ejemplo, por cierto, muy singular.

La aplicabilidad directa e inmediata de los reglamentos comunitarios plantea otro problema en relación con las normas internas opuestas, las cuales, desde la entrada en vigor de aquéllos, sin que pueda decirse que estén derogadas, quedan en situación de inaplicables. Esto puede crear una incertidumbre que se manifiesta con especial intensidad cuando la norma interna sólo queda afectada parcialmente por el reglamento comunitario. La seguridad jurídica -que es un principio de rango constitucional⁷⁸- requiere la clarificación del ordenamiento de forma que se sepa o se pueda saber en cualquier momento cuáles son las normas vigentes. Por eso, el Consejo de Estado, en un caso concreto⁷⁹, descartando otras técnicas posibles que él mismo apuntaba, recomendaba con estas palabras la derogación expresa o el ajuste de los preceptos afectados:

"Lo que a juicio de este Consejo evitaría cualquier confusión sería proceder a la derogación expresa de las normas internas contrarias al Derecho Comunitario o realizar la formal declaración normativa de su nuevo ámbito de aplicación o de su distinto alcance, haciéndolo precisamente -en uno y otro caso- mediante normas internas de rango no inferior al de las normas afectadas."

c) La tercera cuestión, la de si se puede desarrollar un reglamento comunitario por normas de Derecho interno, ha sido resuelta afirmativamente por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo⁸⁰, siempre que éstas completen el contenido de aquéllos, se prevea específicamente en los mismos de forma expresa o tácita su desarrollo por los Estados miembros y no tengan el carácter puramente mimético de la disposición comunitaria.

⁷⁸Artículo 9.3 de la Constitución Española.

⁷⁹Dictamen 48.700/86, antes citado.

⁸⁰Sentencias de 30 de noviembre de 1978, as. Bussone, y de 27 de septiembre de 1979, as. Erictaine, entre otras.

El Consejo de Estado, al hacerse eco de esta doctrina⁸¹ ha insistido en la necesidad de que la norma de desarrollo adicione algo a la regulación europea.

El desarrollo puede hacerse mediante normas de cualquier rango, ajustándose al sistema de fuentes de Derecho interno⁸².

Y lo que no se admite es la interpretación del reglamento comunitario por vía normativa⁸³.

3.5.2 Directivas

Otra de las fuentes -la más copiosa- del Derecho comunitario derivado es la directiva, término adoptado por el Tratado de Roma (CEE)⁸⁴ para designar a aquellas disposiciones del Consejo o de la Comisión que obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado a alcanzar pero dejándolos en libertad para elegir la forma y los medios para lograrlo (art. 189 del Tratado CEE). Como ha dicho el Consejo de Estado⁸⁵:

"Constituyen **normas de resultado** en tanto que vinculan respecto al objetivo a conseguir pero sin prejuzgar la competencia de las autoridades nacionales en cuanto a la forma y los medios. Cada Estado miembro deberá transponer el contenido de las directivas en su derecho interno a través de normas también internas, las idóneas al caso."

⁸¹Dictámenes 49.543/1986, de 17 de julio; y 49.619/1986, de 18 de septiembre.

⁸²Sentencias del TJ de 14 de enero de 1982 y 15 de septiembre del mismo año.

⁸³Dictamen 48.969/86, antes citado.

⁸⁴En el Tratado constitutivo de la CECA había algo semejante bajo el nombre de "recomendación".

⁸⁵Dictamen 53.962/1989, de 28 de diciembre.

De este concepto se desprenden unas notas características de la directiva que sirven para diferenciarla del reglamento:

- La directiva no se dirige a los ciudadanos de los países comunitarios sino a los Estados.

- Por regla general, la directiva tiene como destinatarios a todos los Estados miembros, pero esto no es una exigencia impuesta por el Tratado; en último extremo, puede estar dirigida a un solo país.

- Los Estados destinatarios de la directiva vienen obligados en cuanto al objetivo de la misma, pero quedan en libertad para elegir los medios. Esto significa que la directiva no es una norma jurídica directamente aplicable en los Estados miembros; son estos los que deben incorporarla a su propio ordenamiento. Por la misma razón, los ciudadanos no pueden invocarla de ordinario ante los tribunales.⁸⁶

- En consecuencia, la directiva -a diferencia del reglamento- no tiene una incidencia directa sobre las legislaciones nacionales, las cuales, aunque sean contrarias a aquella, no devienen por eso automáticamente inaplicables.

- Finalmente, las medidas adoptadas para la ejecución de la directiva escapan al control jurisdiccional de la Comunidad, quedan bajo la vigilancia de los órganos nacionales competentes, por cuanto se trata de normas de Derecho interno. Lo único que puede hacer la Comisión es interponer, en su caso, el recurso por incumplimiento previsto en el artículo 169 del Tratado.

Todas estas notas diferenciales de la directiva, tomadas del Derecho y de la jurisprudencia comunitarias, han sido puestas de relieve, por el Consejo de Estado a través de sus dictámenes, haciendo especial hincapié, como es lógico, por la

⁸⁶Decimos de "ordinario" para dejar a salvo el llamado efecto útil de las directivas, del que hablaremos más adelante.

naturaleza de su función, en que no es una norma directamente aplicable, pero advirtiendo que las diferencias entre directiva y reglamento se han ido difuminando desde el momento en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia 148/78, de 5 de abril, as. Ratti) declaró el efecto directo de una directiva que no había sido cumplida por el Estado destinatario dentro del plazo establecido.⁸⁷

En cuanto a la entrada en vigor, la directiva -aunque suele publicarse en el Diario Oficial de las Comunidades- no surte efecto sino a partir de la notificación hecha a los Estados destinatarios, en la cual se fija el plazo para su puesta en práctica. Este Consejo, invocando el artículo 191.2 del tratado CEE, ha sostenido que el Estado español no estaba vinculado por unas directivas adoptadas en 1985 que no le habían sido notificadas⁸⁸. Claro que esto va a cambiar con el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht.

La recepción de las directivas comunitarias en el ordenamiento interno, para la que es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, ha dado pie a este órgano consultivo para plantearse algunas cuestiones de técnica normativa y establecer algunos criterios sobre la misma. Vamos a prescindir de las particulares que se suscitaron a raíz de la Ley de delegación 47/1985, cuando se trataba de incorporar al ordenamiento interno todo el acervo comunitario, porque eso ya pertenece a la historia, para referirnos tan sólo a la situación actual, en que la adopción de la directiva no obliga a modificar ninguna norma vigente sino a dictar una nueva. Esas cuestiones se refieren al rango de la norma, al método de la transposición y a la terminología.

a) Por lo que afecta al rango de la norma, el Consejo de Estado, partiendo

⁸⁷Dictamen 53.962/1989, de 28 de diciembre.

⁸⁸Dictamen 49.299/86, de 25 de junio.

del artículo 189 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea no ha dudado en afirmar que "es el sistema interno regulador del esquema de fuentes el determinante para establecer el rango de la norma"⁸⁹. Por tanto, si se trata de una materia que está sujeta en España a reserva de Ley, su transposición en el ordenamiento interno tendrá que hacerse mediante ley formal; si se trata de transponer una directiva de las que figuran en el anexo II de la Ley de delegación 47/1985 que por cualquier causa hubiera quedado rezagada, como todas esas normas comunitarias tenían según la propia Ley la consideración de "bases", su desarrollo corresponde al Gobierno y habrá de hacerse mediante la técnica del Real Decreto Legislativo⁹⁰ sin que quepa aprovechar la oportunidad para dictar un texto refundido ni para efectuar ninguna modificación que suponga un desarrollo de la normativa comunitaria⁹¹. En los demás casos, la norma que se dicte tendrá carácter reglamentario, lo cual le lleva al Consejo de Estado a exigir de ordinario la forma de Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros⁹², lo que no le ha impedido estimar en otros casos que era suficiente la orden ministerial⁹³.

b) Respecto al método a seguir para la transposición no hay unas reglas de aceptación general, ni en la Comunidad ni en nuestro país.⁹⁴ Las principales dudas

⁸⁹Dictamen 49.137/1986, de 17 de julio.

⁹⁰Dictamen 49.299/1986, de 25 de junio.

⁹¹Dictamen 49.248/1986, de 10 de junio.

⁹²Vid. especialmente el dictamen 535/92, de 2 de julio, en el que se sostiene que los Ministros sólo tienen potestad reglamentaria en el ámbito "doméstico", entendiendo por tal lo que no trasciende fuera de su Departamento, a menos que cuenten con una delegación específica. Este importante dictamen fue aprobado por mayoría y con un voto particular.

⁹³Dictamen 49.137/1986, de 17 de julio.

⁹⁴En Francia, este tema ha motivado al menos dos circulares del Primer

se plantean en torno a la transcripción íntegra, la remisión global y las remisiones parciales.

Como punto de partida, conviene recordar que no hay nada que impida "copiar" una directiva, ni nada que obligue a transcribirla íntegramente. Transposición -que es el término adoptado- no equivale a transcripción ni a traducción. El Consejo de Estado, en los numerosos proyectos para la transposición de directivas al ordenamiento interno, que le han sido remitidos en consulta, ha tenido siempre muy clara esta idea.

La transposición íntegra de la directiva es, a veces, imposible, como ocurre cuando obliga a introducir modificaciones parciales en varias normas vigentes, ofreciendo una nueva redacción completa de los preceptos afectados, que es la técnica más recomendable; o cuando la directiva se limita (se limitaba, más bien) a señalar sus objetivos sin descender a detalles. Pero, en otras circunstancias, suele ser lo más práctico, sobre todo cuando se trata de regular **ex novo** una materia.

La remisión global a la directiva, como técnica de incorporación al ordenamiento interno, ha sido afrontada por el Consejo de Estado en su dictamen 535/92, de 2 de julio y rechazada con estas palabras:

"Sin entrar en este momento en las ventajas y desventajas o, en fin, en la corrección desde el punto de vista técnico de la transcripción literal de las directivas en normas internas, sí se destaca que en éstas debe reflejarse necesariamente el contenido completo de las directivas, para finalmente convertir - con las matizaciones expuestas- a los ciudadanos en verdaderos destinatarios finales de la regulación material contenida en tales normas. No es viable operar, al

Ministro -una de 1º de febrero de 1990 y otra de 17 de abril del mismo año- relativas, más que al método, a la participación de los diferentes órganos administrativos competentes, y varios informes del Consejo de Estado que más apuntan problemas que ofrecen soluciones.

menos como regla general, mediante la simple remisión de las normas internas al contenido de las directivas."

La propia naturaleza de las directivas y la seguridad jurídica que exige la publicación de las normas para su entrada en vigor, son las dos razones que sirven de fundamento a esa tesis.

En cuanto a la remisión parcial de la norma interna a preceptos concretos de la directiva que se trata de desarrollar, el criterio no es tan riguroso. Ha habido un caso⁹⁵ en el que el Consejo de Estado ha propuesto que se incluyera en el correspondiente precepto de la norma interna una precisión final que dijera: "... de acuerdo con las previsiones establecidas en las Directivas 74/651/CE y 74/562/CEE"; pero, en general, no es partidario de esta técnica por entender que ese tipo de referencias explicativas son propias del preámbulo o de la exposición de motivos, pero no deben figurar en el articulado.

Finalmente, y por lo que se refiere a la terminología -que planteó mayores dificultades al principio- es indudable que aun disponiendo de una traducción oficial de las directivas, el legislador interno puede y debe ajustar la terminología a las exigencias de su propio lenguaje jurídico, no sólo por razones lingüísticas sino por mantener la identidad de los conceptos.⁹⁶ El Consejo de Estado -una de cuyas misiones es velar por la pureza y la cohesión del ordenamiento jurídico- lo ha visto siempre así y unas veces ha sugerido cambios de expresiones por pura corrección gramatical⁹⁷, y otras, en fin, por cuestión de concepto⁹⁸. Y cuando es inevitable

⁹⁵Dictamen 49.299/86, antes citado.

⁹⁶Sobre esta cuestión, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia CE de 13 de noviembre de 1990, a propósito del concepto de "objeto social".

⁹⁷Dictamen 49.400/86, de 25 de junio, en el que se propuso cambiar la denominación establecimientos de crédito" por "entidades de crédito".

⁹⁸Dictamen 48.65086, de 29 de enero, a propósito de lo que debe entenderse por

utilizar un neologismo, ha propuesto que, al menos, se explique su significado en el preámbulo.

No hay que olvidar, sin embargo, que con el curso del tiempo se ha ido produciendo una transformación en esta fuente del Derecho Comunitario que ha ido perdiendo sus perfiles característicos. Por un lado, las instituciones de la Comunidad Europea han ido elaborando directivas de contenido cada vez más amplio y más preciso, de forma que no dejan a las instancias nacionales ningún margen de actuación, casi como si se tratara de reglamentos⁹⁹; esta práctica, justificable por cuanto trata de evitar que cada Estado miembro interprete a su modo los criterios generales con lo que se pretende armonizar el mercado común, conduce a una desnaturalización de la directiva y, en definitiva, a desposeer a las autoridades nacionales de unas facultades que el Tratado constitutivo les reserva. Por otra parte, el Tribunal de Justicia, a partir de dos muy conocidas sentencias (la 9/70, de 6 de octubre y la 41/74, de 4 de diciembre) ha ido reconociendo el llamado efecto útil de las directivas, de forma que, en determinadas circunstancias, pueden ser invocadas por los ciudadanos ante los tribunales siempre que el contenido de aquéllas sea lo suficientemente preciso como para no necesitar de ningún desarrollo.¹⁰⁰ Con esto se trata de forzar a los Estados miembros a transponer el contenido de las directivas en el plazo señalado para cada una y, por la misma razón, cada vez son más precisas.

abogado.

⁹⁹Ya lo advirtió el Consejo de Estado en su dictamen 535/92, antes citado.

¹⁰⁰En esta materia del "efecto útil" ha tenido especial relevancia la Sentencia del Tribunal de Justicia CE de 13 de noviembre de 1990, asunto Marleasing, S.A., recaída en una cuestión prejudicial suscitada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Oviedo, sobre interpretación del artículo 11 de la Primera Directiva del Consejo CEE sobre Sociedades. Doctrina esta del efecto útil de las directivas comunitarias de la que se ha hecho eco el Consejo de Estado en varias ocasiones.

De ahí que, salvo algunas precisiones terminológicas, la técnica habitual de transposición de las directivas se acerque cada día más a la mera transcripción de las mismas en una norma de Derecho interno¹⁰¹ -

3.5.3 Decisiones

La decisión, prevista ya en el Tratado de la CECA, es según el artículo 189 del Tratado de Roma (CEE), obligatoria en todos sus términos para los destinatarios que en ella se designan. Esos destinatarios pueden ser tanto uno o varios Estados miembros como cualquier persona física o moral; en el segundo supuesto va encaminada a corregir algún abuso de posición dominante en el mercado.

Cuando la decisión se dirige a algunos Estados miembros tiene cierto parecido con la directiva porque, sin perjuicio de la obligatoriedad de todos sus elementos, se requiere un acto nacional o interno para ponerla en práctica. Es como una directiva "reforzada". Por el contrario, cuando se dirige a los particulares, si impone una obligación pecuniaria o de dar participa de la naturaleza del reglamento por cuanto es ejecutiva sin interposición de ninguna norma de Derecho interno. Este doble aspecto crea a veces cierta confusión.

La decisión se notifica a los destinatarios y debe ejecutarse dentro del plazo establecido en la notificación oficial.

Si el destinatario es un particular, la ejecución no plantea , no puede plantear, ningún problema de técnica normativa; pero para que pueda valer ante los tribunales es preciso que una autoridad nacional extienda la fórmula ejecutoria

¹⁰¹Tal vez, por eso, en el dictamen más reciente 781/91, de 27 de junio se equiparan los términos "transposición" y "reproducción" de directivas.

limitada a verificar la autenticidad del título. Esa autoridad es en España el Ministro de Justicia, según se estableció por Real Decreto 1359/86, de 28 de junio, dictado de acuerdo con el Consejo de Estado¹⁰², en cuyo dictamen se especificó que la ejecución de los actos de ejecución a los que se refiere el Real Decreto ha de regirse por las normas españolas de procedimiento civil.

Más compleja es la cuestión cuando el destinatario es un Estado miembro, concretamente el Estado Español; cuestión que se planteó al Consejo de Estado con motivo de la decisión final de la Comisión de la CEE, de 20 de diciembre de 1989, relativa a las ayudas del Estado a una empresa española consistentes en determinados avales y subvenciones. El Consejo de Estado¹⁰³ reconoció que la decisión no era directamente aplicable a los interesados ya que el destinatario era el Reino de España, a cuyas Administraciones (estatal y autonómica) correspondía ponerla en práctica por las vías administrativas o jurisdiccionales a su alcance, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial en que pudieran incurrir frente a los perjudicados, y recordando la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1990 (Comisión vs. Reino de Bélgica) cuya doctrina, bien que moderada por la apelación al principio de confianza legítima

(Sentencia de 20 de septiembre de 1990) debería ser tenida en cuenta en el futuro.

3.5.4 Otras fuentes del Derecho Comunitario

Suelen considerarse también como fuentes del Derecho Comunitario las decisiones del Consejo a las que se refiere el artículo 235 del Tratado CEE, los

¹⁰²Dictamen 49.403/86, de 10 de junio.

¹⁰³Dictamen 55.280/1990, de 18 de octubre.

acuerdos adoptados por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en el seno del Consejo sobre materias que sin estar propiamente incluidas en el Tratado son consecuencia lógica del mismo, y los convenios internacionales celebrados entre las Comunidades y terceros países. De todas estas normas -en el aspecto de cómo se incorporan al Derecho interno, que es lo que aquí interesa- sólo vamos a ocuparnos de los convenios con terceros países, que son los únicos que han llegado al Consejo de Estado.

Ya en el artículo 4.2 del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados se declara que los nuevos Estados miembros se comprometen a adherirse a los acuerdos o convenios celebrados por la Comunidad con terceros países. Sobre esa adhesión, que implica la incorporación de esos tratados internacionales al ordenamiento interno, se produce de un modo automático y en bloque, o caso por caso, mediante algún acto específico de recepción, el artículo 179.1 de la propia Acta establecía que las medidas transitorias y las eventuales adaptaciones serían objeto de protocolos celebrados con los países contratantes e incorporados a dichos acuerdos.

El protocolo adicional ha sido, pues, el vehículo de adhesión utilizado en España, respecto del cual el Consejo de Estado ha manifestado que, en cada caso, hay que dilucidar si la competencia para garantizar el cumplimiento de esos Tratados (no sólo del Protocolo) corresponde a las Cortes o al Gobierno, según el orden establecido por la Constitución en su artículo 94, sin perjuicio de que cuando se requiera la previa autorización de las Cortes, tal autorización sea un **acto debido**, es decir, haya de concederse ineludiblemente en razón del compromiso asumido por España en el Acta de Adhesión¹⁰⁴.

¹⁰⁴Dictamen 51.690/1988, de 17 de marzo y otros análogos.

El mismo criterio ha seguido, como es lógico, respecto de los convenios internacionales suscritos por la Comunidad con terceros países después del ingreso de España, y, con mayor razón, respecto de aquellos acuerdos, calificados como de naturaleza mixta, en cuya conclusión intervienen, por un lado, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y, por otra parte, un tercer país; versan sobre materias de competencia comunitaria y sobre otras que son propias de los Estados miembros, los cuales intervienen tan sólo en la medida de su competencia¹⁰⁵.

No ignora el Consejo de Estado que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia va por otros derroteros y, aun con algunas vacilaciones, se inclina más bien por la doctrina de que los convenios internacionales suscritos por la Comunidad son, como los reglamentos, actos de aplicación de los Tratados constitutivos (en especial del de Roma CEE), y que aquellas de sus cláusulas que confieran derechos a los particulares son directamente ejecutivas, es decir, que pueden ser invocadas por ellos ante los tribunales nacionales¹⁰⁶, lo cual abre el Derecho Comunitario un amplio campo y plantea el problema de la posible incompatibilidad de ese Derecho de origen convencional con el interno que le sea contrario. La posición del Consejo de Estado trata de evitar eso y de dejar a salvo la primacía de la Constitución.

¹⁰⁵Dictamen 1.394/92, de 29 de octubre, entre otros.

¹⁰⁶Sentencias de 12 de diciembre 1972 y 5 febrero 1976.

4. Otras observaciones y sugerencias

4.1 Audiencia de los ciudadanos

El artículo 105 de la Constitución en su apartado a), estableció que "la ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten."

Por otro lado, el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958¹⁰⁷ dispone que "siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás Entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe, en el término de diez días, a contar desde la remisión de proyecto, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto."

En la práctica, se han suscitado muchas dudas sobre el alcance de los artículos mencionados, la aplicabilidad mediata o inmediata del precepto constitucional y la correcta interpretación de los mismos en lo relativo a cuáles son las disposiciones a las que se refieren, cuándo es obligatoria esa audiencia de los ciudadanos, qué organizaciones o entidades deben ser consultadas y en qué forma.

El Consejo de Estado tuvo oportunidad de abordar todas estas cuestiones en su dictamen 952/92, de 16 de julio, recabado por el Presidente de la Comunidad

¹⁰⁷La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no ha derogado el capítulo primero del título VI, que regula el procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general.

Autónoma de Castilla-La Mancha, en el que se hace un detenido estudio del problema a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la del Tribunal Supremo y de la doctrina de este Consejo, cuyo contenido no vamos a reproducir aquí por ser más propio del Repertorio de Doctrinal Legal.

A efectos de esta segunda parte de la Memoria, dedicada a las observaciones y sugerencias para el mejor funcionamiento de la Administración, baste decir que el Consejo, partiendo del principio de la efectividad inmediata del artículo 105. a) de la Constitución, estima que dicho precepto debe proyectarse sobre el ordenamiento preconstitucional configurando la audiencia como la participación funcional de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones de carácter general por toda clase de Administraciones públicas, y llega a las siguientes conclusiones:

1ª Que en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, tanto en el ámbito estatal, como en el autonómico y local, es preceptiva la audiencia de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley cuando la disposición afecte a los intereses peculiares de la organización o asociación.

2ª Que la Administración competente debe llamar al procedimiento a las organizaciones y asociaciones comprendidas en el artículo 7º de la Constitución y a los Colegios Profesionales (art. 36 de la misma) cuando la disposición afecte positiva o negativamente a los intereses cuya representación o defensa ostenten aquéllas.

3ª Que no está obligada, en cambio, a llamar al procedimiento a toda asociación voluntaria, aunque entre los fines asociativos se comprenda velar por los intereses que puedan quedar afectados por la disposición.

4ª Que las asociaciones voluntarias que tengan entre sus fines velar por intereses específicos, pueden comparecer en el procedimiento, cuando invoquen

como título de legitimación, que sus intereses legítimos y directos están afectados, positiva o negativamente, por la disposición proyectada.

5ª Que corresponde a la Administración competente verificar si concurren los indicados supuestos de legitimación (interés peculiar y afectación) y, en consecuencia, llamar o admitir en el procedimiento, a la organización o asociación.

4.2 Responsabilidad civil subsidiaria del Estado

A lo largo del año 1992, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar una serie de expedientes en los que se planteaba un supuesto especial de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

Por lo general, se trataba de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía o miembros de la Guardia Civil que, por sentencia firme, habían sido condenados al pago de una cantidad en concepto de responsabilidad civil por daños causados concurriendo culpa o negligencia, en accidente de circulación producido en acto de servicio. La sentencia declaraba la insolvencia del procesado y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado según el artículo 22 del Código Penal. En algún caso, ya no se trataba de daños en accidente de circulación sino de lesiones causadas por imprudencia temeraria (disparo de arma de fuego) en acto de servicio o estando de servicio.

Para hacer efectiva esta responsabilidad civil subsidiaria, cuando no había la cobertura de un seguro o resultaba insuficiente, se instruyó un expediente de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, entonces vigente.

El Consejo de Estado, aun advirtiendo las peculiaridades de este tipo de expedientes, que empezaba por iniciarse de oficio y no a instancia de parte¹⁰⁸, ha

¹⁰⁸El artículo 142.1 de la nueva Ley de Régimen Jurídico resuelve este

estimado que la decisión judicial, firme y ejecutable, debía ser atendida por la Administración sin entrar en el examen de los requisitos que suelen exigirse para la aplicación del mencionado artículo 40 (hoy 139 de la nueva Ley) y especialmente de la relación de causalidad, bastando con que los hechos se hayan producido en acto de servicio o con ocasión de él. Y, eso sí, evitando en la conclusión el dictamen cualquier pronunciamiento sobre que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, porque esa responsabilidad ya ha sido declarada por el órgano judicial.

No obstante, el Consejo ha advertido algunas deficiencias en la tramitación de los expedientes, que convendría evitar en lo sucesivo, y que son:

1ª Debe figurar en el expediente el requerimiento de pago hecho por el juez o tribunal penal a la Administración declarada responsable civil subsidiaria, comprobando que la liquidación ha devenido firme¹⁰⁹.

2ª Debe concederse audiencia al interesado antes de formular la propuesta de resolución, entendiéndose aquí por interesado el particular con derecho a percibir la indemnización, sobre todo para que muestre su conformidad sobre la liquidación de intereses¹¹⁰.

3ª Al examinar el instructor del expediente -y, en definitiva, el órgano llamado a resolver- si existe o no un derecho de regreso frente al inculpado, debe apreciar no sólo las calificaciones jurídico-penales sino también la valoración que merezcan los hechos desde la perspectiva del servicio en cuyo desarrollo se produjo el daño¹¹¹.

problema.

¹⁰⁹Dictamen 1.103/92, de 17 de septiembre.

¹¹⁰Dictamen 902/92, de 16 de julio.

¹¹¹Dictamen 175/92, de 12 de marzo.

4.3 Recursos extraordinarios de revisión.

En el ejercicio de su función consultiva, el Consejo de Estado, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 22.9 de su Ley Orgánica informa preceptivamente los expedientes relativos a recursos extraordinarios de revisión en vía administrativa, ha venido observando que la mayor parte de esos recursos son interpuestos, en nombre y representación de los interesados, por dos o tres bufetes de abogados y siempre contra resoluciones del Ministerio de Interior o del de Obras Públicas y Transportes por la que se imponen a transportistas profesionales determinadas sanciones por infracción de normas de tráfico y seguridad vial o de ordenación del transporte.

En todos los casos, o en su mayor parte, el recurrente solicita que se deje sin efecto la resolución recurrida hasta que se resuelva el recurso, invocando el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo, según el cual, la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pero la autoridad o quien competa resolverlo podrá suspender, de oficio o a instancia de parte, la ejecución del acuerdo recurrido, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47 de dicha Ley; precepto que en términos parecidos se recoge en el artículo 111 de la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 27 de noviembre de 1992.

Lo normal es que se acceda a la petición y se acuerde la suspensión del acto recurrido; y eso anima a ciertos profesionales del Derecho a utilizar esta vía porque

la mera suspensión del acuerdo recurrido representa un beneficio para el cliente. Sin embargo, las estadísticas demuestran que el 90% de los recursos extraordinarios de revisión son desestimados porque la impugnación es infundada o incluso temeraria. Lo que pone de manifiesto que no estaba justificada la suspensión del acuerdo.

Sin pronunciarse aquí -porque esto no es un dictamen- sobre si cabe suspender un acto administrativo que ha devenido firme, por haberse agotado los recursos ordinarios o el plazo para interponerlos, como es el caso de los que se recurren en revisión, lo cierto es que sólo con que se aplicara con todo rigor el beneficio de la suspensión el acto recurrido por la vía extraordinaria de la revisión se evitarían un gran número de reclamaciones de esta naturaleza, que son infundadas , frenan indebidamente el legítimo ejercicio de potestades administrativas y hacen recaer sobre la Administración activa y sobre este Consejo una carga costosa que en la mayoría de los casos es completamente inútil.

El Consejo de Estado no pretende con esto poner trabas al ejercicio de un remedio procedimental que puede ser muy útil para los administrados y es legal, sino tan sólo que, dentro de la misma legalidad, se apliquen los posibles efectos de la interposición del recurso con mesura.

4.4 Contratación administrativa.

4.4.1 La experiencia del Consejo de Estado.

La contratación administrativa ha sido tradicionalmente una de las materias más características de la competencia del Consejo de Estado en el ejercicio de su función, tanto para cuestiones de carácter abstracto como pueden ser los pliegos generales de cláusulas administrativas, cuanto para las concretas sobre nulidad, interpretación, modificación y resolución de determinados contratos.

En el año 1992, además de despachar un buen número de consultas singulares relacionadas con esta materia, tuvo oportunidad de informar el anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹¹² haciendo una serie de consideraciones doctrinales que serán recogidas en la correspondiente Recopilación de Doctrina Legal de este Consejo.

Pero, con independencia de esto, y como fruto de la experiencia obtenida en el ejercicio de la función consultiva, parece oportuno recordar aquí algunas observaciones que al respecto se han venido formulando, sobre todo en relación con el contrato de obras.

4.4.2 La eficacia del sistema

A juicio de este Consejo, la eficacia del sistema y de la acción administrativa en esta materia descansa en dos pilares fundamentales, que son la fase preparatoria del contrato y la vigilancia de su ejecución.

- a) Debe extremarse el rigor en la fase preparatoria del contrato y

¹¹²Dictamen 214/92, de 21 de mayo.

especialmente en la redacción del proyecto inicial, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación; no es aventurado afirmar que una gran parte de las anomalías percibidas y de los conflictos surgidos en la fase de ejecución de los contratos de obras son debidos a carencias, insuficiencias o imprevisiones del proyecto.

Siguen siendo válidas a estos efectos las afirmaciones contenidas en el preámbulo de la Ley de Bases 198/1963, de 28 de diciembre sobre la importancia decisiva de la fase preparatoria del contrato, al decir que "los contratos de obras deben ser normalmente de gestación pausada y, por el contrario, de ejecución rápida. Esta aparente lentitud de arranque se compensa con una realización expedita y sin contratiempos, pues todos los obstáculos fueron soslayados mediante serena previsión".

En esa etapa previa adquiere especial relieve el replanteo, cuya finalidad específica es la de contrastar con la realidad todo lo proyectado, operación que debe llevarse a cabo con la precisión y las formalidades que las normas vigentes y la buena técnica requieren.

b) Por otra parte, la experiencia demuestra que la buena ejecución de un contrato depende fundamentalmente del continuado y diligente ejercicio de la función de dirección y vigilancia que corresponde a la Administración y, en concreto, al director de obra designado. Su presencia continuada en la obra es la mejor prevención de desviaciones en la ejecución del proyecto o de incidentes innecesarios con el contratista; mientras que por su inhibición o distanciamiento se producen irregularidades costosas o irreparables o, al menos, se demora el conocimiento oportuno de las mismas. Se ha observado, al despachar los expedientes a que estas irregularidades conducen, que situaciones de bajo ritmo en la ejecución, de incumplimiento del programa de trabajos y hasta de paralización total de las obras no son puestas de inmediato en conocimiento del órgano

competente, con las consiguientes consecuencias negativas para la Administración, tanto a efectos del eventual ejercicio del derecho resolutorio cuanto de la valoración de los perjuicios imputables al contratista, al producirse supuestos de concurrencia de culpas que enervan o disminuyen notablemente la exigencia de responsabilidades, con manifiesto perjuicio para los intereses públicos.

4.4.3. Una sugerencia

El Consejo de Estado es consciente de que con estas consideraciones no descubre nada nuevo a la Administración activa, pero las recuerda para que sirvan de fundamento a esta sugerencia. Que debiera preverse, en forma adecuada, la apertura de expediente para depurar las posibles responsabilidades de los funcionarios culpables en los supuestos en los que se declare la nulidad de actuaciones o el derecho del contratista a la indemnización de daños y perjuicios o se aprecie culpa de la Administración en la resolución de los contratos.¹¹³

4.5. Petición de antecedentes

4.5.1 Introducción

Para que el Consejo de Estado pueda desempeñar su función con acierto es indispensable que, en cada asunto, tenga a la vista todos los datos del problema sobre el que se le pide dictamen. De ahí que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 123.2 de su Reglamento orgánico, haya de acompañarse a la consulta "la documentación necesaria".

¹¹³Dictamen 214/92, antes citado.

En la práctica, se entiende por documentación necesaria el expediente administrativo completo, concepto jurídico indeterminado, éste de expediente, al que aluden con frecuencia las disposiciones de carácter general, equivalente a conjunto de escritos de diversa naturaleza -instancia, informes, alegaciones, actas, pruebas documentales, propuesta de resolución, etc.- que se van acumulando sucesivamente al de iniciación de un procedimiento. El Consejo de Estado suele exigir que los documentos que integran el expediente sean originales, y ha devuelto a su procedencia, en los poquísimos casos que ha ocurrido, las consultas que no cumplían ese requisito, invocando al efecto el artículo 124 del actual Reglamento orgánico y antes el artículo 139 del Reglamento de 1945.

Ahora bien, puede ocurrir que el expediente remitido en consulta no esté bien tramitado o que, aun estándolo, no sea completo porque se ha extraviado u omitido algún documento o porque se estime necesario conocer algún otro dato que tenga un valor ilustrativo o probatorio. En el primer supuesto (cuando el expediente no haya sido bien tramitado), si el trámite omitido es esencial para la validez del acto administrativo que se va a dictar o muy relevante, el Consejo de Estado en su dictamen, sin entrar en el fondo del asunto, se pronuncia por la retroacción de las actuaciones al momento en que se cometió la falta, con indicación expresa de que, una vez subsanado el defecto, se vuelva a remitir el expediente para evacuar la consulta. En los demás supuestos antes apuntados, no se emite dictamen sino que se formula una petición de antecedentes.

4.5.2. Evolución histórica

Esta facultad del Consejo de Estado de pedir antecedentes se le ha venido reconociendo -con diferente alcance y modo de hacerlo- en todos sus Reglamentos, desde el efímero de 1809 (aprobado por Real Decreto de 2 de mayo) cuyo artículo 12 decía:

"Si las Secciones a que se hayan enviado los negocios necesitasen de alguna instrucción o documentos para ilustrar su deliberación, el presidente de la Sección escribirá al ministro secretario de Estado; el cual, después de darnos cuenta de ello, lo pedirá al ministro correspondiente.

La remesa a la Sección del documento así pedido, se hará en la forma prevista en el artículo II del presente título".

En términos análogos se expresaba el artículo XII del Reglamento de 8 de junio de 1812, empleando por primera vez la palabra **antecedentes** y estableciendo una vía más directa para pedirlos:

"Podrá el Consejo pedir a los secretarios del Despacho los antecedentes que crea necesarios para acordar en los negocios, y se le remitirá con la anuencia del Rey o de la Regencia".

A partir del Reglamento de 30 de junio de 1861 desaparece el requisito de la anuencia real, y la facultad de pedir antecedentes pasa a ser, en los reglamentos posteriores, una atribución exclusiva del Presidente. Y es en la Ley Orgánica de 25 de noviembre de 1944 cuando esa facultad adquiere cobertura legal (artículo 23) que se mantiene y amplía en la vigente de 22 de abril de 1980, cuyo artículo

18.3 dice:

"El Consejo, en todo caso, por conducto de su Presidente, y a propuesta del Pleno, Comisión Permanente o Sección respectiva puede solicitar del órgano consultante que se complete el expediente con cuantos antecedentes, informes o pruebas estime necesarios, incluso con el parecer de los Organismos o personas que tuvieren notoria competencia en las cuestiones relacionadas con los asuntos sometidos a dictamen".

Precepto que se transcribe literalmente en el artículo 27 del vigente Reglamento, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

El cumplimiento de este trámite de petición de antecedentes -frecuente e importante- ha dado origen a algunas dudas que conviene despejar, relativas a quién los puede pedir, qué se puede pedir y cómo se deben pedir.

4.5.3. Quién puede hacerla

Está claro que ahora la petición de antecedentes propiamente dicha sólo la puede hacer el Presidente, tanto si la propuesta procede de la Sección encargada del despacho de la consulta -que es lo normal- como si ha sido acordada por el Pleno o por la Comisión Permanente. Es una de sus atribuciones en la dirección del Consejo enumeradas en el artículo 19 del Reglamento orgánico.

Las Secciones, la Comisión Permanente y, en su caso, el Pleno lo único que pueden hacer es proponer al Presidente que se complete con determinados antecedentes el expediente remitido en consulta, en la inteligencia de que la decisión final de si se piden o no se piden le corresponde a él.

Pero, a veces, por esas prácticas que perviven en las instituciones de vieja

solera, donde la costumbre pesa tanto o más que los reglamentos, se habla dentro del propio Consejo de pedir antecedentes "por Comisión " para referirse, no al supuesto de que la propuesta parta de la Comisión Permanente sino a la emisión de un dictamen que concluye diciendo que debe completarse el expediente con determinados documentos o incluso que deben realizarse determinadas actuaciones, lo cual, sin que pueda ponerse en duda la legitimidad de este modo de proceder, ha dado pie en algún caso a que la autoridad consultante -sobre todo en consultas preceptivas procedentes de algunas Comunidades Autónomas-, entendiera que estaba ya cumplido el requisito legal de la audiencia y, sin más trámites, adoptase la resolución poniendo un "oído el Consejo de Estado".

El Consejo no ha estado nunca de acuerdo con esa valoración de un dictamen puramente formal que no tiene otra finalidad que la de poner más énfasis en la petición de datos necesarios para despachar la consulta, y se ratifica ahora en su criterio, aun reconociendo que ese modo de hacer la petición de antecedentes, fuera del cauce normal, se presta a alguna confusión.

4.5.4. Qué se puede pedir

Nos estamos refiriendo tan sólo a la petición dirigida al órgano consultante, no a otras posibilidades que se le ofrecen al Consejo, desde el Reglamento de 1861, para solicitar de diversas fuentes, incluso ajenas a la Administración Pública, ilustración acerca de los asuntos consultados, posibilidades de las que por cierto no suele hacer uso el Consejo de Estado, como no sea por la vía de la llamada audiencia a los interesados, prevista en el artículo 18.1 de la Ley Orgánica.

Por antecedentes se entiende documentos que obren en poder del órgano consultante. Eso es lo único que, en principio, se debe pedir. Pero la vigente Ley Orgánica del Consejo de Estado ha ido un poco más lejos que los reglamentos

anteriores, permitiendo en su artículo 18.3, antes transcrito, que la petición comprenda también cuantos informes y pruebas se estimen necesarios, incluso que se complete el expediente con el parecer de los organismos y personas que tuviese notoria competencia en las cuestiones relacionadas con los asuntos cometidos a dictamen; lo cual pone en manos del Consejo un amplio abanico de posibilidades que si, por un lado, le permiten evacuar la consulta con más conocimiento de causa, pueden dar lugar -por otro- a dilaciones excesivas en el despacho de los expedientes e incluso a crear situaciones comprometidas para la autoridad consultante.

El Consejo de Estado viene haciendo uso de tal facultad con prudencia, limitándose de ordinario a recabar antecedentes propiamente dichos, es decir, documentos relacionados con el asunto que obren en poder del Departamento consultante, o informes preceptivos que no constan en el expediente -siempre que sea posible su incorporación al mismo sin necesidad de retrotraer las actuaciones al momento en que se omitió el trámite- o pruebas que acrediten los hechos alegados por los interesados; a veces se pide el informe de algún organismo (Consejo, Asesoría, etc.) del propio Departamento que no había obligación de consultar, pero cuyo parecer sobre el asunto puede tener singular relevancia; y es muy raro que se pida que se complete el expediente con datos o pareceres que haya de recabar de entidades o personas ajenas a quien formula la consulta¹¹⁴.

Debe reconocerse que la cautela del Consejo de Estado en la petición de antecedentes se ha visto correspondida por la buena disposición de los órganos

¹¹⁴El único caso reciente es la petición de antecedentes de 18 de diciembre de 1992 en la que se recaba el informe de la Real academia de la Lengua en el expediente 1535/92 relativo al proyecto de Real Decreto sobre presencia de la letra "ñ" y demás caracteres específicos del idioma castellano en los teclados de aparatos eléctricos o electrónicos.

requeridos para enviarlos, a pesar de que no conste expresamente en la Ley la obligación de remitirlos, como constaba, por ejemplo, en el Reglamento de 1812, supeditada entonces a la anuencia real. La correlación entre derecho y deber o entre facultad y acatamiento conduciría a la misma conclusión afirmativa de la existencia de un deber, en una interpretación correcta del artículo 18.3 de la Ley Orgánica 3/1980. Nunca se ha planteado ningún conflicto a este respecto y, tal vez, el mejor modo de evitarlo sea procurar que la petición de antecedentes se refiera sólo a documentos, ya que lo discutible es que se puedan pedir actuaciones administrativas de cualquier tipo.

4.5.5. Modo de hacerla

La petición de antecedentes se suele hacer por escrito firmado por el Presidente del Consejo de Estado y dirigido a la autoridad consultante. No es preciso ni habitual que la solicitud esté motivada.

A la vista de lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se propugna el empleo de los modernos medios telemáticos en las comunicaciones administrativas, la petición podría hacerse incluso por teléfono pero la remisión de los antecedentes forzosamente tendrá que hacerse por escrito para su incorporación al expediente, lo cual no quiere decir que el escrito no pueda transmitirse, por ejemplo, por telefax. Pero en todo caso ha de mediar una comunicación entre el Presidente del Consejo de Estado y la autoridad consultante, y sería una corruptela que la Sección los reclamara directamente a la oficina donde puedan encontrarse dichos documentos, porque es el Presidente el que ha de decidir si es oportuno o no el pedirlos.

Lo normal es que la petición de antecedentes se haga con devolución del

expediente, pero tal devolución no es preceptiva y puede haber casos en que lo aconsejable sea no devolverlo. Si se tiene en cuenta que cualquier petición de antecedentes supone una demora considerable en el despacho del asunto, la demora es mucho mayor cuando se devuelve el expediente, aunque sólo sea por la dificultad adicional del transporte. Además, si el expediente se conserva en el Consejo de Estado se está más pendiente de la respuesta y se puede ir avanzando -no demasiado- en la preparación del dictamen, si se ha solicitado con urgencia. Pero esta medida sólo es factible cuando lo que se pide son antecedentes propiamente dichos, o sea documentos que obran en poder del Departamento consultante; en cambio, cuando se solicitan nuevos informes o determinadas pruebas o ciertas actuaciones, sería muy difícil cumplimentar la petición si no se tiene a la vista el expediente.

Finalmente, ha habido algún problema con la forma de remitir al Consejo los antecedentes solicitados. Como el artículo 123.1 del Reglamento Orgánico dice que la orden de remisión de las consultas debe ir firmada por la autoridad consultante, y el artículo siguiente añade que el Consejo devolverá al organismo de origen las consultas que no reúnan las condiciones señaladas en el artículo anterior, en más de una ocasión ha surgido la duda en los servicios de Registro, de si podían recibirse los antecedentes solicitados (con o sin devolución del expediente) cuando el oficio de remisión no iba firmado por la autoridad consultante, que por lo general es un Ministro, sino por otro órgano de inferior rango. La postura del Consejo a este respecto ha sido clara y flexible: una cosa es la consulta -que sólo puede ser ordenada y solicitada por autoridad competente- y otra un trámite de procedimiento, como la remisión de unos documentos, que puede ser cumplimentado por un órgano de inferior grado; pero lo correcto, y lo que se ajusta al principio rector de la comunicación entre órganos es que el oficio de petición de antecedentes, firmado por el Presidente del Consejo de Estado y

dirigido a la autoridad consultante, sea contestado por el destinatario.

4.5.6. Resumen

De lo dicho se desprende que el trámite de petición de antecedentes es mucho más delicado y complejo de lo que pudiera parecer a primera vista.

Siendo una muy apreciable facultad que tiene el Consejo de Estado desde tiempos ya remotos, y que conviene conservar en provecho de su función, debe utilizarse con mucha prudencia , sólo cuando sea verdaderamente necesario, y limitándose en lo posible a pedir documentos que estén a disposición del órgano consultante.

Se cuenta con la buena disposición de los órganos consultantes para cumplimentar dicho trámite, y cualquiera que sea la atención que les merezca la petición de antecedentes, lo que no cabe es dar por cumplido con ella el informe preceptivo del Consejo de Estado, aunque la petición se haya hecho en forma de dictamen de la Comisión Permanente, práctica esta última que convendría evitar.